

nº 78

Segundo Trimestre. Año 2021



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

La agravación del riesgo y la regla de equidad en el seguro de daños

El lucro cesante en la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: una perspectiva jurisprudencial

El seguro de responsabilidad civil del automóvil en la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1/6

Este número es indicativo del riesgo del producto siendo 1/6 indicativo de menor riesgo y 6/6 de mayor riesgo.

Banco Santander está adscrito al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Para depósitos en dinero el importe máximo garantizado es de 100.000 euros por depositante en cada entidad de crédito.



# En el Santander os tenemos en cuenta.

Por ello, tenemos una cuenta que se adapta a ti: **la Cuenta Justicia Santander, sin comisión de administración ni mantenimiento de la cuenta<sup>1</sup>, TIN 0% y TAE 0%** cumpliendo condiciones, **sin comisión por transferencias en euros, nacionales y UE<sup>2</sup> solo por pertenecer a este Colectivo, y con las tarjetas\***:

- **Tarjeta One Débito**  
Comisión de emisión y mantenimiento: 0€
- **Tarjeta de Crédito All in One<sup>3</sup>**  
Comisión de emisión y mantenimiento: 0€

También tenemos una **oferta preferente de financiación** para ti.

Infórmate en el **915 123 123** o en nuestras oficinas.

1. TIN 0%. TAE 0% cumpliendo condiciones para un supuesto en el que se mantenga de forma constante durante 1 año un saldo diario de 7.000€, aplicando un tipo de interés nominal anual de 0% y una comisión de mantenimiento de 0€. 2. Exentas las transferencias en euros, nacionales y UE. No aplica a urgentes e inmediatas. \*Consulta resto de condiciones en tu oficina más cercana. 3. TIN 18%. TAE: 19,56%, calculada conforme al sistema de amortización en cuotas constantes, considerando un importe dispuesto de 1.500€ y una comisión de emisión y mantenimiento de 0€. Importe total adeudado 1.650,24€ a devolver en 12 cuotas mensuales de 137,52€. Adicionalmente se cobrarán las comisiones, en su caso, asociadas a las operaciones realizadas.



nº78

Segundo Trimestre. Año 2021



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

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

# SUMARIO REVISTA Nº 78

## EDITORIAL

- La agravación del riesgo y la regla de equidad en el seguro de daños

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

## DOCTRINA

- El lucro cesante en la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: una perspectiva jurisprudencial (la indemnización en las decisiones judiciales, algo más que el azar)

*Arturo Gonzalez Quinzá* .....11

- El seguro de responsabilidad civil del automóvil en la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

*Alberto J. Tapia Hermida*.....65

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 6 de mayo de 2021.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Seguro de accidentes. Se considera limitativa la cláusula introducida en las condiciones particulares, pues su redacción no permite al asegurado tomar conciencia real y efectiva del riesgo cubierto bajo el concepto de "incapacidad permanente".....85

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 10 de mayo de 2021.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Reclamación de lesiones por caída en supermercado. Se establece como fecha de inicio del cómputo de la prescripción la del último control médico del lesionado -y no la efectiva de estabilización-, pues es cuando adquiere constancia del efectivo daño corporal sufrido al recibir el alta.....97

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 10 de mayo de 2021.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Perjuicios morales de los familiares del Gran Inválido: legitimación reclamatoria. Ayuda de Tercera Persona del Gran Inválido: proporción de la cuantía resarcitoria e imposición de la mora procesal al tipo del 20% anual desde la fecha de la sentencia apelatoria. Renta anual vitalicia para cubrir los gastos asistenciales futuros: improcedencia de la imposición al asegurador de los intereses especiales del art. 20 LCS. ....105

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 9 de junio de 2021.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** La Administración sanitaria -cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la lex artis- no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización.....119

## PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes* .....135

## PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

Breve aproximación a la Sentencia Hutchinson vs (1) Mapfre España compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (2) Ice Mountain Ibiza S.L

Por *Alberto Pérez Cedillo* .....155

**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 de Honor), Javier López y García de la Serrana (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), José Manuel Villar Calabuig (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, Juan Manuel Rozas Bravo, Diego Elum Macias, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Susana Sucunza Totoricagüena, Luis Julio Cano Herrera, José Antonio Badillo Arias, Alberto Pérez Cedillo, Fernando Talens Aguiló, José Pérez Tirado, Lutz Carlos Moratinos, Francisco José Ledesma de Taoro y Sergio García-Valle Pérez.*

**MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:**

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

## La agravación del riesgo y la regla de equidad en el seguro de daños

por Javier López y García de la Serrana  
*Director*

En el contrato de seguro, como en todo tipo de contrato, las partes se ponen de acuerdo en los términos que van a ser objeto del mismo, estableciendo las obligaciones y derechos de cada parte en función, precisamente, de cuáles hayan sido los términos en los que se ha contratado. Sin embargo en determinados supuestos, una vez acaecido el siniestro, se descubre que el riesgo que debe ser indemnizado no coincide o es muy distinto al que había sido acordado, bien porque no obedece al reflejado en un principio en la póliza o bien porque durante el transcurso del tiempo de vigencia de la misma dicho riesgo se ha modificado, sin que esa modificación haya sido notificada por el tomador a la aseguradora. En estos supuestos, podremos estar ante un incumplimiento de las obligaciones contraídas por el asegurado dentro del contrato de seguro, cuyas consecuencias van a ser distintas según las condiciones en las que en cada caso se haya producido el siniestro.

Los artículos 10, 11 y 12 de la Ley del Contrato de Seguro se ocupan de desarrollar las obligaciones que incumben al asegurado en relación al deber de declaración del riesgo objeto de seguro, obligación que le vincula en el momento de la contratación de la póliza pero también durante la duración de la misma. Así, el primero de los preceptos citados, el artículo 10 de la LCS establece como deber del tomador del seguro que antes de la conclusión del contrato, deba declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Con la nueva modificación legal dada por el artículo 3.1 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, no obstante, quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete a un cuestionario o cuando, aun sometiéndolo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

Las consecuencias que prevé este artículo para el caso del incumplimiento de esta obligación por el tomador, es que el asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida a aquel en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro, correspondiendo a cargo del asegurador, salvo que concurra dolo

o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.

Pero en el caso en el que el siniestro se produjera antes de que el asegurador haga la declaración antes citada, se produce otra importante consecuencia en relación a las obligaciones de pago por indemnización de la aseguradora, y es que la prestación a abonar se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Y para el caso en el que hubiera mediado dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

Por su parte, el artículo 11 de la LCS recoge que el tomador del seguro o el asegurado deberá durante la vigencia del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, la alteración de los factores y las circunstancias declaradas en el cuestionario previsto en el artículo anterior que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas. Y añade para el seguro de personas que el tomador o el asegurado no tienen obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado, que en ningún caso se considerarán agravación del riesgo.

Pues bien, es el art. 12 de la LCS el que determina cuáles son las consecuencias que se van a producir en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo anterior, determinando que la aseguradora puede, en un plazo de dos meses a contar del día en que la agravación le ha sido declarada, proponer una modificación del contrato. En tal caso, el tomador dispone de quince días a contar desde la recepción de esta proposición para aceptarla o rechazarla. En caso de rechazo, o de silencio por parte del tomador, el asegurador puede, transcurrido dicho plazo, rescindir el contrato previa advertencia al tomador, dándole para que conteste un nuevo plazo de quince días, transcurridos los cuales y dentro de los ocho siguientes comunicará al tomador la rescisión definitiva.

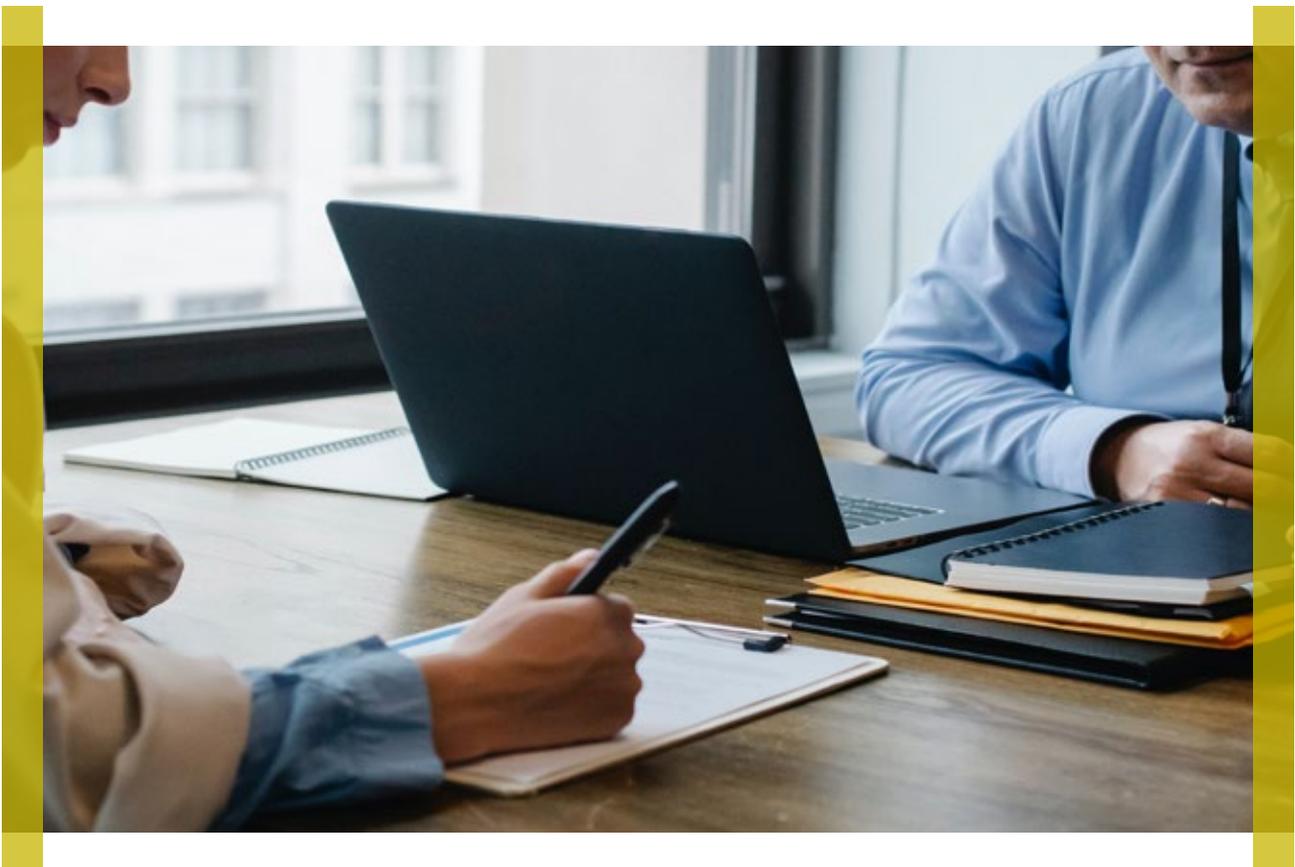
El asegurador igualmente podrá rescindir el contrato comunicándolo por escrito al asegurado dentro de un mes, a partir del día en que tuvo conocimiento de la agravación del riesgo. Y aquí es donde vienen las consecuencias que quizás puedan ser más discutidas en la práctica, y es que en el caso de que el tomador del seguro o el asegurado no hayan efectuado su declaración y sobreviniere un siniestro, el asegurador queda liberado de su prestación si el tomador o el asegurado ha actuado con mala fe. Para el caso de que no pueda probarse la existencia de mala fe, la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

Pero es que además, en relación a la importancia del deber del tomador de comunicar a la aseguradora los términos reales del riesgo objeto de cobertura, debemos recordar que la Ley del Contrato de Seguro prevé incluso la posibilidad de que en caso de dolo o culpa en la declaración del riesgo, la compañía de seguros se vea eximida de su obligación de pago por los daños causados en un siniestro. Este es el caso por ejemplo que se contempla en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de junio de 2016, en la cual se desestima la demanda formulada por el tomador en reclamación de los daños sufridos por robo en su local, por cuanto el mismo se había declarado como taller de reparación y en realidad se trataba de un almacén de mercancía sin ningún tipo de vigilancia. La sentencia interesa por la clara descripción que nos ofrece sobre los términos de dolo y culpa a los efectos que nos ocupan y haciendo referencia a diversas sentencias del Tribunal Supremo -como las de 30 de enero y 3 de octubre de 2003-, establece que por dolo debemos considerar *"el error provocado por la actuación insidiosa de una parte contratante, como dice el artículo 1269 del Código civil"*, es decir, el engaño causado maliciosamente, engaño sugerido a un contratante, haciéndole creer lo que no existe u ocultando la realidad, como dice la jurisprudencia requiriendo un presupuesto subjetivo, la conducta de mala fe, y el objetivo, la gravedad. En el supuesto de hecho analizado en la citada sentencia, el dolo que se aprecia es, evidentemente, de naturaleza negativa, en cuanto supone la actitud reticente en el tomador que guardo silencio sobre los hechos y circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, circunstancias que de haberse conocido por la aseguradora habrían influido en su decisión

de formalizar el contrato en uno u otro sentido. También se pronunció en términos parecidos la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012.

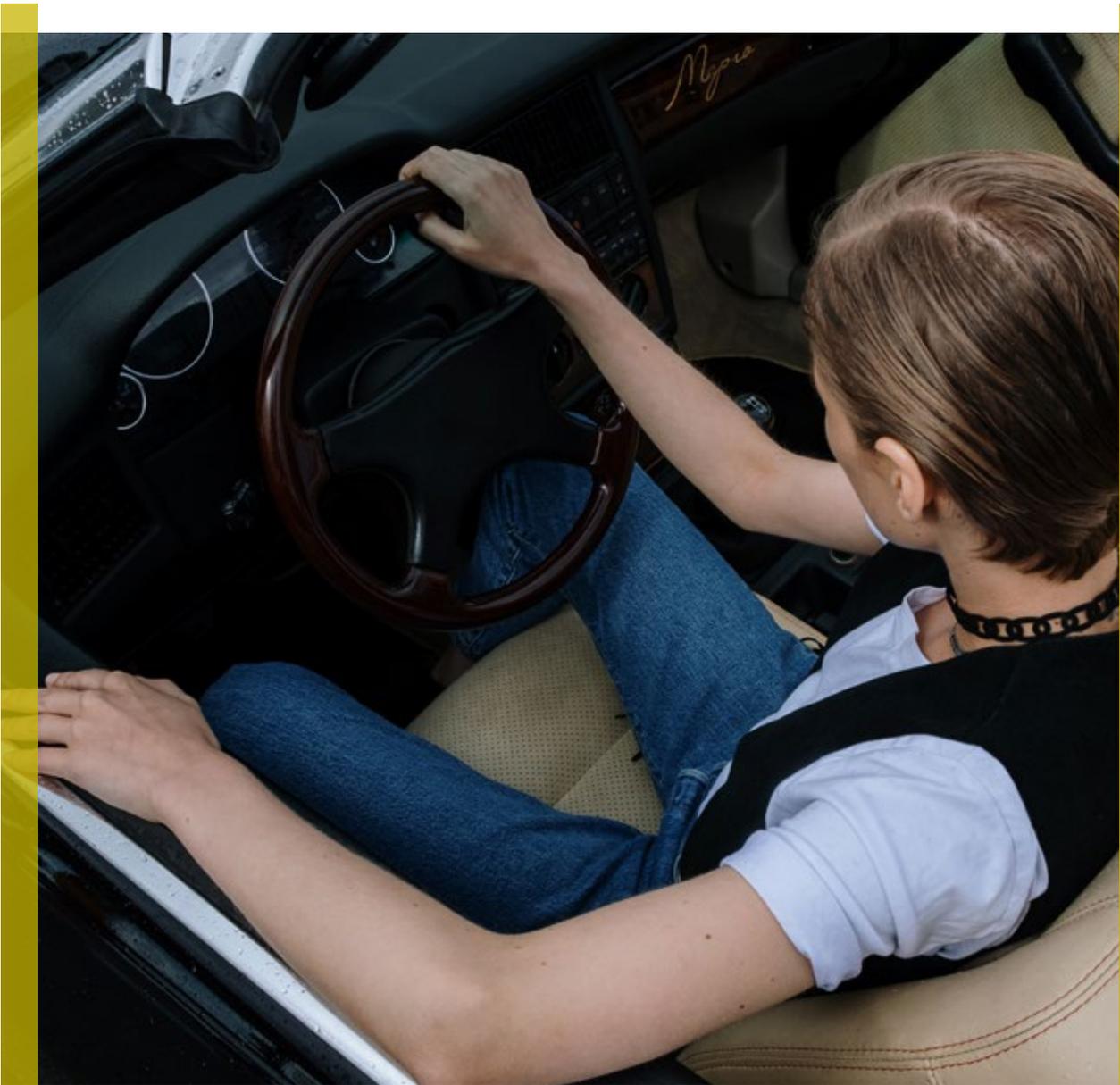
En el caso de la culpa, se entiende como tal cuando se actúa obviando o careciendo de las habituales diligencias ante un suceso plenamente previsible o evitable. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2002 nos dice que, la culpa no solo consiste en la omisión de normas aconsejadas por la más elemental experiencia, sino que *“abarca el actuar no ajustado a la diligencia exigible en cada caso concreto en atención a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, determinando la producción de un resultado socialmente reprochable.”* Dice nuestro Alto Tribunal que esta diligencia no se elimina ni siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, erigiéndose como canon la exigencia de agotar la diligencia. En todo caso, a tenor de la anterior jurisprudencia bastaría una conducta de mala fe, para que se produjeran las consecuencias que establece el artículo 12 de la LCS.

Llegados a este punto, me gustaría centrarme en la siguiente cuestión: ¿cuándo considera nuestra jurisprudencia que se ha producido una vulneración de estas obligaciones impuestas al asegurado y cuáles son las posibilidades reales que encuentra la aseguradora ante tales siniestros? Tomemos como protagonista, en esta ocasión, al seguro de daños y dentro del mismo vamos a analizar un supuesto conocido y recurrente cómo es la exclusión en las pólizas de seguro de circulación de los conductores menores de una determinada edad, normalmente 25 o 26 años o con una antigüedad en el permiso de circulación de menos de dos años, ¿qué ocurre cuando el siniestro se produce siendo conducido el vehículo por una persona que reúne estas características y sin que por parte del tomador de la póliza se haya comunicado tal circunstancia a la aseguradora? Citaremos aquí por su interés la sentencia de 18 de noviembre de 2020 dictada por el Juzgado de Instancia e Instrucción nº3 de Ponferrada, la cual se remite a la dictada por la Audiencia Provincial de León de 8 de octubre de 2014, y en la que se analiza la reclamación efectuada en un supuesto de este tipo por la aseguradora frente al tomador de la póliza y en el que se reclama por haberse producido el siniestro cuando el vehículo asegurado era conducido por un menor



de 21 años que no había sido declarado en la póliza ni al momento de su contratación ni en un momento posterior, teniendo en cuenta que en la póliza se estipuló que quedaba excluida la conducción por un menor de 27 años, así como por personas con una antigüedad del carnet inferior a dos años. Hemos de tomar en consideración que la particularidad de esta sentencia es que resuelve sobre la solicitud que la aseguradora está realizando frente al tomador por parte de la indemnización que la misma ya ha abonado previamente al tercer perjudicado. En este caso, la sentencia estima que la cláusula donde se recogía tal exclusión es una cláusula delimitadora del riesgo, y que el contenido de la misma era claro y comprensible en cuanto al riesgo concreto que quedaba sin cobertura, por lo que la misma era totalmente

válida y no causaba ningún tipo de confusión para el tomador. Así, partiendo de lo anterior se considera que el asegurado demandado no ha cumplido con la obligación prevista en el artículo 11 de la LCS, por cuanto no comunicó a su aseguradora que su hijo de 21 años de edad iba a conducir el vehículo asegurado, añadiendo además que la conducción por una persona de dicha edad supone una agravación del riesgo asegurado. Es importante destacar esta consideración, pues no siempre es fácil poder determinar cuándo se produce o no la agravación del riesgo a efectos de poder determinar si ha existido o no incumplimiento de las obligaciones del tomador. La consecuencia, por tanto, va a ser el reconocimiento del derecho de la aseguradora para reclamar frente al asegurado la cantidad equivalente al exceso del



riesgo que aquella calculó sobre la base de los datos facilitados por el asegurado al momento de contratar la póliza, aplicando así la regla de equidad que recoge el art.12 LCS. De este modo la aseguradora, de la cantidad que ha tenido que abonar a los perjudicados en el accidente de tráfico, va a recuperar el importe equivalente a la parte proporcional a la diferencia existente entre la prima pagada y la que se hubiera establecido de haberse conocido todas las circunstancias que en este caso suponían una agravación del riesgo.

Un supuesto parecido fue tratado por la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 2 de febrero de 2006, la cual resolvió sobre un siniestro producido cuando el vehículo era conducido por un menor de 26 años que no había sido declarado en póliza como conductor del vehículo, estimándose también que tal hecho suponía una agravación del riesgo declarado y que al no haber sido comunicado por el tomador, la compañía aseguradora indemnizó aplicando la regla de proporcionalidad prevista en el artículo 10 de la LCS. Esta sentencia se hace eco también de otras que han considerado que este tipo cláusulas que excluyen la conducción de menores de 26 años o con antigüedad en el permiso de conducción de menos de 2 años son cláusulas delimitadoras del riesgo y no limitativas de derechos. Así las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona de 3 de diciembre de 2004, de la Audiencia Provincial de Cantabria de 3 de diciembre de 2003, de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de junio de 2002 o la de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de noviembre de 2003, establecen que *“la configuración subjetiva que se especifica no tiene naturaleza restrictiva de los derechos que se fijan sino que cumple un papel delimitador de la amplitud de la cobertura vinculada a la prima que como contraprestación se establece”*, por lo que no le son exigibles los requisitos del artículo 3 de la LEC. Pero todas ellas resolvían sobre reclamaciones realizadas por las aseguradoras en supuestos donde las indemnizaciones abonadas habían sido en concepto de daños propios a los asegurados y no a terceros perjudicados, siendo ésta la particularidad que nos aporta la primera resolución analizada del Juzgado de Instancia e Instrucción nº3 de Ponferrada.

No nos encontramos aquí por tanto, con una acción de repetición, sino frente a una reclamación de cantidad derivada del incumplimiento del contrato, lo cual tiene unas consecuencias muy distintas, pues como bien

sabemos el Tribunal Supremo eliminó el derecho de repetición de las compañías de seguros ante siniestros producidos por la conducción de menores de 25 años o con menos de 2 años de experiencia, aun cuando viniera expresamente recogida en la póliza la falta de cobertura en tales supuestos, y aunque las condiciones donde se recogía tal previsión estuvieran firmadas por el asegurado. Entre otras lo recoge así la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2014. No obstante no todos los autores han compartido la limitación en las posibilidades del ejercicio del derecho de repetición en accidentes de tráfico introducidas a raíz de la modificación del apartado c) del artículo 10 de la LCS introducida por la Ley 21/2007, y en este sentido podemos leer comentarios como el de **FERNANDO SANCHEZ CALERO** en su manual “Ley del Contrato de Seguro”, cuando opina que *“este derecho debe tener un campo más amplio que el literal del precepto, de tal manera que dé cabida a los casos en los que el asegurador ha indemnizado al perjudicado, cuando, conforme a lo previsto en el contrato, no estaba obligado a ello, o hubiese podido reducir el importe de la indemnización.”* También apuntaba a una incorrecta interpretación del citado derecho nuestro malogrado **FERNANDO REGLERO CAMPOS**-miembro de honor de nuestra Asociación-, en su libro “Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro”, cuando decía que en la redacción del artículo 10, c) LCS deberían haberse dejado las reformas propuestas y que apuntaban a la inclusión de otras causas posibles previstas en el contrato para el ejercicio del derecho de repetición.

Quizás en esta línea de distinción con el derecho de repetición, pero en la búsqueda de una solución para los supuestos que quedan fuera del mismo aunque tengan una parecida razón de ser, comprobamos cómo por la vía que abre tanto el artículo 10 o en su caso el artículo 12 de la LCS, se puede permitir a las aseguradoras reclamar frente al asegurado o tomador del seguro aquellas cantidades que no pueden ser objeto de repetición, pero que sin embargo sí podrían estimarse en aquellos supuestos en los que se logre acreditar que realmente se ha incumplido por el tomador su obligación de comunicar cualquier circunstancia que modifique el riesgo asegurado en un principio, suponiendo con ello una clara agravación del riesgo asegurado. Pues lo que debemos tener presente es que el Tribunal Supremo declaró nulas, dentro del ámbito del seguro obligatorio, las cláusulas en las que aseguradora y asegurado pactaban que cabría derecho de repetición en el supuesto en el que el accidente se hubiera

producido cuando el vehículo era conducido por un menor de 25 años, por lo que es totalmente admisible que estas estipulaciones sigan estando presentes en el contrato de seguro, si bien las mismas no darán lugar a un posterior derecho de repetición por la compañía frente al tomador en los supuestos del SOA, puesto que el artículo 10 c) de la LRCSCVM solo lo permite en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir.

Es cierto que cuando nos encontramos ante supuestos donde la indemnización debe abonarse frente a un tercero perjudicado y no frente al propio asegurado por daños propios, puede resultar más complicado hacer ver a nuestros Juzgados y Tribunales que igualmente debe operar aquí la regla de equidad, ya sea por aplicación del artículo 10 o del 12 de la LCS, siendo este el motivo por el que no encontramos jurisprudencia en este sentido, pero si aplicamos la misma doctrina que desarrollan las sentencias que hemos analizado en este artículo sobre los supuestos de accidentes de tráfico ocasionados por menores de 25 años que no habían sido declarados en póliza, considero que también podría intentarse por las aseguradoras para esos otros siniestros donde se pueda probar el incumplimiento del deber de declaración del riesgo asegurado, ya sea antes de la contratación del seguro o durante la vigencia del mismo.

En definitiva se trata de poder acreditar que en la perfección del contrato del seguro ha existido un defecto que ha llevado a una de las partes a contratar en unas condiciones muy distintas a las que lo hubiera hecho de conocer la realidad de las mismas; y lo mismo ocurre cuando lo que se ha producido es una modificación del riesgo contratado en algún momento del periodo de duración del mismo, pues también aquí existe una modificación del

contrato que debiera ser conocida por ambas partes, para con ello acomodar los términos de dicho contrato a la voluntad contractual de ambas. El derecho de la aseguradora para reclamar frente al tomador, cuando éste haya incumplido su obligación respecto a unos hechos que estaban previstos en el contrato, no supone una indefensión para éste, pues la delimitación del riesgo asegurado era perfectamente conocida por el mismo. Plantearse así esta opción en siniestros por robo o incendio, por ejemplo, donde se ha indemnizado a terceros tras comprobarse que el riesgo declarado era muy distinto al existente al momento del siniestro, podría dar salida a este tipo de supuestos donde evidentemente ha existido una vulneración del principio de igualdad de prestaciones en las partes del contrato y donde de algún modo se habría producido un supuesto de enriquecimiento injusto que debería poder ser reparado.

Como siempre ocurre en Derecho, nos encontramos ante distintas interpretaciones de las normas que deberán ser ratificadas o no por nuestros tribunales, por lo que de momento no tenemos la certeza de cuál pueda ser su viabilidad, sino cuando dispongamos de los pronunciamientos que resuelvan sobre ello; no obstante, quizás estas reflexiones nos puedan servir para estar avisados de que podrían plantearse reclamaciones que acojan este tipo de acciones bajo esta interpretación. Lo cierto es que la importancia del deber de declaración del riesgo por parte del tomador de seguro es algo que debemos estudiar y analizar bien, pues las posibilidades de aplicación de la regla de equidad son muchas más de las que habitualmente venimos viendo, pudiendo ser admitido su empleo en determinados supuestos en los que otra acción, como el derecho de repetición, no resulte viable.

Julio 2021





# doctrina

## El lucro cesante en la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: una perspectiva jurisprudencial (la indemnización en las decisiones judiciales, algo mas que el azar<sup>1</sup>)

**Arturo González Quinzá**

Abogado y Doctor en Derecho  
Profesor Derecho Administrativo U. San Pablo CEU

### SUMARIO

#### I.- INTRODUCCION (OBJETO Y MÉTODO)

- 1.- “El color del dinero”
- 2.- Funcionamiento anormal, normal...y estado de alarma
3. Nueva retorica (aproximación jurisprudencial)

#### II.- IMPRESIONES DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

- 1.- Presentacion
- 2.- Consideraciones desde un punto de vista puramente cuantitativo
- 3.- No siempre se gana
- 4.- Reflexiones procesales y sustantivas
  - A.-prueba y ejecucion de sentencia
  - B.- qué hace ganar, para saber como calcularlo
- 5.-Posicion (bifronte) de las aseguradoras

#### III.- CATALOGO DE SENTENCIAS ANALIZADAS

A.- Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: de robos de vehículos estacionados, inundaciones, incendios, árboles, caídas en vía pública, y un largo etcétera

##### **INUNDACION**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6238)

##### **INCENDIO**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5917)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 abril de 2018 (JUR 2018\166046)

##### **ROBO DE VEHICULO ESTACIONADO EN PARKING PUBLICO**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015/258290)

##### **CAIDA VIA PUBLICA**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de septiembre de 2019 (JUR 2020/6063)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26 enero de 2017 (JUR 2017\209427)

#### **CAIDA DE ARBOL**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2016 (JUR 2017/26982)

#### **AGRESION DE UN PRESO DE PERMISO**

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 enero de 2016 (JUR 2016\33338)

#### **EFFECTO DE UNAS OBRAS PUBLICAS SOBRE OTRAS INSTALACIONES**

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2019 (RJCA 2020/172)

B.- Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: de anulación de resoluciones, dilación en su adopción, cambios de criterio, normas o actos que inciden en la situación de terceros

#### **DETENCION ILEGAL**

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 enero de 2016 (JUR 2016\36358)

#### **PRISION PREVENTIVA**

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018/5697)

#### **EXPULSION DE EXTRANJERO**

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2019 (RJCA 2019/59)

#### **RETIRADA DE PRODUCTO**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015 (RJ 2015/3133)

#### **ERROR JUDICIAL**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (RJ 2020/2480)

#### **ANULACION DE ACTOS**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2016 (JUR 2016/226333)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019/207579)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de enero de 2018 (RJCA 2018/1)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de octubre de 2015 (JUR 2015/268588)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 23 de mayo de 2018 (JUR 2018/302089)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2015 (RJ 2017/2991)

#### **ANULACION NORMAS SUBSIDIARIAS**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2015 (RJ/2016/42)

#### **ANULACION/INFRACCION DERECHO COMUNITARIO (responsabilidad Estado legislador)**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de octubre de 2019 (JUR 2020/56975)

#### **DENEGACION DE CONCESION**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 8 de abril de 2015 (JUR 2016/1964) Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2013 (RJ 2014/124)

#### **CANCELACION ERRONEA ASIEN TO REGISTRAL**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de enero de 2015 (JUR 2015/40221)

#### **DILACIONES (de la Administración)**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 (RJ 2016/1221)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6403)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 13 de diciembre de 2018 (RJCA 2019/535)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 14 de noviembre de 2019 (JUR 2020/59638)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 7 de octubre de 2016 (JUR 2016/239311)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de junio de 2015 (JUR 2015/202115)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de abril de 2015 (JUR 2015/149382)

#### **DILACIONES INDEBIDAS (JUDICIAL)**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6032)

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2017 (JUR 2017/310153)

#### **IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION/CAMBIO PLAN**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2015 (RJ 2015/934)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 13 de mayo de 2016 (JUR 2016/267471)

#### **LIMITACION SINGULAR DERIVADA DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2018 (RJ/2018/5127)

#### **PROHIBICION LEGAL Y CONSECUENCIAS DAÑOSAS**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 diciembre de 2019 (RJ 2019\4868)

#### **NULIDAD CONTRATO**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2018 (RJCA 2018/1227)

## **I.- INTRODUCCION (OBJETO Y MÉTODO).**

### **1.- “EL COLOR DEL DINERO”.**

- Con sincrética ironía, GARRIDO FALLA<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Son muchos los estudios que, desde la Teoría General del Derecho, intentan aproximarse al núcleo de la decisión judicial como elemento clave de la interpretación de las normas, la construcción de un genuino Estado de Derecho, pero también desde el punto de vista de la “predictibilidad” de tales decisiones. La aparición y vertiginoso desarrollo de la aplicación de la “Inteligencia Artificial” (AI) a este ámbito no hará sino incrementar el interés por estos estudios. Permítase simplemente dejar reseñados, entre otros muchos, ASIS ROIG, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995; GARRIDO GOMEZ, María Isabel “La predictibilidad de las decisiones judiciales” Revista Ius et Praxis, 15/2009, e incluso la aproximación que dice emplear aspectos propios de la psicología, de NOVO, M, ARCE, R y Jölluskin, GS “La disparidad en las decisiones judiciales” -pgs. 171 y siguientes- dentro de la obra, Jueces: Formación de juicios y sentencias. Editorial Universitaria, Granada 2003; también de NOVO, M y ARCE, R. ahora con FARIÑA, F “Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales” Psychothema, Vol. 14, núm. 1/2002 (donde explican el método empleado para seleccionar un tipo de sentencias concreto -fechas, jurisdicción y ámbito territorial- para elaborar un estudio sobre algún concreto aspecto de las decisiones adoptadas en las mismas), y concluir, con la misma perspectiva, con la mención de “Razonamiento jurídico y toma de decisión. Breves notas acerca de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial” (Lionetti de Zorzi, Juan Pablo) [http://universitas.idhbc.es/n03/03-02\\_lionetti.pdf](http://universitas.idhbc.es/n03/03-02_lionetti.pdf), incluso para recordar con él al autor y la cita con la que comienza su trabajo en el que trae a colación unas palabras de Miguel de Unamuno, extraídas de su obra, “Del sentimiento trágico de la vida”, “Hegel -dice Unamuno- hizo célebre su aforismo de que todo lo racional es real y todo lo real racional; pero somos muchos los que, no convencidos por Hegel, seguimos creyendo que lo real, lo realmente real, es irracional, que la razón construye sobre irracionalidades”.

<sup>2</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma

gustaba de afirmar que la fórmula legal según la cual “serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar” es la más rotunda tautología de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Cabría dejar al lector el sustituir la referencia a la figura retórica (tautología) por la forma más llanamente española que imagine, pero ello no evitará que, una y otra vez, haya que acudir a la acuñada expresión legal, arraigada y en modo alguno carente de significado, por más que -como buena “petición de principio”- al intentar definir algo, no haga sino tender a dibujar un círculo, un eterno retorno al origen de la cuestión: ¿qué es indemnizable?, cuestión especialmente compleja teniendo en cuenta que la Administración estará obligada a indemnizar cuando el daño sea consecuencia tanto del “funcionamiento normal como anormal”.

Las próximas páginas no pretenderán responder a dicha cuestión nuclear, sino que -mas humildemente- se dedicarán a describir una derivada de ella, haciéndolo desde una perspectiva concreta, la respuesta de los Tribunales.

Más que hablar de ¿qué es indemnizable?, se hará de “¿a cuánto puede ascender la indemnización?”<sup>3</sup> Es decir, se trata de conocer

legislativa” Revista española de Derecho Administrativo num. 94/1997.

<sup>3</sup> Téngase en cuenta la parquedad con que se refiere a ello la Ley 40/2015, artículo 34, “2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas

la posición de la reciente jurisprudencia sobre las posibilidades de obtener una indemnización que abarque -en clásica expresión dual- el lucro cesante, y no solo, el daño emergente, como manera para intentar comprender en qué casos cabe esperar obtener una indemnización de la Administración, así como y cuanto puede representar, en el monto total de la indemnización, la partida de lucro cesante.

Siendo el punto de vista adoptado el de la solución a los problemas por los tribunales, y tratándose sobre responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, la consecuencia es un inevitable casuismo, que -como la vida misma- siempre se resiste no ya a la clasificación sino incluso a la mera enumeración con cierto ánimo de exhaustividad.

## 2.- FUNCIONAMIENTO ANORMAL, NORMAL ... Y ESTADO DE ALARMA.

Si cualquier estudio jurisprudencial de la responsabilidad civil es indefectiblemente<sup>4</sup>, tanto o más cuando lo que resulta más marcado cuando de lo que se trata es de la responsabilidad patrimonial de las administraciones (poderes) públicas, pues a muchos de los elementos a los que tiene que atender, se añade la peculiar circunstancia de que estas Administraciones/Poderes

aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social. 3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas. 4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

4 El pretorianismo de la construcción de la responsabilidad civil se puede comprender tanto a partir del estudio de sus orígenes en el Derecho Romano (VIDAL RAMIREZ, F. “La responsabilidad civil” Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Pontificia del Perú, número 54/2001), como en el giro a su moderna construcción hacia posiciones más objetivas (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis.- “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual” AFDUAM núm. 4/2000, que trae a colación el giro provocado por la ley y la jurisprudencia francesa consecuencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1896).

públicos responden (ofrecen una garantía patrimonial de carácter indemnizatorio), tanto en casos de funcionamiento anormal como en (determinados) supuestos de funcionamiento normal<sup>5</sup>.

Resultando “mas natural”, mas fácilmente comprensible, el que la compensación provenga de un funcionamiento anormal, aunque al formular la ecuación se intente buscar distancia con la vieja responsabilidad aquiliana, fijando el vínculo en un elemento objetivo, la relación causal, en casos de anormalidad, el otorgar o no la indemnización, es fácil que lleve a esa impresión que puede ser calificada como de “reverdecimiento de la culpa”<sup>6</sup>.

5 En paradigmática expresión, “la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa ... a partir del principio objetivo de garantía patrimonial de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate. Estas causas de justificación han de ser expresas para que puedan ser estimadas y deben consistir siempre en un título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado... fuera de estas hipótesis, todo perjuicio o minoración patrimonial imputable a un ente público (sea o no lícita la acción que lo causa...) será una lesión, un perjuicio objetivamente injusto, esto es, no expresamente justificado, que por razón de su misma antijuridicidad objetiva tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento” E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, vol. II. Ed. Civitas, 1993, pgs.373-374.

Véase también, desde la perspectiva de la imputación, GAMERO CASADO, E y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Ed. Tecnos, 2016 pgs. 711 y siguientes, en las que incluye un cuadro que diferencia tres criterios, el objetivo en sentido estricto, el denominado objetivo circunstancial y el culposo.

6 Véase el tan agudo como crítico trabajo de Marcelo J LOPEZ MESA “El reverdecer de la culpa como elemento de la responsabilidad civil” (en “Realidades y tendencias del Derecho civil del siglo XXI” <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=1020>), que comienza con su referencia a Mariano ALONSO PEREZ sobre los tiempos de postcodificación que nos tocan vivir, con lo que ello supone de dispersión normativa, de “ruptura del orden” -se dice- en el que, según el autor, “una de las manifestaciones de este caos jurídico es, en materia de responsabilidad civil, el reinado de la ideología de la reparación y otros peligros, a impulsos de dicha ideología, la pretensa supresión de varios de los presupuestos de la responsabilidad civil, el imperialismo del daño como única pauta por considerar y el ocaso de la culpa, como fundamento del deber de indemnizar”. A partir de esa afirmación, el autor desgana las razones para la supervivencia (y aún, mayor relevancia) de la culpa como razón de ser de un sistema de responsabilidad civil, afirmando que “ello implica un reverdecer de la responsabilidad civil y de la culpa, como punta de lanza de ella, que lejos de sucumbir se muestra todavía idónea para cumplir su papel” y añade “la responsabilidad civil es lo que es y no puede sustituirse en algo incompatible con lo que siempre ha sido. Evolución no es ruptura con los orígenes...”.

Es de estos casos de los que se ocupa mas habitualmente la jurisprudencia, siendo quizá estadísticamente menos habitual el que se susciten ante los Tribunales supuestos de funcionamiento normal indemnizable<sup>7</sup>, aunque

7 SANTAMARIA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo* Vol. II, Ed. Ceura, 1999) se refiere a la responsabilidad patrimonial como consecuencia del “funcionamiento normal” apuntando certeramente que “produce mayor desasosiego aún”, para acto seguido explicar en qué no y en que sí consiste: “pero está claro que no significa que la Administración deba indemnizar en cualquier caso, incluso cuando su actividad hubiera respetado estrictamente los antes citados estándares de calidad y rendimiento. Antes bien, significa dos cosas: de una parte hace alusión a los supuestos de responsabilidad por riesgo... y de otra, hace referencia a los supuestos de responsabilidad por enriquecimiento sin título de la Administración, en los que esta obtiene un beneficio cualquiera, tanto positivo como negativo... como consecuencia de un daño o disminución patrimonial producidos a un tercero... a quien realiza sin contrato una actividad para la Administración” (pg. 482-483)

Al respecto de la responsabilidad por “funcionamiento normal”, cítese también GARRIDO MAYOL, Vicente. “El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial y el funcionamiento normal de los servicios públicos” Revista Española de la Función Consultiva. Núm. 1/2004, que menciona supuestos de ello, aludiendo a los casos del llamado “daño desproporcionado”, el ejercicio del *ius variandi*, lo que describe como “el riesgo creado”, los casos derivados de la acción de la policía y otros servicios de emergencia, así como los derivados de la realización de obras públicas, apartado éste en el que, con la cita de diversos Dictámenes y Sentencias intenta avanzar en la comprensión de que en supuestos es o no procedente la indemnización. Sería fácil la cita de aquellos casos en que la reclamación deriva de la pérdida de valor de una finca, o de las dificultades, e incluso imposibilidad, de desarrollo de una actividad empresarial (sea un restaurante, una gasolinera o un concesionario de vehículos), pero, el artículo mencionado lo firma un valenciano, y estas líneas las escribe otro valenciano, de modo que resulta irresistible traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de abril de 2003, que acoge la indemnización solicitada por el propietario de un huerto de naranjos que no pudo llevar a cabo las tareas de cultivo y recolección de la cosecha como consecuencia de la construcción de una vía, debiendo además el Ayuntamiento construir una rampa.

Igualmente se refiere a la responsabilidad derivada del funcionamiento normal, LOPEZ CANDELA, Javier. “El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal con especial mención al sector sanitario” núm. 15/2008, que termina su trabajo con una reflexión de clara voluntad restrictiva, y que no sobraría transcribir. El autor, Magistrado de la Audiencia Nacional, dice: “por último, no debemos olvidar los efectos nocivos que la aplicación de la responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario puede conllevar en cuanto al coste de los servicios, el progreso de la medicina, así como de la aplicación de una “medicina defensiva”, bienes jurídicos que no pueden considerarse en modo alguno irrelevantes” (véase también, ATIENZA NAVARRO, María Luisa.- “Acerca de la conveniencia de que la administración responda objetivamente de los daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos” Revista de Derecho Privado núm. 85/2001

quizá son estos aquellos que aparentemente remiten mas claramente al principio según el cual, “serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar”. Buena parte de su comprensión resulta de vincularlo con otro de los muy específicos requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la individualización del daño, lo que lo aleja de las cargas comunes de la vida social, en la medida en que se concreta, si individualiza, incluso aunque fuera por cuanto supone de exceso en la carga impuesta, singularizándola.

Atravesando este singular año 2020, la indemnización derivada de funcionamiento normal, o -incluso- de mero mandato legal, obliga a la cita de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio<sup>8</sup>, cuyo artículo 3,2 establece que “quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”, supuesto al que se refiere Eva María NIETO GARRIDO<sup>9</sup> explicando que su justificación no es otra que la de compensar el sacrificio especial sufrido en aras del interés general, no siendo el único supuesto indemnización de configuración legal (en el sentido de la STC 85/2019)<sup>10</sup>.

8 Sobre el estado de alarma, véanse las SsTC83/2016 y 40/2020.

9 <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2928-La-indemnizacion-de-danos-o-perjuicios-causados-por-las-medidas-adoptadas-durante-el-estado-de-alarma.aspx>. El mencionado trabajo cita otro, cuya consulta también resulta de interés, DOMENECH PASCUAL, G. “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del Covid-19” El Cronista del Estado Social y Democrático núm. 86-87, abril 2020.

10 En el mencionado trabajo, la autora cita también lo previsto en el artículo 3,2 del Decreto Legislativo 1/2006, de la Comunidad de Madrid (daños causados para evitar la propagación de incendios), o artículo 7,2 de la Ley Orgánica 40/2015 (daños causados por la policía a personas distintas del delincuente, con motivo de las labores para evitar o corregir el delito, o detener al delincuente).

Conviene en todo caso, dejar sentado que no deben confundirse estos supuestos indemnizatorios de configuración legal, casos en que la ley contempla derecho a percibir indemnizaciones, no ya para compensar las consecuencias de una medida adoptada en defensa del interés general, y que provoca especial daño en algunos miembros de la misma, con aquellos en que la indemnización se prevé legalmente por razones de solidaridad, casos en los que no existe en modo alguno causa que permitiera imputar el daño a la Administración, pero que sin embargo, en atención a esa razón de solidaridad (propia de un Estado



Excede del objeto de este trabajo el examen, siquiera tangencial, de la cuestión, cuyo debate aún se encuentra en ciernes, y que requiere estudio diferenciado según se trate de las distintas declaraciones de estado de alarma, de las distintas decisiones adicionales de las diversas administraciones autonómicas, y de lo que respecto de cada una de ellas vayan decidiendo los tribunales, comenzando por el Tribunal Constitucional. Valga respecto dejar anotada la obligada la cita del -casi literalmente-monumental trabajo de BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000)* así como los diversos *post* que ha dedicado a la cuestión el profesor y abogado, JOSE LUIS VILLAR EZCURRA<sup>11</sup>

Obviamente, en estos casos, como se apuntaba líneas atrás, dado el carácter normal de la conducta que genera la imputación<sup>12</sup>, el

---

social y democrático) se contempla el pago de cantidades, por ejemplo, víctimas de terrorismo.

<sup>11</sup> Fuerza mayor y responsabilidad por el COVID-19, de 2 de mayo de 2020 (<https://hayderecho.expansion.com/2020/05/02/fuerza-mayor-y-responsabilidad-por-el-covid-19/>) y COVID-19, cisnes negros y responsabilidad de los poderes públicos” de 6 de agosto de 2020 (<https://hayderecho.expansion.com/2020/08/06/covid-19-cisnes-negros-y-responsabilidad-de-los-poderes-publicos>)

<sup>12</sup> No se olvide que lo dispuesto en el artículo 3,2 de la Ley Orgánica de 4/1981, vincula la indemnización con el estado de alarma, al escribir estas líneas se encuentra aún pendiente de resolver la impugnación de dicha declaración del estado de alarma, y -aunque distinto- por extensión también pueden introducir significativas variables, los pronunciamientos de los Tribunales sobre algunas concretas medidas adoptadas

foco del problema se desplazara sobre otros aspectos (fuerza mayor, generalidad...) del que -a los presentes fines- destaca la realidad misma del daño y su entidad, aspecto este en el que habrá que tomar en consideración no solo la pérdida de ingresos o el daño directo que hubieran causado y causen las medidas, sino también aquellas otras decisiones adoptadas por las Administraciones tendentes a compensar aquellos daños (subvenciones, ayudas, deducciones, etc), lo que augura una compleja labor de cuantificación, máxime cuando estas medidas son tanto carácter positivo como negativo, afectan a los mas diversos elementos de la empresa (personal, financiero, real...) o han venido teniendo una pretensión de temporalidad, mayor o menor<sup>13</sup>.

Si bien desde el punto de vista de este trabajo, el principal problema de estas reclamaciones será de determinación del quantum, ello no significa que acaben ahí los problemas, pues también los suscitará de orden subjetivo, ya que aunque las restricciones especialmente (aunque no solo) al funcionamiento de negocios y establecimientos encuentran su encaje último en las sucesivas declaraciones del Estado de Alarma, sin embargo son concretadas también a través de una pléyade de decisiones especialmente autonómicas, lo que permitirá interpretaciones diversas respecto de a quien reclamar o cual fuera el cauce adecuado para hacerlo, incluida la referencia a lo previsto para la “Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas” en el artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>14</sup>.

Mientras se redactan estas páginas, se empieza a tener noticias de la avalancha de litigiosidad que seguirá a la pandemia, pues

---

por las distintas Administraciones públicas, pues en esos casos la acción podría tener encaje bien en la declaración del estado de alarma, bien en la ilegalidad misma de la decisión adoptada, aspecto al que se hará referencia mas adelante.

<sup>13</sup> Recuérdese que el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, contempla la posibilidad de requisas e intervención y ocupación transitoria de “industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados”, con el consiguiente reflejo en la regulación de valoraciones expropiatorias.

<sup>14</sup> Cítese, por todos, MUÑOZ MACHADO, S. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1992 así como MAESTRE DELGADO, J.F. “La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas” *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 36. Septiembre-Diciembre 1992

la excepcionalidad de los tiempos que nos toca vivir, lejos de ofrecer consecuencias humanas inauditas, lo que hace es extremar las ya habituales, aunque sea dando lugar a una sensación de vértigo sobre los límites de los poderes públicos, de las propias libertades de las que gozamos e incluso de cuánto puede soportar la estructura de juzgados y tribunales ¿qué pueden o no decidir? ¿cuántos asuntos pueden gestionar?) o las magnitudes económicas que podrían acompañar a las pretensiones indemnizatorias<sup>15</sup>.

Correlativamente, aunque lo previsto en la Ley Orgánica permite plantear la acción de resarcimiento frente a las Administraciones públicas, como es comprensible, los particulares han comenzado a litigar frente a sus aseguradoras, reclamando indemnizaciones derivadas de la cobertura de lucro cesante que contemplan sus pólizas.

Cítese, por ejemplo, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de

<sup>15</sup> Al tratar de crisis sanitarias precedentes, cítese, SsTSJ Madrid de 10 de enero de 2019 (JUR 2019/117346) que denegó la pretensión indemnizatoria de la propiedad de una peluquería, al considerar que la Administración actuó conforme a Derecho, aludiendo para ello al "precitado principio de precaución" (que 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...), así como -entre otras- la SAN Sentencia de 7 marzo 2014 (RJCA 2014\442) que igualmente desestimaba la pretensión indemnizatoria atendiendo a lo acertado (mejor, casi a o inevitable) de la decisión administrativa, al afirmar que "ninguna duda cabe de que el cierre del espacio aéreo resultó inevitable, en garantía de la seguridad aérea, una vez constatado el "plante" de la mayoría de los controladores aéreos que tenían que prestar servicio en cada turno y centro de control. Pues a AENA compete, en virtud del Real Decreto 1161/1999 ( RCL 1999, 1886 y 2524) , el deber de garantizar el tránsito aéreo con seguridad, fluidez y eficacia, y dirigir, coordinar, explotar y gestionar los servicios de seguridad en los aeropuertos. Y a tal deber de garantizar la seguridad responde el cierre del espacio aéreo, que supuso la cancelación de numerosos vuelos, con los consiguientes perjuicios para usuarios y empresas del sector, sin que tal actuación, dirigida, como decimos, a garantizar la seguridad del tráfico aéreo, pueda constituir un título de imputación del que derive responsabilidad para AENA. En tal sentido se pronunció este tribunal en sentencia de fecha 18/12/09 (RJCA 2010, 155), en un supuesto de cierre de un aeropuerto debido a la invasión de sus pistas por trabajadores de una compañía aérea. Decíamos entonces, y se reitera ahora, que ante una situación de emergencia, y la que estamos examinando lo fue, el cese de la actividad aeroportuaria se revela como una decisión correcta porque atiende a un contexto de seguridad exigido por la norma, de modo que desde esta perspectiva existiría un título jurídico que legitima la conducta de la Administración.

febrero de 2021<sup>16</sup>La naturaleza jurídica de la acción es del todo distinta en un caso y en otro, y los problemas que se plantean, también son diferentes, pero al final encontrarán un punto de convergencia, pues no es descartable que aquellas aseguradoras que tengan contratada una garantía que ampare estos hechos o que se vean obligadas a indemnizar en virtud de Sentencia judicial, ulteriormente se planteen reclamar lo abonado a la Administración.

A este respecto solo dejar anotado que lo que la aseguradora podrá reclamar (en virtud de la subrogación operada al amparo del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro) no es automáticamente lo pagado a su asegurado (calculado conforme a las obligaciones convenidas en la póliza), sino solo aquello que sea encuadrable en las consecuencias del artículo 3,2 de la Ley Orgánica 4/1981 y que en aquellos casos en que, cuando lo pagado no sea consecuencia del cumplimiento de una Sentencia judicial, si la decisión de atender el siniestro va acompañada de dudas sobre la vinculación entre pago y póliza, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 1158 del Código Civil, y por lo tanto que pudiera ser prudente advertir a la Administración pública del pago que se va a efectuar, dado que el mismo va ser seguido de su reclamación.

### 3.- NUEVA RETORICA (APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL).

Para los teóricos de la "nueva retórica jurídica", quizá singularmente Chaim PERELMAN<sup>17</sup>,

<sup>16</sup> Dada la voracidad con que se consumen noticias sobre la cuestión, en relación con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, tráiganse a colación su reseña en distintas website que pasan de simplemente dar la noticia a incluso evaluar posibles consecuencias económicas (<https://www.rocajunyent.com/es/eventos-y-publicaciones/alertas/alerta-informativa-perdida-de-beneficios-por-la-paralizacion-de-la/> <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/una-aseguradora-pagara-6-000-euros-a-un-propietario-por-tener-su-negocio-paralizado-a-causa-del-covid/> <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2021/02/16/602c0e02e5fdea010c8b45b7.html> <https://www.informacion.es/alicante/2021/02/19/60-negocios-reclamar-seguro-indemnizacion-35082362.html>)

<sup>17</sup> PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1979, y permítase traer aquí a colación un concreto pasaje de dicha obra que permitirá comprender el enfoque con que se abordan de estas páginas: «La lógica jurídica, especialmente la judicial, que hemos tratado de obtener a través del análisis del razonamiento de los juristas y especialmente de las Cortes de Casación, se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento

el razonamiento jurídico práctico tiene un carácter discursivo, abordando la solución de los problemas mediante la construcción de un discurso orientado a persuadir, que alcanza a constituir el conocimiento jurídico. Ese discurso es dialéctico, lo que adaptado al ámbito forense, remite a los argumentos de las partes y la decisión de los Jueces y Tribunales<sup>18</sup>

Partiendo de este enfoque se expondrán a continuación una serie de supuestos extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero también de las Salas de lo Contencioso de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, habida de 2015 a la actualidad.

De su exposición cabrá obtener las consideraciones o “impresiones” (casi en el sentido pictórico del término<sup>19</sup>), que se ha optado por presentar como una suerte de prólogo, guía para que complemente el catálogo posterior, de modo que el lector pueda elegir consultar aquellos supuestos que sean de su interés bajo la orientación de las reflexiones generales que anteceden.

Si habrán de hacerse dos advertencias previas más.

En primer término, pese a ser evidente, no deja de pasar desapercibido. La jurisprudencia

---

en la sociedad” (pg. 233) (al respecto de la permanente actualidad de la llamada “nueva retórica” y las tesis de Perelman, véase, GARCIA OBANDO, Pedro Antonio, “El concepto de auditorio en la decisión judicial. La perspectiva de Perelman (el debate continúa)” Revista Dixit, número 14/2011, en el que -entre otras cosas- recuerda que “una decisión judicial no solo crea situaciones nuevas...sino que dispone una cierta manera de actuar en casos concretos de la vida” -pg.30-

18 Resulta especialmente sugerente el trabajo “El relativo valor de la justicia (administrativa). Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La zona “de lo interpretable” y el azar en el Derecho”. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. Revista Aranzadi Doctrinal 7/2015.

19 Se ha dicho “impresiones” en un sentido casi pictórico, pero bien podría remitirnos a un planteamiento propio de la filosofía del Derecho. No se olvide que para D. Hume la experiencia está compuesta de ideas e impresiones, y es bien sabido el interés del pensamiento del autor escocés en la construcción de la “*New Natural Law Theory*” (ARANCIBIA. F. “Relaciones entre la filosofía de Hume y la ética de la ley natural” Pensamiento, número 280, Año 2018. WIDOW LIRA, F. “La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i” Anales del Seminario de Historia de la Filosofía. UCM Vol12 Núm. 2/2015) Quien escribe estas líneas no quiere negar el “subjetivismo” de la cita, pues uno de los efectos de la pandemia fue la suspensión -casi coincidente con su inauguración- de un seminario interdepartamental en la Facultad de Derecho de la Universidad San Pablo CEU sobre la obra de John Finnis.

no es en modo alguno fiel reflejo de la realidad, ni de la puramente social, ni aún de la judicializada. Del conjunto de cuantos pudieran ser objeto de controversia, no pocos asuntos terminan en vía administrativa, o en Sentencia de Juzgado o Juzgado Central. Solo algunos alcanzan el nivel de los mencionados Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional o la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, sea en primera instancia o en virtud de recurso frente a previa Sentencia, supuesto este en que aún habría que recordar las singularidades del recurso de casación.

En segundo lugar, a fuerza de redundante, la jurisprudencia analizada en este trabajo deriva de Tribunales del orden contencioso administrativo, es decir, se ha dejado al margen el copioso corpus jurisprudencial que con abrumadora cotidianidad, simultáneamente al orden contencioso, se produce en los órdenes civiles, penales y sociales. Resulta extraordinariamente sugestiva la labor comparativa, pero desborda la finalidad de este trabajo, y como haría cualquier avezado viajero, un buen viaje deja siempre algún destino sin visitar para justificar el retorno.

## II.- IMPRESIONES DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

**1.- PRESENTACION.-** La lectura de las sentencias a las que se ha acotado este estudio permiten descartar la tentadora sensación de que la regla es la falta de reglas, de que -como se apuntaba en el título del trabajo- fuera el azar, y no la aplicación de criterios jurídicos, la fuerza que moviera la adopción de decisiones judiciales. Como recuerdan las frecuentes apelaciones a la llamada “inteligencia artificial” (IA)<sup>20</sup>, es la acumulación de información y los mecanismos con que se racionalizan los que permiten alcanzar una comprensión del conjunto, y esa comprensión permite operar sobre el mismo con un cierto grado de certidumbre.

Avanzar en la observación del constantemente en crecimiento “bosque jurisprudencial”, intentar comprenderlo mas allá que como un ingente acopio de Sentencias, requiere sistematizarlo, para que así cobre una forma inteligible. Cualquier clasificación, por definición, tiene un cierto componente convencional, pero es el único modo de reducir

---

20 En la página de la UNESCO se puede encontrar un ilustrativo estudio bajo el título “Inteligencia artificial: entre el mito y la realidad” (<https://es.unesco.org/courier/2018-3/inteligencia-artificial-mito-y-realidad>)

lo estudiado a un cierto orden<sup>21</sup>.

En este trabajo se optará por una clasificación asentada principalmente en criterios puramente fácticos (un informático los llamaría “intuitivos”), es decir, la primera nota que sirve para clasificar no será -como es frecuente a otros fines- a que Administración o Poder Público se imputa la responsabilidad, sino en qué consisten los hechos de base (diríase, cual es su dinámica) a los que debe dar respuesta la decisión, pues para realmente comprender el Fallo de una Sentencia es preciso explicar cuales sean tales hechos, de modo que -correlativamente- para conocer si hay pautas jurisprudenciales que puedan generalizarse respecto de la partida de lucro cesante debe conocerse qué hechos eran la base de la solicitud misma de tal partida.

De este modo, el mosaico jurisprudencial permite obtener unas primeras consecuencias que cabría calificar de meramente cuantitativas, que luego serán acompañadas de otras mas esencialmente jurídicas, en sus vertientes adjetiva y sustantiva.

## B.- CONSIDERACIONES DESDE UN PUNTO DE VISTA PURAMENTE CUANTITATIVO.

En el apartado que se ha denominado de **cuantitativo, y apelando a los hechos enjuiciados**, podríamos establecer dos grandes categorías. Por un lado, aquellos asuntos de los que podríamos identificar asuntos relativamente análogos a los que tantas veces se presentan ante la jurisdicción ordinaria. Por otra parte, aquellos mucho mas caracterizados por la propia dinámica del actuar administrativo.

Formarían parte de la primera categoría asuntos en que la reclamación deriva de la caída de un árbol, el robo de un vehículo que se encuentra en un parking, o las consecuencias de un incendio<sup>22</sup>.

Como se verá, en la jurisprudencia

seleccionada no se incluyen Sentencias que se refieran a lo que genéricamente puede denominarse como “responsabilidad médica”, y ello no puede deberse a la falta de litigiosidad sobre ese ámbito, antes al contrario. La explicación quizá quepa encontrarla en que en estos casos, frecuentemente la cuantificación remite (mutatis mutandis) al baremo legal previsto para accidentes de tráfico. Pero también puede comprenderse si se observa que en no pocas ocasiones lo que se discute es la realidad misma de los distintos conceptos reclamados (días de curación, secuelas, gastos, etc) o en otras ocasiones la controversia o bien alude a la noción de daño moral o bien a la “pérdida de oportunidad”<sup>23</sup>.

23 Dicho lo anterior, cítense solo algunas Sentencias al respecto, comenzando por una significativamente reciente STSJ de Asturias de 10 marzo de 2020 (Sección 1ª JUR 2020\123538) aunque solo fuese porque -días antes de la declaración de alarma debida a la epidemia de COVID19- analiza el caso de un nieto que reclama porque un alta prematura de su abuelo da lugar a que resulte contagiado del virus del SARM/MRSA. Se reconoce la responsabilidad patrimonial (aprecia “la vulneración de la lex artis por alta prematura sin practicar las pruebas debida” a lo que añade que “el nieto no tenía el deber de soportar contagio bacteriano alguno y menos al estar en su domicilio acompañado por quien recibió el alta médica indebida”), al proceder a cuantificar, dice “existe un evidente daño moral y un perjuicio directo en las condiciones y defensas del menor como consecuencia de la colonización pues se refiere al MRSA (resistente a la metilicina, con riesgo de infección significativamente superior al de las cepas sensibles a la metilicina), que requerirá una mayor vigilancia en el futuro, pues puede propiciar la ulterior infección con evolución a formas graves, sistémicas e incluso mortales en personas con defensas bajas, lo que nos lleva a efectuar una evaluación del riesgo cierto y posible, aunque improbable”, y como quiera que el reclamante no ha aportado concreta prueba pericial, la dificultad de cuantificar, da lugar a que concedan 7.000 euros por todos los conceptos (para incluir expresamente el daño moral, que -en la práctica- parece lo único indemnizado).

También la STS de 20 marzo de 2018 (Sección 6ª Ponente Sr. Suay Rincon RJ 2018\1376) en que la indemnización se vincula al retraso en el retraso de un diagnóstico y la falta de información sobre el resultado de una prueba, habiéndose estimado (muy) parcialmente la indemnización en la instancia, lo que es confirmado por el Tribunal Supremo, que se refiere nuevamente a la noción de “pérdida de oportunidad” de la que recuerda que “se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo” añadiendo que “según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso resultará procedente una cuantía u otra, más cercana evidentemente en determinados supuestos a la de la completa indemnidad, si se consideran que son muchas las posibilidades de curación si no se hubiese producido la pérdida de oportunidad y más lejana, si se consideran en cambio remotas tales

21 Si en la ciencia, las clasificaciones son estudiadas por la taxonomía, no debe olvidarse que, incluso etimológicamente, taxis remite “ordenamiento” y nomos a “norma”, y que epistemología y heurística nos enseñan plantear los problemas y ordenar los materiales para intentar con ello alcanzar su comprensión e intentar avanzar en la solución de problemas.

22 En este punto, resulta interesante traer a colación la clasificación que emplea A. GORDILLO en su *Teoría General de Derecho Administrativo*. Madrid, Inst. Est. Admon. Local, 1984, que en el capítulo relativo a al “Responsabilidad del Estado”, distingue entre “responsabilidad por hechos y actos administrativos” (páginas 545 y siguientes) (pdf tomo 8, capítulo XVI, disponible en gordillo.com).

El segundo grupo es más heterogéneo, e incluiría asuntos en que el perjuicio se dice derivar del retraso en la obtención de una licencia, una concesión o simplemente una plaza funcional, e incluso la tardanza en la clausura de un establecimiento rival, la denegación de una concesión, o la orden de retirada de un producto o de expulsión de un extranjero, pero también otros en que el repetido perjuicio se quiere anular a la anulación de un previo acto administrativo. A este grupo tan diverso de supuestos se le habrían de añadir aquellos en que la reclamación se relaciona con un contrato administrativo o un convenio urbanístico. Y aún, añadir el singular supuesto derivado de la actuación de los jueces y tribunales.

De este segundo grupo aún cabría decir varias cosas más, comenzando porque (al menos, al analizar sentencias que no provienen de Juzgados o Juzgados Centrales), son más numerosos los asuntos que cabría incluir en esta categoría.

Como se puede comprender del mero enunciado, en esta categoría podrían incluirse reclamaciones que encuentran su origen tanto en la actuación contraria a Derecho (actos o disposiciones viciadas de validez) como en el mero hecho de la inacción o lentitud en el actuar administrativo. En todos los casos,

---

posibilidades. Pero, en todo caso, con arreglo a esta doctrina no cabría llegar a la reparación integral del daño infligido”

Finalmente, las SsTS de 18 diciembre de 2017 (Sección 5ª Ponente Sr Herrero Pina RJ 2017\5604) y de 26 mayo 2015 (Sección 4ª Ponente Sr. Cudero Blas RJ 2015\3132) en las que la responsabilidad deriva del reconocimiento de vulneración de la *lex artis*, acudiendo a los distintos conceptos del baremo legal previsto para indemnizar a las víctimas de accidentes de tráfico así como a la necesidad de probar lo que se reclama, su realidad y/o su alcance.

La bibliografía sobre la materia es igualmente abundante, sin ánimo de exhaustividad, pero sí por el interés del asunto que tratan, véanse, DOMINGUEZ LUIS, José Antonio “Responsabilidad patrimonial sanitaria por (no) colocación de implante anticonceptivo: medicina satisfactiva, daño anormal y mala praxis” Revista Aranzadi Doctrinal num. 6/2016; CADENAS OSUNA, Davinia “El daño indemnizable en los supuestos de «wrongful birth». Análisis crítico de la doctrina jurisprudencial y propuestas de mejora” Revista de Derecho Patrimonial num. 48/2019; MEDINA ALCOZ, Luis “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas” Revista española de Derecho Administrativo num. 153/2012, MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)” Revista Española de Derecho Administrativo 140/2008, así como AHUMADA RAMOS, Francisco Javier “Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria: la pérdida de oportunidad y los daños causados por error de diagnóstico” en La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Ed. Aranzadi, 2009

en mayor o menor medida, a la complejidad técnica de los problemas jurídicos suscitados se añade una larga historia procesal previa, el camino para llegar a la resolución de la petición indemnizatoria está jalonada por no pocas resoluciones administrativas y judiciales previas<sup>24</sup>.

### C.- NO SIEMPRE SE GANA

La segunda conclusión provisional que cabría tildar de cuantitativa se obtendría de una rápida observación del **resultado en la reclamación del lucro cesante**. Aquí las Sentencias podrían agruparse en tres apartados.

Aquellas en que se rechaza la existencia misma de responsabilidad patrimonial, pese a lo cual la Sala afirma que, en todo caso, tampoco considera que hubiera de darse lugar a la concreta reclamación económica.

Un segundo grupo lo integrarían aquellas Sentencias que aunque reconocen que sí ha lugar a considerar la existencia de responsabilidad patrimonial, sin embargo se deniega la indemnización por el concepto de lucro cesante.

El último grupo vendría representado por aquellas Sentencias en que reconocida la responsabilidad patrimonial de la Administración, además -de un modo u otro- se estima la petición de condena por el concepto de lucro cesante.

El trabajo no tiene una finalidad estadística, ni aún cumple con una metodología que lo validase, de modo que solo puede servir para ofrecer una impresión del hecho de decir que son más las Sentencias que (de un modo u otro) deniegan, que aquellas que conceden. Ciertamente que en el grupo de las que estiman la existencia de responsabilidad patrimonial, sin conceder cantidades por lucro cesante, no faltan las ocasiones en que en vía administrativa, en vía judicial, o en ambas, se conceda una cantidad como como indemnización, aunque sea por otros conceptos (mayoritariamente

---

24 Desde el punto de vista de la sucesión de procedimientos y procesos, con el consiguiente incremento en gastos y tiempo, muchos de estos asuntos complejos (en el sentido de que la reclamación patrimonial no es más que la última fase de varios procedimientos administrativos y judiciales), de algún modo traen a la memoria la eterna novela de Dickens, Casa desolada (véase, CAMACHO, Anderson F. “Los jueces y abogados frente a la literatura universal” UNAM - www.UNAMarchivos.juridicas.unam.mx › www › bjb › libros)

daño emergente, en algún caso daño moral), pero tampoco faltan los supuestos en que quien pedía una indemnización se encuentre con una Sentencia que reconoce que tenía derecho a ser indemnizado, o bien no ve incrementada la que ya obtuvo en previas instancias o se encuentre con que los tribunales no le conceden cantidad o partida alguna,

Complétese esa impresión con la que podría obtenerse si atendiese a las cifras obtenidas, pues incluso en los asuntos en que se aceptan ambas premisas, existencia de responsabilidad y reconocimiento de cantidad por el concepto de lucro cesante, en no pocas ocasiones se procede a sustanciales reducciones de lo solicitado.

#### 4. REFLEXIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS

Como se dejó anticipado, a este primer grupo de “impresiones” (mas que conclusiones), si se quiere mas superficiales, pues se basan en datos sobre los hechos invocados, en la dinámica de su más o menos compleja “historia” procesal, o en el resultado del litigio, habría que añadir aquellas otras mas de jurídicas, apartado en el que se incluirían aspectos procesales y sustantivos.

##### A.- PRUEBA Y EJECUCION DE SENTENCIA.

Centrado el examen en la reclamación por lucro cesante, desde el **punto de vista procesal** la pregunta atañe a qué tipo de prueba es aquella que se tiene en cuenta.

Ningún jurista se sorprendería de que en materia de prueba la respuesta remita a la pericial, pero siendo eso verdad, no es ni remotamente toda la verdad, no lo es en relación con el conjunto de medios probatorios empleados, y significativamente no lo es cuando se observa lo desigual de la correlación entre el sentido del informe pericial y resultado obtenido.

Afirmándose por la doctrina y la jurisprudencia el carácter casuístico del lucro cesante, no es de extrañar la importancia de la prueba, la exigencia de demostrar que se ha causado un daño resarcible, que el mismo es imputable a la actuación administrativa, y que no se tiene el deber jurídico de soportar ese daño.

Para ello, pesando la carga de la prueba sobre el reclamante<sup>25</sup>, este suele acudir a

informes periciales, ya aportados en sede administrativa<sup>26</sup>, a la aportación de documentos (muchas veces, soporte de aquel informe), etc. Y los recurridos, amén de la crítica de los informes periciales aportados, en su oposición emplean otros informes e incluso pruebas testificales.

La lógica propia del modo de actuar de la Administración hace que mucha de esa prueba obre incorporada al expediente, en cuyo caso, en sede jurisdiccional, a su reproducción documental se puede añadir la ratificación de pericias y testimonios.

Ciertamente la prueba pericial es una de las reiteradamente presentes en litigios de responsabilidad patrimonial, pero su implementación práctica abre un basto panorama de diversidad casuística y legal.

Desde el punto de vista de la casuística, aunque solo fuera atendiendo a los diversos tipos de peritos que pueden ser requeridos, la lista tan amplia como diverso fuera el posible “universo” de supuestos de hecho. Ciertamente habrá peritos médicos, pero también arquitectos<sup>27</sup>, ingenieros, economistas, contables, actuarios, etc. Es más, cada una de estas categorías no abre sino una serie de posibles subclasificaciones, sirva con que imaginemos las distintas especialidades médicas, o los diferentes campos de la ingeniería.

A esta variedad de especialidades, debe añadirse la también diversa regulación jurídica

---

caso de la responsabilidad patrimonial, el reclamante debe acreditar la realidad de los hechos, del nexo causal, y desde luego debe acreditar cuanto atañe a aquello que reclama. Otro de los ámbitos prototípicos de la responsabilidad objetiva es el derivado del seguro obligatorio de automóviles, respecto del que en 2015 se produjeron importantes modificaciones legales que atañen también a la prueba, véase, RIVAS VELASCO, María José, “Nexo causal y su prueba tras la Ley 35/2015” Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2019, en que recuerda aquello que sigue siendo objeto de carga probatoria del actor, para luego tratar sobre aspectos procesales de dicha exigencia.

26 No se olvide que el artículo 67,1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, impone que “además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”.

27 Véase, entre otras, el *Tratado de Arquitectura Legal*, editorial Aranzadi, 2013, que reserva un capítulo a la actuación profesional del arquitecto como perito.

<sup>25</sup> En los sistemas de responsabilidad objetiva, como es el

aplicable a la prueba pericial, cuyo efecto se muestra en la realidad práctica de la litigiosidad.

Sin ánimo de exhaustividad, la prueba (y por ende, la pericial) se encuentra regulada en la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (artículos 77 y 78), y también lo está en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 60 y 61, amén de las especialidades contenidas en el artículo 78 del mismo cuerpo legal). Ambos cuerpos legales se remiten supletoriamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla el dictamen de peritos en sus artículos 335 y siguientes. Esta rápida cita legal no agota la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la prueba pericial, pero es a la que habrá de atenderse el juez contencioso. Es más, puede muy bien ocurrir que acaben allegando al proceso contencioso dictamen periciales producidos con motivo de previos procesos penales o sociales<sup>28</sup>, ámbitos con sus propias y no menores especialidades procesales al respecto. Una vez incorporados al expediente administrativo y unidos con la demanda, estos serán documentos cuya valoración quedará a criterio del juzgador, o dictámenes, cuya ratificación habrá de ofrecerse, más allá de las especialidades procesales con que se hayan obtenido.

Siendo eso así, no sería inusual no ya la aportación de nuevos informes derivados de lo que se contuviera en la resolución administrativa recurrida, sino incluso la petición de que se designe perito judicial, a la que aluden varias de las Sentencias examinadas, pese a la impresión que pudiera derivarse de la práctica de no pocos juzgados y tribunales en atención a la regulación de la prueba pericial contenida en los artículos 335 y siguientes de la ley procesal civil<sup>29</sup>, y su

28 Véase, entre otros, VIGO SERRALVO, Francisco, "La asistencia pericial médico forense en el proceso jurisdiccional de Seguridad Social en materia prestacional ¿Discrecionalidad judicial o derecho del beneficiario? Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 227/2020 y la ya citada, RIVAS VELASCO, María José, "Nexo causal y su prueba tras la Ley 35/2015" Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2019 que explica con detalle el momento procesal de aportación de dictámenes o las distintas vías de producción de los mismos, contempladas en la legislación procesal civil y en la mencionada Ley 35/2015, ya que al coincidir esta con la modificación del Código Penal que dio lugar a la desaparición de las antiguas "faltas", dio lugar a toda una transformación procedimental relativa a la producción de informes periciales sobre la sanidad de las víctimas de accidentes de tráfico.

29 El artículo 336 de la ley procesal civil estipula que "los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, sin

aplicación supletoria en el orden contencioso, ámbito en el que los artículos 60, 61 y 78 de la ley jurisdiccional incluyen especialidades que afectan especialmente a la proposición y práctica de la prueba<sup>30</sup>.

---

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337", siendo este precepto el que permite que "si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendán valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal" (complétese el cuadro con lo previsto en el artículo 338).

De este modo, la posible designación de peritos por el Tribunal queda constreñida a lo prevenido en el artículo 339 que ofrece una distinta regulación para el caso de que se litigue como titular del beneficio de justicia gratuita o no, de modo que "si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de asistencia jurídica gratuita", añadiendo el número 2 del mismo precepto que "el demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial". El problema de este segundo supuesto es que requiere de la interpretación del juez sobre la pertinencia de la prueba, es decir, si debe o acoger la designación de perito, cuando la obligación general es que las partes sean las que aporten el dictamen.

30 PALAO TABOADA, Carlos, "La prueba en el proceso contencioso administrativo" Revista Española de Derecho Administrativo núm. 163/2014, que realiza un pormenorizado estudio de la carga de la prueba o los distintos medios de prueba. Aunque en no pocas ocasiones el trabajo se refiere a la conflictividad propia del Derecho tributario, no podemos por menos que traer a colación lo que explica respecto de la prueba pericial, al exponer la función del perito ("el perito más que aportar hechos al proceso auxilia al juez en el conocimiento y valoración de los aportados por otros medios"), o recordar la modificación introducida por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, frente a la de 1881 ("La vigente LEC ha modificado profundamente el sistema anterior sustituyéndolo por un «sistema de pericia dual», en el que no sólo se reconoce plenamente la naturaleza de prueba pericial del dictamen de parte sino que se lo convierte en la modalidad ordinaria de este medio de prueba").

Cualquier referencia al derecho procedimental y procesal administrativo hace imprescindible la cita de la obra de Jesús GONZALEZ PEREZ, cuyos comentarios a la ley jurisdiccional o a la legislación de procedimiento administrativo son el marco imprescindible para cualquier estudio posterior.

Véase también, DURO VENTURA, Cesáreo, "La prueba en la LJCA/1998. Práctica de la prueba" en Tratado de la jurisdicción contencioso administrativa. Editorial Aranzadi, 2012; BELHADJ BEN GOMEZ, Celia, "La prueba pericial, acceso a lugares y cosas. Examen de personas". Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2016, así como la sugerente aproximación a la prueba pericial desde el punto de vista de los Abogados, FERNANDEZ LEON, Oscar, "El interrogatorio

Pero si es relevante lo que se desprende de cuales sean los medios de prueba propuestos por las partes, aún lo es mas el hecho de que en modo alguno se produce una automática correlación entre informe pericial y fallo de la Sentencia, lo que ocurre no solo respecto de informes “de parte”, sino también respecto de informes emitidos por peritos designados por el propio Tribunal, que luego se aparta (en parte e incluso en todo) de lo dictaminado.

Esta falta de correlación no es algo ni prohibido por nuestro ordenamiento, ni aún imposible o siquiera infrecuente, mucho mas si se tiene en cuenta que para la prueba pericial -como para otros medios probatorios- rige el principio de libre valoración de la prueba explicitado en el artículo 348 de la ley ritaria civil, “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”<sup>31</sup>

del perito en juicio” Ed. Aranzadi, 2020.

31 Cítese de nuevo a PALAO TABOADA, “La prueba en el proceso contencioso...”, que al explicar la libre valoración judicial de la prueba pericial, añade que “según autorizada doctrina, este criterio sólo es aplicable a los que denomina «peritajes de opinión», es decir, a aquellos que suponen la formulación de un juicio, por contraposición a los «peritajes científicos», en los que se trata de adquirir certeza sobre un hecho. En estos segundos sólo puede existir una opinión

Aún habría una segunda cuestión procesal que destaca del examen de la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial, pues cabe identificar mas de una Sentencia que remite la determinación del importe indemnizatorio a la fase de ejecución, incluso imponiendo que previamente a acudir al incidente mismo de ejecución, las partes intenten alcanzar un acuerdo y solo cuando ello no sea posible<sup>32</sup>, se solicite del Tribunal que se adopte esa decisión en el seno de la ejecutoria.

Téngase en cuenta que el artículo 71,

por lo que no caben dictámenes contradictorios y el juez no puede sostener algo distinto de lo afirmado por el perito, so pena de dictar una sentencia arbitraria. Por el contrario, los peritajes de opinión, que son los habituales en la práctica forense, pueden ser discrepantes entre sí y el juez tiene que valorarlos a fin de llegar a sus propias conclusiones, que no pueden ser sustituidas por la opinión del perito”, lo que -como explica el mismo autor- remite la cuestión a la necesaria motivación de la Sentencia (con todas las consecuencias procesales de ello), recordando que “los tribunales han formulado diversas pautas orientadoras de la valoración de la prueba pericial que son aplicación del criterio general en casos concretos, las cuales han sido sistematizadas por la doctrina”

32 GAMERO CASADO, Eduardo, “Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo”, Revista española de Derecho Administrativo num. 198/2019



1 d) de la ley jurisdiccional contempla que “la sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. *En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia*”<sup>33</sup>.

## B.- QUÉ HACE GANAR, PARA SABER COMO CALCULARLO.

Aun habría que tratar dos aspectos. El primero es saber cuáles son los aspectos considerados para estimar la reclamación. Y, el segundo, que datos se toman en cuenta para integrar la concreta cantidad que se conceda

Este trabajo se circunscribe a este segundo plano, aunque dado que las Sentencias examinadas reconocen el derecho indemnizatorio, pronunciándose sobre la cuantía a otorgar, necesariamente se irá desgranando que aspectos se toman en consideración para estimar que se produce la responsabilidad misma.

La cuestión de qué cantidades reclamar parece haberse simplificado para el caso de los daños personales, especialmente vinculados a supuestos clásicos de responsabilidad por funcionamiento anormal, y ello por la tendencia a aplicar el baremo previsto en la legislación propia de los accidentes de tráfico (Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor)<sup>34</sup>. El actual baremo de 2015, mas complejo que el precedente<sup>35</sup>, sin duda persigue aunar la objetividad y generalidad originaria del sistema, con una aproximación mas acertada a cada caso concreto<sup>36</sup>. En todo caso, dicho baremo resulta

simplemente orientativo en la mayoría de los casos propios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, como ha mantenido la jurisprudencia, y en este trabajo se trae a colación algún ejemplo de ello.

Dada la extensión de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, que abarca funcionamiento normal y anormal, no debe obviarse las consecuencias de lo previsto en el artículo 1107 del Código Civil<sup>37</sup>, que permite diferenciar la mayor extensión indemnizatoria de aquellos daños causados por culpa grave o dolo, frente a aquellos debidos a culpa leve o sin culpa, supuestos que fácilmente puede trasponerse a funcionamiento anormal, o cualificadamente normal, de los casos de funcionamiento normal<sup>38</sup>.

Como quiera que en algunas ocasiones los Tribunales consideran probado que se ha producido un daño, pero no se concede cantidad alguna por el concepto de lucro cesante al considerar no acreditado su cuantía, llama la atención que no se haga referencia a ciertos económicos<sup>39</sup> que hacen lógicamente imposible dicha premisa, y quizá singularmente

---

*Dyckinson*, 1999, subrayándose el hecho de que ya desde los primeros sistemas de baremo vinculante (a diferencia del precedente) se pusieron de manifiesto las consecuencias que tendría el hecho de que la cuantía indemnizatoria fuera diversa no en atención a la entidad del daño sufrido, sino a que su causa fuera o no un accidente de tráfico (p.ej. PANTALEON, Fernando. “Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor” *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 245/1996).

37 SANCHEZ ARISTI, Rafael, *Comentario al artículo 1107 Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, 2009

38 GARCIA DE ENTERRIA, E y T.R. FERNANDEZ *Curso de Derecho Administrativo*. Ob cit, pg. 410.

39 Son diversos los enfoques con que puede abordarse la indiscutible correlación entre Derecho y Economía, uno de ellos puede enunciarse a través del denominado “análisis económico del Derecho”, en que se considere los impactos económicos de las decisiones legales o jurisprudenciales. Es decir, no solo se intente hacer una aproximación previa a cual sería el coste de una medida, o como efectuar una acertada cuantificación de un bien, o de las partidas que componen una indemnización, sino que se tome en consideración el impacto económico a posteriori no solo de concretas normas o sentencias, sino de las tendencias que generan en el Ordenamiento. Véase, entre otros, Santos PASTOR, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Ed. Tecnos, 1989, y singularmente el capítulo que dedica sobre el “análisis económico del Derecho de accidentes”, pgs. 155 y siguientes. El mismo autor, junto con F. GOMEZ, *El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*. Ed. Ministerio de Justicia, 1990.

33 A su vez, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 219 contempla de un modo bien distinto las llamadas Sentencias con reserva de liquidación. A este respecto, véase “Determinación en fase de ejecución de sentencia de la liquidación concreta de la indemnización solicitada [Crónicas TS (Sala 1ª) año 2009-2010]” en Crónicas de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, editorial Aranzadi, enero 2010.

34 Véase, el breve comentario contenido en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 938/2018, GONZALEZ, Urtzi. “Negligencias médicas: aspectos a tener en cuenta para reclamar”.

35 Uno de los problemas suscitados por el sistema de baremación se debió justamente a la valoración de los perjuicios, del lucro cesante, Véase SsTC de 11 de octubre de 2005 y 30 de junio de 2003, y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras de 27 de mayo de 2015.

36 Véase, por todos, MEDINA CRESPO, Mariano, *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*. Ed.

la idea de “coste de oportunidad”<sup>40</sup>

Al igual que en otros ámbitos se acepta que hay una relación entre el “medio”, el “lenguaje” empleado para exponer el “mensaje” y el “público” e incluso la “finalidad” a que va orientado, del mismo modo, al leer una decisión judicial no debe olvidarse que su finalidad es resolver un concreto conflicto, y que por lo tanto el lenguaje empleado, su método expositivo, se adapta a ello. No se busque en una Sentencia una extensa exposición doctrinal. Por extensión, no se busque en estas páginas que hacen de las Sentencias su objeto. La jurisprudencia, orientada a ir resolviendo uno a uno los litigios que se someten al conocimiento de los tribunales, parte de la idea de “íntegra reparación”, de “indemnidad”, para ir haciendo alusión a las nociones si se quiere clásicas de daño emergente, daño moral, lucro cesante, y a la construcción jurisprudencial de cada uno de estos conceptos<sup>41</sup>.

40 SELIGRAT GONZALEZ, Victor Manuel en “Indemnizaciones de intermediarios deportivos y doctrina del coste de oportunidad. Aspectos todavía a resolver por el Tribunal Supremo” (Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento núm. 61/2018) dedica la última parte de su trabajo al coste de oportunidad, si bien vinculándolo con el concepto de “pérdida de oportunidad”, sin duda presente en materia de responsabilidad patrimonial, ahora bien, coste de oportunidad y pérdida de oportunidad no serían conceptos estrictamente equiparables desde el punto de vista económico, y la idea de “pérdida de oportunidad” no sirve realmente para indemnizar “lucro cesante”, manteniéndose la exigencia de cumplida prueba para acceder a indemnizarlo.

41 Resulta singularmente sugerente el estudio de GIL GANDIA, C sobre Víctima y derecho de reparación en la corte penal internacional (dentro de La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional. Ed. Aranzadi, 2020). En sus páginas se ocupa de la específica labor interpretativa de una -también- muy específica instancia jurisdiccional, sobre el concepto de víctima y lo que deba ser objeto de reparación. Destaca la labor judicial por anudar daño y reparación, e intentar avanzar en reglas para su estimación, pero también resulta útil la aproximación “holística” (por emplear la acertada palabra del autor) a la “tipología de daños: dolor físico (trauma y lesiones); sufrimiento psicológico (tendencias suicidas, desorden cognitivo, separación de la familia); pérdida económica (destrucción de viviendas); menoscabo sustancial de sus derechos humanos (derecho a la vida, a la identificación cultural, al disfrute de la infancia); pérdida de oportunidades; pérdida de nivel de vida disfrutado con anterioridad al ataque y a la salida forzada de su localidad; pérdida de la memoria colectiva a través de la destrucción de monumentos, esto es, que los daños materiales de los edificios protegidos, a su vez, originan profundos daños morales individuales y colectivos a los ciudadanos; y daños transgeneracionales (traumas, especialmente), que hacen referencia a todo aquello que se transmite de una generación a otra, producto de la cultura, prácticas y significados, de los cuales encontramos un ejemplo paradigmático en las *comfort woman*, cuya culpa y miedo de ser violadas

## 5.- POSICION (BIFRONTE) DE LAS ASEGURADORAS.

En las diversas Sentencias que se reseñan y comentan posteriormente menudea la intervención de aseguradoras privadas. Si a las resoluciones seleccionadas, que corresponden a Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, se hubieran sumado otras de Juzgados Contenciosos, la mención a aseguradoras se incrementaría significativamente, no solo por los límites cuantitativos que afectan a las competencias de unos y otros órganos jurisdiccionales, sino también porque son los Juzgados los competentes en muchos asuntos en que la Administración demandada son los Ayuntamientos, nivel administrativo en que se encuentra más generalizado el aseguramiento privado, como también se encuentra más generalizado en específicos sectores de la acción administrativa (singularmente, la responsabilidad sanitaria)<sup>42</sup>.

Por la propia naturaleza de las cosas, si hay un sector de la vida económica y empresarial vinculado a la responsabilidad civil es el sector asegurador, especialmente profesionalizado en la respuesta a la producción del daño y su valoración.

Consecuentemente, no es infrecuente que, en aplicación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, sea una aseguradora

nuevamente se ha transmitido entre generaciones desde las violaciones ejecutadas por el ejército nipón durante la Segunda Guerra Mundial”.

42 BUSTO LAGO, J.M. La responsabilidad civil de las *Administraciones Públicas*, Ed. Aranzadi, 2014, al tratar sobre “El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas” explica que “a partir de los años intermedios de la década de los noventa se ha generalizado en España. En otros países de nuestro entorno jurídico-cultural, el fenómeno es más antiguo. La suscripción de seguros de responsabilidad civil por los distintos entes y organismos integrantes de las Administraciones Públicas -con independencia de su naturaleza territorial, institucional o corporativa- pese a que la solución pueda resultar discutible desde la perspectiva estrictamente económica, la forma de gestión de los presupuestos públicos parece haber sido decisiva en orden a optar por soportar el coste de las primas de seguros de responsabilidad civil que, por elevadas que sean, son presupuestariamente previsibles, y no por asumir el riesgo que supone el soportar directamente el pago de las indemnizaciones a las que haya de hacerse frente en virtud de los daños que resulten imputables a la Administración de que se trate. Por otra parte, se trata de una práctica habitual en los países de nuestro entorno jurídico-cultural (Alemania, Italia y Francia)”, añadiendo que “as el caso paradigmático del INSALUD y de los distintos organismos autónomos dependientes de las CC AA encargados de la gestión de sus respectivos servicios sanitarios públicos”.

la que ejercite la acción de responsabilidad después de atender al pago de las cantidades correspondientes a un siniestro acaecido a un asegurado<sup>43</sup>.

En estos casos, a las circunstancias de la póliza que vincule asegurado y aseguradora, se añadirá -dese el punto de vista operativo- la elaboración y aportación de los correspondientes informes periciales, ámbito este especialmente marcado por los protocolos (por la "expertise") propios del sector, que muchas veces dan lugar a la aportación no de

43 Véase, entre otros, BATALLER GRAU, Juan "La subrogación de los riesgos reasegurados: seguir la senda marcada por el legislador evita perderse en el bosque" Revista de Derecho Mercantil num. 281/2011; Celia BELHADJ GOMEZ "Acción de repetición, reembolso o regreso y subrogación" Revista Aranzadi Doctrinal num. 9/2015 así como *La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro*, M. Angeles CALZADA CONDE (Ed. Aranzadi, 2014, en la obra "La protección del cliente en el mercado asegurador") en que su autora dedica una especial atención a los distintos aspectos de la subrogación del aseguradora, destacando como esta facultad tiene su causa y finalidad en la protección del asegurado ("Es un medio tendente a evitar que los asegurados-dañados originen y financien la liberación de los responsables de los daños sufridos por aquellos. Dicho en otros términos, con la subrogación ha de tratarse de evitar que el seguro contra daños concertado por el asegurado se convierta de facto en un seguro de responsabilidad civil del responsable del daño costeado por el dañado, evitando así el perjuicio de los asegurados que pagarían una sobreprima por la liberación de los responsables")

uno, sino de dos informes, uno orientado a la determinación de la causa del siniestro (los llamados, informes de perito "causista"<sup>44</sup>) y otro centrado en la valoración de sus consecuencias económicas, lo que -a su vez- puede derivarse del específico procedimiento previsto en el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro.

Pero las aseguradoras no solo pueden ser las reclamantes, al haberse causado un daño a uno de sus asegurados, sino que también puede colocarse en una situación pasiva de la relación procesal, al asegurar a la Administración pública demandada<sup>45</sup>.

Esta realidad práctica es objeto de una atención parcial del ordenamiento jurídico, que se refiere al contrato de seguro en la regulación de los contratos de las Administraciones públicas, y que también menciona a las aseguradoras en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 21,1 c).

44 Basta una búsqueda por internet para encontrar referencias a estos peritos "causistas". Ejemplos clásicos serían los investigadores de incendios, cuya labor pericial se centra no en la cuantificación de las consecuencias sino en la investigación concreta de las causas.

45 TORRENT i RIBERT, Pere Joan. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Ed Fundación Mapfre, 1995



La posición de las aseguradoras de las Administraciones públicas suscita diversos problemas procedimentales y sustantivos que exceden del objeto de estas páginas, sin embargo, al menos habrá de dejarse enunciado cuatro aspectos a considerar.

En primer lugar, que la intervención de las aseguradoras en el procedimiento administrativo previo a la vía contenciosa, y en al propio litigio contencioso resulta especialmente orientado al aspecto económico, pero no hay una especial prohibición legal a que se pronuncien sobre la existencia misma de responsabilidad (realidad del hecho, nexos causal, imputabilidad, etc) Es mas, en la práctica forense, la propia dinámica de funcionamiento de una aseguradora hará que, como si la Administración fuere un asegurado cualquiera, "produzca" informes periciales relativos a todos los aspectos del siniestro y no solo el económico<sup>46</sup>.

Esta posibilidad de la aseguradora de abordar una auténtica tramitación del siniestro, sin embargo debe interpretarse atendiendo a la singularidad procedimental derivada de cual es el sujeto asegurado (administración pública). Si el peticionario ha acudido a la vía administrativa para reclamar a la Administración, habrá de tramitarse un expediente administrativo, y será en el seno del mismo en el que la aseguradora habrá de formular alegaciones, aportar documentos, proponer prueba, haciendo compatible su derecho a la participación en un procedimiento contradictorio, con dos factores adicionales claves que se presentan como "jano bifronte", una cuestión que precisa del adecuado equilibrio entre las fuerzas en presencia: por un lado, todo asegurado está obligado a colaborar con su aseguradora (no con la parte contraria, en su perjuicio) y por otra parte, es la Administración la que -conforme a nuestro Ordenamiento jurídico- debe de pronunciarse sobre si existe o no responsabilidad (no meramente, puede, pues estamos ante el ejercicio de potestades públicas)<sup>47</sup>.

46 PERAN ORTEGA, Juan.- *La responsabilidad civil y su seguro*. Ed. Tecnos, 1998. Pgs. 226 y siguientes en que explica la tramitación de un expediente de siniestro por una aseguradora y las diferentes respuestas que ello puede conllevar. Añádase que, dadas las características de estas pólizas/aseguradoras, esa tramitación quede también "intermediada" por el mediador que haya intervenido en la contratación de la póliza, incorporándose en la póliza alguna condición sobre la vía de comunicación entre aseguradora y asegurado.

47 A partir de las consideraciones sobre este genuino dilema contenidas en el trabajo de TORRENT i RIBERT (La responsabilidad patrimonial... ob cit, pgs. 114 y ss),

En segundo término, en sede contenciosa, quien realmente es demandado y condenado es la Administración pública, con todo lo que ello supone<sup>48</sup>.

Consiguientemente, la relación entre asegurado (Administración) y aseguradora queda en un segundo plano<sup>49</sup>, en que entran en juego la especificidad de la póliza concertada (sus coberturas, límites y franquicias). Ello no significa que no puedan encontrarse casos en que la Sentencia directamente se pronuncie sobre la falta de cobertura o sobre la necesaria aplicación de una franquicia (que, en algunos casos, puede ser económicamente muy significativa).

Como derivada de lo anterior, en cuarto lugar, aunque es un hecho frecuente que las Administraciones acudan al mercado para concertar pólizas de seguro, ello debe entenderse en el sentido de que intentan garantizar con estas pólizas los riesgos propios de ese tipo de responsabilidad civil extracontractual que habitualmente garantizan a los particulares, pero la responsabilidad patrimonial excede de ese tipo de casos, de modo que quedan fuera de esas coberturas

nos pronunciábamos en "Terminación convencional y responsabilidad administrativa" Actualidad Administrativa 38/1995

48 GONZALEZ QUINZA, Arturo "Los sujetos privados y su enjuiciamiento en vía contencioso-administrativa" Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro núm. 38/2011 y "Algunas reflexiones urgentes sobre las reformas en materia de responsabilidad patrimonial introducidas en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ" Actualidad Administrativa núm. 17/2004.

49 Entre las Sentencias que se citarán posteriormente, cabría traer a colación la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26 enero de 2017, pues en aquel asunto se había suscitado si seguía vigente o no la póliza que unía al Ayuntamiento demandado y a Mapfre, pues la aseguradora sostenía que el contrato había dejado de tener efecto por impago de la prima. La alegación fue desestimada, y aunque se transcribiría el párrafo completo que resuelve el asunto, nos permitimos resaltar el inciso con el que da comienzo: "Con la provisionalidad que permite el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el hecho de que Mapfre no desvirtúe seriamente el contenido de esta certificación, que expresa la extinción del seguro a voluntad de su tomador, y de que no justifique haberse opuesto formalmente a la comunicación efectuada, como cabría esperar tratándose de un contrato extinguido con anterioridad, hace pensar en la aquiescencia de la aseguradora a la rehabilitación del contrato, o cuando menos, en la solución amistosa del problema derivado del impago de la prima relativa a la anualidad en curso cuando ocurrió el accidente, sin consecuencias fatales para la vida del contrato, al menos hasta la comunicación de la voluntad de no renovarlo".

muchos de los casos en que el daño se vincula a actos anulados, o a normas o -sin duda- al funcionamiento puramente normal de la Administración<sup>50</sup>.

### III.- CATALOGO DE SENTENCIAS ANALIZADAS.

Como línea de continuación de las anteriores consideraciones, se pasa a efectuar una breve exposición de las Sentencias examinadas, a suerte de breve ficha de cada una de ellas, procediendo para ello a una cierta sistematización que sea de algún modo correlativa a lo que ya se ha indicado.

En un primer bloque se incluyen aquellos supuestos de algún modo mas cercanos a otros supuestos de responsabilidad extracontractual, un suceso es la causa del daño (sea un incendio, una caída o el impacto de una rama de un árbol), a partir de dicho suceso se observa la razón para imputarlo al funcionamiento de los servicios públicos.

El segundo de los bloques es mas heterogéneo pero tendría en común el

50 TORRENT I RIBERT, *La responsabilidad patrimonial...* ob cit, pgs. 105 y ss, dedica un específico estudio a cuales serían los riesgos excluidos de las póliza de responsabilidad civil general de las Administraciones Públicas, percibiéndose de sus páginas el conocimiento de primera mano del problema, y de cómo no habría mayor dificultad para configurar lo asegurado sobre la base de conceptos clásicos y habituales de la práctica aseguradora (“hecho”, “evento”, “siniestro”) para luego referirse a tres supuestos especialmente conflictivos: la responsabilidad contractual de la Administración, que el autor considera no asegurable (“el riesgo -dice- sería difícilmente previsible por la aseguradora ... normalmente el incumplimiento de un contrato es voluntario, con lo que estaríamos facilitando la comisión de un hecho deliberadamente ilegal”), la responsabilidad derivada de actos administrativos ilegales respecto de los que el autor -desde una perspectiva eminentemente práctica- se pronuncia trasladando “las muchas dudas” sobre “si estos administrativos deben asegurarse o no” y que “las entidades aseguradoras deberan ser muy cautas en aceptarlo”; así como a la “responsabilidad patrimonial derivada de resoluciones y actos administrativos legales”, auténtico nudo gordiano que aleja la habitual práctica aseguradora y la amplitud con que se configura legalmente la respuesta indemnizatoria de las Administraciones públicas, de modo que para el autor, “este riesgo tampoco es agradable, o al menos, ninguna aseguradora responsable aceptaría cubrir el mismo. Y las razones son prácticamente las mismas aducidas ... sobre la responsabilidad contractual”, aunque avanza en distinguir supuestos claramente no asegurables (ius variandi de los contratos, derecho de rescate de concesiones) y aquellos otros que resultarían mas dudosos (ciertas modificaciones del planeamiento urbanístico, obras legales que modifican el estado real de una vía pública, o la circulación por la misma), aunque respecto de estos se decanta por su no aseguramiento.

presupuesto de la actuación de los poderes públicos, de modo que en los hechos propios del expediente de responsabilidad se ven anteceditos por decisiones o procesos administrativos y/o judiciales.

Dentro de este segundo bloque cabría a su vez distinguir tres grupos de asuntos.

Por un lado, aquellos casos en que el daño trae causa de una decisión activa de la administración, sea una detención ilegal, sea la retirada de un producto o la expulsión de un extranjero. Se incluye en este apartado un caso de prisión preventiva que excede del tiempo objeto de condena por Sentencia,

Por otra parte, integrarían otro grupo aquel en que la causa del daño se encontraría en un acto, norma o decisión judicial que previamente es anulada, dándose lugar posteriormente a la reclamación de responsabilidad.

Para completar este bloque quedarían aquellos supuestos en que el daño se predica de una dilación administrativa. Es evidente que en algunas ocasiones, esa dilación viene dada por la necesidad de una anterior anulación de un acto administrativo, pero el común denominador de estos casos es el vincular reclamación y retraso en conceder una plaza, otorgar una concesión o clausurar el establecimiento de un competidor.

A los dos bloques anteriores se añadiría un tercero, en que la actuación administrativa no puede considerarse contraria a Derecho, sino la consecuencia de la admisible configuración de la realidad, en muchos casos a través de modificaciones normativas, que -sin embargo- pueden dar lugar a un daño que deba ser indemnizable.

### A.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: DE ROBOS DE VEHÍCULOS ESTACIONADOS, INUNDACIONES, INCENDIOS, ÁRBOLES, CAÍDAS EN VÍA PÚBLICA, Y UN LARGO ETCÉTERA<sup>51</sup>.

51 En ese largo etcétera cabría incluir asuntos relacionados con animales, respecto del que convendría traer a colación el trabajo de Javier JUNCEDA MORENO, “Ayuntamientos. Animales salvajes y administración local. Responsabilidad patrimonial”. La Administración Práctica num. 12/2019, y -entre otras- respecto de daños causados en la cabaña por parte de los lobos (especies protegidas) las SsTS de 2 de diciembre de 2019 (Sección 5ª Ponente Sr. Herrero Pina) RJ 2019\4868) y de 11 de febrero de 2020 (Sección 5ª Ponente Sr. Fernández Valverde RJ 2020\344) y la SAN de 24 de mayo de 2019 (Sección 8ª Ponente Sra. Pedraz Calvo JUR 2019\201193), respecto de accidente por la

**INUNDACIONES<sup>52</sup>.** La Sentencia Del Tribunal Supremo De 12 De Diciembre De 2017 (Rj 2017/6238)<sup>53</sup> trata sobre la impugnación de un Auto dictado en fase de ejecución por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. La Sentencia que se ejecutaba estimó una reclamación indemnizatoria, condenando a cierto Ayuntamiento a indemnizar por el

---

colisión de una motocicleta con un jabalí, en esta se hace alusión a las cuantías reclamadas, acogiéndose -en cuanto a los daños personales- al sistema baremado de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

También podría traerse a colación ejemplos vinculados al deporte (véase, DE PABLO NUEVO, Cristina, "La responsabilidad por daños en el ámbito deportivo" Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento num. 61/2018)

52 Al respecto de daños provocados por inundaciones, también resulta de interés la STSJ de las Islas Baleares de 28 abril de 2015 (Sección 1ª RJCA 2015\629) que pormenorizadamente estudio el caso de los daños que se producen en ciertas fincas que sufren reiteradas inundaciones, su relación causal con determinadas instalaciones (colector), cual fuere la Administración responsable, la vigencia misma de la acción, e incluso quien resulta legitimado para reclamar (al desglosarse en la finca en cuestión la situación del usufructuario y del titular -reclamante- de la nuda propiedad), para -finalmente- analizar la cuantía reclamada, aspecto en el que alude a los distintos informes periciales unidos a las actuaciones, desglosa las partidas indemnizables al nudo propietario ("la reparación indemnizatoria se ha de centrar en la pérdida de valor de la finca como consecuencia de: 1ª) la contaminación de los pozos y 2ª) que una parte de la misma esté inutilizable como consecuencia de estar periódicamente expuesta a las inundaciones y molestias inherentes a la mala calidad de los vertidos), sin perjuicio de que la indemnización termina determinándose en cantidad a tanto alzado (sustancialmente menor a la reclamada) al decir que "por la dificultad de trasladar los criterios periciales a la situación titularidad parcial de la finca, y por discrepancia con los resultados de dichas valoraciones, estimamos procedente fijar indemnización para el recurrente en cantidad alzada de 40.000 euros que cubre tanto la pérdida o gastos de recuperación de los pozos, como la merma de valor de unas tierras afectadas al riesgo cierto de verse nuevamente dañadas por las inundaciones y demás molestias derivadas" (véanse también, la SAN de 20 abril 2018. Sección 1ª Ponente Sra. Buisán García JUR 2018\129476, la STSJ Aragón de 19 febrero de 2020 Sección 3ª Sr. Zubiri Salinas JUR 2020\153463, que -en lo que a la indemnización se refiere- trata exclusivamente sobre el daño emergente reclamado, que al referirse a mercancía almacenada que resultó dañada, también ofrecía dificultades de valoración ante las fluctuaciones los precios en el mercado y del mismo Tribunal la Sentencia de 22 julio de 2015. JUR 2015\219101 ya que tiene en cuenta los límites de la acción ejercitada por la aseguradora, ya que al haber pagado a su asegurado lo que ahora reclamaba, solo podía solicitar aquello que se amparaba en la póliza, y -al propio tiempo- para fijar las cuantías, toma en cuenta el informe pericial de ambas aseguradoras, es decir, de la reclamante y de la aseguradora del Ayuntamiento reclamado).

53 STS de 12 de diciembre de 2017. Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sr. Olea Godoy.

75% de los daños y perjuicios derivados de unas inundaciones<sup>54</sup>. En fase de ejecución se consideró que en dicho importe no debía ser incluido el lucro cesante, lo que los reclamantes consideraron contrario al fallo condenatorio.

La resolución del Tribunal Supremo afirma con claridad que "cuando la sentencia hace referencia a "daños y perjuicios", no parece que se estuviera haciendo referencia exclusivamente al daño emergente, en el sentido tradicional romanista propio de la institución indemnizatoria, sino que el añadido de la "indemnización", como algo distinto y añadido, por lo que debía responder el Ayuntamiento, en parte, no puede ser otro que el lucro cesante, entendido como el perjuicio económico que el evento dañoso produce en el patrimonio del perjudicado excluyendo la posibilidad de obtener nuevos recursos económicos. Y con ello se completa el ámbito indemnizatorio que constituye la regla general en nuestro Derecho, conforme se declara en el artículo 1106 del Código Civil, que establece el principio general en nuestro Ordenamiento de que " la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", esto es, se comprenden las dos modalidades del daño.

Lo significativo del caso es que, en la concreta decisión que adopta el Alto Tribunal, acepta que la indemnización debe abarcar el lucro cesante pero luego deniega cantidad alguna por ese concepto. A saber, al considerar que la condena abarca también el lucro cesante, y estimar así el recurso, el Tribunal Supremo entra en su cuantificación, reiterando su doctrina general sobre el lucro cesante<sup>55</sup> y analizando el informe del perito designado por la propia Sala sentenciadora, del que -no sobra destacarlo- el Alto Tribunal se apartará radicalmente para

---

54 La Sentencia de instancia rechazó la indemnización respecto de los daños producidos en ciertos años, concediéndola respecto de otras inundaciones de determinada fecha, sometiendo el importe final a lo que se estableciera en ejecución de Sentencia, con arreglo a ciertas bases.

55 Por su claridad, nos permitimos la cita de uno de los apartados de la Sentencia, según el cual "... es cierto que el tema de la valoración del lucro cesante, en cuanto que futuro y desconocido, genera una amplia problemática que ha requerido de matizaciones por la jurisprudencia, porque ha de moverse entre lo que es razonablemente esperado conforme a la actividad desarrollada por el perjudicado y la eventualidad de unas ganancias infundadas o simplemente dudosas por no hacer referencia a lo que la jurisprudencia ha denominado sueños de ganancias".

terminar denegando cantidades por el debatido concepto de lucro cesante pues al considerar que la actividad de las reclamantes no cesó plenamente, no hubo tal lucro cesante, máxime cuando la mercancía deteriorada ya había sido indemnizada como daño emergente.

### INCENDIO<sup>56</sup>. La Sentencia del Tribunal

56 Véase también, la STSJ de Andalucía (Sevilla) 19 septiembre de 2019 (Sección 3ª Ponente Sra. Pereira Maestre JUR 2020\21628) que examinó el fallecimiento de un trabajador que participaba en las tareas de extinción de un incendio forestal. Atendiendo a la respuesta económica, de dicha resolución conviene resaltar dos aspectos. En primer término (dado que el fallecido era un trabajador) la aseveración de la compatibilidad de la reclamación patrimonial con otras acciones que puedan ejercerse en otros ámbitos, y hay que pensar que se está aludiendo al laboral, aunque -cabría añadir- que habría que matizar que partidas pudieran ser compatibles, y parece que se está haciendo mención mas a una cierta posibilidad de los reclamantes en la elección de la vía de reclamación ("que dicho servicio público, sea desarrollado por agencias o empresas públicas, tanto una como otra integran la Administración como entidades instrumentales, siendo titular del servicio la Administración, con independencia de la que corresponda a tales entidades. No pudiendo escudarse la Administración en la relación laboral que mantenía el finado con la entidad GETISA, siendo compatibles las indemnizaciones que pudieran corresponderle por otros títulos, pero que en el presente supuesto, se trata de una responsabilidad patrimonial de la Administración por el daño moral sufrido por los familiares del fallecido, en el ámbito de la prestación del servicio público de extinción de incendios"). En segundo lugar, la remisión al baremo previsto en la legislación sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, si bien en este punto, y dado que la Administración sí había aceptado ciertas cantidades, se toma en consideración mas el hecho de la oferta de la Administración, que la mención a una supuesta disparidad entre las cifras del actual baremo y las previstas -se dice- en 1992, si bien cabría recordar que el baremo de 1991 era -todavía- meramente indicativo (también, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 27 marzo de 2015 JUR 2015\120678, en que se examina la intervención de la Administración, de la empresa contratada por esta para ciertas labores -por ende- de su aseguradora, con una clara perspectiva de relación causal y cuasicultipalista, y -en lo que a la indemnización corresponde- los distintos informes periciales obrantes en autos, hasta el punto de acudir a "la búsqueda de obtener valores medios, cruzando las diferentes partidas analizadas por los peritos, y valorando aquellas que son objeto de reconocimiento mutuo y las que no"). A la cita jurisprudencial añádase, "Medio ambiente. Incendios Forestales. Responsabilidad ayuntamientos. Extinción de incendios", La Administración Práctica num. 6/2016.

No es del todo sorprendente que en asuntos relativos a incendios y responsabilidad patrimonial aparezcan reclamaciones debidas a que las tareas de extinción del fuego no terminaron de tener pleno éxito, pues el incendio se reavivó causando nuevos daños. A este respecto se refiere la STSJ Valencia de 10 abril de 2018 (Sección 2ª Ponente Sr. Fernández Carballo-Calero JUR 2018\166046). En estos casos, además del problema de establecer si existe o no responsabilidad administrativa, la cuestión reside en la cuantificación de los daños, diferenciando los debidos

Supremo de 13 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5917)<sup>57</sup> examina el recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional, que estimaba parcialmente la reclamación de daños y perjuicios derivada de un incendio en determinada finca que afectó al aprovechamiento cinegético, de modo que concediéndose ciertas cantidades, se rechazaban otras, y entre ellas, el lucro cesante. Sobre ese concreto aspecto, la Sala entiende que debe proceder a "parificar" (sic) la situación económica, anterior y posterior de la sociedad, rechazando que la mera alusión a lo mas o menos desproporcionado de la petición de parte pueda servir para rechazarla.

Para poder determinar esa correlación, el Alto Tribunal se refiere al caudal probatorio habido en el proceso, indicando que la

al primer y al segundo incendio (en ambos casos, daño emergente). En litigio en cuestión la reclamante es una aseguradora (que ejerce su acción al amparo del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro) y es parte también la aseguradora del Ayuntamiento en cuestión, aunque el condenado es el Ayuntamiento -mas allá de las relaciones internas con su aseguradora-. El Fundamento 4º de la Sentencia recoge la ratio decidendi de la cuantía finalmente otorgada: "... no cabe asumir la pretensión indemnizatoria sustentada en la demanda en su plenitud cuantitativa pues, sin perjuicio de considerar acreditados los presupuestos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la administración municipal apelada por lo hasta aquí expuesto, no cabe olvidar que hemos venido hablando de "uno" u otro" incendio o de un "primer" o "segundo" incendio a efectos puramente convencionales, toda vez que compartiendo lo razonado por la Audiencia Provincial de Valencia "no se puede atribuir al cuerpo de bomberos la conducta causante del incendio, siquiera del segundo de los producidos pues el origen es el mismo, de manera que, en su caso a lo sumo se podría hablar de una suma de causas que contribuyeron al resultado dañoso (...)". Por lo demás, es clara la dificultad de asumir el informe pericial final presentado por la actora ... (por una parte porque) no va acompañado de sus antecedentes - informe preliminar e intermedio II- y por otra en cuanto identifica partidas que comprenden daños difícilmente discernibles entre ambos episodios en cuanto refieren daños derivados de la intervención propia en las labores extintivas a relacionar con uno u otro lapso temporal... Ello nos orienta (dice) a asumir el criterio de MAFRE EMPRESAS S.A al considerar que la responsabilidad, si bien cabalmente cuantificada conforme a la cifra propuesta en la demanda, merece verse ajustada, si no en su 75% como tal Aseguradora propone, sí en su 50 % atendiendo lo hasta aquí razonado y de acuerdo al carácter con-causal en la producción de los menoscabos reclamados". Sobre la función de los servicios de extinción de incendio, su necesaria proporcionalidad y efectos, véase AGUIRREZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki, La coacción administrativa directa. Ed. Civitas, 1990 y mutatis mutandis, pues está orientado a la actuación de la policía) CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis. "Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa". Revista e Administración Pública núm. 100 (1983).

57 STS de 13 de noviembre de 2017. Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sr. Trillo Alonso

reclamante ðno aportando la documentación contable sobre la que hace descansar su solicitud” (no siendo bastante la mera acreditación de la baja de cazadores) y añade que ðse ha de indicar que la documental propuesta como medio de prueba se sustenta en Informes emitidos por diversos organismos y los aportados por la entidad, sin embargo, nada se señala acerca de la contabilidad de la entidad, así como de las posibles liquidaciones del correspondiente impuesto por la actividad desarrollada, de la que se desprenda lo que se afirma por la entidad, pues de lo que se trata de obtener por este concepto es la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, por mínima que sea, y sin que suponga, como pretende la actora, la obtención desmesurada de un incremento patrimonial que no guarda relación con la realidad de la situación económica de la entidad perjudicada por el incendio”.

**INCENDIO (EXTINCIÓN NO COMPLETA POR LOS BOMBEROS).** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 abril de 2018 (JUR 2018\166046)<sup>58</sup> trata sobre unos daños por incendio pero desde un punto de vista bien distinto del caso anterior, aquí la imputación no se debe al origen del incendio como al hecho de que habiéndose producido, siendo avisado e interviniente el servicio de bomberos, no se extinguió de modo completo, reavivándose y produciéndose daños.

La reclamación fue formulada por la aseguradora que había abonado el importe de los daños provocados por el incendio, siendo inicialmente desestimada por el correspondiente Juzgado Contencioso, resolución recurrida en apelación y resuelta de modo parcialmente favorable por el Tribunal Superior.

Dado que el Tribunal sí consideró que se había producido responsabilidad de los servicios de extinción de incendios, la cuestión final a dilucidar era el monto de la indemnización, que lógicamente correspondía al daño causado, abonado por la aseguradora.

Como es fácil de comprender, en el presente caso ya se habían producido daños por un primer incendio, y luego se produjeron

otros por al reavivarse el incendio que antes que extinguido había quedado latente.

La dificultad para discernir que daños correspondían a uno u otro, siendo así que solo los del segundo incendio era los indemnizables, la Sentencia alude a los informes de la aseguradora reclamante, y de la aseguradora del Ayuntamiento demandado, y luego no puede sino aplicar un mero porcentaje, el 50 %.

**ROBO DE VEHICULO ESTACIONADO EN PARKING PUBLICO**<sup>59</sup>. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015/258290)<sup>60</sup> examina el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Lloret de Mar, condenado en la instancia seguida ante el Juzgado Contencioso de Girona que había anulado la previa resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial. El asunto enjuiciado también encuadrable en un funcionamiento anormal, y por su tipología fáctica no muy diferente a otros asuntos de responsabilidad civil (contractual -en este caso la Sentencia llega a mencionar la figura

<sup>59</sup> Véase también la STSJ País Vasco de 5 septiembre de 2012 (Sección 3ª Ponente Sr. Aguirre Bengoechea JUR 2012\171803) que se refiere a los daños sufridos por un vehículo que, aunque debería haberse encontrado en dependencias municipales, lo estaba al aire libre y sin vigilancia. Tras describir la relación entre la Policía Local del Ayuntamiento reclamado y la Ertzaintza, considera que ante la petición de la policía autonómica, la actuación municipal, constituyó al Ayuntamiento en depositario del vehículo, y respecto del monto de la reclamación, indica que “no puede desconocerse que el propietario, tras conocer los daños sufridos, lo recompró a su aseguradora por la cantidad de 600 euros, habiendo recibido la indemnización correspondiente por sustracción ilegítima, conforme a su póliza de seguro. Ello hace que la Sala considere que el daño real sufrido es el precio de recompra del vehículo que asciende a 600 euros, pues ya fue indemnizado el interesado por la sustracción sufrida”. Permítase la cita de una Sentencia del orden jurisdiccional civil, que también analiza daños (por incendio) en vehículo depositado (SAP Madrid de 15 marzo de 2016 (Sección 11ª JUR 2016\90559) en la medida en que se hace referencia a la reclamación por lucro cesante, aludiendo a la nada infrecuente certificación de la correspondiente asociación profesional, aportada para determinar la suma a conceder por cada día en que el vehículo se encontró paralizado. La Sentencia, tras reconocer la dificultad de la cuantificación de este concepto, dice que “tratándose en este caso de un vehículo industrial destinado a su explotación económica por su titular, el perjuicio por lucro cesante debe presumirse que existe por el mero hecho de la paralización” para añadir que “cuestión distinta es la determinación de la cuantía concreta que debe fijarse como indemnización por dicha paralización, que la Juzgadora fija ponderadamente en 100 euros por día de paralización”.

<sup>60</sup> STSJ Cataluña de 9 de septiembre de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 4ª. Ponente Sra. Abelleira Rodríguez.

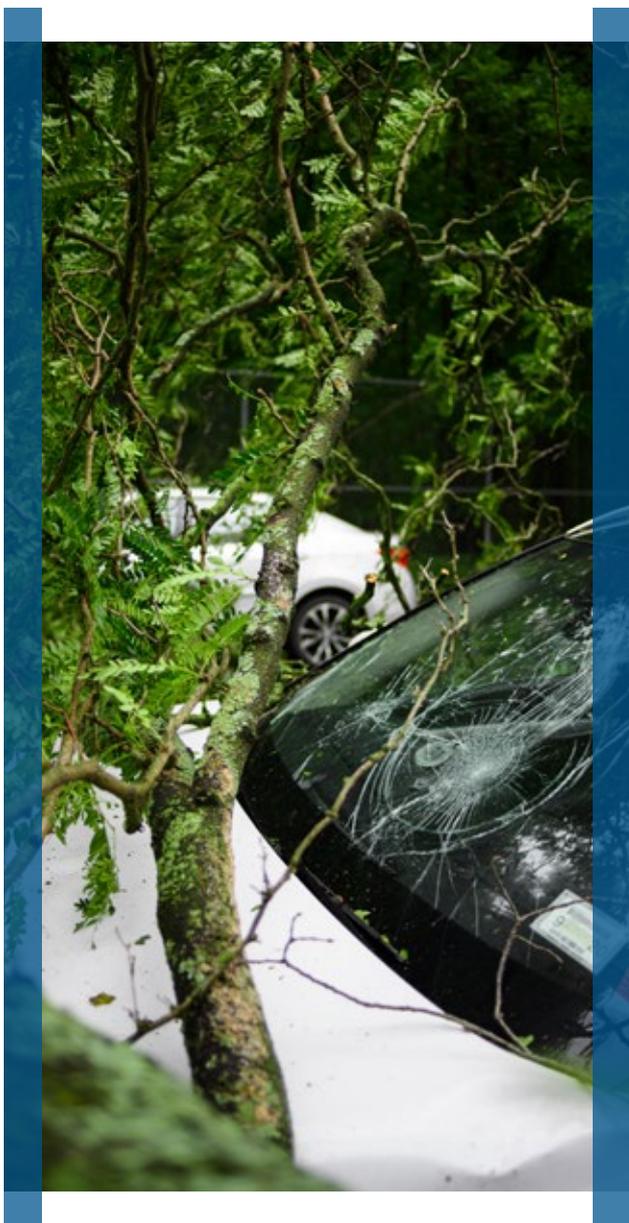
<sup>58</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 10 abril de 2018 Sala de lo Contencioso. Sección 2ª Ponente Sr. Fernández Carballo-Calero.

del depositario- o extracontractual). En el muy turístico municipio en cuestión existe un recinto especialmente destinado al aparcamiento de autobuses, pagándose la correspondiente cantidad por su estacionamiento, el autobús de la empresa reclamante es hurtado de dicho recinto. La Sentencia confirma el parecer de la instancia de haber nacido una obligación indemnizatoria y en cuanto a las cantidades reclamadas, también confirma las otorgadas por daño emergente y por lucro cesante. Respecto de este particular, aunque precisa que no debe ser calculado sobre los ingresos brutos, sino sobre la ganancia dejada de obtener, se refiere a la prueba aportada, explicando que la peticionaria había aportado ya en sede administrativa “Certificado emitido por la Asociación de Transportistas de Viajeros por Carreteras de Toledo, que es la provincia de

donde proviene el autobús robado, por lo que ciertamente el informe adquiere relevancia por ser cercano a las circunstancias del desarrollo de la actividad de transporte de viajeros en el lugar de origen. El hecho de aportar otros documentos contables o informes periciales no supone que éste quede en entredicho puesto que analiza en cuestión el promedio de ingresos en un vehículo autobús en la provincia de Toledo”. Añadiendo que “otros documentos contables proporcionarían datos sobre el global de la actividad de la empresa pero aquí lo que interesaba era en relación con un vehículo en concreto”.

### CAIDA POR DESNIVEL (VÍA PÚBLICA)<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Véanse también, entre otras, SAN de 17 julio 2018 (Sección 3ª Sra. Acín Aguado JUR 2018\223452) que también trata sobre la caída de una persona, en este caso, llamativamente en la sede de un órgano judicial, analizando las medidas de seguridad que se hubieran adoptado para evitar ese resultado, y que, en lo que se refiere a las cuantías reclamadas, insiste en la aplicación del baremo previsto en la legislación relativa a accidentes de tráfico, sin conceder por una determinada partida vinculada a la situación de incapacidad, aduciendo problemas de prueba, vinculados con el carácter revisable de la declaración en dicha situación. También de la Audiencia Nacional, la Sentencia de 27 marzo 2015 (Sección 8ª Ponente Sr. Fernández de Aguirre Fernández JUR 2015\113059) que inicialmente afirma que “Dando, pues, lugar a la responsabilidad que se reclama, resta fijar el importe de la indemnización. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de diciembre de 1999, considera objetivo y razonable “el cálculo de la reparación de los daños personales en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración mediante el uso de los baremos de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor”, si bien matiza que “tal sistema de valoración es de mera referencia con el fin de introducir un criterio de objetividad en la fijación del ‘quantum’ indemnizatorio, pero sin que aquél tenga que aplicarse puntualmente ni menos deba considerarse de obligado y exacto cumplimiento..., pues de lo que se trata es del empleo de un método de compensación de daños personales utilizado en la práctica forense”, aunque posteriormente con una mínima alusión a un determinado parámetro médico, termina concediendo la suma de 20.000 €. Por su parte el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) en la Sentencia de 14 mayo de 2019 (Sección 1ª. Ponente Sra. Lucas Lucas JUR 2019\193750) que, en grado de apelación, trata de caída en vía pública municipal al encontrarse las baldosas flojas, en que también se sigue la aplicación del tan repetido baremo, aunque no se concede cantidad alguna por una intervención quirúrgica futura, alegando que no constituía daño efectivo, lo que -de algún modo- se aparta del propio baremo. A su vez, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia de 22 marzo de 2020 (Sección 4ª Sra. Bassols Muntada JUR 2020\132662), termina estimando en parte la reclamación de quien resultó perjudicada por caída en vía pública (zona de alcantarillado en mal estado), condenando tanto al Ayuntamiento en cuestión como -directamente en Sentencia- a su aseguradora y mas allá de la referencia que días de curación, lesiones y secuelas, parece que no termina de considerar acreditado el detalle y alcance de estas últimas, establece la condena en la cantidad de 15000 €. Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal



La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de septiembre de 2019 (JUR 2020/6063)<sup>62</sup> trata el recurso de apelación formulado respecto de previa Sentencia de Juzgado Contencioso de Bilbao que a su vez había desestimado la impugnación del acto desestimatorio de la reclamación formulada contra el Ayuntamiento de Sestao. La solicitud de una muy relevante cantidad traía causa de la caída del reclamante por un desnivel de más de dos metros, al que se precipitó al abrir la puerta trasera de un vehículo que se encontraba aparcado en las proximidades de dicho terraplén. La lógica del proceso hace que lo primero que haya de examinarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia es si debe o no estimarse la reclamación, revocando previa Sentencia y previa desestimación administrativa, es decir, si se cumplían en el caso de autos los requisitos que la ley y la jurisprudencia considera propios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en un caso, como el presente, típico un supuesto funcionamiento anormal fácilmente parangonable a una responsabilidad civil extracontractual. Analiza si el lugar era o no de tránsito, si había o no barandillas, etc. y considera que si se ha cumplido tales requisitos

---

Superior de Justicia de Valencia de 8 mayo (Sección 2ª Ponente Sra. Millán Herrandis JUR 2018\235907) que igualmente alude a los informes periciales e incluso a las consecuencias psicológicas derivadas de un aborto sufrido por la perjudicada, para finalmente conceder la suma (a tanto alzado) de 15.000 € (“El tribunal fija a su prudente arbitrio y teniendo en cuenta las circunstancias señaladas anteriormente, una indemnización por el aborto y depresión sufridos en 15.000 €), y -finalmente- STSJ Madrid 13 octubre de 2016 (Sección 10ª Ponente Sra. Rufz Rey JUR 2016\256196) que explica al tiempo algunas circunstancias de lo ocurrido y lo atinente a la prueba sobre sus consecuencias, al afirmar que “es igualmente cierto que no se recoge en los informes médicos aportados ninguna lesión objetiva que hubiere impedido a la afectada la realización de sus actividades habituales. Esto no obstante, a juicio de la Sala, de los hechos considerados probados por la Sentencia de instancia se infiere un claro perjuicio, no sólo por las lesiones que sufrió la recurrente, aquí apelante, sino por el evidente estado de angustia que padeció durante el tiempo que estuvo inmovilizada y atrapada en la rejilla, situación nada desdeñable habida cuenta que tuvo que ser liberada por los bomberos quienes, a su vez, tuvieron que cortar la rejilla con motorradial, mientras se protegía a la afectada con chaquetón y las protecciones duras del equipo de descarceración”, añadiendo que “en atención a tales circunstancias, considerando acreditada la existencia del daño y la petición de indemnización, defectuosamente concretada pero formulada en términos que no permiten, a juicio de la Sala, rechazar cualquier tipo de compensación, se estima prudente fijar la cuantía de la reparación en 500 €”, cifra -de nuevo- fijada a tanto alzado en virtud de las facultades del juzgador.

62 STSJ País Vasco de 11 de septiembre de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª, Ponente Sra. Artaza Bilbao.

y da lugar a la estimación de la existencia de responsabilidad, lo que da lugar a que pase a examinarse las distintas partidas reclamadas con base -subráyese- en lo dispuesto en la Ley 35/2015, que se invoca analógicamente por el recurrente. De nuevo se hará abstracción del pormenorizado examen que se efectúa de las cantidades solicitadas por lesiones temporales, secuelas, perjuicio estético, gastos previsibles de asistencia futura y rehabilitación, y se hará específica referencia a lo que resuelve sobre la petición de cantidad por el concepto de lucro cesante que -coherente con las bases fijadas por el demandante- examina a la luz del artículo 126 de la precitada Ley 35/2015, efectuando el cálculo conforme a las tablas incluidas en dicha ley y estimando la reclamación.

**ACCIDENTE EN RAMPA DE GARAJE (parking policía local, siendo el lesionado un agente allí destinado)** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26 enero de 2017 (JUR 2017\209427)<sup>63</sup> examina el recurso de apelación formulado frente a una previa Sentencia de Juzgado Contencioso Administrativo.

La Sentencia pone de manifiesto que en la causación del accidente concurrió tanto la situación de la rampa del aparcamiento de la Comisaría de Policía Local (de la que se dice que llevaba cinco años en funcionamiento), como la propia conducción del vehículo por parte de la persona lesionada (“por ser un hecho probado la pérdida de control de la moto, manifestada en un frenazo brusco al final de la rampa, con toda seguridad, en reacción a la presencia de otro vehículo en sentido contrario”), dándose la circunstancia de que el lesionado desempeñaba su trabajo como agente de la policía en dicha Comisaría, es decir, que debía conocer el estado de las instalaciones, que fueron posteriormente -se dice- “reacondicionadas”.

Estimada una responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de la concurrencia del perjudicado a su resultado, lo que influirá en la suma final otorgada, el Tribunal se ocupa de determinar el alcance de las lesiones, haciendo referencia a los distintos informes periciales aportados, prefiriendo basarse en “las dos valoraciones aportadas separadamente por el Ayuntamiento y la aseguradora, esta última por ser superior, en beneficio del damnificado”.

No se explica la correlación entre dolencias

63 STSJ Andalucía (Sevilla) de 22 de diciembre de 2016, Sección 4ª, Ponente sr. Rodríguez Moral.

y cuantías, aunque resulta evidente el empleo de los baremos legales previstos para la valoración del daño corporal derivado de accidentes de tráfico.

**CAIDA DE ARBOL<sup>64</sup>.** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2016 (JUR 2017/26982)<sup>65</sup> examina y resuelve recurso de apelación contra previa Sentencia de Juzgado de lo Contencioso que había desestimado la inicial demanda, lo singular del caso es que en este caso la parte recurrente es una aseguradora que impugna un acto administrativo que reconocía la responsabilidad de la Administración en el particular correspondiente a las concedidas.

El asunto de base es fácticamente prototípico de un supuesto en que se solicite una indemnización por responsabilidad extracontractual, léase por funcionamiento anormal de los servicios públicos. En el madrileño parque del Retiro, un árbol cae sobre unas personas, causando el fallecimiento de una de ellas, y las heridas de otra, a la sazón una de sus hijas.

Ante la reclamación de los perjudicados, el Ayuntamiento madrileño dicta resolución estimándola, concediendo determinadas (y relevantes) cantidades.

La aseguradora del Ayuntamiento procede a impugnar dicha resolución de su propio asegurado, viendo rechazado su recurso en la instancia y en la alzada, alegando que la decisión final no solo era arbitraria y desproporcionada, sino que se separaba (e incrementada) lo pedido por la representación de los perjudicados, extremo que es contestado

64 Véase también, la STSJ Asturias de 3 junio de 2019 (Sección 1ª Ponente Sr. Chaves García JUR 2020\34561), en que se estima la responsabilidad patrimonial de la Administración por la caída de un árbol sobre un vehículo, y que en lo relativo a la cuantía (daño emergente), dado que no se había llegado a reparar el coche y solo se contaba con el informe pericial elaborado por la aseguradora, la Sala afirma que "la factura puede ser justificante del valor del daño pero no el único medio exclusivo y excluyente, lo suyo era que la Administración sopesase la credibilidad de la pericia de parte y apoyado en sus propios informes de valoración hubiese fijado su criterio sobre la estimación real de los daños, en vez del formalismo excluyente y rígido automatismo de exigir la factura y solo la factura". Lo curioso del iter del asunto, pero plenamente lógico desde el punto de vista jurídico, es que, ya en vía jurisdiccional, el vehículo se reparó y se aportó factura, de importe superior al del peritaje, que es la cantidad finalmente concedida pues es la suma reclamada en vía administrativa.

65 STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 10ª. Ponente Sr. Villafañez Gallego.

por otra singularidad del caso sometido a enjuiciamiento, y es que el expediente de responsabilidad realmente fue iniciado de oficio, entendemos que mas allá de que se diera audiencia en el mismo a los perjudicados, lo que recuerda la Sala al desestimar el motivo de apelación, considerando además que no se ha perjudicado el derecho de defensa de la aseguradora pues la misma ha podido alegar s en vía administrativa sobra las cuantías.

Despejada la cuestión formal de la supuesta incongruencia (que lo sería del acto administrativo, no de la sentencia apelada), la Sala se refiere a las dos partidas indemnizatorias que centran la controversia, daño moral y lucro cesante, con otra singularidad que afecta al razonamiento desestimatorio, pues la resolución municipal concedía el daño moral, y no incluía pronunciamiento por lucro cesante, de modo que el acierto o no de la decisión municipal anuda una y otra cosa.

**FALLECIMIENTO por agresión de un preso durante un permiso carcelario.** La Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 enero de 2016 (JUR 2016\33338)<sup>66</sup> resuelve el recurso contencioso formulado, concediendo determinadas cantidades a padres y hermanos.

La causa de la reclamación es descrita por la Sentencia de un modo sintético pero suficientemente descriptivo. Se dice que la misma es "el asesinato, previa detención ilegal y tras haber sido drogada, de ..., de 25 años, hermana e hija, respectivamente, de los demandantes, por el condenado ... el mismo día que tenía que reingresar de un permiso de salida de fin de semana del Centro de Inserción Social (CIS) de Palma de Mallorca en donde se encontraba preso por nueve delitos de robo, cumpliendo más de diez años de condena, así como por la falta de comunicación en el debido tiempo a las Fuerzas y Seguridad del Estado por parte del CIS respecto al no reingreso del interno el día de los hechos, así como por la falta de emisión de una orden de busca y captura, y por la ineficacia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la hora de atender las denuncias en relación a la desaparición de ..., y de proceder a la localización y detención de ... una vez fugado".

Con dicha descripción se deja claro que la responsabilidad patrimonial apunta tanto al brazo penitenciario como al policial

66 SAN de 20 enero de 2016. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 5ª Ponente Sra. Sánchez Cordero.

de la Administración, y a sus defectuosos funcionamientos, analizando el sentido de las penas, orientado a la reinserción, pero también las circunstancias que concurrieron en el caso, y la jurisprudencia existente en casos análogos, para con todo ello, afirmar que “debe declararse que en el presente caso concurren los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad patrimonial,... porque, como ha quedado razonado en párrafos anteriores ... no sólo se han producido daños - muy graves, añadimos- en los que no hay deber jurídico de soportar conforme a la Ley de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, en la doble vertiente de concesión de permisos y de reinserción social, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, y, además, de las circunstancias concurrentes no cabe concluir que no se hubiesen podido prever o evitar, por lo que incumbe al Ministerio del Interior la reparación de los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos”.

Para la cuantificación del daño, trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo, que -en buena medida- recuerda la aplicación del baremo legal en materia de accidentes de tráfico, teniendo en cuenta -eso sí- la convivencia o no de la víctima con los padres reclamantes (de la lectura de la Sentencia no consta que el novio de la fallecida, con el que convivía y la apoyaba económicamente, reclamase cantidades).

A partir de ahí, reduce el monto reclamado, pues -dice- “no parece lógico atribuir idéntica obligación reparadora al responsable del delito que a quien no lo ha sido, porque sería tanto como atribuir la responsabilidad exclusiva de los daños de la Administración (prescindiendo de la voluntad delictiva del reo), o como reconocer una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración respecto de la actuación del interno (responsabilidad subsidiaria que, obviamente, tampoco se da en este caso)”.

**EFECTO DE UNAS OBRAS PUBLICAS SOBRE INSTALACIONES DE REGADIO.** La Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2019 (RJCA 2020/172)<sup>67</sup>

67 SAN de 13 de diciembre de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 8ª. Ponente Sra. Pedraz Calvo.

Alguna analogía puede encontrarse con la STSJ de 12 marzo de 2019 (Sección 1ª Sra. Hidalgo Bermejo JUR 2019\139747) en cuanto que los daños en una finca, se derivan de una presa colindante. Respecto de la cuantía reclamada, se

procede a resolver desestimatoria la solicitud de indemnización por daños y perjuicios supuestamente derivados del impacto sobre el aprovechamiento agrícola de una finca por las obras en una carretera que hubieran incidido en las infraestructuras de riego.

En vía administrativa se dictó resolución parcialmente estimatoria de lo solicitado, por lo que examinando la Sala lo relativo al no reconocido lucro cesante, lo desestimaré con referencia a distintos aspectos que van desde lo indemnizado en expediente de expropiación forzosa que reseña (literalmente se consigna que en ese expediente se ha pagado el equivalente a cuatro cosechas) o la actuación material del recurrente respecto del funcionamiento del riego, lo que compara con lo que realizaron los titulares de otros predios.

Además, y como quiera que se había aportado informe pericial, la Sentencia recuerda que los tribunales valoran los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, sin entenderse vinculado a los mismos.

Desde este punto de vista, la Sentencia reseña la jurisprudencia relativa a la noción de daño moral, y -dice- “partiendo de estos postulados”, considera que la sentencia del Juzgado tampoco incurre en ninguna de las infracciones imputadas por la aseguradora, pues aceptando que -añade- “siempre será una cuestión sujeta a crítica la fijación de una concreta cuantía del daño moral, derivado del inevitable subjetivismo que preside su fijación (...) ello no significa que la indemnización reconocida a los perjudicados, por alta, desorbitada o falta de motivación que le pueda parecer a la aseguradora, pueda ser reducida a una operación aritmética de comparación o contraste con la que, a su entender, resultaría de la aplicación de los baremos legales”, es mas, considera la Sala que la Sentencia “se ajusta a las concretas circunstancias del caso, que la sentencia pondera debidamente, y satisface el principio de reparación integral del daño”, y así lo explica al decir que “que el

concede un 10% de la suma reclamada, pues calculándose está sobre la pérdida de la finca (“resultado de multiplicar el valor medio de hectárea por la superficie de la finca (...), considerando que el precio por hectárea viene dado por los valores medios generales publicados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en 2014”, no se entiende acreditado que realmente el efecto del daño vaya a suponer la pérdida total y permanente de la misma, pero si se considera que se ha producido un daño, que debe indemnizarse, por lo que se acude a dicho cálculo porcentual.

deber de indemnizar haya sido originado por un funcionamiento normal de la Administración Pública, que el fatídico hecho fuera presenciado solo por los hijos menores y no por el resto de perjudicados o que a la aseguradora le parezca contradictorio no indemnizar por lucro cesante y sí por daño moral derivado de la angustia producida por la pérdida de ingresos ciertos no son argumentos que nos permitan apartarnos un ápice de la conclusión expuesta, pues todos ellos son subsumibles en el inevitable subjetivismo implícito, no solo en la fijación del daño moral, sino también en su crítica. Las sumas indemnizatorias fijadas entran dentro de lo que esta Sala considera una razonable compensación del daño, por seguir la terminología empleada por el Tribunal Supremo, por lo que el pronunciamiento de instancia debe ser firme y rotundamente confirmado en sede de apelación”.

#### **B.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS: DE ANULACIÓN DE RESOLUCIONES, DILACIÓN EN SU ADOPCIÓN, CAMBIOS DE CRITERIO, NORMAS O ACTOS QUE INCIDEN EN LA SITUACIÓN DE TERCEROS.**

**DETENCION ILEGAL.** La Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 enero de 2016 (JUR 2016\36358)<sup>68</sup> resolvió y estimó parcialmente el recurso formulado frente a la desestimación por silencio de la petición de indemnización de una persona que fue detenida al llegar al Aeropuerto de Barajas, debiéndose la detención a un error de identificación.

Lo que se desprende de la lectura de la Sentencia es un llamativo error de identificación, con cita de los sistemas informáticos y de las contradicciones entre quien se creía estaba accediendo a territorio español, y quien realmente fue detenida.

La reclamante, sobre la que no pesaba orden de busca (pues incluso la que identificaba a la persona con la que habían confundido había caducado), era además funcionaria norteamericana.

Como consecuencia de los hechos reclamó una determinada cantidad, que comprendía el daño moral, así como las consecuencias psicológicas derivadas de dicha detención ilegal y errónea, suma que la Administración consideró excesiva, siendo así que frente a los

50.000 € pedidos se ofrecían 600 €, frente a decenas de miles, se proponían cientos de euros, siendo resuelto por la Sala en la suma de 3.000 €, sin mas concreción que entender esa “cantidad ...viene a cubrir, económicamente, la injusta situación vivida por la recurrente”, es decir, que la suma no alcanza a un 10% de lo reclamado, de hecho, se encuentra mas cerca de un mero 5% de lo pedido, sin explicarse -ni aún con mención a otras Sentencias- el por qué de dicha suma que parece corresponder exclusivamente a daño moral.

**PRISION PREVENTIVA**<sup>69</sup>. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018/5697)<sup>70</sup> corresponde al singular ámbito de la responsabilidad derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia, y mas particularmente a las posibles consecuencias indemnizatorias de la prisión preventiva. En el caso enjuiciado, el reclamante terminó siendo condenado a tiempo inferior del que había estado como preso preventivo, de ahí que solicitara la indemnización. De nuevo, a los presentes fines, se hace abstracción del debate sobre la concurrencia o no de los especiales requisitos de los que depende la existencia misma de responsabilidad según la específica regulación contenida Ley Orgánica del Poder Judicial -artículo 294- (y la jurisprudencia que la viene interpretando), y partir del dato de que en el presente supuesto, la Sala de la Audiencia Nacional revocó la plena desestimación acordada en vía administrativa, determinando el periodo sobre el que debía calcularse la indemnización, y sobre ese periodo solo se concede la sumas correspondientes a daños morales y personales (por los que solicitaba 120 €/día), rechazando lo correspondiente al lucro cesante al considerar que “no constar desarrollara una actividad laboral con carácter previo a su ingreso en prisión y en todo caso en la cantidad reconocida anterior por daños morales ya se tiene en cuenta el hecho de verse privado de la posibilidad de realizar una búsqueda de empleo para poder desarrollar

<sup>69</sup> Véase, SELIGRAT GONZALEZ, Victor Manuel, “Responsabilidad civil por uso indebido de prisión preventiva. El restrictivo giro jurisprudencial del Tribunal Supremo: problemas de adecuación con principios constitucionales y recientes criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” Revista española de Derecho Administrativo num. 189/2018 y la “ficha de jurisprudencia” preparada por Inés LARRAYOZ SOLA, “TS establece que toda absolución da lugar a indemnización al perjudicado que haya sufrido prisión preventiva” Revista Aranzadi Doctrinal num. 11/2019. En todo caso, véase la STC 85/2019, de 19 de junio.

<sup>68</sup> SAN de 27 enero de 2016 Sala de lo Contencioso. Secc. 5ª Ponente Sr. García de Paredes.

<sup>70</sup> SAN 28 de noviembre de 2017. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª Ponente Sra. Acín Aguado.

una actividad laboral”<sup>71</sup>.

**EXPULSION DE EXTRANJERO**<sup>72</sup>. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2019 (RJCA 2019/59)<sup>73</sup> rechaza la petición indemnizatoria efectuada por un extranjero del que se dictó una inicial orden de expulsión, luego revocada por razones humanitarias.

Para la comprensión del asunto, la Sala de la Audiencia Nacional realiza un detallado repaso cronológico de los distintos pronunciamientos administrativos y judiciales tendentes a la expulsión del reclamante, que después de diversos pronunciamientos desfavorables, años mas tarde, por razones humanitarias, se deja sin efecto la orden de prohibición entrada y, luego, la autorización de residencia y trabajo, y a partir de ello se solicita la indemnización.

71 Véase también la STS de 17 de mayo de 2016 (Sección 6ª Ponente Sr. Trillo Alonso RJ2016\2605) que específicamente sobre la indemnización reclamada, descarta el lucro cesante, diciendo que “La actora en su escrito de demanda reclamó 1.054.656 euros por los 542 días que se mantuvo en prisión; 18.655 euros por lo dejado de percibir como consecuencia de la pérdida de trabajo; 12.169 euros por la pérdida de residencia legal en España hasta la interposición de la reclamación previa; 80.000 euros por daños psicológicos y 100.000 euros por daños morales y derecho al honor, cantidades que se incrementarían con el interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación, el 24 de febrero de 2012. Pues bien, atendiendo a los conceptos expresados debidamente acreditados a excepción de lo dejado de percibir por pérdida de trabajo, a que los daños morales y el derecho al honor no vienen agravados por situación o circunstancia distinta a la de la permanencia en prisión, y a que la situación de pérdida de residencia legal en España no fue irreversible, se fija una indemnización de 60.000 euros como cantidad total a percibir y actualizada a la fecha de esta sentencia, así como la SAN de 17 de noviembre de 2015 (Sección 3ª Ponente Sr. Méndez Canseco JUR 2015\302962) que resuelve lo relativo a la cuantía reclamada del modo que simplemente se transcribe a continuación “... al no ajustarse la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, el recurso debe ser estimado y anulada aquélla. No obstante, las pretensiones de la demanda sólo se estiman en parte, es decir, frente a los 353.400 € reclamados por el actor, la indemnización que este tribunal considera ajustada a derecho asciende a la cantidad de 194.000 €. Este es el alcance de la estimación del presente recurso.

72 Véase también, SAN de 23 enero 2019 (Sección 5ª Ponente Sra. Sánchez Cordero. JUR 2019\64163) que desestima indemnizar a un extranjero cuya orden de expulsión fue revocada, considerando que la inicial resolución, aunque fuera revocada no puede calificarse “como arbitraria, irrazonable o desproporcionada, que es -subraya- lo que debe determinarse al enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración”, a lo que añade que ni consta acreditado un daño efectivo, ni es indemnizable “la aflicción sufrida por otros” (familiares), ni hay daño moral “el hecho de vivir en el país de origen del que se es nacional”.

73 SAN de 13 de febrero de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sra. Sánchez Cordero.

A partir de ahí, se reitera la consolidada doctrina que correlaciona actos administrativos (incluso en caso de anulación de los mismos) e indemnización, insistiendo en aspectos específicos como el examen de la antijuridicidad o no de la actuación administrativa, el margen de razonabilidad<sup>74</sup>, considerando que no concurren en este caso las circunstancias que avalaran la petición indemnizatoria, amén de que -se dice también- tampoco se ha acreditado el daño efectivo, y mas en particular porque, en cuanto al lucro cesante, “debe acreditarse, no suponerse”<sup>75</sup>.

**RETIRADA DE PRODUCTO.** La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015 (RJ 2015/3133)<sup>76</sup> aborda una solicitud de

74 Como explica la Sentencia de la Audiencia Nacional, Dlo relevante para la valoración de la tipología a que se ha hecho referencia es que ha de ser examinado conforme a las características de razonabilidad de la decisión y a la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisible en derecho, sin perjuicio de que por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido.

75 Si bien las conexiones entre ambos tipos de asuntos se limitan al hecho de ser ciudadanos extranjeros que reclaman una indemnización de la Administración pública después de la anulación de ciertos actos administrativos, se considera de interés la cita del trabajo de PRADO GONZALEZ; Miguel “Comunitarios B y responsabilidad patrimonial” Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento num. 32/2011, en que se examina una Sentencia de la Audiencia Nacional que hubo de enfrentarse a la reclamación de un jugador de baloncesto que no pudo ser alineado en atención a su condición de extranjero. Quizá especialmente interesante es el apartado en que trata sobre la reclamación del jugador, los conceptos solicitados y la valoración de los mismos por la Sala.

76 STS de 26 de mayo de 2015, de la Sala de lo Contencioso. Sección 4ª. Ponente Sr. Díaz Picazo Giménez. Véase también la STS de 19 junio de 2018 (Sección 5ª Ponente Sr. Olea Godoy RJ 2018\3248) que rechaza la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la retirada de ciertos productos.

Parece oportuno traer a colación, el artículo de María Victoria Galvez, “Responsabilidad patrimonial derivada de la adopción de medidas cautelares en el contexto de alerta alimentaria: el caso del aceite de orujo de oliva”, publicado en el número 7, año 2010, de la Revista Aranzadi Doctrinal, que repasa los antecedentes del caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina comunitaria, así como los principios de precaución, seguridad de los productos y seguridad alimentaria, así como el de protección de la salud. En el comentario final del trabajo (auténtico resumen conclusivo del mismo) se dice “Aun cuando exista coincidencia entre las sentencias del Tribunal Supremo con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la medida en que rechazan las pretensiones indemnizatorias basadas en la anulación de un acto administrativo anterior, lo cierto es que el fundamento del pronunciamiento desestimatorio es distinto y, si bien en el caso de la alerta alimentaria del aceite de orujo tuvo

indemnización nacida de una actuación de la Administración española decidiendo -aplicando cierta Orden Ministerial- la retirada de ciertos productos medicinales que procedían de Bélgica, lo que contravendría el Derecho Europeo. El Tribunal Supremo revoca la previa decisión desestimatoria adoptada por la Audiencia Nacional. Al desbordar el objeto de este comentario ha de obviarse el comentario al fondo del asunto (y especialmente, del requerimiento jurisprudencial comunitario de que la infracción sea “especialmente caracterizada”<sup>77</sup>) y acudir directamente a lo que se resuelve sobre la indemnización solicitada en atención al perjuicio derivado de la actuación de la Administración española que, en la práctica, limitó la libre circulación del producto retirado del mercado<sup>78</sup>.

su fundamento exclusivamente en el derecho interno, sin embargo, la desestimación en vía administrativa de las reclamaciones de indemnización sí estaban fundadas tanto en el principio de máxima protección de la salud como en el principio de precaución, de forma que lo que realmente justificaba la adopción de la medida extraordinaria de inmovilización del producto era la naturaleza del bien jurídico protegido, la salud pública de los ciudadanos, que es preeminente sobre los demás intereses jurídicos en liza, como es el caso de los intereses económicos de las empresas del sector. La protección de la salud se llevó a cabo con una actuación preventiva, avalada por el principio de precaución, dada la incertidumbre que presentaba el caso desde el punto de vista científico. Por último, aun cuando el riesgo para la salud no fue considerado inminente lo que justificó la anulación judicial de la alerta sanitaria, lo cierto es que según la doctrina del Tribunal europeo, no se trató de una violación suficientemente caracterizada, dado el margen de apreciación que las autoridades sanitarias tienen ante la sospecha de un riesgo para la salud”.

Complementariamente, aunque centrado en los problemas de responsabilidad derivados de los propios medicamentos, y no tanto en la retirada de los mismos, GALAN CORTES, Julio Cesar. *Responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios*. Ed. Civitas, 2020, Asimismo, GONZALEZ GONZALEZ, Evaristo “Administración sanitaria y responsabilidad por productos sanitarios defectuosos con marchio CE” *Revista española de Derecho Administrativo* num. 200 (2019)

77 Con cita de la Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2009 (TJCE 2009, 46), la resolución del Tribunal Supremo afirma que “Dado que la Administración española conocía estas circunstancias, no cabe sostener que la orden de retirada de los productos de la recurrente constituya una infracción inadvertida o excusable del derecho de la Unión Europea. Se trata de una vulneración deliberada de la norma y, por consiguiente, suficientemente caracterizada a efectos indemnizatorios. Debe tenerse en cuenta, además, que la reclamación indemnizatoria de la recurrente no se refiere a todos los productos retirados, sino sólo a los pertenecientes a la denominada “gama Biover”, la única de la que consta el conocimiento de su origen por la Administración española”.

78 Al respecto, la Sentencia comentada examina el mecanismo de comunicación contemplado en la normativa europea y las obligaciones nacidas de los propios tratados.

El reclamante solicitaba una importante indemnización, desglosando diversas partidas, que iban desde daños por inmovilización de productos, su coste de retirada o los daños reputacionales, interesando por lucro cesante una cifra superior al millón y medio de euros, siendo esta la partida mas elevada, como destaca el propio Tribunal. Al respecto, el Fundamento Sexto de la Sentencia afirma que “conviene destacar que el dictamen pericial aportado por la recurrente no da plenamente razón de las cifras que emplea para calcular las ventas que se habrían podido realizar si no se hubiera dado la orden de retirada de los productos. Es verdad que esas cifras son consideradas correctas -en el sentido de ajustadas a la contabilidad de la empresa- por un documento de la sociedad encargada de la auditoría de la recurrente. Pero esto no deja de ser una especie de “dictamen pericial de segundo grado”, que no neutraliza la objeción de que no se han dado a conocer los datos reales en que se basan los cálculos del perito y, por ello mismo, esos cálculos no pueden ser críticamente examinados. Con todo -prosigue-, hay otra objeción aún más grave: tal como indica el Abogado del Estado, la recurrente no ha probado que los productos no fueron luego comercializados en otro país, ni menos aún que no pudieron serlo como consecuencia de la orden de retirada dictada por la Administración española. Entre las pruebas practicadas no hay ninguna que acredite cuál fue el destino de los productos retirados. No puede decirse, así, que haya lucro cesante, entendiéndose por tal -como no podría ser de otra manera en un razonamiento técnico-jurídico- la pérdida injustificada de una ganancia que razonablemente se habría debido obtener”. La derivada de ese razonamiento y del hecho mismo de que se reclamase también el coste de retirada del producto (luego, podría haber sido comercializado en otro lugar, aun con incremento de coste) lleva a la Sala a conceder una importante cantidad que engloba el resto de los conceptos de daño emergente (inmovilización, retirada y daño reputacional, calculado al parecer a tanto alzado y cuya estimación no suscita mayor comentario), lo que -en la práctica supondría algo mas del 10% del total solicitado, pero no concediendo cantidad alguna por lucro cesante.

**ERROR JUDICIAL<sup>79</sup>.** La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (RJ 2020/2480)<sup>80</sup> examina la posible existencia de

79 GONZALEZ VARAS, Santiago “Error judicial: casuística y problemas” *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 7/2017

80 STS 23 de julio de 2020. Sala de lo Contencioso. Sección

error en la previa Sentencia dictada por Tribunal Superior de Justicia que a su vez había tratado una petición indemnizatoria derivada de la nulidad de una concesión de obra respecto de un puerto deportivo. El Tribunal Supremo estima que sí ha tenido lugar el citado error.

Para comprender mejor las circunstancias del caso, cabe retrotraerse al origen del mismo. Quien finalmente solicita el reconocimiento de haberse producido el tan repetido error, era la empresa que -en su día- había obtenido el otorgamiento de una concesión de obras para la ampliación de determinado puerto deportivo, que fue anulada por un defecto formal imputable a la Administración, lo que hizo imposible que la empresa adjudicataria ejecutase el proyecto, por lo que solicitó la devolución de los cuantiosos avales en su día

prestados, lo que largo tiempo mas tarde fue denegado por la Administración, decisión que fue anulada judicialmente. Además, la mencionada empresa instó procedimiento de responsabilidad patrimonial en reclamación de los perjuicios propios de la suspensión y paralización definitiva de las obras en cuestión. La Administración acogió la devolución de las fianzas, avales y el abono del importe de la obra ejecutada, desestimando lo solicitado como lucro cesante, que es el particular al que se dedica especial atención en estas páginas, contra esta decisión en vía administrativa se formuló el recurso contencioso, que fue desestimado.

Contra la desestimación judicial, el reclamante inició el camino procesal que llevará a la decisión comentada. Primero intentó el recurso de casación, que fue inadmitido.

2ª, Ponente Sr. Merino Jara.



Después formuló incidente de nulidad, que fue inadmitido. Finalmente, inició demanda de error judicial.

La decisión del Tribunal Supremo examina la doctrina general sobre el procedimiento para la declaración de error judicial<sup>81</sup>, y las características del mismo, de modo que -recuerda- la declaración de un “error judicial”, es un “presupuesto previo” para poder conocer de la acción destinada a obtener una indemnización de daños y perjuicios que tengan su origen en las decisiones jurisdiccionales, procediendo a reconocer que sí se ha producido dicho error, explicando que el mismo recae sobre un aspecto (la afirmación por la previa resolución de que no se habían aportado unas facturas, que si obraban en autos) matizando

81 Véase el FJ 5º de la Sentencia, con amplia cita jurisprudencial, así como el FJ 6º que explica que el error cometido, “En la redacción originaria, el razonamiento argumentativo que conduce a la desestimación tiene lógica y es coherente -al margen de que se esté en acuerdo o en desacuerdo con su conclusión-, lo que sucede es que se apoya en una premisa que no es correcta, cuál es la ausencia de facturas. En la redacción aclarada queda patente que sí se han aportado facturas. Cabría esperar, por tanto, después un plano lógico y racional, que de la valoración realizada se dedujera (ya sea implícitamente, ya sea explícitamente) que tales facturas que obran en autos, realmente han sido valoradas. No ha sido así, es más, el razonamiento realizado en relación con los conceptos sobre los que se hace hincapié en la demanda de error judicial, está en franca contracción con el contenido de la sentencia tras su aclaración (que en este aspecto no ha cambiado), puesto que, no se olvide, se basa en la inexistencia de facturas para justificar el rechazo de pretensiones objeto de controversia...”, concluyendo que “nos hallamos ante un error judicial. No se trata de la valoración de unos determinados documentos con arreglo a unas pautas hermenéuticas razonables lógicas y coherentes, siempre dentro del marco que el juzgador tiene reconocido para llevar a cabo su función. Se trata, lisa y llanamente, de que no se han valorado un voluminoso conjunto de facturas que se reconoce que obran en un CD, documento 12. Ello contamina toda la valoración de la prueba contenida en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia del tribunal valenciano. La valoración, en esas condiciones no es racional ni coherente. El error es patente, indubitado, incontestable y determinante. En cambio, con respecto a las medidas compensatorias y riesgo y ventura del concesionario, sobre las que se extiende la sentencia en su fundamento sexto, declaramos que no nos hallamos ante un error judicial puesto que la sentencia objeto de la demanda judicial cumple con los parámetros de lógica y razonabilidad que resultan inexcusables en toda decisión judicial y responde a un criterio hermenéutico o aplicativo que, pese a que pueda ser objeto de polémica, no exterioriza de manera ostensible e indubitada, un desconocimiento del ordenamiento jurídico por la falta de aplicación de la norma que necesariamente haya de ser observada en el caso litigioso o por su arbitraria interpretación. Interesa recordar al efecto, que el procedimiento de error judicial no constituye una nueva instancia o recurso procesal en la que el accionante pueda insistir en el criterio que le haya sido desestimado, con la mera finalidad de que un determinado pronunciamiento sea sustituido por otro de alcance distinto”.

la lógica de otros razonamientos sobre medidas compensatorias, riesgo y ventura del concesionario, insistiendo la Sala en que “se estima la pretensión de declaración de error judicial, bien que limitada a su función de requisito previo a la eventual pretensión de responsabilidad patrimonial a ejercitar, en su caso, contra el Estado. Efectivamente, la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable, junto con la sentencia dictada en proceso de revisión, de una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial del Estado Juez”, siendo en esta en la que volverá a sustanciarse aquello que es discutido, el lucro cesante, aunque con esos parámetros sobre aquello en que erró la previa decisión y aquello otro en que lo decidido por el Tribunal Superior de Justicia, sea cual fuera la opinión de las partes, puede ser razonable.

**ANULACION DE ACTOS.** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2016 (JUR 2016/226333)<sup>82</sup> resuelve el recurso de una empresa contra la Administración autonómica, y aunque reconoce que se cumplirían los requisitos de la responsabilidad patrimonial, desestima cada una de las partidas solicitadas y -en consecuencia- deniega la indemnización solicitada. El origen de la reclamación se encuentra en la previa anulación en sede contenciosa de otro acto administrativo autonómico (autorización de licencia ambiental).

Correspondiendo el asunto a aquellos en que se pretende vincular la anulación de un acto administrativo con la producción de unos daños indemnizables, la Sentencia comienza por realizar amplia cita de la jurisprudencia sobre este particular, recordando que “la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la administración no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella cuando se cumplan los requisitos precisos establecidos con carácter general”, para posteriormente examinar las circunstancias del caso, y la motivación de la previa anulación a la que ahora quiere anudarse la consecuencia indemnizatoria, siendo así que los reproches que provocaron aquel fallo fueron esencialmente de carácter formal (procedimental), de donde concluye que “la administración, “dueña” del trámite, erró lamentablemente en la tramitación

82 STSJ Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sr. Picón Palacio.

del procedimiento que, tanto la legislación nacional, como la autonómica, le imponían para otorgar la autorización que concedió. Ahora bien, aunque alguno de los yerros pudiera ser discutible, en cuanto a las circunstancias del caso, como lealmente sigue diciendo la actora respecto de la intervención de la Confederación Hidrográfica del Duero, al verterse los desagües al colector municipal, es lo cierto que el conjunto de los malos pasos en la tramitación del proceso, muy extendido en el tiempo y que, por su naturaleza, exigían una muy prudente actuación, con exquisito cumplimiento de los trámites, suponen una clara razón de responsabilidad patrimonial en cuanto la administración autonómica dio lugar a la quiebra de pasos expresa e inexcusablemente previstos en la normativa aplicable”.

Abierta la puerta a la existencia responsabilidad, la Sentencia analiza las partidas reclamadas, importantes y no muy diferentes para el daño emergente<sup>83</sup> y el lucro cesante solicitado, debiendo centrar el comentario en este segundo que también será rechazado al ser calificado lo pedido como mera expectativa, explicando que “la falta de ingresos no derivaba de la mala y tórpida actuación de la administración en la tramitación del expediente, sino del hecho de que en los años 2011 y 2012 no había instalaciones donde trabajar por decisión de la propia empresa, quien, hipotéticamente, y con riesgo cierto, hubiera podido al amparo de la ejecutividad de las decisiones administrativas,

83 Aunque en el texto del trabajo se trata lo relativo al lucro cesante, déjese al menos anotada la respuesta denegatoria que da la Sentencia a los distintos conceptos que se reclamaban como daño emergente, respuesta, por cierto, no infrecuente en otras resoluciones judiciales. Así, respecto de la petición de ser indemnizada por los gastos de adquisición de ciertas finca donde se iba a instalar la actividad se dice que “son fincas adquiridas tanto a la administración local, como, posteriormente, a particulares y que forman parte actualmente del patrimonio de la administrada. La reparación del daño que se insta, mediante el abono del precio pagado carece, en absoluto, de razón de ser, en tanto en cuanto la propiedad de las fincas pertenece a la propia administrada y si se le abona el precio, además de retener la propiedad de los inmuebles, es de considerar que obtendría un doble beneficio, pues sería dueña de inmuebles cuyo precio le ha pagado otro” En cuanto a las otras cantidades por remuneración a empleados y servicios profesionales, la Sentencia critica la documentación en que pretende basarse lo pedido (“se apoyan en una pluralidad de facturas no suficientemente desglosadas y correlacionadas con las aportadas a los autos, las cuales no han sido ratificadas debidamente en autos, en cuanto la pericial que sobre ellas se practicó ante la Sala solo pudo aportar su constatación en los libros de la sociedad, pero no su realidad, ni tampoco su correlación con daños efectivamente causados a la demandante derivados del hecho objeto de este litigio propiamente dicho”).

seguir con la tramitación de sus instalaciones, pero que, se insiste que prudentemente, según los resultados finales, optó por una actitud conservadora”.

**ANULACION DE ACTO.** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019/207579)<sup>84</sup> examinó el recurso de apelación formulado respecto de la previa Sentencia del Juzgado Contencioso de Huesca que desestimaba la demanda, y con ello confirmaba la inicial denegación efectuada en vía administrativa.

La indemnización reclamada, en lo esencial constituida por la solicitud de un importe correspondiente a lucro cesante, tenía su origen en el inicial otorgamiento de una licencia para la explotación de ganado porcino, ya que esta licencia fue posteriormente anulada judicialmente.

Dos son los motivos en que se basa la denegación de la indemnización solicitada.

Por un lado, la necesidad del particular de soportar el daño que viene producido por la anulación en vía jurisdiccional de la decisión que permitió la apertura de la explotación ganadera, máxime cuando -se añade- el inicial otorgamiento de la licencia “no fue una decisión carente de toda razonabilidad ni arbitraria, y favoreció inicialmente al actor, aunque posteriormente hubo de revocarse como consecuencia de la sentencia del juzgado, confirmada por esta Sala”.

Quizá con este argumento habría ya razón bastante para la desestimación, pero se añade, que, por otra parte, la Sala no constata una especial afección personal del recurrente, rechazando conceder lo solicitado por daño moral, ni ser indemnizables los gastos en que incurrió para una breve reapertura, y también rechaza lo pedido por lucro cesante no se considera acreditada pues -dice la Sentencia- “puede entenderse como hecho probado que durante el año 2011 se permitió al demandante que mantuviera la explotación en ejercicio, como afirma la administración recurrida, lo cierto es que la cuantía de la indemnización se establece en la demanda sobre la base de una declaración de la propia parte, no verificada por prueba pericial, testifical o de otra clase”.

**ANULACION ACTO.** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de

84 STSJ de Aragón de 25 de marzo de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sr. Zubiri de Salinas.

enero de 2018 (RJCA 2018/1)<sup>85</sup> examina recurso formulado contra una previa resolución de la Administración autonómica, que si bien había reconocido la existencia de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de otra previa resolución, sin embargo no concedía las cantidades pretendidas por la actora, de modo que la controversia sometida al conocimiento del tribunal gira sobre ese aspecto, siendo el recurso desestimado por la Sala.

Los hechos que se encuentran en la base de la reclamación corresponden a lo ocurrido con la concesión de explotación minera inicialmente otorgada a la reclamante, que poco después fue se vio afectada por la decisión autonómica de declarar dicha explotación incompatible con la protección del patrimonio cultural<sup>86</sup>. Esta

85 STSJ de Aragón de 5 de enero de 2018. Sala de lo Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sr. Martínez Lasierra.

Véase también la STS 22 junio 2015 (Sección 6ª Sr. Córdoba Castroverde RJ 2015\3202) que otorga indemnización por la paralización de obras de urbanización suspendida por la aparición de restos arqueológicos, y la superación de los plazos administrativos en la adopción de medidas de protección de éstos.

86 Véase, JERICO ASIN, Carlos "Hallazgos arqueológicos: ¿debe el propietario de la finca soportar exclusivamente las limitaciones al aprovechamiento del suelo si contaba con licencia de obras? Revista Aranzadi Doctrinal num. 2/2017, en que se trata de la STS de 15 diciembre 2010 (Sección 4ª RJ 2011, 292) que rechazó la pretensión indemnizatoria de quien contando con licencia de obras, aparecieron restos arqueológicos que merecieron protección administrativa. La Sala rechazó la pretensión indemnizatoria del reclamante por considerar que el daño no tenía carácter antijurídico, considerando -respecto del lucro cesante- que lo que se pretendía indemnizar no era mas que mera expectativa. También, Rocio PEREZ SAEZ, en "Urbanismo. La imposición de limitaciones al derecho a edificar basada en hallazgos arqueológicos da lugar a responsabilidad patrimonial de la administración" (La Administración Práctica num. 2/2017) se ocupa del asunto al comentar la STS de 28 de octubre de 2016 (Sección 5ª) que "estima parcialmente el recurso contencioso administrativo reconociendo el derecho de la recurrente al abono de una indemnización por la reducción del aprovechamiento urbanístico patrimonializado, y al reintegro de los gastos satisfechos por los proyectos, licencias y promoción inmobiliaria, cantidades que se concretarán en ejecución de Sentencia", considerando que "propietario no tiene el deber jurídico de soportar el daño que concretamente se le produce en aras del interés general, aunque se ampare en la aplicación de normas sectoriales de protección del Patrimonio" y -respecto a las cuantías reclamadas- se decía "se trata de unos solares que habían obtenido licencia de edificación y por tanto el derecho a edificar se había patrimonializado y no constituía una mera expectativa. Tras suspenderse las obras y realizarse las prospecciones arqueológicas, se impusieron las obligaciones de conservación de los hallazgos arqueológicos que restringían el aprovechamiento urbanístico de las fincas, haciendo inviable la ejecución de las edificaciones según los proyectos licenciados". Más allá de la aparente contradicción, téngase en la Sentencia comentada por Carlos Jericó se venía a apuntar que todavía

resolución fue recurrida y finalmente anulada, ya que antes de la declaración de incompatibilidad no se había delimitado el entorno precisado de protección.

La empresa concesionaria consideró que la declaración de incompatibilidad, y el sucesivo *iter* procesal hasta su anulación, habían producido un retraso (entre seis y ocho años<sup>87</sup>, según las fechas que se considerasen) en el expediente de explotación.

Lo solicitado por la reclamante dista mucho de lo concedido en vía administrativa (y ratificado judicialmente), pues frente a los algo mas de 660.000 € solicitados, se otorgaban algo mas de 10.000 €.

En la cantidad pedida se incluían conceptos bien diferentes, daños directos o daño emergente<sup>88</sup>, coste de inversiones paralizado, e incluso los gastos del ejercicio de 2015 y los de defensa jurídica, y a todo eso se añadía la partida mas importante que correspondía al lucro cesante.

En la resolución del debate sobre el lucro cesante se deja constancia de la existencia de un informe pericial de parte, y de un informe de un perito de designación judicial. El aportado por la parte fue orillado por la resolución administrativa porque haciendo referencia a los resultados del sector en otras varias provincias españolas, se consideró que no ofrecía datos que pudieran ser extrapolables al caso. Tampoco parece que la Sala termine confiando en el criterio del perito designado judicialmente, y ello pese a que las apreciaciones de este perito reducían prácticamente a un tercio las iniciales de los reclamantes.

Tras reseñar lo efectuado por los peritos, la Sentencia alude a otros elementos de prueba que concurren en la sensación de falta de actividad de la empresa minera<sup>89</sup>, para concluir

no se había concretado el alcance de lo que no pudiera ser ejecutado por las modificaciones del proyecto de edificación, impuestas por la protección cultural.

87 En la pretensión de la recurrente, desde el otorgamiento de la concesión, hasta el otorgamiento de la licencia ambiental de actividades clasificada.

88 Véase el pormenorizado Fundamento 7º de la Sentencia, en que se van desgranando los distintos elemento que integran esta partida, examinando las distintas pruebas, entre las que menciona el informe del perito designado judicialmente.

89 Especialmente rotunda es la declaración testifical del DJefe de Servicio de Promoción y Desarrollo Minero,

que “la propia actitud de los actores la que niega la viabilidad de la explotación, pues en otro caso se hubiera desarrollado, e impide que se pueda tener por acreditado el perjuicio efectivo y real, que es la base para poder apreciar la existencia de lucro cesante”.

**ANULACION DE ACTO.** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de octubre de 2015 (JUR 2015/268588)<sup>90</sup> vino a estimar parcialmente el recurso formulado contra la denegación presunta de una reclamación formulada a la Administración autonómica, con la consiguiente estimación parcial de un importe indemnizatorio, si bien debe destacarse que lo otorgado es un muy reducido porcentaje (menos de 100.000 €) de la millonaria reclamación efectuada, de modo que el tribunal ni concederá la totalidad de la suma reclamada, ni aún atenderá mas que algunos de los conceptos reclamados (daño emergente, lucro cesante y daño moral), siendo -de nuevo- el tema controvertido el que afecta al lucro cesante.

Los hechos base de la reclamación indemnizatoria traen a colación la presencia de dos entidades, dedicadas a actividad ganadera (crianza de porcino) en la misma zona, y como finalmente, quienes posteriormente solicitan la indemnización, previamente han conseguido que se declare la nulidad de los permisos con que contaba la empresa competidora y que afectaban al desarrollo de la propia.

Con dicho perfil fáctico se comprende que la Sentencia haya de tratar lo correspondiente a la vigencia de la acción, la correlación entre anulación de actos y reconocimiento (o no) de derecho indemnizatorio, y los concretos importes que se reclaman y finalmente se

---

acreditando la ausencia de actividad explotadora desde el inicio de su vigencia, sin encontrar en ella frentes preparados para el comienzo de la explotación. La razón es, según este testigo-perito, que su explotación es antieconómica debido a que el transporte de piedra desde el paraje donde se encuentra resulta muy gravoso y que las incertidumbres son muchas por no existir un frente de explotación abierto que verifique la idoneidad y calidad de la piedra y que acredite cuál es el tamaño de bloque que podría ofrecerse al cliente (parámetro fundamental en este negocio), y porque no existe un mercado comprometido con la misma. En respuesta a preguntas anteriores detalla minuciosamente el estado de la explotación, para la que los titulares de la concesión solicitaron el 30 de enero de 2012 la paralización de los trabajos por el deterioro del mercado de la piedra natural, hasta que se recuperara la demanda de estos productos a niveles que hicieran rentable la explotación.

90 STSJ de Aragón de 15 de octubre de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sr. Zubiri de Salinas.

conceden.

Sucesivamente, primero, la Sentencia rechaza la prescripción de la acción que interesaban los demandados, para lo que trae a colación el concepto de “actio nata”<sup>91</sup>. Posteriormente recuerda que no en todos los casos en que se produce la anulación (administrativa o judicial) de un acto administrativo, ello conlleva el nacimiento de un derecho indemnizatorio, si bien en el presente caso se llega a la conclusión de que si concurren los requisitos para obtener un resultado favorable a dicha pretensión de responsabilidad, razonándose que “la actuación administrativa que ha sido anulada significó que, mientras estuvo vigente, no fue posible la ampliación de actividad pretendida por la sociedad civil constituida por los actores” de modo que -prosigue- “los recurrentes no tenían el deber jurídico de soportar el resultado lesivo, en este caso determinado por el lucro cesante consecuencia de la imposibilidad de ampliar su actividad comercial, que había sido solicitada mediante la aportación de un proyecto de ampliación de la granja de su propiedad. No resulta necesario en este caso llegar a construir las nuevas instalaciones pues, aparte de las dificultades administrativas que hubieran podido encontrar, no cabe exigir una importante inversión a quien no va a poder poner en marcha la explotación, al existir obstáculos legales que impedirían esa ampliación del cebadero de porcino”.

Quedaba solo por concretar el importe.

La Sala rechaza lo pedido como “daño moral”, considerando que no concurren los presupuestos para ello (“los actores no han visto frustradas sus posibilidades profesionales y la necesidad de acudir a la vía administrativa y a la jurisdiccional en defensa de su derecho no es razón suficiente para estimar que concurra un daño moral indemnizable”).

Sobre lo pedido por lucro cesante, la Sala dice contar con “valoraciones de muy diferente resultado”, de las que una de ellas sería la pericial

---

<sup>91</sup> Según explica el Fundamento de Derecho 3º de la Sentencia, “conforme a reiterada jurisprudencia, de la que es muestra la sentencia del TS de 14 de junio de 1993, el principio general de la «actio nata» significa que el plazo para ejercitarla sólo puede comenzar cuando ello es posible y se recoge en las SS. 27-12-1985 y 13-3-1987. Este momento no es otro sino aquel en el cual haya ganado firmeza la sentencia donde se declare la nulidad del acto administrativo (o disposición general) origen o causa de la responsabilidad patrimonial y así lo dicen otras muchas [ 2-12-1980 , 13 marzo, 22 noviembre y 27 diciembre 1985 y 9-12-1986).

aportada por los reclamantes, y de entre todas esas valoraciones, opta por la debida al perito judicial que “detalla los gastos necesarios para obtener el lucro de la explotación, incluyendo gastos financieros, coste energético, limpieza, impuestos y seguros sociales. Respecto a la financiación es de recordar que corresponde a la actora la carga de acreditar los hechos en que fundamenta su pretensión, en este caso que contaba con patrimonio suficiente para realizar el importante desembolso que requería poner en marcha la explotación ampliada. No constando así, los gastos de financiación que la pericial judicial señala pueden entenderse adecuados a la realidad del caso”<sup>92</sup>.

### **ANULACION DE ACTO. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 23 de mayo de 2018 (JUR**

<sup>92</sup> Incluso sobre las apreciaciones del perito designado en el curso del proceso, se hubieron de producir discrepancias, así por ejemplo sobre los coeficientes de amortización, respecto de los que la Sala rechaza aplicar lo dispuesto en la norma tributaria correspondiente, porque -dice- “los plazos allí establecidos no son de aplicación al caso, por tratarse de un supuesto de hecho diferente”.

**2018/302089)**<sup>93</sup> rechaza el recurso de apelación formulado frente a la previa Sentencia de un Juzgado Contencioso malagueño que había desestimado el recurso contra la previa denegación de indemnización formulada en vía administrativa.

La reclamación de responsabilidad patrimonial se debía a la petición (como lucro cesante) de las diferencias retributivas (complementos específicos) entre dos puestos de trabajo, lo que remite a la existencia de actos administrativos anteriores que fueron judicializados.

De hecho, en el caso en cuestión, la reclamación de responsabilidad patrimonial se solapaba con la ejecución de Sentencia de litigios precedentes, amén de que obliga a la Sala a recordar que la anulación de un acto administrativo no lleva necesariamente consigo la producción de una lesión que sea indemnizable, explicando que “cuando se trata de un procedimiento de concurrencia que se

<sup>93</sup> STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de mayo de 2018. Sala de lo Contencioso. Sección 2ª. Ponente Sr. Macho Macho.



desarrolla en distintas fases y que es objeto de diferentes impugnaciones por los interesados, todos ellos están sujetos al resultado final una vez depuradas las irregularidades denunciadas, sin que pueda invocarse un nombramiento o adjudicación declarada no ajustada a Derecho como fundamento de una reparación patrimonial por el correspondiente cese, pues ello supondría reconocer los efectos del acto ilegal y desconocer el deber de asumir el resultado del procedimiento de concurrencia que se ajusta al ordenamiento jurídico. Por ello -concluye-, no procede, por lo ya expuesto, reconocer indemnización por lucro cesante”, añadiendo que “aunque es cierto que la posibilidad de ocupar el puesto se vio demorada por la decisión inicial de la Diputación de convocar la plaza mediante libre designación , es nítido que el ahora recurrente no era titular de un derecho el puesto sino hasta que, convocado el concurso , fue resuelto a la vista de sus méritos, y que las meras expectativas no son indemnizables”.

#### **ANULACION ACTO (QUE AUTORIZA ESTABLECIMIENTO DE LA COMPETENCIA)**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2015 (RJ 2017/2991)<sup>94</sup> es el capítulo final de un litigio nacido de la inicial denegación de autorización para apertura de una sala de bingo, que fue anulada ya en vía administrativa, si bien el reclamante de una indemnización no es el solicitante de aquel permiso sino uno de sus competidores. Respecto del otorgamiento de la autorización para la apertura del establecimiento se alza la recurrente, titular de otro local en la zona donde se establecería el autorizado. Este recurso de “Levantina de Juegos” obtuvo el éxito de ver revocada en decisión del Tribunal Superior de Justicia, confirmado en casación. Posteriormente, y dado que el Bingo solicitado por la competidora estuvo abierto durante un tiempo, es cuando se suscita la reclamación de responsabilidad patrimonial, que fue parcialmente acogida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, formulándose ante el Tribunal Supremo tanto al recurso de la Administración condenada como por la mercantil gestora del establecimiento de juego perjudicado por la autorización inicialmente concedida a una empresa de la competencia, que aspiraba a un incremento de la indemnización que postulaba. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Atendiendo a tales precedentes, la Sentencia del Tribunal Supremo comentada se focaliza en lo relativo al daño (en este caso, esencialmente constituido por el lucro cesante), pero para ello debe hacer amplia referencia a previo iter procesal pues allí se encuentran las claves para comprender la especial regulación del otorgamiento o denegación de autorizaciones de apertura de salas de juego, reseñando también el hecho mismo de que la empresa peticionaria de la nueva sala, mantuvo abierto su negocio durante unos años, hasta que fue clausurado al anularse su autorización. Las Sentencias recaídas en aquél previo litigio ya señalaban que la existencia de un nuevo “bingo” incidió negativamente en la facturación de los que estaban funcionamiento con anterioridad.

Si el nuevo entrante obtuvo un beneficio durante el tiempo en que se mantuvo abierto, correlativamente resulta indiscutible que los competidores sufrieron una pérdida durante ese tiempo, pérdida imputable a la decisión administrativa de otorgar una autorización que resultó contraria a Derecho (funcionamiento anormal).

Como explica la propia Sentencia, “cuando en supuestos como el enjuiciado la declaración de responsabilidad demandada trae causa de la anulación de actos administrativos, no basta la anulación del acto para tener derecho a indemnización, sino que hay que tener en cuenta la naturaleza de la actividad administrativa impugnada (sentencias de 26 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1574) -recurso de casación 188/2009 -, 28 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2858) -recurso de casación 4160/2011 - y 5 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7934) -recurso de casación 4508/2006 ). Conforme expresa la sentencia referenciada de 26 de octubre de 2011 -prosigue-deben rechazarse las tesis maximalistas, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como aquellas otras que sostienen su existencia en todo caso, y tomar en consideración, entre otros elementos, la naturaleza misma de la actividad administrativa... el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribiera el artículo 9, apartado 3, de la Constitución , que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre

<sup>94</sup> STS de 13 de Junio. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 5ª. RJ 2017/2991. Ponente Sr.Trillo Alonso

aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente)<sup>95</sup>.

Sobre la base de esta doctrina y de las circunstancias fácticas concretas del caso (la entidad de los vicios de invalidez del acto autorizador del que todo dimana) se acoge la estimación de un derecho indemnizatorio que, en su día, el Tribunal Superior de Justicia

95 Se traerá a colación esta doctrina general con la que se decide sobre las consecuencias indemnizatorias de la anulación de actos administrativos, el denominado "margen de tolerancia", que no podrá ser objeto de examen en estas páginas mas que de modo incidental, y que -como podrá comprenderse- da lugar a un importante casuismo, como no podría ser de otro modo ante la diversidad de la vida social y económica.

decidió calcular sobre la base de los beneficios obtenidos en los tres años anteriores al funcionamiento del nuevo "bingo", y no solo a las ventas de cartones del año anterior (como pretendía la recurrente), lo que el Tribunal Supremo considera correcto, en el sentido de incurrirse en incongruencia y de resultar razonable ("... no impide que el Tribunal, a la hora de determinar el importe de la indemnización, pueda acudir a otros parámetros distintos a los dictaminados por el perito, sin necesidad de planteamiento previo de tesis a las partes")<sup>96</sup>.

**ANULACION NORMAS SUBSIDIARIAS.**  
**La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2015 (RJ/2016/42)**<sup>97</sup> al resolver un recurso de casación frente a una anterior decisión del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, casa la referida Sentencia, pero -al mismo tiempo- desestima el recurso de casación formulado, de modo que los reclamantes no obtendrán cantidad alguna respecto de la muy significativa indemnización que solicitaban.

La solicitud de responsabilidad patrimonial que la mercantil reclamante hacía a varias administraciones se basaba en las consecuencias dañosas que imputaban a la anulación de unas normas subsidiarias que les impidieron ejecutar determinados proyectos urbanísticos.

Tanto la Sentencia dictada en la instancia como la derivada del posterior recurso de casación llevan a igual resultado desestimatorio. Si el Tribunal Supremo acuerda casar la anterior resolución se debe a considerar que la previa Sentencia antes que contener una auténtica motivación, fía el argumento desestimatorio a la aceptación (se dice, "acrítica") de un previo Dictamen del órgano consultivo autonómico, sin que tan siquiera llegase a pronunciarse ni sobre los argumentos del recurrente, ni aún sobre los distintos sujetos de los que se solicitaba la condena.

Pero dicho ello, lo cierto es que el Tribunal Supremo, al entrar en el fondo y acordar desestimar el recurso contencioso, abunda en el argumento central de los antes citados Dictamen y Sentencia de instancia, que se centraba en la

96 En el asunto en cuestión se suscitó otra cuestión respecto de la cuantificación indemnizatoria -que se omite en el presente análisis- que se examinó a la luz de la categoría administrativa del establecimiento en cuestión, y de la razonabilidad de la valoración probatoria realizada por la Sala de instancia.

97 STS 18 de diciembre de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 6ª. Ponente Sra. Huerta Garicano.

conducta del propio reclamante que pretendía imputar la existencia de perjuicios a su intento (o algo más que ello) de ejecutar el proyecto urbanístico sin cobertura urbanística habilitante.

**ANULACION/INFRACCION DERECHO COMUNITARIO (RESPONSABILIDAD ESTADO LEGISLADOR)** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de octubre de 2019 (JUR 2020/56975)<sup>98</sup> examina un asunto que, aunque correspondiendo al “modelo” de responsabilidad de Estado legislador por infracción del Derecho Comunitario, sin embargo, se aparta de los que, dentro de este “modelo”, suelen ser supuestos de hecho más frecuentes. Si muchos de ellos examinan desde el punto de vista de la responsabilidad, asuntos propios del Derecho Tributario<sup>99</sup>, en este caso, los hechos que dan lugar a la solicitud de responsabilidad guardan relación con un estudio de detalle urbanístico, que daría cobertura a un centro comercial, y que fue anulado.

Para ser aún más precisos, la supuesta responsabilidad se engarza a un acto normativo (conviene concretar que no estamos ante un acto estrictamente derivado del poder legislativo), si asignamos esta naturaleza a la planificación y concretamente al nivel de planeamiento propio de los Planes Territoriales y a los Estudios de Detalle. Además, que ese “acto normativo” es de origen autonómico y local (pues en el caso en cuestión se entremezclan planes de ambos niveles administrativos) y no estatal.

La entidad reclamante solicitaba una millonaria cantidad, que desglosaba en dos partidas, igualmente millonarias y

98 STSJ País Vasco de 2 de octubre de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sra. Cuesta Campuzano.

99 En materia tributaria, con cita de las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo que se pronunciaba sobre la normativa que resultaría contraria al Derecho comunitario, véanse -entre otras- las SsTS de 14 de marzo de 2019 (Sala de lo Contencioso. Sección 5ª Sr. Sierra Míguez. RJ 2019/1072) y de 12 de diciembre de 2019 (Sala de lo Contencioso. Sección 8ª. Sr. Díez Picazo RJ 2019/5528) y la STSJ Andalucía 4 de abril de 2019 (Sala de lo Contencioso. Granada. Sección 1ª. Sr. Rivera Fernández JT 2019/768). En muchas ocasiones, la indemnización concedida actúa sobre los cálculos que corresponderían -diríase- del ajuste del tributo objeto de la controversia. (DE MIGUEL CANUTO, Enrique “Responsabilidad del Estado legislador por contrariedad con el Derecho de la Unión” Revista Quincena Fiscal num. 6/2017 y COBREROS MENDAZONA, Edorta. “Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los estados por incumplimiento judicial del derecho de la unión europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia Ferreira Da Silva” Revista Española de Derecho Europeo num. 58/2016)

sustancialmente, una destinada a resarcir el daño emergente y la otra (ligeramente superior a aquella) a hacerlo del lucro cesante. La Sentencia estima parcialmente el recurso, condenando al Gobierno Vasco al pago de una suma que, en conjunto, y aun siendo relevante, representa aproximadamente un quinto de lo pedido.

La base fáctica de la reclamación comienza con la aprobación por el Gobierno Vasco de un Plan Territorial Sectorial para la creación pública de suelo destinado a equipamientos comerciales y actividades económicas. Coherentemente con la naturaleza y efectos de este tipo de planeamiento territorial, se imponía que se adaptasen al mismo los distintos planes urbanísticos.

Siguiendo la línea temporal de acontecimientos, a la aprobación de este Plan Territorial, le siguió la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior., y la ulterior modificación de la Ley vasca de actividad comercial introducida por la Ley 7/2008, cuya Disposición Final Tercera obligaba a la revisión del antes mencionado Plan Territorial.

En este contexto, una empresa promovió el Estudio de Detalle con el que pretendía modificar y ampliar la estructura del centro comercial, que fue posteriormente aprobado por el Ayuntamiento en cuyo término municipal se localizaba. Frente a dicha aprobación se alzó recurso de una asociación provincial de comerciantes, dando lugar a Sentencia que lo anuló.

Durante la sustanciación de este recurso, la empresa que había promovido el Estudio de Detalle anulado vendió el Centro Comercial a otra empresa<sup>100</sup>.

La empresa reclamante promovió expediente de responsabilidad patrimonial al ver frustradas sus pretensiones de ampliación y renovación del Centro Comercial, despojándola -dice- de un aprovechamiento urbanístico ya consolidado e inherente a su patrimonio, con la consiguiente depreciación del inmueble y pérdida de un resultado económico positivo derivado de rentas de alquiler, contratos y capitalización.

100 Resulta de especial interés la transcripción que hace la Sentencia de las condiciones de la compraventa, pues de las mismas se podrá obtener una más precisa idea de las circunstancias económicas del litigio.

La solicitud indemnizatoria se dirigió contra el Gobierno Vasco y contra el Ayuntamiento de Basauri, y se tramitó acumulada ante el Tribunal Superior de Justicia. Como se dejó apuntado páginas atrás, este tipo de procesos son auténticas “pruebas de fondo” y este caso es un buen ejemplo de la sucesión de litigios que terminan llevando a la decisión final del problema de fondo. Concretamente, las solicitudes de responsabilidad dan lugar a una primera Sentencia desestimatoria que fue recurrida en casación, que la anuló, dando lugar a una segunda Sentencia también del Tribunal Superior, y esta, de nuevo a una decisión del Tribunal Supremo que declaró nulas de pleno derecho, por ser contrarias a la Directiva 2006/123/CE y a la Ley 17/2009, las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales, aprobado por Decreto 262/2004 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales, si bien ordenaba devolver las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia a fin de que se practicara cierta prueba relativa a los daños y perjuicios que se dicen sufridos.

Con tan prolijos antecedentes, puede entenderse la lectura de la parte final de la Sentencia comentada que se detiene en el comentario de los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, la concurrencia de tales requisitos en el caso y la cuantía que termina concediendo.

Para ilustrar cuales son los requisitos de la responsabilidad, se trae a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 1991 (asunto Francovich), genuino “leading case” en la materia, de la que cabría entresacar la afirmación de que “el principio de la responsabilidad del estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho Comunitario que le son imputables es inherente al sistema del tratado”, lo que se desarrolla con las siguientes premisas: (a) que la obligación de los estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del tratado, en virtud del cual los estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Comunitario; (b) que en cuanto a los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad del estado, si bien el Derecho Comunitario impone el principio de

la responsabilidad del estado, los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho Comunitario que origine el perjuicio causado, de modo que cuando un estado miembro incumple la obligación que le incumbe, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho Comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren ciertas notas: \* que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; \* que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la directiva; \* que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al estado y el daño sufrido por las personas afectadas; a las tres anteriores debe añadirse la exigencia de que la violación de dicha norma esté “suficientemente caracterizada”, entendido ello en atención a una inobservancia manifiesta y grave; y (c) de darse estas circunstancias, el estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad, correspondiendo al ordenamiento jurídico interno de cada estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos de los justiciables, con la garantía que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

Aplicando lo anterior al caso concreto, la Sentencia explica que “el Gobierno Vasco (fue) quien decidió mantener unas limitaciones a través de una normativa de rango inferior a la ley y sin justificación alguna. Y la administración no podía desconocer que esta forma de proceder era contraria al Derecho de la Unión. De tal modo que es evidente que la motivación del Gobierno Vasco era meramente económica, con la finalidad de favorecer a los pequeños comerciantes” por lo que -añade- “existió una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión y, por tanto, se cumple este requisito para la apreciación de la existencia de responsabilidad del estado legislador”.

Después de alcanzar esa conclusión, la Sentencia trae a colación lo relativo al devenir no solo administrativo del asunto sino especialmente al contrato suscrito respecto del centro comercial por la reclamante con otra mercantil.

De todo lo expuesto en las páginas finales de la resolución comentada habremos de transcribir dos consideraciones y la conclusión económica.

Así, por un lado, la Sala rechaza el argumento de que no se habrían patrimonializado los derechos edificatorios.

Por otro, aunque “el acto administrativo (en este caso, el estudio de detalle) -sic- es ejecutivo en tanto no recaiga sentencia firme que lo deje sin efecto (...) no puede exigirse al particular un esfuerzo más allá de lo razonable. No podemos pasar por alto -afirma la Sala- que la puesta en marcha del proyecto de ampliación requería unos gastos que no es exigible que se lleven a cabo por el particular cuando ya existe una sentencia que lo hacía imposible. En efecto -prosigue-, al quedar sin validez el estudio de detalle se venía abajo todo el proyecto de ampliación y, por consiguiente, no tiene sentido que se afirme que no se llegó a cobrar el precio complementario por la ausencia de esos dos requisitos, que habían devenido imposibles como consecuencia de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco”.

La conclusión es tan sucinta como lo que sigue: “ello nos lleva a la anulación del acto administrativo impugnado y a la condena a la Administración a indemnizar a la actora, conforme a lo razonado en este fundamento, en la cantidad de 2.000.000 de euros”, cantidad que parece corresponder a la partida de lucro cesante, pues así se desprendería de lo que se dice inmediatamente antes, “Eroski (reclamante) sostiene que los daños sufridos por ella irían más allá de esa cláusula (contrato con la adquirente). Afirma que, de no haber existido la amenaza de anulación del estudio de detalle, el centro comercial podía haberse vendido por un precio muy superior al que finalmente se pactó. Pues bien, respecto del lucro cesante (...) para que resulte procedente su indemnización, ha de resultar plenamente acreditada la pérdida de ingresos, sin que sea suficiente la existencia de meras expectativas. Sin embargo, Eroski, al reclamar una cantidad más allá de los dos millones de euros fijados en el contrato de compraventa, pretende la indemnización de una mera expectativa. Fueron las propias partes

del contrato de compraventa las que, libre y voluntariamente, valoraron el proyecto de ampliación del centro comercial en dos millones de euros. De tal modo que, en el caso de que no se hubiera anulado el estudio de detalle, esta es la cantidad que habría percibido la vendedora. Y, en tal caso, nada podría haber reclamado a la administración. En efecto, las afirmaciones relativas al descenso que habría sufrido el precio del centro comercial como consecuencia del riesgo de anulación del estudio de detalle no son sino meras elucubraciones basadas en hipótesis no demostrables. Estas consideraciones, en su caso, debieron tenerse en cuenta a la hora de fijar el precio de la compraventa. Por ello, la sala estima que la cantidad real en que se ha visto perjudicada Eroski (tal y como concluyó el informe elaborado por el perito judicial) se circunscribe a los dos millones de euros que no pudo percibir como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto de ampliación del centro comercial. No se ha acreditado, pues, que se haya producido ningún perjuicio adicional que merezca ser indemnizado”.

**ANULACION/INFRACCION DERECHO COMUNITARIO (RESPONSABILIDAD ESTADO LEGISLADOR)**<sup>101</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2013 (RJ 2014/124)<sup>102</sup> trata sobre una solicitud de indemnización vinculada a una previa declaración de inconstitucionalidad de determinado precepto legal. La Sala estimó el recurso, anulando la inicial desestimación administrativa, concediendo una determinada cantidad en concepto de indemnización.

En este caso sí que la reclamación de responsabilidad se vincula a las consecuencias económicas de un determinado artículo legal, que fue previamente declarado inconstitucional. La cantidad solicitada como indemnización se correspondía con las sumas que la empresa

<sup>101</sup> Dado que se menciona lo relativo a la responsabilidad del llamado “Estado Legislador”, y su relación con el Derecho comunitario, cítese el capítulo que el maestro Don Jesús GONZALEZ PEREZ, en su obra *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Ed. Aranzadi, 2014 dedica, desde una perspectiva aún más amplia, a la “Responsabilidad del Estado derivada de las relaciones Internacionales”, donde reseña con brevedad y precisión los supuestos y la jurisprudencia derivados de determinadas actuaciones del Estado.

<sup>102</sup> STS 29 de noviembre de 2013. Sala de lo Contencioso. Sección 4ª. Ponente Sra. Teso Gamella.

Véase, entre otros, GOMEZ, Jabier “Responsabilidad patrimonial del Estado legislador ante eventuales declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley 15/2012” Actualidad Jurídica Aranzadi num. 924/2016

reclamante había abonado en su día por cotizaciones a la Seguridad Social, en aplicación del precepto luego anulado por contrario a la Constitución.

La Sentencia trae a colación el propio pronunciamiento del Tribunal Constitucional que encontró su base en la “vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la CE, al haberse llevado a cabo un incremento retroactivo de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, no previsible y carente de suficiente justificación por razones de interés público” y añade que “la retroactividad apreciada en este caso es una “retroactividad auténtica”, pues se trata de una situación ya agotada. Es decir, que el hecho se ha realizado y ha agotado sus efectos jurídicos al amparo de la ley anterior. Se califica dicho cambio legal como “completamente imprevisible”, por lo que la empresa no pudo prever las consecuencias derivadas de la misma”, por lo que “la aplicación retroactiva ha afectado a la confianza de las sociedades destinatarias de la norma (...) sin que tal modificación resultara razonablemente previsible, lesionando así, el principio de seguridad jurídica”<sup>103</sup>, complementando el razonamiento al decir que no parece que existieran razones de “interés general que pudieran justificar tal modificación normativa (...) ni por su finalidad ni por su objeto”.

Con tales premisas se pronuncia sobre la antijuridicidad del daño, al decir que en “los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es por la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley, cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general el reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica, constatada por dicha declaración de inconstitucionalidad, sólo circunstancias singulares, de notable y relevante entidad, podrían, en su caso, prestar fundamento a la tesis que probara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar ese daño”, dando con ello lugar a la estimación de la reclamación que económicamente se concreta en “la suma de los ingresos realizados” en virtud de la retroactividad declarada inconstitucional.

#### DENEGACION DE CONCESION La

<sup>103</sup> Sobre el principio de confianza legítima y su relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cabría traer a colación el asunto derivado de las ayudas a empresas de energías renovables (véase, Coral YAÑEZ, “El principio de confianza legítima y las energías renovables” Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 928/2017alm

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 8 de abril de 2015 (JUR 2016/1964)**<sup>104</sup> analiza la solicitud indemnizatoria (esencialmente lo que se pide es lucro cesante) por las consecuencias de la denegación del otorgamiento de concesión de dominio público portuario, siendo así que existía un contrato entre la Autoridad Portuaria y la empresa recurrente para la entrega a ésta de determinados buques que dicha mercantil procedería a desguazar.

Dos son las cuestiones que se plantearon en el caso (la vigencia de la acción<sup>105</sup> y la jurisdicción competente para su conocimiento), y aún siendo ambas fueron previas al análisis mismo de la existencia de daño o la cuantificación del lucro cesante, y aun deduciéndose de lo razonado que la acción responsabilidad estaría prescrita y que lo que realmente se suscita es una cuestión derivada del cumplimiento de un contrato sometido a la jurisdicción ordinaria, ello no impide que responda a dicha cuestión de fondo.

Lo que la Sala comienza por recordar es que, como ese mismo Tribunal ya hubo decidido, concesión de dominio público y contrato para el desguace de buques, son cosas distintas, y que el conocimiento de las consecuencias económicas del contrato correspondería a la jurisdicción ordinaria y no al orden contencioso, para después poner de manifiesto que “pese a no tener la concesión del dominio público (la reclamante) ocupó, igualmente, la parcela que debió ser objeto de concesión, durante el periodo al que se extiende la reclamación por responsabilidad patrimonial. Luego, si ocupó la parcela que debió haber sido objeto de concesión, durante el periodo por el que reclama el daño patrimonial en concepto de lucro cesante-2004 a 2009-, el hecho de que no haya podido ejercer su actividad de desguace de buques no guarda relación con la denegación de la concesión, sino con la no entrega de los buques, por la Autoridad Portuaria” (contrato).

**CANCELACION ERRONEA ASIEN TO REGISTRAL.** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de enero de 2015 (JUR 2015/40221)<sup>106</sup> resuelve el recurso

<sup>104</sup> STSJ de Canarias (Las Palmas) de 8 de abril de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sra. Rodríguez Falcón.

<sup>105</sup> Sobre el particular, se recuerda lo dispuesto en la ley, en su momento en el artículo 142 de la Ley 30/1992, y la jurisprudencia que lo interpreta, que hubieran llevado a la Sala a igual sentido desestimatorio.

<sup>106</sup> STSJ de Murcia de 26 de enero de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 2ª. Ponente Sra. Martín Sánchez.

de apelación formulado frente a la previa Sentencia dictada por el correspondiente Juzgado contencioso que había estimado parcialmente la demanda del reclamante de una indemnización. Consiguientemente, lo que se persigue en la alzada es un incremento en las sumas reconocidas, que singularmente afecta a la partida del lucro cesante, si bien el Tribunal Superior de Justicia tampoco accederá a incluir cantidad alguna por este concepto.

En el caso en cuestión, se había producido un funcionamiento anormal con motivo de la cancelación registral de una finca, al ser incluida por error en una reparcelación urbanística, lo que tendrá efectos en cadena sobre el desarrollo urbanístico de otra colindante.

En el presente caso no hay siquiera un cierto presupuesto de anulación de un acto que abra la posibilidad de solicitar ulterior indemnización. En la propia Sentencia de instancia se deja constancia de que “a la vista de la documental aportada con la demanda y la prueba pericial de parte y judicial insaculado practicada se determina que no resulta posible aprobar un proyecto de reparcelación de la UA 3B LA NORIA por la cancelación registral operada en una de sus fincas y que la gestión de la citada Unidad de Actuación de actuación resulta inviable”, con lo que consiguientemente concede el derecho indemnizatorio por una determinada suma y lo rechaza en cuanto al lucro cesante, pues estima que los beneficios derivados de una posible promoción inmobiliaria no son sino meras expectativas, por lo tanto no indemnizables, lo que es simple y plenamente ratificado por la Superioridad, añadiéndose en apoyo de ellos la mención al artículo 1106 del Código Civil, hasta el punto de atraerse a la jurisdicción contencioso, la cita de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en apoyo del criterio restrictivo que inspira la propia Sentencia.

## DILACION<sup>107</sup> (CONCESIÓN LÍNEA DE

107 Son muchos los posibles supuestos donde el perjuicio se derivaría de la dilación en la obtención de un permiso, un contrato, una plaza. En el texto se enuncian algunos, unificados por el hecho mismo del retraso en obtener lo que finalmente se consiguió que por la naturaleza jurídica de lo que se perseguía. Desde esa premisa, permítase añadir una Sentencia mas, en este caso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 diciembre de 2011 /Sección 4ª Ponente Sra Abelleira JUR 2011\88593). En el caso en cuestión, aquello que se pretendía obtener era una vivienda de protección oficial, y lo que justifica la reclamación es la dilación en que se le concediera, derivada del proceso que hubo de seguirse ante la inicial (y errónea) denegación. Lo que sucedió en el caso fue que en ese periodo que medió entre la denegación inicial y la estimación del recurso

**AUTOBUSES).** La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 (RJ 2016/1221)<sup>108</sup> estimó parcialmente el recurso de casación formulado frente a la previa Sentencia de la Audiencia Nacional que había desestimado la previa demanda, y con ello confirmado la denegación administrativa de la reclamación formulada, que -en lo esencial- centraba su petición en el lucro cesante<sup>109</sup>.

La razón de solicitar dicha indemnización derivaba de los efectos de la dilatada tramitación de la solicitud de la mercantil recurrente de una concesión de servicio regular de transporte de viajeros, a lo que se sumaba el hecho de que se habían autorizado otros trayectos a otras empresas.

Aunque la Audiencia Nacional basó la desestimación del recurso en que la prescripción que afectaba a la reclamación efectuada, ello no impidió que también considerase que no concurría daño efectivo.

El Tribunal Supremo difiere radicalmente en la interpretación de la vigencia de la acción, que no considera prescrita<sup>110</sup>, lo que le permite

administrativo, la reclamante adquirió otro inmueble. El Tribunal rechaza la posibilidad de indemnizar atendiendo a diferencias económicas entre la vivienda adquirida y la que se le adjudicaría, de modo que al final la suma otorgada se motiva diciendo que “demora causó una indudable incertidumbre a la actora en cuanto a un extremo en la vida de una personal esencial, como es la vivienda, y, mas si efectivamente se está formando una familia. Por ello, no debemos desdeñar que la espera hasta la resolución del recurso debió causar un desasosiego palpable. Por ello, este Tribunal considera que la cantidad a satisfacer por la demandada a la actora debe ascender a la cantidad de 8.000 euros por todos los daños y perjuicios causados”. En este caso, litigando también la aseguradora de la Administración, la posible cobertura o no del riesgo quedó para las relaciones entre la aseguradora y la administración asegurada y única condenada.

108 STS de 6 de abril de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 6ª. Ponente Sr. Trillo Alonso.

109 Debe anotarse que la Sentencia comentada cuenta con un voto particular de la Sra. Huerta Garicano, que considera que debió casarse la Sentencia de la Audiencia Nacional, pero no acogerse -de fondo- la reclamación indemnizatoria.

110 Como se dice en el Fundamento 4º de la Sentencia, Del plazo de prescripción de un año se inicia desde que se manifiesta el efecto lesivo, que sitúa en enero de 2009 que es cuando empezó a prestar el servicio, ya que la causa de su reclamación -en contra de lo que entendió la sentencia recurrida- no son las revocaciones jurisdiccionales de las resoluciones denegatorias de su petición de concesión, sino la <<[...] torcida conducta del Ministerio de Fomento otorgando a unos lo que había denegado a otros y después alegando este mismo otorgamiento para persistir en su denegación>>. Insiste en que los perjuicios sólo pudieron ser cuantificados al comenzar a prestar el servicio en enero

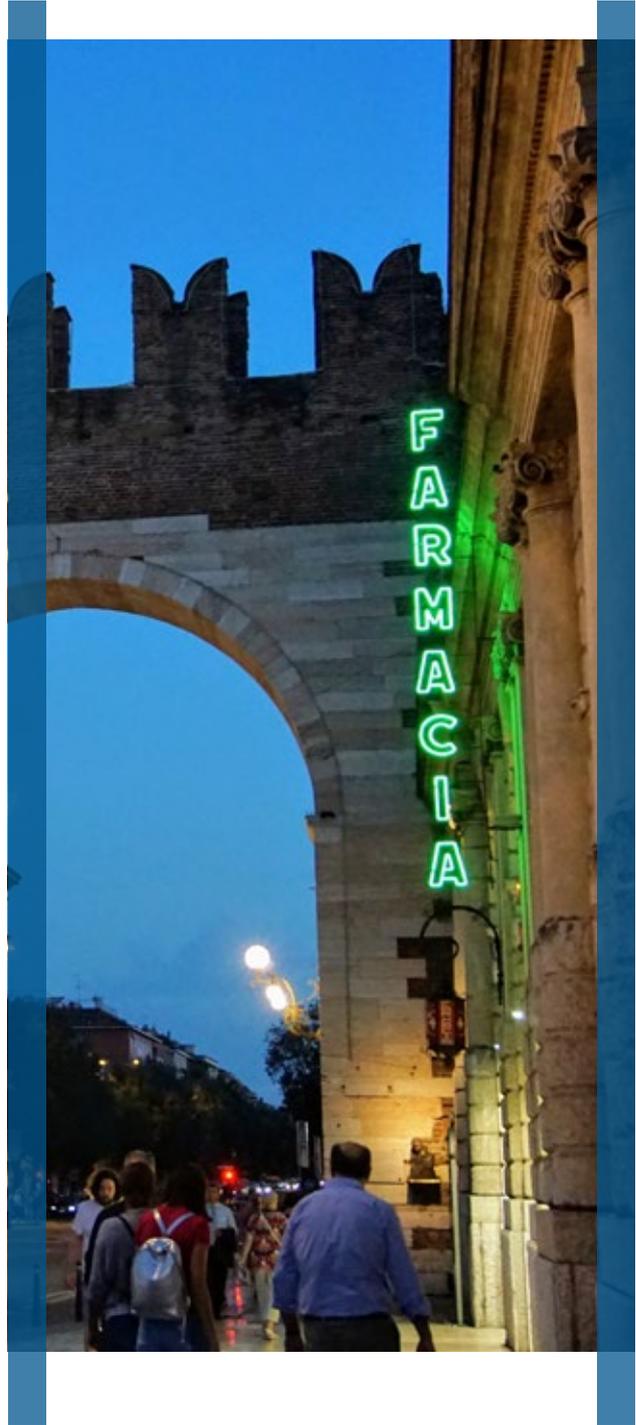
avanzar en la resolución del fondo del asunto, la cuantificación de la indemnización debida, remitiéndose para ello al informe del Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales aportado por la demandante, indicándose que respecto del mismo no fue objeto de consideración alguna por la Abogacía del Estado.

El citado informe refiere dos etapas diferentes, una, entre los años 1978 (año de la solicitud) y 2008 (año de la concesión), en la que atiende a la pérdida de rentabilidad producida como consecuencia de haberse privado a la recurrente de la explotación de la concesión en las condiciones de mercado que refiere y califica de favorables (precio de combustibles, seguros, menor parque automovilístico privado, inexistencia de trenes de alta velocidad y de tráfico aéreo), y otra, posterior a la concesión y hasta la finalización del plazo concesional de 25 años, por la modificación de las concesiones de otras empresas que supuso tramos coincidentes con la consiguiente obtención de menores ingresos.

Respecto de esta segunda etapa, la Sentencia del Tribunal Supremo consideró que «para el acogimiento de la indemnización por los perjuicios originados sería necesario que las modificaciones de las concesiones que supusieron tráficos coincidentes fueran disconformes a derecho no resulta así de las actuaciones».

En cuanto a la primera etapa, la Sala acepta las magnitudes contenidas en el informe pericial, efectuando precisiones y reducciones a la suma final, así descuenta un porcentaje derivado del tráfico de las empresas concurrentes.

de 2009, pues ninguna de las sentencias previas -1986, 1987 y 2003- le otorgaron la concesión, sino que contenían meros mandatos de tramitar la solicitud, por lo que no podía deducir reclamación alguna en tanto no obtuviera la concesión. Pues bien, siendo el título de imputación de la responsabilidad de la Administración lo que se califica de «torcida conducta del Ministerio de Fomento», es claro que el dies a quo del cómputo de ese plazo de prescripción habrá que situarlo, en línea con el propio razonamiento de la recurrente, en la fecha en la que se le otorgó definitivamente la concesión, el 22 de diciembre de 2008 (BOE del día 30). Luego cuando presentó el escrito de reclamación. El asunto no deja de ser interesante, porque no son infrecuentes los casos en que la simple anulación administrativa o judicial de un acto ni automáticamente genera un derecho indemnizatorio, ni tampoco abre, por sí solo el plazo anual, pues en no pocas ocasiones, si la anulación se debe a razones puramente formales, aún habrá que seguir un curso procedimental para terminar de conseguir lo que se pretende, momento al que habrá de atender para conocer la final determinación del daño.



#### DILACION (ADJUDICACIÓN ESTANCO)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6403)<sup>111</sup> examinó otro asunto relativo a la apertura de un negocio sometido a una singular regulación, en este caso, una expendeduría de tabaco y timbre. Inicialmente se concedió a una determinada persona, lo que fue impugnado por diversos competidores, discutiéndose este otorgamiento en sede contenciosa, acordando

<sup>111</sup> STS de 14 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sra. Huerta Garicano.

en su día el Tribunal Superior de Justicia que se retrotrayese el expediente, lo que dio lugar a que (finalmente) en ejecución de Sentencia se adjudicara la expendeduría a quien solicitó luego indemnización al entender que el retraso en el tiempo de poner en funcionamiento su negocio (nada menos que desde 2001 a 2012) le supuso un perjuicio que encontraba su causa en el proceder de la Administración. Frente a la inicial plena desestimación por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, que rechazó la pretensión indemnizatoria, el Tribunal Supremo, revocará aquella Sentencia y concederá una cantidad aunque extraordinariamente alejada de lo inicialmente solicitado, algo menos de un 5% de lo pedido.

El Tribunal Supremo reitera su constante doctrina según la cual, “en orden a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación -en sede administrativa o jurisdiccional- de un acto puede condensarse en los siguientes parámetros: I) La anulación no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella sólo cuando concurren los requisitos exigidos con carácter general; II) El requisito esencial y determinante para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial en estos casos es la antijuridicidad del perjuicio; III) Para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa si actúa poderes reglados, en los que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión”.

Trasladando esta doctrina general al caso

concreto, decide considerar que concurren las circunstancias fácticas para entender que se ha producido responsabilidad patrimonial de la Administración (de nuevo, nos encontramos ante un funcionamiento anormal), pasando a tratar sobre la concreta cantidad solicitada por el reclamante, explicando que la misma, pedida “en concepto de lucro cesante” se calcula “-según informe técnico aportado por el recurrente y ratificado judicialmente- sobre la base de los siguientes datos: 1) ingresos obtenidos por el inicial adjudicatario, según datos del Comisionado para el Mercado del Tabaco de los años 2003 a 2009, y los relativos a los ejercicios 2010, 2011 y 2012, calculados conforme a la evolución y variación de las ventas publicadas en la página web de esa institución en relación con la provincia de Barcelona; 2) los gastos de explotación desde 2003 a 2012, con arreglo a los gastos actuales de la expendeduría que ya regenta el recurrente, deflactándolos con el IPC medio anual para la provincia de Barcelona; 3) de los ingresos netos así obtenidos, deduce las retribuciones dinerarias del trabajo profesional del actor durante el período 2003 a 2012, según sus declaraciones del IRPF, obteniendo así la cifra reseñada, a la que, dice el informe, asciende el lucro cesante”, y tras recordar la frecuente diferenciación entre “lucro cesante” y “meras expectativas”, reduce (“modera”) en algo más de 95 % lo pedido al afirmar que la explotación de un negocio y sus resultados económicos dependen de múltiples factores: ubicación y características del local, infraestructura personal, capacidad comercial de quien lo explota, costes de la inversión etc....., lo que determina que los resultados del negocio puedan variar notablemente entre expendedurías de una misma localidad, a lo que cabría añadir que durante diez años el recurrente no asumió el riesgo empresarial, circunstancia nada desdeñable a la hora de indemnizar el perjuicio”.

#### DILACION (ADJUDICACIÓN CONTRATO)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 13 de diciembre de 2018 (RJCA 2019/535)<sup>112</sup> resuelve el recurso de apelación formulado respecto de anterior Sentencia del correspondiente Juzgado Contencioso de Pamplona ante el que se había suscitado la impugnación de la estimación parcial de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Foral Navarra ya que en su día un determinado contrato administrativo no le había sido adjudicado, habiendo tenido que

<sup>112</sup> STSJ Navarra de 13 de diciembre de 2018. Sala Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sra. Azcona Labiano.

acudir a los tribunales para conseguir anular la adjudicación inicial y que la misma fuera a su favor. Como quiera que fueron diversos los aspectos discutidos en el proceso, y distintas las partidas controvertidas<sup>113</sup>, coherentemente con el objeto específico de estas páginas, habrá de hacerse ahora exclusiva referencia al debate atinente al lucro cesante, extremo en el que desestimó la apelación, confirmando la previa Sentencia (y con ello la estimación parcial adoptada en vía administrativa). Para ello -por un lado- acude a las circunstancias del caso concreto (la propia reclamante había explotado previamente el contrato y consideraba que el beneficio anual se cifraba en 1,5 %) y en cierta doctrina general que relacionaría el llamado beneficio industrial, el lucro cesante, la exigencia de plena indemnidad con la correlativa prohibición de enriquecimiento sin causa. Al respecto, se afirma que “en esta materia se ha de estar al principio constitucional de indemnidad o reparación integral que aboga por la aplicación analogía o sustitutoria del 6% del beneficio industrial, cuando la reclamante nunca ha explotado el negocio en cuestión, de modo que el cálculo del lucro cesante carecería de una base posible de referencia a una explotación real, lo que no ocurre en nuestro caso”, y prosigue diciendo que “siendo cierto que en el presente caso se cuenta con elementos suficientes para

poder cuantificar el lucro cesante a efectos de la indemnización por la responsabilidad patrimonial de la Administración, no es necesario acudir a la aplicación analógica de instrumentos concebidos para instituciones jurídicas distintas. (suspensión o resolución del contrato). Tal y como se infiere de la STS de 22 de diciembre de 2011 se ha de aplicar el margen del 6% del beneficio industrial solo con carácter supletorio en defecto de la acreditación de los daños, de modo que, acreditados superiores perjuicios, procedería una indemnización plena, y, en sentido contrario, si se constata que los beneficios dejados de percibir son inferiores, tal y como la propia parte demandante establecía, a ellos se habrá de estar, con lo que, el 6% del beneficio industrial, sería desproporcionado y configuraría un enriquecimiento injusto, tal y como defiende la sentencia y la propia resolución recurrida”.

**DILACION (OBTENER PLAZA DE FUNCIONARIO)**<sup>114</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 14 de noviembre de 2019 (JUR 2020/59638) enjuicia la solicitud indemnizatoria de un funcionario por el retraso en obtener la plaza correspondiente al haberse anulado la previa convocatoria. Lo reclamado, por definición, es lucro cesante. El Tribunal Superior de Justicia, revoca parcialmente la previa Sentencia del Juzgado Contencioso de Jaén, y estima también parcialmente la reclamación efectuada<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> Concretamente, el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia, bajo el epígrafe de “lucro emergente” rechaza la inclusión con parte de la indemnización de los gastos de defensa del previo proceso de impugnación de la adjudicación contractual (“los gastos de “defensa” en la vía administrativa, no son necesarios ni preceptivos, cuando, tampoco se han justificado en la vía procedente, pudiendo hacerlo, de haberse producido, y en todo caso no se trata de que posponga la cuantificación del daño por este concepto al momento de ejecución de sentencia ( STSJ Andalucía de 28 de septiembre de 2017 (RJCA 2018, 161) ), no siendo de aplicación el art. 71 de la LJCA al no darse el supuesto de la norma. En este sentido se ha de traer a colación sentencia de esta Sala dictada con fecha 3 de noviembre de 2011 (JUR 2014, 43581) en rollo 178/2011; e igualmente STS de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 5683) rec. Casación 292/2007 según la cual, con fundamento en la propia jurisprudencia de esta Sala (STS de 18 de abril de 2001, Rec. 1472/1996 ) que ha declarado que los derechos y honorarios abonados por los recurrentes a abogados y procuradores para obtener la nulidad de los acuerdos causantes del perjuicio..... deben quedar fuera del quantum indemnizatorio por cuanto no pueden identificarse con el requisito del daño efectivo anulable a toda reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pues la simple anulación de resoluciones sean en vía administrativa o contencioso administrativa no presupone derecho a indemnización pues no existe relación de causalidad entre dichos gastos y el actuar de la Administración, debiendo la parte el deber jurídico de soportarlos, pues tales conceptos no son una daño efectivo a efectos de responsabilidad patrimonial”).

<sup>114</sup> STSJ de Andalucía (Granada) de 14 de noviembre de 2019. Sala Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sr. Pardo Castillo.

Véase también, la SAN 11 julio 2017 (Sección 1ª Ponente Sra. Atienza Rodríguez JUR 2017\206034) que otorgó indemnización a quien aspiraba a plaza de personal laboral fijo, que finalmente consiguió. La reclamante hubo de recurrir una inicial desestimación, basada -a su vez- en un error en la valoración de los méritos. Llámese la atención de que, la recurrente intentó sin éxito obtener dicha pretensión indemnizatoria en ejecución de la Sentencia que resolvía la cuestión correspondiente a la valoración de sus méritos, siendo remitida a un ulterior proceso. Aunque reclamaba cantidades dejadas de percibir, estas no son concedidas por -se dice- falta de probanza y porque durante el tiempo respecto del que reclama, estuvo desempeñando como interina otros distintos trabajos, de modo que la única cantidad obtenida lo fue en concepto de daño moral.

<sup>115</sup> Conviene destacar que, en el caso en cuestión, el Ayuntamiento condenado contaba con póliza de seguros concertada con una aseguradora privada, a la que sin embargo se absuelve de pago de cantidad alguna, restringiéndose el fallo condenatorio al Ayuntamiento de Bailén (“La lectura de las cláusulas evidencia que el riesgo cubierto se trata del originado a terceros por el funcionamiento de un servicio público, mientras que en el supuesto objeto de estudio el daño se ocasiona al reclamante en su condición, precisamente, de servidor público, en cuanto funcionario que debió nombrarse con subordinación al Ente local; y

Para resolver sobre lo pedido, y como ello -de nuevo- arranca de la previa anulación de un acto administrativo (causa del retraso en obtener la plaza) la Sala debe abordar la cuestión específica de la vigencia de la acción<sup>116</sup>, y una vez considerada la misma ejercitada en tiempo, analizar el fondo del asunto, y aún recordando la falta de automatismo entre anulación de acto administrativo y reconocimiento indemnizatorio, acepta que se ha producido “un daño al recurrente consistente en el “lucro cesante” por los emolumentos que ha dejado de percibir como consecuencia del error en que incurrió la Administración en la corrección de la prueba de conocimientos”, matizando (reduciendo) eso sí el plazo concreto sobre el que en ejecución de Sentencia se habrá de calcular lo dejado de percibir<sup>117</sup>

### DILACION (CLAUSURA DE FARMACIA)<sup>118</sup>

antes que un daño derivado de la prestación de un servicio público, el hecho imputable a la Administración se encuentra en un ámbito exclusivamente interno, de provisión de las plazas vacantes mediante oposición libre, que encuentra acomodo en las actuaciones de gestión intradministrativa, situadas, por tanto, extramuros de la prestación del servicio público concernido, en este caso, de protección y vigilancia que desempeña el cuerpo de Policía Local<sup>119</sup>

116 Para revocar la Sentencia del Juzgado, que había apreciado la prescripción de la acción, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia afirma que Del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, conforme al principio de la “actio nata”, comienza desde el día en que la acción pudo ser ejercitada, esto es, desde que era posible conocer todas las dimensiones fácticas y jurídicas del daño ocasionado y se conectan los dos elementos básicos del concepto de lesión, esto es: el perjuicio y la comprobación de su ilegitimidad<sup>120</sup> y añade que “el conocimiento de la antijuridicidad del daño, en el supuesto objeto de estudio, no puede situarse en ninguna de las fechas anteriores, pues es un dato incontrovertido que frente a la sentencia que anuló la resolución de fecha 11 de febrero de 2010 se interpuso recurso de apelación, que fue íntegramente desestimado por sentencia de este tribunal de 2 de marzo de 2015. Solo en ese momento adquirió firmeza la sentencia que anuló la resolución y en cuya ejecución se le reconoció al reclamante su plaza como funcionario en prácticas del cuerpo de Policía Local de Bailén<sup>121</sup>.”

117 La Sentencia entiende que lo relativo al reconocimiento de antigüedad, cotización a la Seguridad Social, etc son efecto del reconocimiento de una situación jurídica individualizada, es decir, al margen de la respuesta estrictamente indemnizatoria.

118 Podrán identificarse otros precedentes jurisprudenciales vinculados a responsabilidad patrimonial tanto por el retraso en la clausura de una oficina de farmacia que fuese competencia de otra ya establecida, como por la dilación en la solicitud de apertura de una nueva oficina (por ejemplo, SsTS de 10 febrero 2010 (Sección 6ª Ponente Sr Herrero Pina RJ 2010\3317), y de 22 febrero 2011 (Sección 4ª Ponente Sr. Méndez Pérez RJ 2011\1259), y también respecto del establecimiento de turnos de guardia (SsTSJ Castilla y León, Valladolid de 23 de febrero de 2018 Sección 1ª JUR

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 7 de octubre de 2016 (JUR 2016/239311)<sup>119</sup> analiza el recurso frente a la desestimación en vía administrativa de la reclamación formulada por el perjuicio económico (lucro cesante) derivado de la demora en el cierre de una oficina de farmacia. La Sala desestima igualmente el recurso contencioso, rechazando las (elevadas) pretensiones indemnizatorias de la competidora y reclamante.

La solicitante era titular de la única oficina de farmacia sita en determinada pedanía de la Región de Murcia, y al concederse autorización para la apertura de otra farmacia, recurrió contra dicha decisión, consiguiendo que fuera anulada, insistiendo a partir de ese momento en el cierre de este nuevo establecimiento. De hecho, la Sentencia ahora comentada hace especial reseña de las diversas incidencias habidas en ejecución de aquella Sentencia, las demoras en llevarlo a efecto, los intentos de suspensión, etc Téngase en cuenta que la Sentencia de instancia anulando la autorización que habilitaba la apertura de nueva farmacia es del año 2006, confirmada por otra del Tribunal Supremo de 2011, siendo el cierre definitivo se produce en 2013. Lo que sostiene la peticionaria es que la demora en el cierre de dicha farmacia la ha producido un perjuicio patrimonial, una pérdida de ventas, es decir, un (millionario) lucro cesante.

Como no podía ser de otro modo, para resolver la solicitud de indemnización, la Sala comienza reiterando que la mera anulación de un acto o disposición administrativa, por si misma, no presupone derecho indemnizatorio, según afirma de modo constante nuestra legislación y nuestra jurisprudencia, máxime cuando la posición de la Administración demandada, amén de oponerse a las cuantías solicitadas, defendía de algún modo la razonabilidad de la decisión inicialmente autorizatoria, afirmando que “que los criterios utilizados en la determinación de núcleo de población, según revela la jurisprudencia, han venido variando en el tiempo, conforme, esencialmente, al entendimiento y alcance que en cada momento se ha tenido del principio “pro apertura” que rige en esta materia”.

2018\107600 y de 16 diciembre de 2016 JUR 2017\16203; así como STSJ Cataluña de 6 febrero de 2014, Sección 4ª JUR 2014\101917, refiriéndose éstas al coste adicional de tales servicios de guardia).

119 STSJ de Murcia de 7 de octubre de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sr. Cassinello Gómez Pardo.

Aunque expresamente no se afirme, de la lectura del Fundamento 5º de la Sentencia comentada se desprende que se considera que la anulación sería base para la obtención de una indemnización, pues expresamente se afirma que “esta Sala entiende que no cabe considerar que la Administración se moviera en el caso que nos ocupa dentro de márgenes de apreciación razonables<sup>120</sup>, dando lugar a que posteriormente se analicen las cuantías reclamadas, de modo tal que es en este punto en el que se da lugar a la desestimación del recurso, en la medida en que -finalmente- no se concede cantidad alguna.

Respecto de las sumas reclamadas, la resolución se apoya en otra anterior del mismo Tribunal (de 17 de mayo de 2013) transcribiendo las conclusiones contenidas en aquella<sup>120</sup> para rechazar plenamente la pretensión indemnizatoria, sin atender ni a las alegaciones de la parte actora, ni al informe pericial que esta aportó y ello al considerar que “si bien es cierto que la Farmacia de la Sra. Encarnacion era la única existente en la Pedanía de Roldan, por esta se pretende, en contra de lo expuesto, hacer coincidir el importe de su lucro cesante con los beneficios obtenidos por la Sra. Marí Trini como consecuencia de la apertura indebida de su farmacia, sin tener en consideración su propia facturación en el periodo coincidente con el funcionamiento de la farmacia de la Sra. Marí Trini y la del periodo inmediatamente anterior a

su apertura a fin de acreditar la influencia que ésta pudo tener en sus ventas, error en el que incurren tanto el informe pericial de parte que aporta, como la pericial judicial propuesta, por lo que al reclamar daños simplemente posibles o presumibles procede desestimar su recurso sin que haya lugar a la imposición de costas dadas las circunstancias concurrentes”.

#### DILACION (CLAUSURA DE FARMACIA)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de junio de 2015 (JUR 2015/202115)<sup>121</sup> desestimo el recurso formulado por la reclamante de indemnización frente a la desestimación de la misma por la Administración autonómica. El origen del litigio se encuentra en que habiéndose concedido una autorización provisional para la apertura de una oficina de farmacia, transcurrido el plazo de dos años propios de esa autorización provisional, dicha farmacia siguió abierta prácticamente otros daños, lo que las reclamantes de indemnización entendieron les había supuesto un perjuicio que, por las características propias del mismo, correspondía al lucro cesante que solicitaban.

Cabría decir que lo significativo de la Sentencia comentada es que parece rechazar la reclamación efectuada no por una sino por tres razones, ya que pese a afirmar que entiende que “la acción estaría prescrita”<sup>122</sup>, lo que ya sería suficiente para no entrar en otras consideraciones, explica que de fondo tampoco podría prosperar pues “el establecimiento de una oficina de farmacia, a la distancia general de 250 metros como lo están todas en la Comunidad Valenciana, con independencia de que su carácter sea provisional o definitivo, pueda generar un perjuicio a las oficinas de farmacia cercanas, y en lo referido a la pretendida inactividad de la administración en llevar a cabo el cierre, a la vista de las diferentes vicisitudes judiciales tampoco podemos considerarla como generadora de responsabilidad patrimonial”, y por si ello no fuera suficiente, añade que

120 La Sentencia de 17 de marzo de 2013, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2000, tras citar la posibilidad de ingresos por venta libre, así como de medicamentos en que el beneficio viene legalmente autorizado, decía que “las conclusiones de dicha sentencia son: 1º) El importe de facturación de la farmacia indebidamente abierta no puede hacerse coincidir con una correlativa facturación dejada de ingresar por los titulares de las farmacias más cercanas a aquélla. Por tanto, los beneficios obtenidos por la primera no son necesariamente coincidentes con los que pudieran haber obtenido, en su caso, los titulares de las segundas. Ello implica que las pruebas solicitadas por el reclamante dirigidas a averiguar la facturación y beneficios de la farmacia del Sr. Valentín no son determinantes para acreditar el lucro cesante por el que reclama. 2º) Ha de atenderse, según la transcrita STS, a la concreta facturación realizada por la farmacia del reclamante, tanto en el periodo coincidente con el funcionamiento de la farmacia indebidamente abierta como en el periodo “inmediatamente anterior”, para determinar así la influencia que ésta pudo tener en las ventas de la farmacia del reclamante. También podría considerarse como parámetro el período inmediatamente posterior a la cláusula de la farmacia en cuestión. 3º) En lo que atañe al porcentaje de venta libre de medicamentos y productos de parafarmacia, ha de estarse igualmente a los datos obtenidos la vista de las concretas ventas de la farmacia del reclamante en referidos periodos anterior, coetáneo y posterior al funcionamiento de la farmacia clausurada, y extraer de tales datos del reclamante el porcentaje a considerar en este punto.”

121 STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de junio de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 2ª. Ponente Sra. Millán Herrandis.

122 La resolución judicial dedica buena parte de su exposición a los procesos judiciales seguidos respecto de la autorización provisional y su cierre, la participación en los mismos de las reclamantes, así la utilidad y relevancia de los mismos en cuanto al inicio de plazo anual para ejercicio de la acción. La idea misma de acto nata se encuentra presente en el razonamiento judicial, en una cuestión siempre compleja en la casuística, pero que abunda en que no cualquier actuación judicial difiere en el tiempo el momento de ejercicio de la reclamación indemnizatoria.

“las recurrentes aportaron informes en vía administrativa, y que se incorporan como documental en este proceso, que alcanzan su conclusión de lucro cesante en base según expresan a documentación contable y fiscal, que no aparece unida a dichos informes, siendo condición indispensable la unión de dichos documentos, fundamentalmente declaración del IRPF, al informe para poder contrastar el resultado que se plasma en los mismos”.

**DILACION (DIVERSAS, RECEPCIÓN OBRA)** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de abril de 2015 (JUR 2015/149382)<sup>123</sup> se ocupa del recurso de apelación contra previa Sentencia del Juzgado Contencioso respecto de solicitud de indemnización del Ayuntamiento de la Villa y Corte. Habiéndose desestimado en vía administrativa (por silencio) dicha petición, se desestimó la demanda en la instancia, no obteniendo mejor suerte la alzada.

En el caso en cuestión, la reclamante, una mercantil gestora de un parking, interesaba una indemnizada derivada de lo que sostenía era el incumplimiento municipal del contrato concesional para la construcción y explotación de un parking para residentes. Dicha concesión incluía el que la concesionaria debía dejar una planta para el propio Ayuntamiento, a fin de localizar en la misma una base del servicio de grúa. El desarrollo del proyecto sufrió no pocos avatares, pues como explican las Sentencias del Juzgado y del Tribunal Superior, el inicial concesionario cedió el contrato a una nueva empresa que asume las deudas de la anterior, así como el cumplimiento de las correspondientes obligaciones.

Esta empresa que se incorpora posteriormente al proyecto, al serle cedido el contrato, será, a la sazón la reclamante, recordándosele que aceptó la cláusula por la que asumía las deudas de la precedente, así como el uso que debía darse a una de las plantas del parking, si bien -como afirma la Sentencia comentada- “el Ayuntamiento de Madrid no recibió nunca, ni expresa ni tácitamente, la primera planta del parking del estacionamiento subterráneo” pues “el Acta de recepción de las obras de fecha 8 de octubre del año 2003, se limita a la recepción de las obras tan solo en cuanto a la construcción del aparcamiento para residentes previsto inicialmente en el Convenio de 14 de octubre de 1993, pero que tal Acta

no recoge en modo alguno la recepción de la primera planta para su uso como depósito de la grúa municipal”, afirmación a la que vincula la posterior cita y examen de diversos preceptos de la legislación de contratos administrativos, insistiendo en que la “Sala no puede tener por acreditado que la contratista apelante cumpliera en puridad con todas las obligaciones del Convenio de 3 de noviembre de 1998 y con las instrucciones recibidas de la Jefatura de Servicios Generales de la Policía Municipal y del Jefe de la División de Inspección de Obras del Departamento de Aparcamientos de la Concejalía de Movilidad Urbana y en particular del Ingeniero Adjunto al citado Departamento”, considerando que no restaban por realizar por el reclamante una serie de trabajos.

A tales contundentes argumentos se une el razonamiento igualmente desestimatorio respecto del lucro cesante que se pedía por la explotación de un determinado local comercial vinculado al total contrato y proyecto, subrayando para ello no solo las ausencias de prueba sino quizá las contradicciones en el actuar de la recurrente, dentro y fuera del propio proceso judicial<sup>124</sup>.

#### DILACIONES INDEBIDAS (JUDICIAL)<sup>125</sup>

<sup>124</sup> El Fundamento 10º de la Sentencia comentada, sobre ese particular, termina diciendo que “no puede aceptarse la realidad del lucro cesante que el apelante reclama como indemnización, en primer lugar porque la actividad de venta de vehículos o de cadena de distribución de productos alimentarios no se contempla por la normativa vigente para el local comercial de que se trata, y en segundo término porque en relación a la oferta que se le hace en el año 2006, es para venta de vehículos y asociada a esa actividad de venta la de taller, por lo que no cabe aceptar que la empresa arrendataria aceptaría tan solo arrendar el local para taller y no para la venta de vehículos, y si a lo anterior se une que nunca hubo consulta urbanística sobre usos permitidos a los servicios de urbanismo del Ayuntamiento o solicitud de licencias urbanísticas, con ocasión de tales ofertas de arrendamiento del local, se concluye que no puede prosperar esta pretensión, desestimándose en cuanto a ella el Recurso contencioso-administrativo”.

<sup>125</sup> Citese igualmente, entre otras, la SAN de 30 de enero de 2020 (Sección 3ª Ponente Sra. Sanguesa Cabezudo RJCA 2020/265), donde las acusaciones en un proceso penal incoado por la muerte de una persona allegada, pretendían una indemnización, basada en la larga duración de dicho proceso, solicitando cantidades por el daño moral y psicológico que anudaban a que la extensión del litigio no les permitió cerrar de manera natural el lógico “duelo”, afectando al modo en que continuaran con sus vidas, y también solicitando ser compensados por el efecto de reducción en la pena de los condenados, provocada por la dilación en el proceso que -como es sabido- puede actuar en varios planos. La Sala solo estima que deben indemnizarse los daños propios de las dilaciones en los reclamantes, procediendo a conceder una cantidad sin duda muy alejada de la inicialmente pedida. Respecto de lo que se pedía

<sup>123</sup> STSJ de Madrid de 17 de abril de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sr. Estévez Pendás.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6032)<sup>126</sup> resuelve la petición de indemnización imputada a la dilación indebida en la tramitación de un proceso, solicitud que fue acogida por la Sala, concediendo una cantidad menor de la reclamada.

Habiendo optado por un criterio expositivo basado en las características fácticas de fondo, mas allá del sujeto o especial regulación, cabrá empezar por recordar lo ocurrido y las bases de la reclamación.

Se siguieron actuaciones penales respecto de distintas personas. En el curso de las mismas se intervinieron distintos efectos a una de ellas, siendo el caso que, meses mas tarde, se acordó seguir las actuaciones contra varios de aquellos sujetos, y sobreseerlas en cuanto a quien se vio afectado por dicha intervención y, aún mas, se tardó mas de año y medio en proceder a la devolución de aquellos efectos. A partir de esa devolución tardía se inicia reclamación indemnizatoria por las dilaciones indebidas en el funcionamiento judicial, no solo por la mencionada tardanza en la devolución, sino por el propio trámite del proceso entre su inicio y el sobreseimiento que afectó al solicitante de indemnización.

La Sentencia de la Audiencia Nacional rechazó el recurso por distintos motivos (algunos de los cuales ligados a problemas de legitimación) varias de las partidas reclamadas, acogéndolo en una cantidad

---

por el efecto colateral del tiempo en la reducción de la pena, la Sentencia los rechaza dado que la reducción de la pena "compensa un daño con un beneficio (y) no puede trasladarse al ámbito del resarcimiento de los perjudicados, y de hecho las sentencias que trae a colación el demandante se refieren en todo caso al daño al acusado que padece la "pena de banquillo", cosa que aquí no sucede", añadiendo que el "derecho que invoca no encuentra amparo legal, y no puede equipararse la situación del condenado a la del perjudicado que demanda un resarcimiento en vía penal mediante el ejercicio de las acciones que derivan del delito".

Mutatis mutandis, véase también la STSJ Navarra de 27 de abril de 2017 (Sección 1ª Ponente Sra. Azcona Labiano, JUR 2017/227085) en que el reclamante basaba su petición en el retraso en la adjudicación de una plaza de funcionario en su localidad, aduciendo que ese retraso se produjo en la fase de ejecución de la Sentencia dictada, petición que fue rechazada con examen de los hechos y recordatorio de la doctrina sobre las dilaciones indebidas.

Respecto de dilaciones indebidas no son pocas las Sentencias que tratan sobre intereses de demora consecuencia de procesos contra liquidaciones tributarias, por ejemplo, SAN 3 de febrero de 2015 (JUR 2016/76755)

126 STS de 4 de noviembre de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sra. Huertas Garicano.

extraordinariamente alejada de lo reclamado y solo correspondiente a la devolución de efectos. El reclamante acudió a la casación buscando la íntegra estimación de sus pretensiones, lo que no obtendrá pues aunque el Alto Tribunal casa la Sentencia de instancia, su efecto es un (ligero) incremento de lo concedido, atendiendo tanto a la existencia de responsabilidad en el funcionamiento de la cadena de custodia de los objetos intervenidos como por dilaciones indebidas, recordando -respecto de este último aspecto- que "la dilación indebida es un término que <<envuelve un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos derivados de la naturaleza y circunstancias del litigio en función de su complejidad y el interés arriesgado en el mismo, así como la conducta procesal del demandante o la actuación del órgano jurisdiccional, en los márgenes de duración de los litigios del mismo tipo y la consideración de los medios disponibles, sin que la mera constatación de la duración total del proceso, o de alguna de sus fases sea bastante para declarar su existencia, sino que es preciso efectuar un análisis del curso de aquél y las actuaciones que lo integran a fin de determinar las razones de tal duración y así poder apreciar si nos encontramos realmente ante dilaciones indebidas o éstas responden a la naturaleza, características y alcance del proceso".

#### DILACIONES INDEBIDAS (JUDICIAL)

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2017<sup>127</sup> (JUR 2017/310153) se ocupa de la solicitud de indemnización ligada a las dilaciones indebidas en el proceso civil seguido para obtener la posesión de una vivienda, estimando parcialmente la petición, concediendo una cantidad muy alejada de lo reclamado y rechazando conceder cantidades calculadas sobre el tiempo en que no se viene poseyendo la vivienda objeto de la controversia.

La Audiencia Nacional reseña los hitos del proceso, que -pese al tiempo transcurrido- no había llegado siquiera a alcanzar una decisión de fondo, reitera la doctrina jurisprudencial que define la idea de "dilaciones indebidas" y la relación causal entre tales dilaciones y el daño que se invoca. Concede finalmente una pequeña cantidad que parece mas orientada al daño por la dilación misma<sup>128</sup>, entendiendo

---

127 SAN 10 de noviembre de 2017. Sección 3ª Ponente Sra. Sanguesa Cabezado. JUR 2017/310153)

128 Véase también la SAN de 18 de septiembre de 2018 (Sección 3ª Ponente Sra. Sanguesa Cabezado. JUR

que el resto de lo que se reclama no puede ser otorgada pues la propiedad de la vivienda sigue siendo litigiosa y, en su caso, en el retraso en la posesión de la misma habrían intervenido terceros, interrumpiendo el nexo causal con el funcionamiento administrativo.

### IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION/CAMBIO PLAN<sup>129</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo de

2018/290538) que concede cantidades por daño moral por dilaciones indebidas en un proceso en que se sustanciaban cuestiones relativas a derechos de visita de menores, ponderando las cantidades solicitadas por el reclamante, e incluso las pruebas aportadas por este (“... si bien es cierto que el demandante aportó un informe pericial psicológico, de cuyo contenido hemos dejado constancia, este se refiere a un momento determinado ... y comprende el periodo ..., respecto del que se indica que se aprecian síntomas compatibles con la depresión y ansiedad, impotencia etc. Pero todos esos signos se asocian al hecho de la denuncia por abusos sexuales deducida por la esposa. Luego, no pueden anudarse al hecho de la dilación en puridad. Además contrastan con el hecho reflejado en los informes del punto de encuentro de DIRECCION..., relativo a la posición optimista y entusiasta del padre (informe de ... del Servicio Técnico del Punto de Encuentro Familiar de DIRECCION...), una vez casada la medida”.

A su vez, la SAN de 11 de octubre de 2017 (Sección 3ª Ponente Sra. Sanguesa Cabezudo. JUR 2017/288776) se ocupa de la aplicación, a la solicitud de indemnización, del concepto de “pérdida de oportunidad” que aprecia dada la relación entre la larga tramitación del proceso, y la frustración de la posibilidad misma de hacer efectiva la acción penal, que fue elegido por el perjudicado, si bien en esa ecuación no debe olvidarse el acontecimiento luctuoso que hace imposible ese proceso. Lo concedido es una cantidad menor que la solicitada, aunque cabe añadir que en este caso lo pedido era menos que en otros que se vienen analizando de modo que la suma obtenida está porcentualmente menos alejada de lo pretendido.

Resulta de interés traer a colación en completo trabajo publicado en el número 3 de 2014 de la Revista Aranzadi Doctrinal, “La responsabilidad del Estado-Juez” (BARJA DE QUIROGA, Jacobo), en que se expone lo correspondiente al daño moral, y también se dice que “dentro del concepto de daño, la jurisprudencia incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante”, afirmándose que “no hay razón alguna para que en el caso de la responsabilidad del Estado-Juez los conceptos indemnizables hayan de ser otros. En definitiva, el indicado concepto debe regirse por el principio de la «total reparación», de manera que el resarcimiento debe compensar por completo el daño producido”.

129 Respecto de las posibilidades indemnizatorias derivadas del cambio del planeamiento, véase, AGUIRRE i FONT, Josep M.- “La responsabilidad patrimonial como límite a la ordenación supramunicipal: el ejemplo de los planes directores urbanísticos del sistema costero” Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación núm. 31/2014, donde se comienza recordando que el ejercicio del ius variandi por la Administración no comporta, como principio general, derecho de indemnización, si bien, en determinadas circunstancias, la pérdida del contenido patrimonial del derecho de propiedad si habrá de generarla para compensar los daños y perjuicios que provoque el cambio en el planeamiento, de modo que la cuestión se desplaza a la realidad del daño, a en que supuestos se haya producido

20 de febrero de 2015 (RJ 2015/934)<sup>130</sup> viene a desestimar el recurso de casación formulado frente a una previa Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que ya concedía un determinado importe indemnizatorio derivados de la frustración de un proyecto de creación y puesta en marcha de una planta acuícola, lo que se debía a la aprobación del plan gallego de acuicultura. Para la recta comprensión del asunto debe tenerse en cuenta que la empresa perjudicada contaba con las autorizaciones y concesiones precisas para poner en marcha su planta, si bien, con posterioridad a su obtención, al aprobarse el plan de la Administración autonómica, resultaba contrario al mismo el emplazamiento inicialmente elegido, y económicamente inviable aquél al que habría tenido que trasladar el proyecto. Ante esa situación, la reclamante solicitaba se la indemnizase con el importe de los gastos del proyecto, también con el precio de adquisición de los terrenos en que iba a localizarse la planta, y con el lucro cesante. El Tribunal Superior de Justicia rechaza estos dos últimos conceptos<sup>131</sup> y concretamente el del lucro cesante porque -se dice- “el proyecto ya no era prosperable”. Este es en esencia el objeto del recurso y de la Sentencia del Tribunal Supremo que lo resuelve.

Como es sabido, el causa casacional, determina el modo en que se vehicula la impugnación, no siendo infrecuente que -para alcanzar cabida en tal vía de recurso- se discuta lo adecuado o no de la motivación de la previa Sentencia, así ocurrió en este caso, si bien el Alto Tribunal rechaza el motivo, pues aunque la motivación sea “muy parca ... incluso oscura”, se considera suficiente, remitiendo el asunto a la impugnación de fondo que unía la denegación de cantidad alguna por lucro cesante con la alegada infracción del artículo 106 de la Constitución y el mandato de reparación integral<sup>132</sup>. La Sala confirma lo decidido por

la patrimonialización, -en su caso- a los supuestos en que se indemniza por la existencia de limitaciones singulares y al principio de seguridad jurídica, es decir, a aquellos casos en que (con ruptura de la confianza legítima) la modificación del planeamiento se produce antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo.

130 STS de 20 de febrero de 2015, de la Sala de lo Contencioso. Sección 6ª. Ponente Sra. Huerta Garicano.

131 De la petición de restitución del precio de compra de los terrenos se deniega porque -se aduce- los mismos siguen en poder de la demandante, añadiendo después que no consta alteración en la clasificación de tales terrenos.

132 Conviene destacar que el recurrente también consideró infringida la específica normativa urbanística en materia de responsabilidad, sin que el Alto Tribunal estimara dicho

el Tribunal Superior, por un lado, con cita de su propia doctrina (“la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas ...”), para considerar que lo pedido era mera expectativa, e incluso trayendo a colación un dato que hubiera cuestionado su inicial viabilidad.

**IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION/ CONVENIO URBANISTICO** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 13 de mayo de 2016 (JUR 2016/267471)<sup>133</sup> responde a la solicitud de una

motivo con el que se insistía en reclamar cantidades por el concepto de lucro cesante, para ello analiza los derechos adquiridos frustrados por el cambio en el Plan, y la pretensión de lucro cesante.

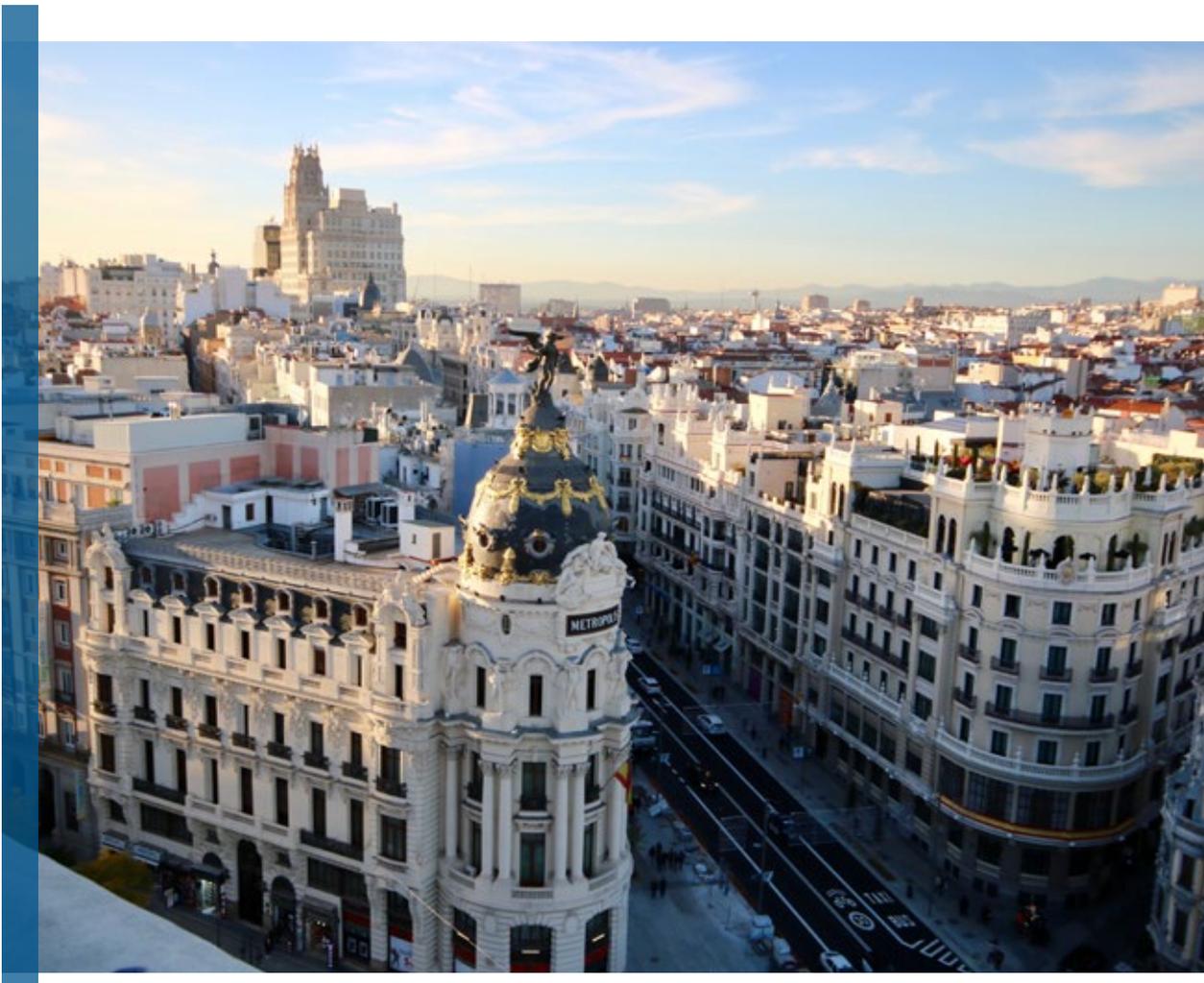
133 STSJ de Canarias (Las Palmas) de 13 de mayo de 2016. Sala

indemnización (incluyendo daño emergente y lucro cesante) por la imposibilidad material de llevar a la realidad la edificabilidad pactada en un convenio urbanístico. El solicitante no obtiene lo pedido ni en vía administrativa (recurriendo contra la desestimación presunta), en la instancia judicial y en la alzada ante el Tribunal Superior.

La mercantil reclamante suscribió un convenio urbanístico con el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, siendo el caso que posteriormente se descartó la posibilidad de otorgarla una licencia de obra para determinada edificación al no estar ejecutado cierto vial, lo que -según la peticionaria- guardaba relación con otros procesos judiciales en que intervino el mencionado Ayuntamiento.

El problema central al que se enfrenta la Sala es la identificación de la acción que se ejercita, respecto de lo que se anota que “los convenios urbanísticos, por su especial

de lo Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sr. Gómez Cáceres.



naturaleza, solo pueden ser resueltos cuando quedan sin razón de ser o no se puede cumplir la finalidad para la que se otorgaron, mientras que el incumplimiento de sus previsiones por parte de la Administración municipal, en cuanto actúa potestades urbanísticas indisponibles, solo dará lugar en su caso a la exigencia de responsabilidad patrimonial en el caso de que se acredite los requisitos legal y jurisprudencialmente exigibles para ello”, recordando después la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos, debiendo las partes “asumir las obligaciones contraídas en virtud de tal convenio”. De lo anterior se obtiene como derivada que “lo que insta la parte es una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de un Convenio que no ha sido denunciado por ninguna de las partes. Es más cuando lo que se predica es el incumplimiento de obligaciones, conviene recordar que si éste es parcial (como la no iniciación de actuaciones sobre una calle asumidas por el Ayuntamiento) no conlleva la resolución del convenio pues tal decisión rompería el equilibrio patrimonial expresado en el mismo (...). Como no estamos -prosigue- ante una demanda por incumplimiento del convenio, no procede examinar el asunto desde la perspectiva de las obligaciones contraídas en el mismo, y tampoco se trata de una modalidad especial de responsabilidad patrimonial por cambio de planeamiento que tiene su régimen propio, y es la que se genera cuando, en el ejercicio del ius variandi, la Administración revisa la ordenación urbanística”<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> Resulta de interés transcribir lo que, con cita a su vez la resolución comentada, al referirse a supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual. Ejercitada -dice- una pretensión contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, cabe traer a colación la Sentencia del TSJ de Canarias de 25 de junio de 2010 (JUR 2011, 8241) que, en un supuesto similar al que hoy se plantea, establece: “El Tribunal Supremo, por todas Sentencia de 7 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1729) , ha declarado en reiteradas ocasiones el parentesco existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, a la cual hay que referir la obligación impuesta a las Administraciones públicas de indemnizar los daños y perjuicios causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, esta aproximación, que resulta útil para el tratamiento procesal de las pretensiones indemnizatorias cuando el reclamante acumula unas y otras o no califica adecuadamente la ejercitada, o entre ambas se hallan en estrecha relación, no impide que deba aquilatarse el ámbito de aplicación de uno y otro régimen de responsabilidad cuando concurren diferencias sustanciales. En dicha sentencia se dice: “En algunas sentencias hemos apuntado ya cómo el régimen de la responsabilidad contractual se aproxima al que resulta aplicable a ciertas obligaciones impuestas o aceptadas por la Administración en virtud de un acto administrativo unilateral

La Sentencia del Tribunal Superior tiene una breve fundamentación específica que comienza admitiendo que la “solución a que llega la sentencia impugnada podrá llevar consigo cierto germen de injusticia”, aunque achaca el mismo al propio planteamiento del demandante y a que pese a la general exigencia constitucional de que la Administración repare el daño causado, sin embargo -se sostiene- el régimen jurídico aplicable a responsabilidad extracontractual y contractual sería distinto, ello no permite a la jurisdicción subsanar (de algún modo, sustituir) el modo en que actúe el peticionario.

### LIMITACION SINGULAR DERIVADA DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO<sup>135</sup> Sentencia

(v. gr., en el caso de las concesiones) y hemos de añadir aquí ahora que en el mundo del Derecho administrativo tienen también cabida las obligaciones nacidas de la ley con carácter ajeno a la producción de hechos ilícitos, a la responsabilidad objetiva o al enriquecimiento injusto, que no son otras que las obligaciones llamadas autónomas por la doctrina civilista, es decir, aquellas que surgen directamente, al margen de los supuestos citados, por hechos o situaciones regulados por la ley. Estas obligaciones sancionadas directamente por la ley se rigen por los preceptos de aquella que las hubiera establecido y, en lo no previsto en la misma, por las disposiciones generales del Código Civil (LEG 1889, 27) sobre obligaciones y contratos ( artículo 1090 del Código Civil ). Este mandato lleva a excluirlas del régimen específico de la responsabilidad aquiliana y, por ende, del régimen propio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por funcionamiento de los servicios públicos.”

<sup>135</sup> Véase también la STS de 7 de julio de 2015 (Sala de lo Contencioso. Sección 5ª, Ponente Sr. Peces Morate RJ/2015/3243), que destaca que el reconocimiento del derecho indemnizatorio no presupone ni exige declarar la nulidad las determinaciones del Plan General, exponiendo que para el cálculo de la indemnización “deberá tenerse en cuenta la pérdida de aprovechamiento que ha supuesto la asignación a una porción o superficie de la parcela (1.993 m2) de la Ordenanza 9, grado 1º, “Edificación Villas y Chalets”, en lugar de la Ordenanza 3, “Edificación en Manzana Cerrada”, asignada a una superficie de 1.317 m2 de la misma, de cuyo cálculo se detraerá la edificabilidad que, en virtud de una transferencia de aprovechamiento, les fue anteriormente atribuida a los propietarios de esta parcela en la Unidad de Ejecución Vista Alegre, si bien, para realizar la indicada deducción, habrá que atenerse al valor que en la actualidad tenga la edificabilidad transferida en esa Unidad de Ejecución Vista Alegre”. Igualmente, la STS de 22 de junio de 2017 (Sala Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sr. Tolosa Tribiño RJ 2017/3073) y también del Tribunal Supremo la Sentencia de 14 de septiembre de 2017 (Sala Contencioso. Sección 5ª Ponente Sr. Tolosa Tribiño RJ 2017/4036), que, tras citar la STC 164/2001, afirma que el “cierre del sistema de equidistribución” diseñado por la legislación urbanística “es el reconocimiento del derecho a ser indemnizado por las ordenaciones que impusieran vinculaciones singulares”, siendo así que en el caso en cuestión, la Sala de instancia también difirió a la fase de ejecución la determinación del monto indemnizatorio.

De entre la abundante bibliografía sobre el particular, cítese,

del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2018 (RJ/2018/5127)<sup>136</sup>. La resolución reseñada resuelve un recurso de casación formulado por la Comunidad Autónoma contra previa Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que había estimado en parte la demanda del reclamante, condenando a indemnizar al Ayuntamiento y la Comunidad<sup>137</sup>, dejando para ejecución de Sentencia la determinación del montante de la indemnización. El Alto Tribunal no acoge la casación interesada, confirmando la decisión adoptada en la instancia.

El problema de fondo derivaba de la limitación a la edificabilidad, con la consiguiente imposibilidad de patrimonialización, en virtud de la inclusión del inmueble en el Catálogo de Protección, que forma parte del Plan General Municipal, y pesar sobre el mismo una orden de conservación que especificaba determinadas restricciones.

Al responder a los argumentos de la Junta de Extremadura, el Tribunal Supremo recuerda los requisitos de los que depende la indemnización: “para que exista derecho a la indemnización solicitada... es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) una restricción en el aprovechamiento urbanístico; b) una limitación singular; y c) imposibilidad de distribución equitativa...”, matizando que el derecho indemnizatorio no deriva aquí del ejercicio anticipado del *ius variandi* (modificación del planeamiento), cuanto de la vinculación singular que se establece sobre determinada finca. No hay por tanto “compensación” por el cambio de planteamiento (por lo que no es necesaria la patrimonialización del aprovechamiento como

causas de la indemnización), explicando dicha “vinculación singular”, por el hecho de que se produce una “restricción del aprovechamiento” que “no se establece en términos de comparación con el aprovechamiento de idéntica finca en planeamientos anteriores, sino que se produce en relación con el aprovechamiento que se reconoce a los restantes suelos de la zona o ámbito homogéneo de que forma parte”<sup>138</sup>.

Como se ha indicado previamente, la precedente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia difirió a la ejecución de Sentencia la determinación de la indemnización que ya otorgaba, y correspondiendo ello a la cuestión que nos ocupa ya habría razón para traer ello a colación, pero aún debe insistirse en este extremo por la singularidad de esa remisión al momento ulterior a la firmeza de la Sentencia, pues el Tribunal Superior de Justicia, que examinó informe pericial y alegaciones de las

<sup>138</sup> Conviene anotar la correlación que se hace entre estos mecanismos indemnizatorios y los sistemas de equidistribución de beneficios y cargas. Así, en el Fundamento Jurídico Tercero, con cita de previa jurisprudencia, dice que “la Sentencia del TS 23-02-2012 analiza la evolución y filosofía del precepto. Por su parte, la STS de 6 de julio de 1995, señala el carácter intempestivo de la petición de indemnización por vinculaciones singulares cuando se solicita antes de la aprobación del Catálogo u otro instrumento de Protección, pues una vez aprobado éste es cuando se sabe el nivel de afección y, por tanto de vinculación, y es posible entonces arbitrar las posibles medidas compensatorias. En concreto en esa sentencia, recogiendo lo declarado en la anterior de 3 de octubre de 1988, dijimos que “... cuando tenga operatividad el Plan Especial y Catálogo, podrá conocerse la afección que sufre la finca (...), pero no ahora, pues ya queda dicha la indefinición, que sobre parámetros esenciales existe al respecto (posible exclusión de elementos, señalamiento efectivo de la superficie protegida, eventual inclusión de parte de la zona de verde privado como anexo del edificio, ventajas fiscales, etc. ...) (...) debiendo notarse que no es que el Plan Especial pueda alterar determinaciones esenciales de las Normas Subsidiarias -en nuestro caso el P.G.O.U.-, sino que a los concretos efectos reparatorios que se pretenden, mientras dicho Plan y Catálogo no logren la aprobación definitiva, no será posible conocer ni evaluar el montante económico que deba alcanzar la exigible indemnización”.... Asimismo, el derecho a la distribución equitativa de cargas y beneficios -como realización del principio de justicia en materia de urbanismo- implica que la efectividad de unos y otros deba producirse de forma simultánea, pues sólo de esa forma cumple su finalidad. Tal principio es incuestionable en la ejecución del planeamiento por polígonos o unidades de actuación, en que los efectos de la aprobación de los instrumentos de equidistribución -compensación, reparcelación o análogos- llevan implícita tal simultaneidad, pero tal principio debe operar con igual rigor en el supuesto de suelos urbanos consolidados; supuesto en el que la ejecución se produce de forma asistemática, y en que es exigible que la ordenación prevista en el planeamiento sea completa, lo que pasa por definir las cargas y definir y concretar también las posibilidades edificatorias y de uso de las parcelas “

GARRIDO FALLA, F.- “El derecho a la indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”. Revista de Administración Pública núm. 81/1976.

<sup>136</sup> STS de 22 de noviembre de 2018, Sala de lo Contencioso. Sección 5ª Ponente Sr. Tolosa Tribiño

<sup>137</sup> La condena solidaria se justifica en que “tanto la Administración autonómica como el Ayuntamiento han participado en la elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico, cuyas determinaciones son causa de las aludidas vinculaciones singulares y de las consiguientes limitaciones del aprovechamiento urbanístico, de modo que ambas podrían ser condenadas a pagar la indemnización al propietario, gravado con ellas, en forma solidaria”, huyendo así de “un criterio simplista sería el de atribuir la responsabilidad a la Administración que hace la aprobación definitiva. Sin embargo, parece más correcto acudir, en estos casos, a la tesis de que existe un supuesto de concurrencia entre ambas Administraciones y que la responsabilidad es entonces solidaria, sin perjuicio de que la Administración condenada a pagar pueda repetir contra las demás que hayan intervenido en la causación del daño”.

partes, establece que las partes tendrán un plazo de cinco meses para alcanzar un acuerdo, y que de no conseguirlo, la actora habrá de solicitar (y costear) el nombramiento de un perito Arquitecto, insaculado por la Sala, para que “en base a la limitación de edificabilidad producida y de acuerdo a criterios legales de valoración, determinase la correspondiente indemnización”<sup>139</sup>.

**PROHIBICION LEGAL Y CONSECUENCIAS DAÑOSAS.** La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 diciembre de 2019 (RJ 2019\4868)<sup>140</sup> tiene por objeto la reclamación de la reclamación de una propietaria de ganado, al sufrir daños en su cabaña como consecuencia de la acción de una especie (el lobo) cuya caza se encuentra prohibida legalmente, como consecuencia la protección que otorgada por una legislación que viene a trasponer normativa comunitaria.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó parcialmente la reclamación de la perjudicada, interponiéndose recurso de casación por la Comunidad Autónoma, que es desestimado, confirmándose la decisión adoptada en la instancia.

Para la Administración recurrente, para acoger la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por los daños causados por las especies de fauna silvestre se debía exigir una expresa previsión legal, a lo que la Sala responde afirmando que “para la resolución de la controversia conviene tener en cuenta el fundamento y finalidad de esta institución, que se dirige a garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de la Administración, que, en el ejercicio de sus competencias y dirigida a la consecución de los objetivos que en cada caso le son propios, afecta además de manera concurrente, específica y negativa a los derechos

e intereses del administrado, causándole una lesión que no tiene el deber de soportar. La finalidad de la institución se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. De tal manera que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla. Como dice el art. 34.1 de la Ley 40/2015 -añade- solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”, insistiendo en que “por otra parte, la responsabilidad patrimonial se sujeta a la configuración legal -en los términos establecidos por la ley, dice el art. 106.2 de la Constitución- en cuanto su existencia, alcance y contenido viene determinado en cada momento por el legislador, que establece los hechos determinantes, las consecuencias jurídicas y las condiciones y requisitos de ejercicio de la acción correspondiente, a los que se condiciona la exigencia por el perjudicado” lo que lleva a la interpretación de determinado precepto legal (54,6 de la Ley 42/2007) que “atendiendo al régimen específico de protección del lobo, al sur del río Duero, señala “que cuando se trata de especies animales que gozan de singular protección, por la concurrencia de un interés público relevante como es el medio-ambiental para la conservación y protección de la especie, ello determina que los particulares no puedan adoptar sus propias medidas, pues corresponde a la Administración adoptar aquellas más adecuadas para la conservación del “canis lupus” en esa zona.” Y en estas circunstancias, determinadas por la normativa sectorial específica y concretada en la especie animal causante del daño, la actuación administrativa se sujeta a la responsabilidad patrimonial por los daños producidos en cuanto no exista un deber de soportarlos y concurren los demás requisitos exigidos al efecto”.

Como quiera que además la Administración recurrente aducía la existencia de subvenciones

<sup>139</sup> Véase el interesante trabajo, “La problemática fijación del término de comparación en la indemnización por vinculación singular: Un intento de clarificación a la luz de la jurisprudencia” (MUÑOZ GUIJOSA, M. Astrid) publicado en el número 32/2014 de la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación. También, en VV.AA *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Ed. Aranzadi, 2009. “Requisitos que terminan de perfilar el concepto de lesión indemnizable: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado” AHUMADA RAMOS, Francisco Javier y FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón “Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007 de 28 de mayo, de suelo” Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación num. 16/2007

<sup>140</sup> STS 2 diciembre de 2019. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 5ª Ponente Sr. Herrero Pina.

a favor de los propietarios de ganado, como obstáculo para el otorgamiento de indemnizaciones, la Sala se pronuncia al respecto al decir que “una cosa son las medidas de apoyo financiero a favor de los afectados por las plagas en cuestión, cuya naturaleza constituía el objeto de aquel recurso, y otra distinta la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración en los supuestos que, como consecuencia de su actuación, pueda imputarse a la misma la producción de una lesión patrimonial que el particular no tenga el deber de soportar y resulta indemnizable conforme a los preceptos que regulan dicha institución, pronunciamientos congruentes con el planteamiento que acabamos de hacer en este caso, distinguiendo entre los pagos compensatorios que en su caso pudieran establecerse por razones de conservación y la exigencia de responsabilidad patrimonial por los daños causados por las especies de fauna silvestre”.

Este tipo de reclamaciones por la muerte de animales como consecuencia de la acción de los lobos no son en modo alguno infrecuentes en su planteamiento ante Tribunales y muy frecuentemente, ante los Juzgados, de entre las que cabría destacar la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Segovia de 16 de enero de 2020 (JUR 2020/179483) no solo por el repaso que hace del estado de la cuestión, sino también por su especial atención a la cuestión indemnizatoria, aludiendo para ello a la prueba propuesta de adverso (informe pericial incluido), y la valoración que hace el juez de la diversa prueba propuesta, diferenciando las distintas partidas concediendo importes por las de “daño emergente por pérdida de fecundidad”, “valor de los animales”, “costes asociados al ataque del lobo”, rechazando por falta de prueba, en su integridad, lo solicitado como “lucro cesante”.

**NULIDAD CONTRATO** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2018 (RJCA 2018/1227)<sup>141</sup> resuelve recurso frente a previa resolución administrativa que otorgó a la empresa constructora reclamante el pago de determinadas cantidades como daño emergente (valor de la obra ejecutada), rechazando lo solicitado como lucro cesante. Aunque la Sentencia incrementará en algún concepto las sumas otorgadas por daño emergente (gastos de devolución de amarres y gastos financieros), insiste en la denegación de cantidad alguna por lucro cesante.

El caso enjuiciado tenía su origen en las vicisitudes de un contrato administrativo, y su anulación, de modo que para resolver la petición de lucro cesante, la Sentencia cita la Sentencia del Tribunal Supremo 462/2013, revisa la normativa de contratos públicos, así como recuerda que la “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”, trayendo a colación el Código Civil para decir que el artículo 1106 de dicho cuerpo legal “regula la indemnización de perjuicios lo hace en relación con el incumplimiento de las obligaciones, regulado en el artículo 1101” siendo así que “el efecto del incumplimiento de una obligación y el efecto de la nulidad de un contrato, del que, en su caso, pudiera nacer una obligación, no son equiparables”, instituciones diferentes -prosigue- a las que no cabe duda que el legislador ha querido dar una regulación diferenciada” de donde concluye que encontrándonos ante un caso de nulidad del contrato de concesión (caracterizado por cuanto desgrana en la propia sentencia sobre la conducta de las partes) “no procede indemnización en concepto de lucro cesante”.

<sup>141</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2018. Sala Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sra. Blanes Rodríguez.





# doctrina

## El seguro de responsabilidad civil del automóvil en la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**Alberto J. Tapia Hermida**

Abogado

Catedrático de Derecho Mercantil de la UCM

### SUMARIO

#### I.- INTRODUCCIÓN

#### II.- LA NOCIÓN AMPLIA DE LA “CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS”

##### A) La Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2018

- 1.- Contexto: la noción de hecho de la circulación en el Derecho español
- 2.- La Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2018. Identificación de la Sentencia
- 3.- Supuesto de hecho
- 4.- Conflicto jurídico

5.- Doctrina del TJUE: Razones para incluir -dentro del concepto de “circulación de vehículos”- la situación en la que el pasajero de un vehículo estacionado en un aparcamiento, al abrir la puerta de ese vehículo, golpea y daña el vehículo que se halla estacionado a su lado

##### B) La Sentencia del TJUE de 20 de junio de 2019

- 1.- Identificación
- 2.- Supuesto de hecho
- 3.- Conflicto jurídico
- 4.- Jurisprudencia del TJUE
  - 4.1- Derecho interpretado
  - 4.2.- Doctrina del TJUE: Razones para incluir -dentro de la noción de “circulación de vehículos” a los efectos de la cobertura del seguro de responsabilidad civil- al automóvil estacionado en un garaje que se incendia

#### III.- LA AMPLITUD DE LA OBLIGACIÓN DE SUSCRIBIR UN SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AUTOMÓVIL

##### A) La Sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2018

- 1.- Contexto: La obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil del automóvil en el Derecho español

- 2.- La Sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2018. Identificación
  - 3.- Supuesto de hecho
  - 4.- Conflicto jurídico
  - 5.- Doctrina del TJUE: razones para considerar que resulta obligatorio suscribir un seguro de responsabilidad civil del automóvil cuando el vehículo se encuentra estacionado en un terreno privado por la mera decisión de su propietario, que ya no tiene intención de conducirlo
- B) La Sentencia de 29 de abril de 2021
- 1.- Identificación
  - 2.- Supuesto de hecho
  - 3.- Conflicto jurídico
  - 4.- Doctrina jurisprudencial del TJUE: razones para considerar que resulta obligatorio mantener suscrito un seguro de responsabilidad civil del automóvil cuando el vehículo en cuestión permanece matriculado en un Estado miembro, siempre que no haya sido retirado legalmente de la circulación con arreglo a la normativa nacional aplicable
    - 4.1.- El concepto objetivo de “vehículo” en la Directiva 2009/103
    - 4.2.- La finalidad de protección de las víctimas de accidentes de circulación
    - 4.3.- La exclusión de la obligación de aseguramiento únicamente para el caso de que el vehículo haya sido retirado oficialmente de la circulación
- C) La Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021
- 1.- Identificación
  - 2.- Supuesto de hecho
  - 3.- Conflicto jurídico
  - 4.- Doctrina del TJUE
    - 4.1.- Derecho interpretado
    - 4.2.- La divisibilidad de los vehículos y sus consecuencias en la cobertura diferenciada de los daños causados en el seguro obligatorio de la responsabilidad civil del automóvil
      - 4.2.1.- El concepto de “vehículo” en la Directiva 2009/103
      - 4.2.2.- Las finalidades de la Directiva 2009/103: la libre circulación de vehículos y la protección de las víctimas de accidentes de circulación
      - 4.2.3.- Límites a la vocación armonizadora de la Directiva 2009/103 y márgenes normativos de los Estados miembros
      - 4.2.4.- Los límites externos de los Estados miembros: la cobertura mínima del seguro obligatorio y el “efecto útil” de las disposiciones

#### IV.- CONCLUSIONES



## I.- INTRODUCCIÓN

La circulación de vehículos a motor es una actividad peligrosa, porque genera riesgos potenciales graves para las personas y los bienes; y masiva, porque afecta a grandes capas de población tanto en su condición de sujetos activos (conductores o propietarios de vehículos) como de sujetos pasivos (víctimas personales o patrimoniales). Por ello, se hace necesaria una regulación específica que determine tanto las características especiales de la responsabilidad civil en este ámbito que refuercen las previstas en el Código Civil con carácter general (arts.1902); como los mecanismos de aseguramiento obligatorio, por cuanto existe un interés social en la cobertura eficiente de aquella responsabilidad (art.73 y ss. de la Ley de Contrato de Seguro).

En este último aspecto, conviene recordar que el régimen legal de los seguros obligatorios de responsabilidad civil se establece en la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR que –a diferencia del antiguo art. 75 de la LCS que deroga<sup>2</sup> exige el rango legal para la creación de este tipo de seguros cuando dice que *«la obligación de suscripción de seguros deberá establecerse mediante normas con rango de Ley»* que deberán contar con informe preceptivo de la DGSFP o del órgano competente de las Comunidades Autónomas, *«con objeto de que puedan formular observaciones en materia de técnica aseguradora»*.<sup>2</sup>.

En consecuencia, en el Derecho español, existe una Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a

motor<sup>3</sup> cuyo artículo 1 comienza estableciendo el presupuesto de la responsabilidad del conductor de vehículos a motor por los daños causados, con motivo de la circulación, a las personas, con un alcance de imputabilidad objetiva; o en los bienes<sup>4</sup>.

Por lo señalado, nos parece particularmente oportuno examinar la jurisprudencia reciente –desde 2018– en la materia del TJUE siguiendo un orden cronológico y tomando en consideración, en particular, las circunstancias siguientes:

a) La importancia creciente que esta adquiriendo, desde hace ya bastante tiempo, la jurisprudencia del TJUE en materia de la regulación financiera en general y aseguradora en particular al responder a cuestiones prejudiciales planteadas los tribunales de los Estados miembros y por la Sala Primera de lo Civil de nuestro del Tribunal Supremo en concreto,

b) La vocación transfronteriza que implica en sí misma considerada la circulación de vehículos a motor.

c) La especial importancia que tiene la armonización en la UE a raíz de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972.

d) La circunstancia de que dos de las cinco Sentencias del TJUE que comentamos nacen de sendas peticiones de decisiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva planteadas por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo español.

## II.- LA NOCIÓN AMPLIA DE LA “CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS”

### A) LA SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2018

#### 1.- Contexto: la noción de hecho de la circulación en el Derecho español

<sup>2</sup> El lector interesado en la materia puede consultar nuestra Guía del Contrato de Seguro, Ed. Reuters, Aranzadi, 1ª Edición, Cizur Menor 2018, pág.136 donde nos ocupamos de la “Configuración legal de los seguros obligatorios de responsabilidad civil por la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR” señalando que *“El seguro de responsabilidad civil tiene, por regla general, un carácter voluntario; sin perjuicio de que resulte obligatorio para el ejercicio de las actividades que se determinen legamente. La razón de imponer obligatoriamente la contratación de un seguro de responsabilidad civil como condición para desarrollar determinadas actividades obedece al interés general social en proteger a las víctimas potenciales que algunas actividades esencialmente peligrosas bien por su reiteración y extensión sociológica, como puede ser la conducción de vehículos automóviles o el ejercicio de la caza; o bien por su importancia cuantitativa, como puede ser el caso de daños nucleares. También cabe citar, por ejemplo, el caso de los administradores concursales que deben tener contratado un seguro de responsabilidad civil obligatorio para cubrir el riesgo que su actuación negligente puede causar para el patrimonio de los potenciales afectados en el concurso que gestionan (deudor, acreedores y terceros)”*.

<sup>3</sup> En adelante citada como Ley de seguro del automóvil. Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

<sup>4</sup> Diciendo: *“El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”*.

Dentro de la normativa compleja de la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, resulta particularmente problemática, desde siempre, la noción de hecho de la circulación. En nuestro Ordenamiento, el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor<sup>5</sup> define - en su **artículo 2**- lo que se entiende por hechos de la circulación a los efectos de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y de la cobertura del seguro obligatorio<sup>6</sup>.

Nuestros tribunales exigen, para que se produzca la cobertura de este seguro, que el siniestro este comprendido en el concepto de circulación, no considerando como riesgo cubierto, por ejemplo, la muerte de dos jóvenes por inhalación de monóxido de carbono cuando se encontraban en un vehículo estacionado en

5 En adelante, citado como "Reglamento del seguro del automóvil". Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre.

6 Diciendo: "a los efectos de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y de la cobertura del seguro obligatorio regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, urbanos o interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común".

un garaje (STS 04.07.2002, AC 622). También han considerado que el accidente producido como consecuencia de la realización de labores agrícolas no es un "hecho de la circulación", por lo que está excluido de la cobertura de los seguros de responsabilidad civil, obligatorio y voluntario, concertado con una entidad aseguradora porque el espacio de terreno, dentro de una zona de cultivo, es una superficie exclusivamente apta para la finalidad agrícola y el desplazamiento de vehículos agrícolas (SAP Cáceres S1ª, 12.06.2003). Asimismo, han considerado que no constituye un accidente de tráfico en vía pública el atropello de una persona en una zona portuaria, sin perjuicio de la responsabilidad de la aseguradora en virtud de un contrato de seguro que cubría los daños causados por la utilización de la maquinaria accionada por la persona autorizada y dentro de la actividad propia de la empresa asegurada, que comprendía la carga y descarga de mercancías (SAP Vizcaya 27.02.2003, AC 2003/466)<sup>7</sup>.

## 2.- La Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2018. Identificación de la Sentencia

7 El lector interesado puede ver nuestro Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones, 1ª Edición, Editorial Thomson/Civitas, Cizur Menor (2006), pág. 229 y ss.



La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se dictó por la Sala Sexta el pasado 15 de noviembre de 2018 en el asunto C-648/2017<sup>8</sup>.

### 3.- Supuesto de hecho

a) El 24 de octubre de 2008, el pasajero de un vehículo estacionado en el aparcamiento de un supermercado, al abrir la puerta trasera derecha de este, dañó el lateral trasero izquierdo del vehículo adyacente. El propietario del segundo vehículo y el conductor del primer vehículo completaron, en el lugar del accidente, una declaración amistosa de accidente en la cual este último conductor reconoció su culpabilidad e indicó que el pasajero fue quien, con la puerta de este, golpeó el segundo vehículo.

b) La aseguradora BTA había celebrado un contrato de seguro voluntario con el propietario del segundo vehículo dañado, mientras que la responsabilidad civil derivada de la circulación del primer vehículo causante del daño estaba asegurada por BAN.

<sup>8</sup> ECLI: EU:C:2018:917, LA LEY 160563/2018. Ver la entrada de nuestro blog financiero de 28.11.2018 titulada: *"El TJUE incluye en la "circulación de vehículos", a los efectos del seguro de responsabilidad civil del automóvil, los daños causados a otro vehículo al abrir la puerta en un aparcamiento: Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2018"*.



c) BTA pagó a su asegurado, propietario del segundo vehículo dañado, en virtud del contrato de seguro que había celebrado con él un importe de 67,47 euros, correspondientes a los gastos de reparación de los daños ocasionados a dicho vehículo tras deducir la franquicia.

d) BTA, después de pagar a su asegurado, solicitó a BAN el reembolso de los gastos.

e) BAN denegó el reembolso de dichos gastos, por considerar que un accidente ocurrido entre dos vehículos inmovilizados no podía calificarse de «siniestro asegurado» en el sentido de la Ley del seguro obligatorio letona.

### 4.- Conflicto jurídico

a) BTA demandó a BAN para reclamar el reembolso de la indemnización que había pagado al propietario del segundo vehículo dañado.

b) Los órganos jurisdiccionales de primera instancia y de apelación estimaron las pretensiones de la aseguradora BTA.

c) El Tribunal Supremo de Letonia, por sentencia de 28 de marzo de 2014, tras conocer del recurso de casación interpuesto por la aseguradora demandada BAN, anuló la sentencia de apelación por falta de motivación.

d) Tras varias incidencias procesales, el Tribunal Supremo de Letonia remite al TJUE una petición de decisión prejudicial en la que se pregunta si la acción de abrir la puerta de un vehículo constituye una *«utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo»*, en el sentido de la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146), y si está comprendida, por consiguiente, en el concepto de «circulación de vehículos», a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva. En concreto, la petición de decisión prejudicial se estructura en dos preguntas sucesivas:

d.1) Primero, pregunta si la subida y la bajada de los pasajeros de un vehículo son la manifestación de su utilización, y la operación de dicho vehículo no puede completarse plenamente si los pasajeros permanecen en él.

d.2) Segundo, en caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el concepto de *«circulación de vehículos»* que

figura en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva cubre también los casos en los que un pasajero utiliza el vehículo

5.- **Doctrina del TJUE: Razones para incluir -dentro del concepto de “circulación de vehículos”- la situación en la que el pasajero de un vehículo estacionado en un aparcamiento, al abrir la puerta de ese vehículo, golpea y daña el vehículo que se halla estacionado a su lado**

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara: *“El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «circulación de vehículos» a que se refiere dicha disposición comprende una situación en la que el pasajero de un vehículo estacionado en un aparcamiento, al abrir la puerta de ese vehículo, golpea y daña el vehículo que se halla estacionado a su lado”.*

El TJUE llega a este fallo mediante un razonamiento jurídico que pasa por las dos fases siguientes:

a) En la primera fase, recopila su jurisprudencia relevante en la materia para decir:

*“A la luz de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la citada disposición no se limita a las situaciones de circulación vial, es decir, de circulación en la vía pública, sino que incluye cualquier utilización de un vehículo que sea conforme con su función habitual (sentencias de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C-162/13, EU:C:2014:2146, apartado 59, y de 28 de noviembre de 2017, Rodrigues de Andrade, C-514/16, EU:C:2017:908, apartado 34)”* (Apartado 34). (...) *“A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que, en la medida en que los vehículos automóviles a que se refiere el artículo 1, punto 1, de la Primera Directiva están destinados, independientemente de sus características, a su uso habitual como medios de transporte, dicho concepto incluye toda utilización de un vehículo como medio de transporte (sentencia de 28 de noviembre de 2017, Rodrigues de Andrade, C-514/16,*

*EU:C:2017:908, apartados 37 y 38)”* (Apartado 35).

b) En la segunda fase, aplica la jurisprudencia recopilada al asunto litigioso para decir:

b.1) Respecto de la acción: *“En el presente caso, procede considerar que la acción de abrir la puerta de un vehículo constituye una utilización de este que es conforme con su función de medio de transporte, en la medida en que permite, en particular, la subida y bajada de personas o la carga y descarga de bienes que se van a transportar o que acaban de ser transportados mediante ese vehículo”* (Apartado 36).

b.2) Respecto del vehículo: *“Esta conclusión no resulta afectada por la circunstancia de que, en el momento del accidente, los vehículos de que se trata en el litigio principal estuvieran inmovilizados y se hallaran en un aparcamiento”* (Apartado 37).

b.3) Respecto del sujeto implicado: *“De las consideraciones precedentes se desprende que la circunstancia de que el accidente de que se trata en el litigio principal no resultara de una acción del conductor del primer vehículo, sino de un pasajero de este, no excluye, por sí sola, que la utilización de ese vehículo en ese momento pueda estar comprendida en su función de medio de transporte y, en consecuencia, en el concepto de «circulación de vehículos», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva”* (Apartado 47).

## B) LA SENTENCIA DEL TJUE DE 20 DE JUNIO DE 2019

### 1. Identificación

La Sentencia del TJUE se dictó por la Sala Segunda el 20 de junio de 2019 en el asunto C-100/18 suscitado entre dos entidades aseguradoras españolas: Línea Directa Aseguradora, S.A./Segurcaixa, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros. En concreto, esta Sentencia interpreta que la situación en la que un vehículo, que llevaba más de 24 horas estacionado en un garaje privado de un inmueble, arde provocando un incendio, cuyo origen está en el circuito eléctrico del vehículo, causando daños en el inmueble; está comprendida en el concepto de **«circulación de vehículos»** de la Directiva relativa al seguro de la responsabilidad civil de vehículos automóviles<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Ver la entrada de nuestro blog de 25.06.2019 titulada

## 2.- Supuesto de hecho

a) El 19 de agosto de 2013, el Sr. X aparcó su coche nuevo en el garaje privado de un inmueble propiedad de la empresa Y.

b) El 20 de agosto de 2013, con el propósito de enseñárselo a un vecino, el Sr. X arrancó el motor del coche, sin llegar a moverlo.

c) En la madrugada del 20 al 21 de agosto de 2013, el coche, que se encontraba parado desde hacía más de 24 horas, comenzó a arder. El incendio -que se originó en el circuito eléctrico del coche- causó daños en el inmueble de la empresa Y.

d) El Sr. X tenía concertado un seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles con la compañía de seguros Línea Directa.

e) La empresa Y tenía suscrito un seguro del hogar con Segurcaixa, que le abonó un total de 44 704,34 euros por los daños causados por el incendio.

## 3.- Conflicto jurídico

a) En el mes de marzo de 2014, Segurcaixa interpuso demanda contra Línea Directa ante un Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gasteiz con la pretensión de que se la condenase a abonarle un total de 44 704,34 euros más los intereses legales, por considerar que el siniestro había tenido su origen en un **«hecho de la circulación» cubierto por el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación del vehículo del Sr. X.**

b) El Juzgado desestimó la demanda al considerar que el incendio no podía ser calificado de **«hecho de la circulación»**, según define este concepto el Derecho español.

c) La Audiencia Provincial de Álava estimó el recurso de apelación presentado por Segurcaixa contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gasteiz y condenó a Línea Directa a abonar el importe solicitado por aquella.

d) Línea Directa interpuso recurso de

casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava ante el Tribunal Supremo.

e) El Tribunal Supremo planteo ante el TJUE una petición de decisión prejudicial que tuvo por objeto la interpretación del artículo 3 de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.

f) En concreto, tras mostrar las dudas razonables que plantea la inclusión del siniestro litigioso en la noción de “circulación de vehículos” del artículo 3 de la Directiva 2009/103/CE; el Tribunal Supremo español planteo las tres cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Se opone al artículo 3 de la [Directiva 2009/103] una interpretación que incluya en la cobertura del seguro obligatorio los daños causados por el incendio de un vehículo parado cuando el incendio tiene su origen en los mecanismos necesarios para desempeñar la función de transporte del vehículo?

2) Si la respuesta a la cuestión anterior es negativa, ¿se opone al artículo 3 de la [Directiva 2009/103] una interpretación que incluya en la cobertura del seguro obligatorio los daños causados por el incendio de un vehículo cuando el incendio no se pueda relacionar con un movimiento anterior, de modo que no pueda apreciarse que está conectado a un trayecto?

3) Si la respuesta a la segunda cuestión es negativa, ¿se opone al artículo 3 de la [Directiva 2009/103] una interpretación que incluya en la cobertura del seguro obligatorio los daños causados por el incendio de un vehículo cuando el vehículo se encuentra estacionado en un garaje privado cerrado?»

Según decimos, la petición de decisión prejudicial se presentó en el contexto del litigio antes descrito entre Línea Directa Aseguradora, S.A. y Segurcaixa, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, en relación con el reembolso de la indemnización que Segurcaixa abonó a la víctima de un incendio que se originó en el circuito eléctrico de un coche asegurado con Línea Directa.

## 4.- Jurisprudencia del TJUE

### 4.1.- Derecho interpretado

*“El TJUE interpreta nuevamente de manera amplia la noción de “circulación de vehículos” a los efectos de la cobertura del seguro de responsabilidad civil del automóvil para abarcar los vehículos estacionados en un garaje que se incendian: Sentencia del TJUE de 20 de junio de 2019”.*

El TJUE interpretó las disposiciones siguientes:

a) En cuanto al Derecho de la UE, la Sentencia cita y transcribe los arts.1.1, 3, 5 y 13.1.a) la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009; siendo esencial el art.3 cuyo primer párrafo dispone: *“Cada Estado miembro adoptará todas las medidas apropiadas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 5, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio sea cubierta mediante un seguro”*.

b) En lo que se refiere al Derecho español, la Sentencia del TJUE cita y transcribe dos preceptos: El art.1 de la Ley de seguro del automóvil en su versión aplicable al litigio

principal<sup>10</sup> y el art.2 del Reglamento del seguro obligatorio del automóvil<sup>11</sup>.

4.2. -Doctrina del TJUE: Razones para incluir -dentro de la noción de “circulación de vehículos” a los efectos de la cobertura del seguro de responsabilidad civil- al automóvil

10 En concreto, centra su atención en el apartado 1 que dice: *“El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación (...)”*.

11 En concreto, centra su atención en el apartado 1 que dice: *“A los efectos de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y de la cobertura del seguro obligatorio regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, urbanos o interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común”*.



## estacionado en un garaje que se incendia

Las razones para que el TJUE incluya dentro de la noción de “circulación de vehículos” a los efectos de la cobertura del seguro de responsabilidad civil del automóvil el siniestro acaecido a un vehículo estacionado en un garaje, que se incendia podemos exponerlas conforme al siguiente hilo argumental:

a) El punto de partida se ubica en las dos finalidades de política legislativa de la normativa europea en la materia que son:

a.1) Garantizar la libre circulación de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la UE. Así se recoge en los apartados 32 y 33 que dicen: *“32. Por lo que se refiere a la cuestión de si una situación como la del litigio principal está comprendida en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en el artículo 3, párrafo primero, de la citada Directiva, procede recordar que este concepto no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro, sino que constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe interpretarse, con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta, en particular, el contexto de esta disposición y los objetivos de la normativa de la que forma parte (sentencia de 20 de diciembre de 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, apartado 24). 33 Pues bien, la normativa de la Unión en materia de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos, de la que forma parte la Directiva 2009/103, tiene como objetivo, por un lado, garantizar la libre circulación tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión Europea como de los ocupantes de dichos vehículos y, por otro lado, garantizar que las víctimas de accidentes causados por estos vehículos reciban un trato comparable sea cual sea el lugar de la Unión en que haya ocurrido el accidente (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de diciembre de 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, apartados 25 y 26)”*.

a.2) Garantizar una protección equiparable de las víctimas de accidentes causados por estos vehículos. Finalidad recogida en el apartado 33 transcrito, en la que insisten los apartados 34 y 35 cuando dicen: *“34. Además, la evolución de esta normativa pone de manifiesto que el legislador de la Unión ha perseguido y reforzado de modo constante el objetivo de protección de las víctimas de accidentes*

*causados por estos vehículos (sentencia de 20 de diciembre de 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, apartado 27). 35 A la luz de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la citada disposición no se limita a las situaciones de circulación vial, es decir, de circulación por la vía pública, y que incluye cualquier utilización de un vehículo que sea conforme con su función habitual (sentencia de 20 de diciembre de 2017, Núñez Torreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, apartado 28)”*.

b) La Sentencia aísla las circunstancias fácticas relevantes que fueron:

b.1) En general, la Sentencia del TJUE de 20 de junio de 2019 recuerda, entre otras, las siguientes circunstancias fácticas relevantes de la jurisprudencia del TJUE: *“37. A este respecto, es preciso señalar, por un lado, que el hecho de que el vehículo que haya intervenido en un accidente estuviera inmovilizado en el momento en que se produjo no excluye, por sí solo, que el uso del vehículo en ese momento pueda estar comprendido en su función de medio de transporte y, en consecuencia en el concepto de «circulación de vehículos», a efectos del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de noviembre de 2018, BTA Baltic Insurance Company, C-648/17, EU:C:2018:917, apartado 38 y jurisprudencia citada). 38 Tampoco es determinante que el motor del vehículo en cuestión estuviera o no en marcha en el momento de producirse el accidente (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de noviembre de 2018, BTA Baltic Insurance Company, C-648/17, EU:C:2018:917, apartado 39 y jurisprudencia citada)”*.

b.2) En particular, se constatan las siguientes circunstancias fácticas relevantes del caso examinado: *“43. En el caso de autos, procede señalar que el estacionamiento del vehículo en un garaje privado constituye una utilización de este conforme a su función de medio de transporte. 44. El hecho de que el vehículo llevase más de 24 horas estacionado en el garaje no desvirtúa esta conclusión. En efecto, el estacionamiento de un vehículo presupone su inmovilización, en ocasiones durante un período prolongado, hasta el siguiente desplazamiento. 45. Por lo que respecta a la circunstancia de que el siniestro objeto del litigio principal fue resultado de un*

*incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo, debe considerarse que, puesto que el vehículo causante del siniestro encaja en la definición de «vehículo» recogida en el artículo 1, punto 1, de la Directiva 2009/103, no procede identificar cuál de las piezas del vehículo fue la que provocó el hecho dañoso ni determinar las funciones que esta pieza desempeña.”*

c) De tal manera que el razonamiento expuesto conduce a la Sala Segunda del TJUE a declarar: *“El artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en esta disposición una situación, como la del litigio principal, en la que un vehículo estacionado en un garaje privado de un inmueble y utilizado conforme a su función de medio de transporte comenzó a arder, provocando un incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo y causando daños en el inmueble, aun cuando el vehículo llevara más de 24 horas parado en el momento en que se produjo el incendio”.*

### III.- LA AMPLITUD DE LA OBLIGACIÓN DE SUSCRIBIR UN SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AUTOMÓVIL

#### A) LA SENTENCIA DEL TJUE DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2018

1.- Contexto: La obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil del automóvil en el Derecho español

El artículo 2 de la Ley de seguro del automóvil al tratar “De la obligación de asegurarse”, obliga a suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular, a todo propietario de vehículos a motor que tenga su estacionamiento habitual en España<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Diciendo: *“Todo propietario de vehículos a motor que tenga su estacionamiento habitual en España estará obligado a suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular, que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 1. No obstante, el propietario quedará relevado de tal obligación cuando el seguro sea concertado por cualquier persona que tenga interés en el aseguramiento, quien deberá expresar el concepto en que contrata”.*

#### 2.- La Sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2018. Identificación

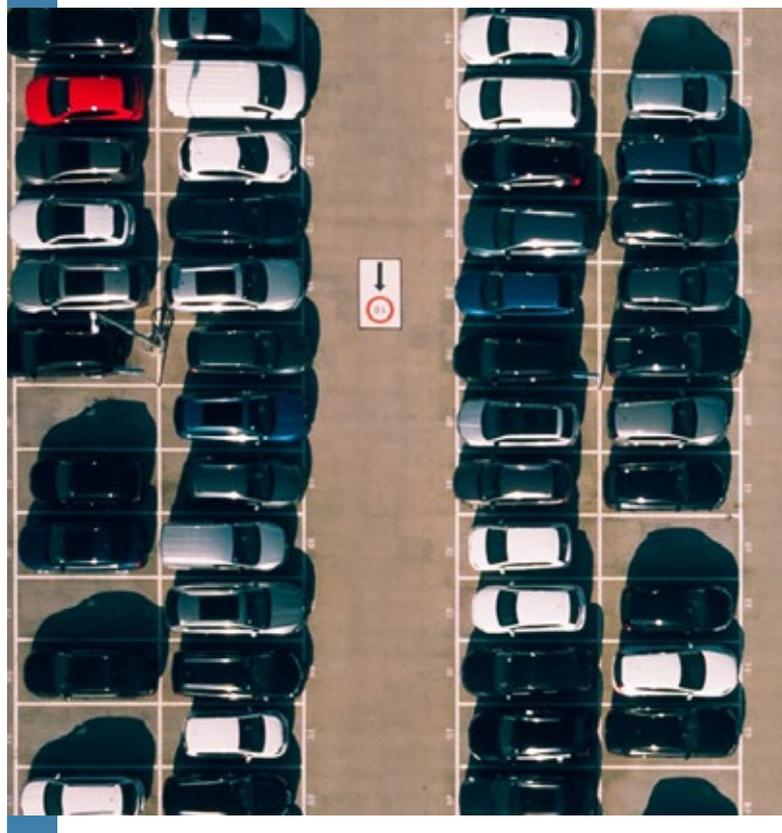
La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se dictó por la Gran Sala el 4 de septiembre 2018, en el Caso Fondo de Garantía Automóvil contra A. A. D. P. M. J.y otros<sup>13</sup>.

#### 3.- Supuesto de hecho

a) La Sra. X, propietaria de un vehículo automóvil matriculado en Portugal, había dejado de conducir dicho vehículo debido a problemas de salud y lo había estacionado en el patio de su casa, sin iniciar los trámites para su retirada oficial de la circulación.

b) El 19 de noviembre de 2006, este vehículo, conducido por el hijo de la Sra. X, quien había tomado posesión de él sin la autorización de su madre y sin su conocimiento, se salió de la carretera, lo que provocó el fallecimiento del conductor y de otras dos personas, que viajaban en dicho vehículo como pasajeros.

<sup>13</sup> TJCE 2018\194. Ver la entrada de nuestro blog de 19.12.2018 titulada: *“El TJUE interpreta de manera amplia la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil del automóvil para vehículos estacionados permanentemente, pero aptos para circular: Sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2018”.*



c) La Sra. X no tenía suscrito en esa fecha un seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación del vehículo.

#### 4.- Conflicto jurídico

a) Tras haber indemnizado a los derechohabientes de los pasajeros de dicho vehículo por los daños resultantes del accidente en cuestión, el Fondo de Garantía Automóvil demandó a la Sra. X y a la Sra. Y, hija del conductor, solicitando el reembolso de un importe de 437 345,85 euros.

b) La Sra. X alegó en su defensa que no era responsable del siniestro y que -en la medida en que había estacionado su vehículo en el patio de su casa y no tenía intención de ponerlo en circulación- no estaba obligada a suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de dicho vehículo.

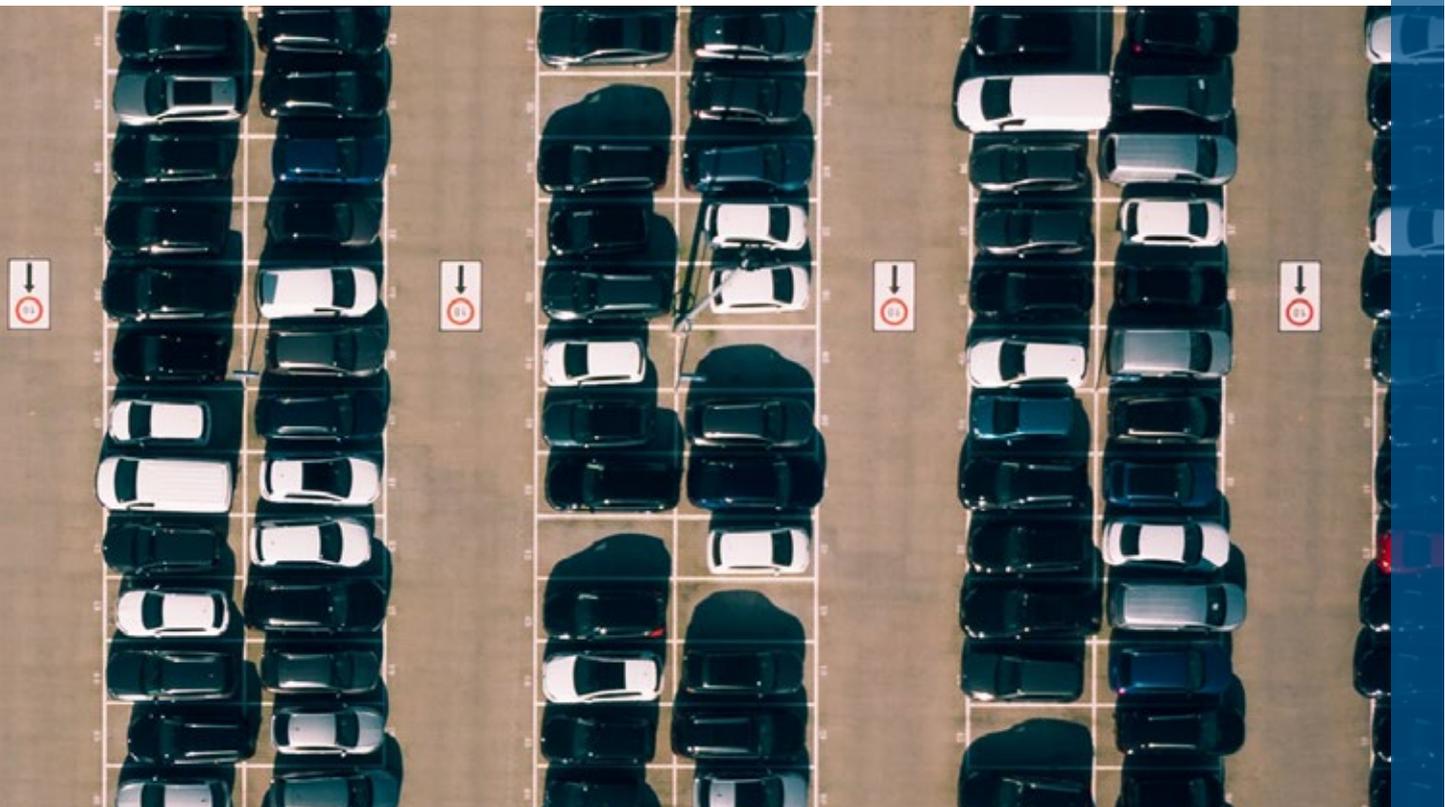
c) El tribunal de primera instancia estimó parcialmente el recurso interpuesto por el Fondo, al considerar que el hecho de que la propietaria del vehículo no deseara ponerlo en circulación y de que el accidente hubiera ocurrido sin que pudiera imputársele la responsabilidad del siniestro no excluía la obligación de suscribir un contrato que

asegurara la responsabilidad civil que resulta de la circulación de dicho vehículo. Y ello porque la finalidad esencial de este seguro consiste en garantizar el abono de indemnizaciones a las víctimas de un accidente de circulación, como lo demuestra el hecho de que así sea incluso en caso de robo del vehículo.

d) La Sra. X interpuso recurso de apelación contra la sentencia del tribunal de primera instancia ante el tribunal de segunda instancia (Tribunal da Relação) y este concluyó diciendo que no existía obligación de suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación del vehículo de que se trata y que la Sra. X no era responsable de la omisión de mantener vigente el seguro no de las consecuencias de dicha omisión. Por lo que anuló la sentencia de primera instancia y desestimó el recurso interpuesto por el Fondo.

e) El Fondo interpuso recurso de casación ante el Supremo Tribunal de Justiça de Portugal alegando que existen riesgos propios de los vehículos que implican la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil respecto de ellos, incluso aunque no estén en circulación

d) El Supremo Tribunal de Justiça señala



que el recurso de casación del que conoce suscita la cuestión de si la obligación del propietario de un vehículo de suscribir un contrato de seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de su vehículo se desprende del mero hecho de que es titular del derecho de propiedad sobre este vehículo o si dicha obligación no existe cuando el vehículo, por decisión del propietario, se inmoviliza fuera de la vía pública.

**5.- Doctrina del TJUE: razones para considerar que resulta obligatorio suscribir un seguro de responsabilidad civil del automóvil cuando el vehículo se encuentra estacionado en un terreno privado por la mera decisión de su propietario, que ya no tiene intención de conducirlo**

a) Sobre la primera cuestión prejudicial

a.1) Mediante su primera cuestión prejudicial, el Supremo Tribunal de Justicia desea saber si el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que es obligatorio suscribir un contrato de seguro de la responsabilidad civil relativa a la circulación de un vehículo automóvil cuando el vehículo de que se trate se encuentra estacionado en un terreno privado por la mera decisión de su propietario, que ya no tiene intención de conducirlo.

a.2) Y el TJUE declara al respecto: *“El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE (LCEur 1972, 50) del Consejo, de 24 de abril de 1972, Primera Directiva (LCEur 1972, 50) relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, en su versión modificada por la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, debe interpretarse en el sentido de que es obligatorio suscribir un contrato de seguro de la responsabilidad civil relativa a la circulación de un vehículo automóvil cuando el vehículo sigue estando matriculado en un Estado miembro y es apto para circular, pero se encuentra estacionado en un terreno privado por la mera decisión de su propietario, que ya no tiene intención de conducirlo”.*

b) Sobre la segunda cuestión prejudicial

b.1) Mediante su segunda cuestión prejudicial, el Supremo Tribunal de Justicia

remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 4, de la Segunda Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que establece que el organismo previsto en esta disposición puede interponer recurso contra la persona que estaba sujeta a la obligación de suscribir un seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación del vehículo que haya causado los daños cubiertos por este organismo, pero no había suscrito ningún contrato a tal efecto, aun cuando dicha persona no sea civilmente responsable del accidente en el que tales daños se han producido.

b.2) Y el TJUE declara al respecto: *“El artículo 1, apartado 4, de la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, en su versión modificada por la Directiva 2005/14, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que establece que el organismo previsto en esa disposición tiene derecho a interponer recurso, además de contra el responsable o los responsables del accidente, contra la persona que estaba sujeta a la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación del vehículo que haya causado los daños indemnizados por este organismo, pero no había suscrito ningún contrato a tal efecto, aun cuando dicha persona no sea civilmente responsable del accidente en el que tales daños se produzcan”.*

## B) LA SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2021

### 1.- Identificación

La Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021 (asunto C-383/19, Powiat Ostrowski/Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny) insiste en la interpretación amplia y omnicomprendiva del seguro de responsabilidad civil del automóvil, empezando por la propia obligación de asegurar. De tal modo que mantiene esta obligación de asegurar en una hipótesis que, en principio, podría considerarse excluida, como es la de un vehículo que se encuentre en un terreno privado, no sea apto para circular debido a su estado técnico y va a ser desguazado como consecuencia de la decisión de su propietario<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Ver la entrada de nuestro blog de 8 de junio de 2021 titulada: *“La obligación de asegurar un vehículo matriculado en un Estado miembro de la UE: Interpretación am-*

Ahora, nos encontramos con la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021 que realiza lo que -en metáfora musical- podríamos calificar de “variación sobre un mismo tema” porque también interpreta ampliamente no ya la noción de “circulación de vehículos” para garantizar la cobertura de determinados siniestros; sino la misma obligación de asegurar un vehículo mediante un seguro de responsabilidad civil del automóvil. Hablamos de un mismo tema que reside en la finalidad de protección de las víctimas de accidentes de circulación.

En este caso, el TJUE dice que la suscripción de un contrato de seguro de la responsabilidad civil relativa a la circulación de un vehículo automóvil es obligatoria cuando el vehículo en cuestión está matriculado en un Estado miembro y no ha sido legalmente retirado de la circulación y que no cabe excluir tal obligación por el mero hecho de que un vehículo matriculado no sea apto, en un momento dado, para circular debido a su estado técnico. (Ver TJUE, Comunicado de prensa n.º 71/21, Luxemburgo, 29 de abril de 2021, Sentencia en el asunto C-383/19, Powiat Ostrowski/Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny).

## 2.- Supuesto de hecho

a) El 7 de febrero de 2018, el Distrito de Ostrów en Polonia (Powiat Ostrowski) entidad territorial polaca, se convirtió en propietaria, en virtud de una resolución judicial de decomiso, de un vehículo matriculado en Polonia.

b) El 23 de abril de 2018, tras la notificación de dicha resolución el 20 de abril de 2018, el Distrito aseguró el vehículo a partir del siguiente día de apertura de la Administración.

c) El 22 de junio de 2018. el vehículo fue dado de baja, habida cuenta de que, a resultas de su estado técnico, el Powiat Ostrowski ordenó que el vehículo fuera enviado al desguace y obre la base del certificado emitido por el establecimiento de desguace.

## 3.- Conflicto jurídico

a) El 10 de julio de 2018, el Fondo de Garantía del Sector de Seguros de Polonia (Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny) impuso al el Distrito de Ostrów una multa de 4 200 eslotis polacos (PLN) (aproximadamente 933 euros), por haber incumplido su obligación de suscribir un contrato de seguro de la

responsabilidad civil derivada de la circulación de dicho vehículo durante el período comprendido entre el 7 de febrero y el 22 de abril de 2018.

b) El Distrito de Ostrów interpuso un recurso ante el Tribunal de Distrito de Ostrów Wielkopolski (Sąd Rejonowy w Ostrowie Wielkopolskim), con el fin de que se declarara que, durante el período controvertido, no estaba obligado a asegurar el vehículo.

c) El Tribunal de Distrito de Ostrów Wielkopolski preguntó al Tribunal de Justicia de la UE acerca de la existencia de una obligación de suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil -establecida en el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO 2009, L 263, p. 11)- para un vehículo matriculado en un Estado miembro, que se encuentra en un terreno privado, que no es apto para circular debido a su estado técnico y que va a ser desguazado como consecuencia de la decisión de su propietario.

**4.- Doctrina jurisprudencial del TJUE: razones para considerar que resulta obligatorio mantener suscrito un seguro de responsabilidad civil del automóvil cuando el vehículo en cuestión permanece matriculado en un Estado miembro, siempre que no haya sido retirado legalmente de la circulación con arreglo a la normativa nacional aplicable**

En su Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021 (asunto C-383/19, Powiat Ostrowski/Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny) el TJUE declara que la suscripción de un contrato de seguro de la responsabilidad civil relativa a la circulación de un vehículo automóvil es obligatoria cuando el vehículo en cuestión está matriculado en un Estado miembro, siempre que dicho vehículo no haya sido legalmente retirado de la circulación con arreglo a la normativa nacional aplicable.

Y para llegar a esta interpretación amplia y omnicompreensiva de la obligación de suscribir el seguro de responsabilidad civil del automóvil el TJUE razona reduciendo a una hipótesis la exoneración de celebrar el contrato de seguro fácil y unívocamente verificable en el ámbito administrativo (que vehículo haya sido legalmente retirado de la

*plia del TJUE en su Sentencia de 29 de abril de 2021”.*

circulación con arreglo a la normativa nacional aplicable) y excluyendo las situaciones fácticas que se alegan para justificar la inexistencia de tal obligación conforme al siguiente hilo argumental que podemos resumir en los tres enunciados siguientes:

#### 4.1.- El concepto objetivo de “vehículo” en la Directiva 2009/103

El punto lógico de partida reside en reconocer el carácter objetivo del concepto básico de “vehículo” en la Directiva 2009/103. De tal manera que este concepto opera con independencia de factores funcionales (el uso que se haga o pueda hacerse del vehículo en cuestión) y subjetivos (la intención del propietario o de cualquier otra persona de utilizarlo efectivamente).

Por ello, la obligación de suscribir el seguro de responsabilidad civil del automóvil opera con independencia del estado técnico de un vehículo porque puede variar a lo largo del tiempo ya que su eventual restablecimiento depende de factores subjetivos, como la voluntad de su propietario o de su poseedor de efectuar las reparaciones necesarias y la disponibilidad del presupuesto necesario

para ello. Por consiguiente, si el mero hecho de que, en un momento dado, un vehículo no fuese apto para circular bastara para privarle de su condición de vehículo y bastase así para que no estuviera sujeto a la obligación de aseguramiento, se cuestionaría el carácter objetivo de este concepto de vehículo. Además, el TJUE declara que la obligación de aseguramiento no está vinculada a la utilización del vehículo como medio de transporte en un momento dado ni a la cuestión de si el vehículo de que se trata ha causado daños.

De lo anterior el TJUE infiera que existen determinadas circunstancias que pueden afectar a un vehículo que no excluyen la obligación de aseguramiento porque la calificación de vehículo y el alcance de la obligación de aseguramiento no pueden depender de factores subjetivos, pues ello menoscabaría la previsibilidad, la estabilidad y la continuidad de esta obligación, cuyo respeto es necesario para garantizar la seguridad jurídica. Entre tales circunstancias ellas, cabe citar:

a) El mero hecho de que un vehículo matriculado no sea apto para circular en un momento dado debido a su estado técnico y, por lo tanto, no sea capaz de causar daños,



aunque sea así desde el momento de la transmisión de la propiedad.

b) La intención del propietario o de otra persona de destruir el vehículo que no permite, por sí misma, considerar que este ha perdido su condición de «vehículo» y, por tanto, escapa a la obligación de aseguramiento.

#### 4.2.- La finalidad de protección de las víctimas de accidentes de circulación

Sentada la noción objetiva del vehículo, el TJUE avanza en su razonamiento identificando la finalidad de política legislativa que informa la Directiva 2009/103 que reside en la protección de las víctimas de accidentes de circulación. Y aplica tal finalidad con una eficacia doble:

a) Eficacia directa porque la intervención del organismo de indemnización de los daños materiales o corporales causados por un vehículo no asegurado solo está prevista en los casos en los que la suscripción del seguro es obligatoria. En efecto, dicha interpretación garantiza que las víctimas sean indemnizadas en todo caso, bien por el asegurador, en virtud de un contrato suscrito a tal fin, bien por el organismo de indemnización en el caso en que el vehículo implicado en el accidente no estuviese asegurado o no haya sido identificado.

b) Eficacia colateral directa porque permite asegurar del mejor modo posible el respeto del objetivo de garantizar la libre circulación tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en territorio de la Unión como de las personas a bordo de ellos. En efecto, solo mediante la protección reforzada de las posibles víctimas de accidentes causados por vehículos automóviles es posible pedir a los Estados miembros que se abstengan de realizar sistemáticamente un control del seguro de responsabilidad de los vehículos que entren en su territorio desde el territorio de otro Estado miembro, lo que es esencial para garantizar esta libre circulación.

#### 4.3.- La exclusión de la obligación de aseguramiento únicamente para el caso de que el vehículo haya sido retirado oficialmente de la circulación

Y la conclusión del razonamiento del TJUE de la amplitud de la obligación de aseguramiento basada en razones objetivas lleva -en pura coherencia lógica jurídica- a restringir la exclusión de dicha obligación de aseguramiento para el caso -objetivamente verificable- de que el vehículo haya sido retirado

oficialmente de la circulación, de conformidad con la normativa nacional aplicable. Ello es así porque, si bien la matriculación de un vehículo acredita, en principio, su aptitud para circular y, de este modo, ser utilizado como medio de transporte; un vehículo matriculado puede ser, de manera objetiva, no apto definitivamente para circular debido a su mal estado técnico. Pero la constatación de esa falta de aptitud para circular y la de la pérdida de su condición de vehículo deben efectuarse de manera objetiva. A este respecto, si bien la baja en la matriculación del vehículo puede constituir tal constatación objetiva, el Derecho de la Unión no regula el modo en que tal vehículo puede ser legalmente retirado de la circulación. Por lo tanto, esta retirada puede, según la normativa nacional aplicable, comprobarse de una manera distinta de la baja en la matriculación del vehículo de que se trate.

### C) LA SENTENCIA DEL TJUE DE 10 DE JUNIO DE 2021

#### 1.- Identificación

La Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de junio de 2021 (asunto C-923/19, Van Ameyde España, S. A. y GES, Seguros y Reaseguros, S. A.) declara la posible exclusión de los daños causados al semirremolque de un camión-tractor del ámbito de la cobertura del seguro obligatorio de la responsabilidad civil de vehículos. Y hace esta declaración al resolver una cuestión prejudicial sobre el seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles regulado en la Directiva 2009/103/CE que afecta al concepto de “vehículo” y a la obligación de cobertura de los daños materiales en un caso de un accidente de tráfico en el que está implicado un vehículo articulado cuyos elementos son objeto de seguros obligatorios distintos. Llegando a la conclusión quede que es posible que la normativa nacional excluya de la cobertura de los daños materiales cubiertos por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil los causados al semirremolque por la cabeza tractora a la que estaba enganchado cuando se produjo ese accidente que resulta de la circulación del camión-tractor<sup>15</sup>.

La circunstancia de que esta Sentencia haya tenido por objeto una petición de decisión

<sup>15</sup> Ver la entrada de nuestro blog de 14 de junio de 2021 titulada “La divisibilidad de los vehículos y sus consecuencias en el seguro obligatorio de la responsabilidad civil del automóvil: Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021”.

prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo Español, mediante auto de 28 de noviembre de 2019, recibido en el Tribunal de Justicia el 17 de diciembre de 2019, en el procedimiento entre Van Ameyde España, S. A. y GES, Seguros y Reaseguros, S. A. hace que tenga una particular importancia práctica de la cuestión para el mercado asegurador español, lo que nos invita a un comentario sintético aplicando nuestro método habitual y siguiendo la senda que recorrimos, por última vez, en la entrada de este blog del pasado día 8 del mes en curso sobre "La obligación de asegurar un vehículo matriculado en un Estado miembro de la UE: Interpretación amplia del TUUE en su Sentencia de 29 de abril de 2021".

## 2.- Supuesto de hecho

a) El 3 de abril de 2014 se produjo un accidente de tráfico en el que se vio implicado un vehículo articulado formado por un camión-tractor y un semirremolque y a raíz del cual sufrió daños el semirremolque. Ha quedado acreditado que el accidente se debió a la negligencia del conductor del camión-tractor y que los daños causados al semirremolque son imputables exclusivamente a aquel.

b) El camión-tractor era propiedad de Doctrans Transportes Rodoviaros de Mercadería Lda, sociedad portuguesa, y la responsabilidad civil obligatoria derivada de su circulación estaba asegurada por la sociedad Açoreana, también portuguesa, representada en España por Van Ameyde.

c) El semirremolque pertenecía a Caixarenting, S. A. U., que lo había arrendado en régimen de arrendamiento financiero a Primafrío, S. L. Esta última había suscrito -para la cobertura de los daños materiales sufridos por el semirremolque- una póliza de seguro con GES Seguros, habiéndose suscrito el seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación del semirremolque con Seguros Bilbao, S. A., que no ha sido parte en el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente.

## 3.- Conflicto jurídico

a) Al haber abonado GES Seguros a Primafrío la cantidad de 34 977,33 euros en concepto de indemnización por los daños causados al semirremolque, aquella interpuso el 13 de marzo de 2015 ante el Juzgado de

Primera Instancia n.º 1 de La Palma del Condado una demanda por la que solicitaba que se condenara a Van Ameyde al pago, en concepto de indemnización, de dicha cantidad, más los intereses legales. En apoyo de su demanda, GES Seguros alegaba en particular que, conforme a la normativa vigente cuando ocurrieron los hechos del litigio principal, el camión-tractor y el semirremolque eran vehículos independientes, pertenecientes a propietarios distintos y cada uno cubierto por un seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de su circulación. Por ello, no podía considerarse que el semirremolque fuera la carga de la cabeza tractora ni una cosa transportada por esta, en el sentido del artículo 5.2 de la Ley sobre el seguro de vehículos automóviles. Por consiguiente, según GES Seguros, la exclusión de la cobertura del seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, prevista en dicha disposición, no era aplicable.

b) La demanda fue desestimada mediante Sentencia de 14 de julio de 2016, por entenderse que el semirremolque debía considerarse una carga o una cosa transportada por el camión-tractor.

c) GES Seguros interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Huelva, que lo estimó por Sentencia de 22 de diciembre de 2016. La Audiencia Provincial consideró que la exclusión de la cobertura del seguro obligatorio prevista en el artículo 5, apartado 2, de la Ley sobre el seguro de vehículos automóviles respecto a los daños materiales causados a las cosas transportadas en el vehículo asegurado no era aplicable. Por consiguiente, los daños causados al semirremolque sí estaban cubiertos por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación del camión-tractor. A juicio de dicho órgano jurisdiccional, no podía considerarse que el semirremolque fuera la carga del camión-tractor puesto que, en particular, tal exclusión no hacereferencia a los daños causados a las cosas transportadas «por» el vehículo asegurado, sino a las cosas transportadas «en» el vehículo asegurado.

d) Van Ameyde interpuso recurso de casación contra la citada Sentencia de 22 de diciembre de 2016 ante el Tribunal Supremo, alegando que, con arreglo al mencionado artículo 5., los daños causados al semirremolque están excluidos de la cobertura del seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación del camión-tractor. A este respecto, Van Ameyde sostiene concretamente

que, cuando se produjo el accidente, el camión-tractor y el semirremolque formaban una «unidad funcional».

e) La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “¿Se opone al artículo 3, párrafo último, de la [Directiva 2009/103], en relación con el artículo 1 de la misma Directiva, una interpretación de la normativa nacional (artículo 5, apartado 2, de la [Ley sobre el seguro de vehículos automóviles]) que, en casos como los del litigio principal, considera que los daños del semirremolque están excluidos de la cobertura del seguro obligatorio del camión-tractor o cabeza tractora por equiparar el semirremolque a las cosas transportadas en el camión-tractor o cabeza tractora, o incluso por considerar que a los efectos de los daños materiales el semirremolque forma un solo vehículo con el camión-tractor o cabeza tractora?”

Las incertidumbres interpretativas del Derecho de la UE que llevan a la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo -en cuanto órgano jurisdiccional remitente- a plantear la cuestión ñueden sintetizarse del siguiente modo, atendiendo al texto de la Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021:

e.1) Aunque el camión-tractor y el semirremolque son vehículos independientes, sujetos por separado, como tales, a la obligación de seguro; la Directiva 2009/103 no contiene ninguna disposición expresa relativa a la forma en que debe determinarse la responsabilidad, ni frente a terceros ni entre sí, en caso de accidente en el que esté implicado un vehículo articulado, compuesto por estos dos elementos.

e.2) No obstante, según su propia jurisprudencia, la responsabilidad de los distintos elementos de un vehículo articulado frente a terceros perjudicados es solidaria y el artículo 19, apartado 2, del Reglamento del seguro obligatorio de vehículos automóviles regula el reparto interno de responsabilidades.

e.3) Sin embargo, esta **última** disposición no determina cómo deben repartirse la responsabilidad los aseguradores de los distintos vehículos que conforman un vehículo articulado cuando, como sucede en el asunto del que conoce, los daños sufridos por uno de ellos sean exclusivamente imputables al otro.

e.4) Concluye que dicha disposición no

permite responder a la cuestión de si los daños materiales causados al semirremolque deben estar cubiertos por el seguro obligatorio de responsabilidad civil de la cabeza tractora.

e.5) Añade que las interpretaciones opuestas del artículo 5, apartado 2, de la Ley sobre el seguro de vehículos automóviles, efectuadas en casos como este en primera instancia y en apelación, se encuentran también en la jurisprudencia de las audiencias provinciales.

e.6) Concluye que, como debe resolver este conflicto, se pregunta si la interpretación de esa disposición en el sentido de que excluye de la cobertura del seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de un camión-tractor los daños causados al semirremolque que lleva enganchado en casos como los pendientes ante él, por considerarse que el semirremolque es equiparable a la carga del camión-tractor o a las cosas transportadas por este, o incluso por considerarse que el camión-tractor y el semirremolque forman un solo vehículo cuyos respectivos seguros obligatorios cubrirían únicamente los daños materiales causados a terceros distintos de los propietarios de uno y otro vehículo, menoscaba o disminuye la cobertura de los daños materiales por el seguro obligatorio de vehículos automóviles que prevé el artículo 3, párrafo último, de la Directiva 2009/103, en relación con su artículo 1.

## 4.- Doctrina del TJUE

### 4.1.- Derecho interpretado

Podemos destacar dos bases normativas esenciales de la Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021 que son:

a) En cuanto al Derecho de la UE, dos preceptos de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO 2009, L 263, p. 11) que son: El artículo 3, titulado “Obligación de asegurar los vehículos automóviles”<sup>16</sup> en relación con el artículo 1 que

<sup>16</sup> Que dispone lo siguiente: “Cada Estado miembro adoptará todas las medidas apropiadas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 5, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio, sea cubierta mediante un seguro. Los daños que se cubran, así como las

contiene las siguientes definiciones relevantes para el caso: “1) vehículo”<sup>17</sup> y “2) perjudicado”<sup>18</sup>.

b) En cuanto al Derecho español, el artículo 5.2 de la Ley sobre el seguro del automóvil, sobre el “ámbito material y exclusiones”, en su versión aplicable al litigio principal<sup>19</sup>.

#### 4.2.- La divisibilidad de los vehículos y sus consecuencias en la cobertura diferenciada de los daños causados en el seguro obligatorio de la responsabilidad civil del automóvil

Partiendo de estas bases, el TJUE en su Sentencia e 10 de junio de 2021 declara: *“El artículo 3, párrafos primero, segundo y último, de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, en relación con su artículo 1, puntos 1 y 2, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una interpretación de la normativa nacional que excluye de la cobertura y, por tanto, de la indemnización, por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de un camión-tractor, los daños materiales causados por este al semirremolque enganchado a él cuando tuvo lugar el accidente”*.

Y, para llegar a esta interpretación flexible de las facultades normativas de adaptación de la Directiva 2009/103/CE por los Estados miembros en aspectos básicos de la responsabilidad civil del automóvil; el TJUE razona siguiendo un hilo argumental que comparte ciertos pasos con Sentencias precedentes y que podemos resumir en los enunciados siguientes:

*modalidades de dicho seguro, se determinarán en el marco de las medidas contempladas en el párrafo primero. [...] El seguro contemplado en el párrafo primero cubrirá obligatoriamente los daños materiales y corporales”*.

17 Como *“todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea, así como los remolques, incluso no enganchados”*.

18 Como *“toda persona que tiene derecho a la reparación del daño causado por un vehículo ...”*.

19 Que precisa lo siguiente: *“La cobertura del seguro de suscripción obligatoria tampoco alcanzará a los daños en los bienes sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas ni por los bienes de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario o el conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores”*.

#### 4.2.1.- El concepto de “vehículo” en la Directiva 2009/103

El punto lógico de partida reside el concepto de «vehículo» diciendo al respecto los apartados 27 y 28 de la Sentencia: “27. El concepto de «vehículo» se define en el artículo 1, punto 1, de la Directiva 2009/103 como «todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea, así como los remolques, incluso no enganchados. 28. Del tenor literal de estas disposiciones se desprende sin ambigüedad que tanto un camión-tractor como un remolque, o un semirremolque, constituyen, individualmente considerados, un «vehículo», en el sentido de dicha disposición, y deben, por consiguiente, y sin perjuicio del ejercicio por el Estado miembro de su estacionamiento habitual de la facultad de establecer excepciones prevista en el artículo 5 de la referida Directiva, ser objeto cada uno de un contrato suscrito con una compañía de seguros con el fin de garantizar, dentro de los límites definidos por el Derecho de la Unión, la responsabilidad civil que resulta de su circulación”.

#### 4.2.2.- Las finalidades de la Directiva 2009/103: la libre circulación de vehículos y la protección de las víctimas de accidentes de circulación

Sentada la noción objetiva del vehículo, el TJUE avanza en su razonamiento identificando las finalidades de política legislativa que informan la Directiva 2009/103 diciendo al respecto el apartado 34 de la Sentencia: “34. Por consiguiente, procede recordar en segundo lugar que los considerandos de la Directiva 2009/103 ponen de manifiesto que esta, al igual que las directivas relativas al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles que la precedieron, tiene por objeto, por una parte, garantizar la libre circulación tanto de los vehículos automóviles con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión como de los ocupantes de dichos vehículos y, por otra parte, garantizar que las víctimas de accidentes causados por estos vehículos automóviles reciban un trato comparable, sea cual fuere el lugar de la Unión en que haya ocurrido el accidente (sentencias de 24 de octubre de 2013, Drozdovs, C-277/12, EU:C:2013:685, apartado 28 y jurisprudencia citada, y de 14 de septiembre de 2017, Delgado Mendes, C-503/16, EU:C:2017:681, apartado 35)”.

#### 4.2.3.- Límites a la vocación armonizadora de la Directiva 2009/103 y márgenes normativos de los Estados miembros

El TJUE va precisando su razonamiento al decir, en los apartados 36, 37 y 38 de la Sentencia: “36. No obstante, la obligación de cobertura por el seguro de responsabilidad civil de los daños causados a los terceros por la circulación de vehículos automóviles es distinta del alcance de la indemnización de estos daños en virtud de la responsabilidad civil del asegurado. En efecto, mientras que la primera está garantizada y definida por la normativa de la Unión, la segunda se rige, fundamentalmente, por el Derecho nacional (sentencias de 24 de octubre de 2013, Drozdovs, C-277/12, EU:C:2013:685, apartado 30 y jurisprudencia citada, y de 14 de septiembre de 2017, Delgado Mendes, C-503/16, EU:C:2017:681, apartado 46). 37. En efecto, del objeto de la Directiva 2009/103 y de su tenor literal se desprende que la finalidad de esta, lo mismo que sucede con las directivas que codifica, no es armonizar los regímenes de responsabilidad civil de los Estados miembros y que, en el estado actual del Derecho de la Unión, estos tienen libertad para definir el régimen de responsabilidad civil aplicable a los siniestros derivados de la circulación de vehículos automóviles (sentencias de 24 de octubre de 2013, Drozdovs, C-277/12, EU:C:2013:685, apartado 31 y jurisprudencia citada, y de 14 de septiembre de 2017, Delgado Mendes, C-503/16, EU:C:2017:681, apartado 47). 38. En consecuencia, y a la luz en particular del artículo 1, punto 2, de la Directiva 2009/103, en el estado actual del Derecho de la Unión, en principio los Estados miembros tienen libertad para definir, en el marco de sus sistemas de responsabilidad civil, en particular, los daños causados por vehículos automóviles que deben repararse, el alcance de la indemnización de dichos daños y las personas que tienen derecho a dicha indemnización (sentencias de 24 de octubre de 2013, Drozdovs, C-277/12, EU:C:2013:685, apartado 32, y de 23 de enero de 2014, Petillo, C-371/12, EU:C:2014:26, apartado 30)”.

#### 4.2.4.- Los límites externos de los Estados miembros: la cobertura mínima del seguro obligatorio y el “efecto útil” de las disposiciones

El TJUE completa su razonamiento identificando dos **límites externos** que deben respetar los Estados miembros al promulgar sus normativas nacionales que incorporen los mandatos armonizadores de la Directiva 2009/103 que son:

a) La cobertura mínima del seguro obligatorio

Diciendo al respecto el apartado 41 de la Sentencia: “En lo relativo a la cobertura por el seguro obligatorio de los daños causados por los vehículos automóviles que deben repararse según el Derecho nacional en materia de responsabilidad civil, procede señalar que, si bien es cierto que el artículo 3, párrafo segundo, de la Directiva 2009/103 deja a los Estados miembros libertad para determinar los daños cubiertos y las modalidades del seguro obligatorio, dicha Directiva restringe esta libertad en la medida en que hace obligatoria la cobertura de ciertos daños por unos importes mínimos determinados. Entre estos daños cuya cobertura es obligatoria figuran, en particular, los «daños materiales», como precisa el artículo 3, párrafo último, de la Directiva 2009/103 (véase, por analogía, la sentencia de 24 de octubre de 2013, Drozdovs, C-277/12, EU:C:2013:685, apartados 34 y 37).

b) El “efecto útil” de las disposiciones

Diciendo al respecto los apartados 44 y 45 de la Sentencia: “44. Además, aunque es verdad que el Tribunal de Justicia ha considerado en reiteradas ocasiones que, a fin de garantizar el efecto útil de las disposiciones del Derecho de la Unión relativas al seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos automóviles, estas disposiciones debían interpretarse en el sentido de que se oponían a las normativas nacionales que menoscababan ese efecto útil, por cuanto, al excluir de oficio o al limitar de manera desproporcionada el derecho de la víctima a obtener una indemnización por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, comprometían la realización del objetivo de protección de las víctimas de accidentes de tráfico, constantemente perseguido y reforzado por el legislador de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de septiembre de 2017, Delgado Mendes, C-503/16, EU:C:2017:681, apartados 38 y 49 y jurisprudencia citada), no sucede así con una interpretación de una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal. 45. En efecto, el propietario o el poseedor de un semirremolque dañado en circunstancias como las del litigio principal no puede ni asimilarse a esas personas que el legislador de la Unión considera especialmente vulnerables ni equipararse a las víctimas que justificaron tales interpretaciones del Derecho de la Unión”.

#### IV.- CONCLUSIONES

**Primera:** En general, destaca la amplitud de las interpretaciones del TJUE sobre los elementos del seguro de responsabilidad civil del automóvil motivada por dos finalidades esenciales: Primero, otorgar la máxima protección a las víctimas y los perjudicados por accidentes de automóvil y sus herederos. Segundo, facilitar la libre circulación de vehículos en el seno de la UE.

**Segunda:** La Directiva 2009/103 establece dos límites externos que deben respetar los Estados miembros al promulgar sus normativas nacionales que incorporen los mandatos armonizadores: la cobertura mínima del seguro obligatorio y el “efecto útil” de tales disposiciones.

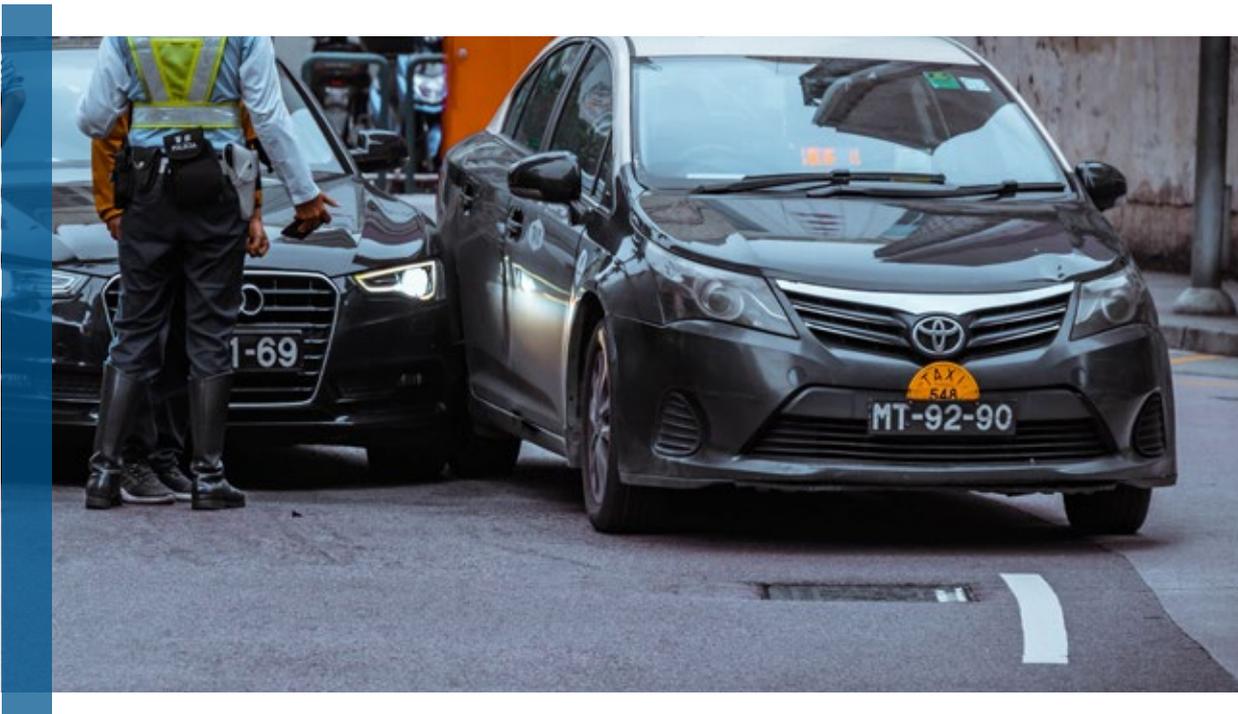
**Tercera:** La jurisprudencia del TJUE parte del carácter objetivo del concepto básico de “vehículo” en la Directiva 2009/103. De tal manera que este concepto opera con independencia de factores funcionales (el uso que se haga o pueda hacerse del vehículo en cuestión) y subjetivos (la intención del propietario o de cualquier otra persona de utilizarlo efectivamente).

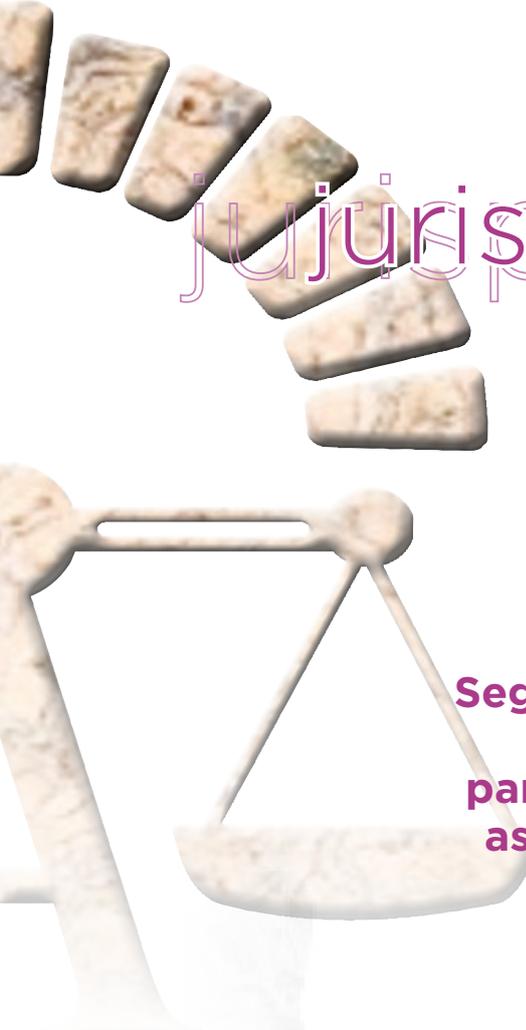
**Cuarta:** La jurisprudencia del TJUE restablece una noción amplia de la “circulación de vehículos” que abarca una situación en la que el pasajero de un vehículo estacionado en un aparcamiento, al abrir la puerta de ese vehículo, golpea y daña el vehículo que se

halla estacionado a su lado (Sentencia de 15 de noviembre de 2018) y la situación de un siniestro acaecido a un vehículo estacionado en un garaje, que se incendia (Sentencia de 20 de junio de 2019).

**Quinta:** La jurisprudencia del TJUE establece una noción amplia de la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil del automóvil que abarca la situación de un vehículo que sigue estando matriculado en un Estado miembro y es apto para circular, pero se encuentra estacionado en un terreno privado por la mera decisión de su propietario, que ya no tiene intención de conducirlo (Sentencia de 4 de septiembre de 2018); de un vehículo que está matriculado en un Estado miembro, siempre que dicho vehículo no haya sido legalmente retirado de la circulación con arreglo a la normativa nacional aplicable (Sentencia de 29 de abril de 2021).

**Sexta:** La jurisprudencia del TJUE establece la separabilidad del vehículo y del remolque a efectos del seguro separado de tal manera que la normativa nacional puede excluir de la cobertura y, por tanto, de la indemnización por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de un camión-tractor, a los daños materiales causados por este al semirremolque enganchado a él cuando tuvo lugar el accidente (Sentencia de 10 de junio de 2021).





# jurisprudencia

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Seguro de accidentes. Se considera limitativa la cláusula introducida en las condiciones particulares, pues su redacción no permite al asegurado tomar consciencia real y efectiva del riesgo cubierto bajo el concepto de "incapacidad permanente".**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)  
de 6 de mayo de 2021

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

### PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios de los presentes recursos hemos de partir de los antecedentes siguientes.

#### 1.- El objeto del proceso

i) El actor es socio cooperativista de la entidad Discontrans Scop. Ltda., que es la tomadora de un seguro concertado con la compañía AXA, para la protección personal de sus socios, entre los que se encuentra el demandante en condición de asegurado y profesión habitual de conductor de camiones/ autocares. En las condiciones particulares de la póliza se cubre la invalidez permanente, con una suma asegurada de 96.162 euros, la invalidez temporal con un capital diario de 46 euros y figura excluida la "invalidez total para el ejercicio de la profesión". Las sumas aseguradas eran objeto de revalorización temporal.

ii) El actor sufrió una agresión el 6 de mayo de 2015, mientras desarrollaba su actividad como conductor de camión. A consecuencia de tal agresión sufrió lesiones que le incapacitaron temporalmente, restándole como secuela una cicatriz en la ceja izquierda, así como una diplopía en la parte inferior del campo visual. Esta última lesión determinó a su vez que el INSS le reconociera una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión.

iii) En el contexto expuesto, el actor presentó demanda contra la aseguradora, en la que le reclamaba por invalidez temporal la suma de 13.932,40 euros (244 días a razón de 57,10 euros día) y por invalidez permanente 119.396,56 euros, sumas que resultan de la revalorización pactada de las cantidades aseguradas.

iv) La compañía de seguros se opuso a la pretensión del demandante, mediante la invocación de las condiciones generales de la póliza de seguro y con fundamento en las definiciones que se hacen en la misma relativas al concepto de accidente, invalidez permanente, invalidez permanente total para el ejercicio de la profesión habitual o incapacidad.

Sostuvo que el periodo de incapacidad temporal no eran los 244 días reclamados en la demanda, sino únicamente 121 días. Igualmente, que no estaba acreditado el origen accidental del siniestro, argumento éste último ulteriormente abandonado. Y por último que, en cualquier caso, atendiendo a las condiciones particulares y generales del periodo de invalidez temporal, la indemnización procedente sería la de 6909,10 euros, y la indemnización por incapacidad permanente, por un menoscabo funcional del 20%, según informe pericial que se aportaba, en aplicación de las tablas de repercusiones funcionales de las secuelas sufridas contempladas en las condiciones del seguro, ascendería tan solo a la cantidad de 28.879,31 euros, por la que se aceptaba el siniestro.

### 2.- La sentencia de primera instancia

El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Bilbao, el cual dictó sentencia desestimatoria de la demanda. En ella, tras exponer que no constaba cuáles eran las concretas condiciones generales que regían en el contrato, toda vez que las aportadas por la demandada no estaban firmadas, ni identificadas, ni cabe en modo alguno afirmar que fueran las que aceptó la tomadora del seguro, ni el asegurado, que

niega haberlas recibido ni conocido, razonó, no obstante, que en las condiciones particulares aportadas por la demandante sí figura como incluida la garantía de la invalidez permanente, pero no la “invalidez total para el ejercicio de la profesión”, que figura excluida, con lo que, al ser ésta la incapacidad sufrida por el actor, la demanda debería ser desestimada.

Sin embargo, por razones de congruencia, toda vez que la compañía aseguradora reconoció el derecho del demandante a la percepción de una indemnización por las secuelas padecidas, en un porcentaje de un 20% de la suma asegurada, en aplicación de las tablas de la póliza derivadas de una invalidez permanente, procede estimar la demanda por la cantidad reconocida por AXA de 23.879,31 euros.

### 3.- La sentencia de segunda instancia

Contra dicha sentencia se interpuso por el demandante recurso de apelación. Por turno de reparto su resolución correspondió



a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que dictó sentencia en la que confirmó la pronunciada por el juzgado de primera instancia, cuyos argumentos fueron expresamente aceptados.

El tribunal adicionó, a los fundamentos de la sentencia apelada, que “lo que se debe analizar es si partiendo del propio clausulado de las condiciones particulares adjuntadas por el actor con su demanda está cubierto el riesgo que dice haber sufrido; cual es la invalidez permanente para su trabajo u ocupación profesional, haciendo fundamento de tal pedimento la certificación aportada y emitida del Instituto Nacional de Seguridad Social de estar afecto en tal situación; y como dice la sentencia y válidamente razonado si lo que pretende la parte es que se le indemnice por dicha situación efectivamente reconocida administrativamente y analizando si la enfermedad que padece le incapacita para trabajar como profesional de conductor de camiones y autocares y estando probada mediante prueba pericial practicada en el procedimiento de que está incurso en

tal situación expresamente excluida, solo se puede llegar a la conclusión de no estimar la indemnización solicitada”.

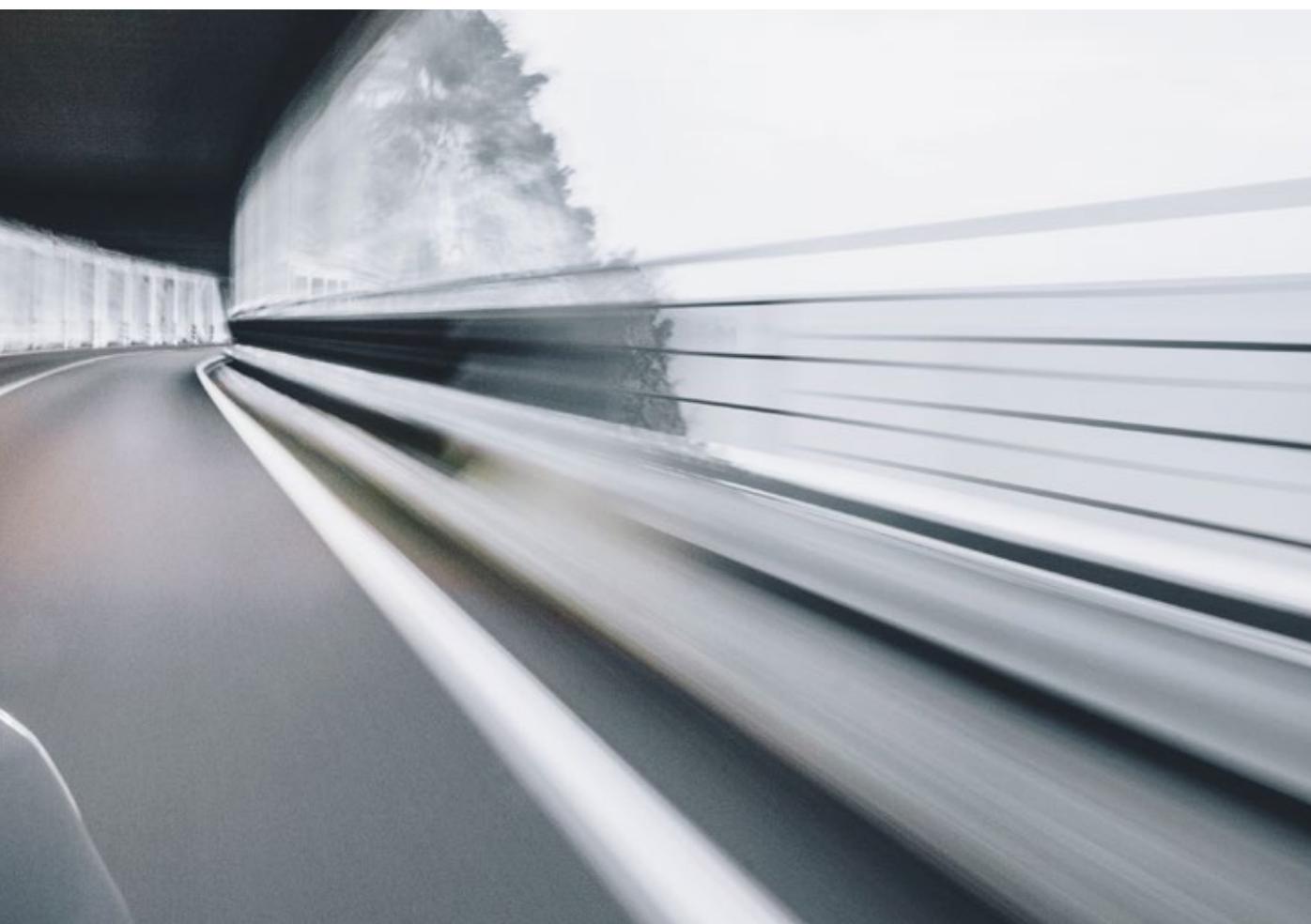
4.- Los recursos interpuestos Contra dicha sentencia se interponen por el actor los recursos extraordinarios por infracción procesal y

casación, cuya decisión nos corresponde.

SEGUNDO. Examen de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia se interpone por el demandante el presente

recurso, que fundamenta en sendos motivos que pasaremos a analizar.

1.- Formulación y desarrollo del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto: incongruencia interna de la sentencia de la Audiencia



El recurso se formula al amparo del art. 469.1.4o de la LEC, se denuncia infracción de los arts. 218.1 y 2 de la LEC, porque se incurre en incongruencia interna.

En el desarrollo del motivo se razona que, tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, incurren en tal defecto, al reconocer que el actor está afecto de una incapacidad permanente total derivada de accidente y que dicha cobertura estaba excluida, que la que estaba pactada, por el contrario, era la invalidez permanente recogida en las condiciones particulares, y que, por lo tanto, la demanda debería ser desestimada, si bien comoquiera que la aseguradora admitió una indemnización del 20%, en atención a las tablas de la póliza se reconoce el derecho a la percepción de una indemnización por el montante de 23.879,31 euros.

## 2.- Desestimación del motivo

Se sostiene que la sentencia de la Audiencia incurrió en dicho defecto, por infracción procesal de los arts. 218.1 y 2 de la LEC, pero tales preceptos se refieren al deber general de conformidad de las sentencias con las peticiones de las partes, fiscalizable a través del numeral segundo el art. 469.1 de la LEC; esto es por infracciones de las normas procesales reguladoras de las sentencias, y no por el número cuarto de tal precepto esgrimido por el recurrente.

En este caso, la sentencia de la Audiencia se pronuncia sobre lo pedido en la demanda sin apartarse de la causa de pedir que, según la jurisprudencia, viene constituida por los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal ( sentencias 1258/2002, de 20 de diciembre; 364/2008, de 16 de mayo; 470/2020, de 16 de diciembre y 586/2020, de 10 de noviembre).

La parte recurrente, con la inadecuada cita de los arts. 218. 1 y 2 de la LEC, no alega propiamente un caso de incongruencia -pues no se ha producido realmente una alteración de los términos del debate en la forma en la que lo planteó el recurrente- sino la incoherencia, desajuste o falta de correspondencia entre lo razonado y lo resuelto ( sentencias 9/2020, de 8 de enero; 144/2020, de 2 de marzo y 298/2020, de 15 de junio, 438/2020, de 17 de julio, entre otras). Estos supuestos han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su

dimensión de obtener una resolución fundada en Derecho, que sería fiscalizable a través del art. 469.1 4o, en relación con el art. 24.1 CE, puesto que desembocan en un defecto de motivación al resultar la sentencia irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre).

En este sentido, la STC 127/2008, de 27 de octubre, en su FJ 2, señala:

“Como este Tribunal ha declarado, teniendo en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye entre sus variados contenidos el que se dicte una resolución fundada en Derecho, resulta evidente que no puede reputarse como tal una Sentencia cuya fundamentación discurre por una senda diametralmente opuesta a la del fallo y en la que se motiva lo contrario de lo que se falla ( SSTC 138/1985, de 18 de octubre, FJ 8; 16/1993, de 18 de enero, FJ 2; y 25/2006, de 30 de enero, FJ 4). De ahí que sólo una motivación razonada y suficiente permita satisfacer el ejercicio del derecho a la tutela judicial, porque una motivación radicalmente contradictoria no satisface los requerimientos constitucionales ( STC 54/2000, de 28 de febrero, FJ 3)”.

Pues bien, no consideramos que la sentencia de la Audiencia incurra en dicho defecto procesal, otra cosa es que se comparta o no el fundamento de su decisión, fiscalizable por medio del recurso de casación por vulneración del derecho material o sustantivo.

En efecto, la resolución recurrida entiende que el demandante reclama por la secuela padecida, que le produjo una incapacidad total para el ejercicio de su profesión, pero esa concreta cobertura estaba excluida de la póliza, por lo que su demanda no debería ser estimada. Con ello entiende que no es de aplicación la cobertura de invalidez permanente obrante en las condiciones particulares; no obstante considera que, para no incurrir en incongruencia, puesto que la demandada reconoce al actor una indemnización de 23.879,31 euros, concede tal suma al demandante.

La circunstancia de que los argumentos de la sentencia del tribunal provincial no sean susceptibles de ser aceptados, no implica que dicha resolución haya incurrido en contradicción interna, en tanto en cuanto, desde su óptica decisoria, es coherente lo razonado con lo resuelto. No estamos enjuiciando, al conocer de este concreto motivo de infracción procesal, sobre el acierto del fallo de la sentencia y su

conformidad con el derecho sustantivo, sino sobre la coherencia interna de la motivación con el fallo, que en este caso concurre.

Por todo lo cual este motivo de infracción procesal no debe ser estimado.

### 3.- Examen del segundo de los motivos de infracción procesal por valoración arbitraria de la prueba

En este caso, el recurso por infracción procesal se construye de nuevo al amparo del art. 469.1.4o de la LEC y vulneración del art. 24.1 de la LEC, dado que la sentencia de la Audiencia contiene, a juicio de la parte recurrente, una valoración arbitraria e ilógica de la prueba practicada, al negar la indemnización por el total del capital garantizado, sosteniendo que no hay cobertura para la invalidez permanente total.

### 4.- Desestimación del motivo

El motivo no puede ser estimado. Aunque la jurisprudencia ha admitido, que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4o del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; 58/2015, de 23 de febrero; 572/2019, de 4 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre o 681/2020, de 15 de diciembre, 141/2021, de 15 de marzo y 170/2021, de 25 de marzo), tal doctrina se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados ( sentencias 26/2017, de 18 de enero y 170/2021, de 25 de marzo, entre otras muchas).

De esta forma, señala la sentencia 583/2017, de 27 de octubre, que no se puede combatir “como errores de valoración de prueba lo que son valoraciones jurídicas”; o la sentencia 127/2017, de 24 de febrero, que insiste en tales ideas, al señalar que “la parte confunde valoraciones jurídicas sobre el contrato y su vigencia con errores fácticos sobre valoración de la prueba”, con cita de la sentencia 303/2016, de 9 de mayo. En el mismo sentido, más recientemente las sentencia 413/2020, de 9 de julio, con cita de la sentencia 26/2017, de 18 de enero y 61/2021, de 8 de febrero.

Pues bien, en el caso enjuiciado, determinar la cobertura del siniestro, su encaje en la póliza, el carácter vinculante de las condiciones contractuales, su calificación como limitativas o delimitadoras, las posibles discrepancias existentes en el clausulado contractual y sus consecuencias, constituyen cuestiones jurídicas propias de un recurso de casación y no de infracción procesal por valoración arbitraria de la prueba, puesto que no se cuestiona la existencia del contrato de seguro y sus condiciones particulares, ni la inclusión en la póliza de la invalidez permanente, así como que la cobertura invalidez total para el ejercicio de la profesión figura como excluida, otra cosa es su valoración o interpretación jurídica y la vulneración del derecho sustantivo aplicable propio del recurso de casación.

## TERCERO.- Recurso de casación

### 1.- Formulación y desarrollo

El recurso se formuló, por interés casacional, por infracción del art. 3 de la LCS, en relación con los arts. 1 y 2 de la LCS, en lo referente a los límites de la cobertura del seguro, las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, las exigencias de validez de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y la prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales, con cita de la jurisprudencia que se considera infringida, entre ellas sentencias 394/2008, de 13 de mayo; 676/2008, de 15 de julio; 711/2008, de 22 de julio; 316/2009, de 18 de mayo y 375/2011, de 7 de junio.

En el desarrollo del recurso se señala que la cláusula controvertida, inserta en las condiciones generales, por las que se fijan porcentajes indemnizatorios en función, no del grado de invalidez, sino por la concreta lesión orgánica que da lugar a la misma, no es delimitadora del riesgo, sino limitativa de derechos, sin que reúna los requisitos del art. 3 de la LCS. Se señala que, conforme a lo dispuesto en las condiciones particulares, se dio cobertura a la invalidez permanente, con una cantidad de 96.162 euros actualizable conforme a IPC, riesgo que es reconocido al demandante, si bien de forma parcial, por la compañía aseguradora. Además, la falta de aceptación o consentimiento a la aplicación del condicionado general de la póliza, que se desconoce, impide que se apliquen sus cláusulas. Por todo ello, la demanda debe ser íntegramente acogida por la suma indicada.

Se cita de la doctrina de la sentencia 676/2008, de 15 de julio, cuando señala que:

“[...] la jurisprudencia tiene declarado que la restricción de la suma con la que procede indemnizar los supuestos de invalidez permanente distinguiendo o excluyendo distintos supuestos según la gravedad de las lesiones sufridas implica, desde esta perspectiva, una limitación de los derechos del asegurado si en las condiciones particulares se estableció una suma única por invalidez permanente total, dado que el concepto de invalidez permanente, puesto en relación con el de incapacidad permanente total en el orden laboral, supone la falta de aptitud para el desempeño de las funciones propias del trabajo habitual, y ésta puede producirse tanto por una lesión muy grave como por otra menos importante (además de las que cita la parte recurrente, STS 13 de mayo de 2008, rec. 260/2001)”.

También, en apoyo del recurso, se citó la sentencia de la Sala 316/2009, de 18 de mayo, cuando sostiene, que:

“Se indicó al principio que en la primera página de la póliza -que recoge las llamadas condiciones particulares, indudablemente consensuadas por las partes - aparece destacado un apartado que se destina a identificar las “garantías cubiertas”. En él se mencionan la “incapacidad temporal diaria” y la “invalidez permanente”, sin señalar plazo a la primera ni distinguir variantes en la segunda a los efectos de la indemnización.

Por ello, las condiciones generales que reducen a un año, a contar desde el día siguiente al del accidente, la obligación de la aseguradora de abonar al asegurado siete mil quinientas pesetas diarias - en caso de “incapacidad temporal “ - y las que, tras distinguir la “invalidez permanente “en “absoluta” y “parcial “, establecen en este segundo supuesto una minoración proporcionada de la indemnización señalada en la póliza, además de delimitar el riesgo, limitan los derechos que al asegurado le habían sido reconocidos en la parte del contrato verdaderamente negociada con la aseguradora.

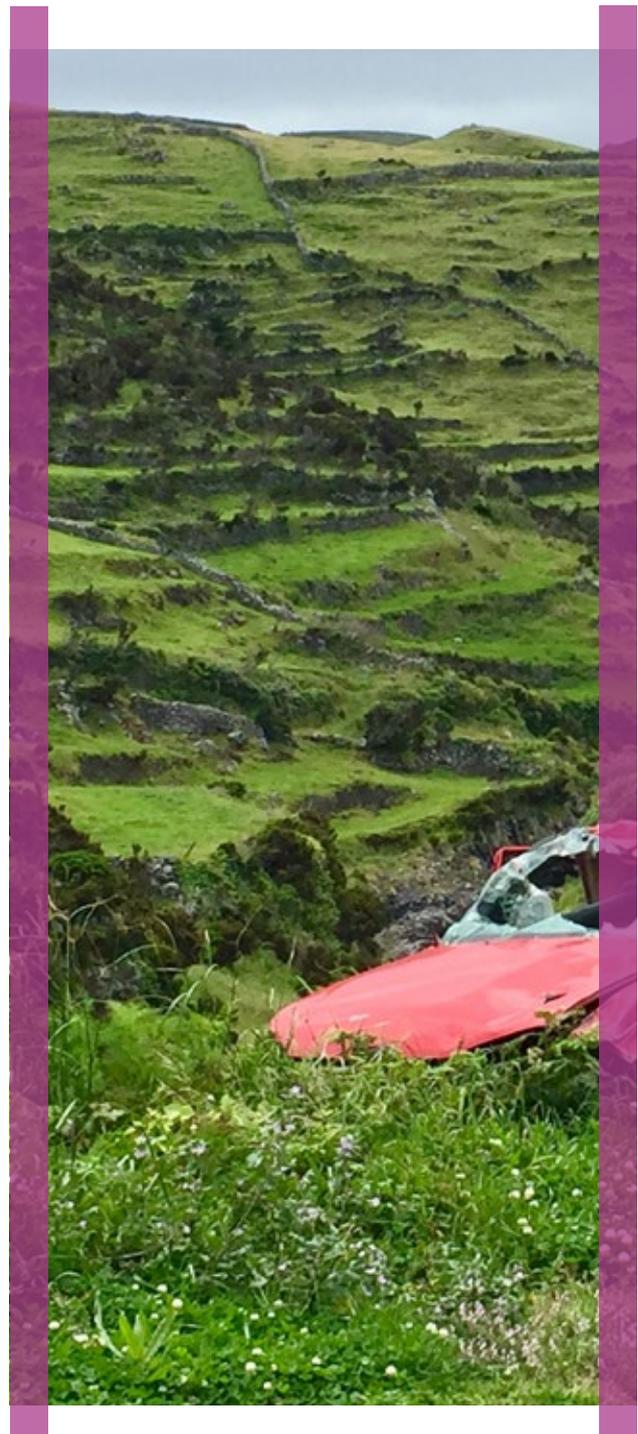
La conclusión de todo ello es que nos hallamos antes dos condiciones generales “limitativas de los derechos” del asegurado y, por ello, sometidas al específico régimen establecido al respecto en el artículo 3. Si bien de ellas, sólo la segunda tiene influencia directa en la decisión del recurso, pues el tiempo de incapacidad temporal del asegurado ha sido

según se declara en la instancia inferior al año”.

**2.- Estimación del recurso** El recurso de casación debe ser estimado.

**i) Consideraciones previas** El art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS) norma que:

“Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si



la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”.

La utilización de la técnica de los contratos de adhesión en la suscripción de las condiciones generales de contratación cuidadosamente redactadas por parte de las compañías de seguro, propia de la denominada contratación seriada o en masa, restringe el juego del principio de la libre autonomía de la voluntad de los contratantes proclamado en el art. 1255 del CC, lo que genera una situación disímil, que es necesario regular y controlar para garantizar el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de los suscribientes de las pólizas.

En este sentido, se impone a las compañías aseguradoras un deber de transparencia, en la fase precontractual, con la finalidad de que el asegurado tome constancia plena de los riesgos objeto de cobertura, y, de esta forma, no se vea sorprendido por cláusulas limitativas o lesivas para sus intereses. Ello obliga a las aseguradoras a la redacción clara y precisa de sus condiciones contractuales tanto particulares como generales, así como que las condiciones calificables como limitativas gocen de la garantía de hallarse debidamente destacadas en las pólizas, así como específicamente amparadas por las firmas de los tomadores. Todo ello como manifestación del conocimiento de las concretas condiciones de adhesión y, por lo tanto, de los específicos límites en los que operan las contraprestaciones de los contratantes, que no pueden quedar indefinidas en el limbo de la incertidumbre o desconocidas para que quien concierta el contrato de seguro.

En definitiva, sí conforme al art. 1 de su ley reguladora 50/1980, de 8 de octubre, el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, no ha de ofrecer duda que el tomador debe tomar constancia real y efectiva no sólo del riesgo, constituido en verdadera alma y nervio del contrato, sino de los límites en los que opera la cobertura de la compañía aseguradora, en tanto en cuanto si la

finalidad del seguro es diluir, neutralizar o anular el riesgo, el asegurado ha de conocer, desde el primer momento, el concreto marco dentro del cual se encuentra amparado en el supuesto de que dicho riesgo se convierta en siniestro.

En este sentido, señala la sentencia 316/2009, de 18 de mayo, reproducida por la ulterior 475/2019, de 17 de septiembre que:

“Cumple el artículo 3 de la Ley 50/1.980 la función de proteger al tomador del seguro, mediante la exigencia de una serie de requisitos que el legislador considera necesarios para garantizar que, cuando dé su consentimiento a la perfección del contrato de seguro, conoce cumplidamente el contenido del mismo - sentencias de 27 de noviembre de 2.003, 17 de octubre de 2.007, 13 de mayo de 2.008, 15 de julio de 2.008, 22 de julio de 2.008-.

De su literalidad resulta que la norma impone una redacción de las condiciones, tanto generales como particulares, que sea “clara y precisa”.

En cuanto a las condiciones generales -predispuestas exclusivamente por la aseguradora para ser incorporadas a una pluralidad de contratos-, el artículo 3 exige que se incluyan “necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo”.

Finalmente, si hay en las condiciones particulares o generales “cláusulas limitativas de los derechos del asegurado”, manda la referida norma que se destaquen y que sean específicamente aceptadas por escrito”.

Desde la perspectiva expuesta, señala igualmente la sentencia del Pleno de la Sala 1a, 661/2019, de 12 de diciembre, que:

“Es necesario tener en cuenta también que los contratos de seguro forman parte de la denominada contratación seriada, mediante la utilización de la técnica de condiciones generales, que requiere prestar a los asegurados adherentes la correspondiente protección jurídica para que adquieran constancia real de los riesgos efectivamente cubiertos, por una elemental exigencia de transparencia contractual. A tal finalidad responde el art. 3 de la LCS, cual es “facilitar el conocimiento de las condiciones generales del contrato por parte del tomador” ( STS 1152/2003, de 27 de noviembre). Se pretende, en definitiva,

que la garantía no resulte incierta en la mente del asegurado. Es preciso, para ello, dentro de la asimetría convencional derivada de la información disímil existente entre compañía y tomador, garantizar que éste obtenga un conocimiento fidedigno del riesgo cubierto.

En este sentido, señala la STS 402/2015, de 14 de julio, del pleno que:

“En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza”.

A tales efectos, dentro de los remedios legales aplicables, en los supuestos de infracción del art. 3 de la LCS, por la falta de claridad y precisión en la redacción de las condiciones generales de las pólizas o contradicción interna en ellas, se encuentra el principio derivado del art. 1288 del CC, según el cual las dudas derivadas de la oscuridad de una cláusula contractual no pueden interpretarse en perjuicio del asegurado, sino que, por el contrario, debe prevalecer la interpretación que sea más favorable a sus intereses ( sentencias 347/2009, de 18 de mayo; 158/2011, de 23 de marzo; 152/2019, de 13 de marzo; 60/2021, de 8 de febrero; 636/2020, de 25 de noviembre, entre otras).

## ii) Análisis de las circunstancias concurrentes

Pues bien, en el caso presente, la compañía de seguros asumió, como consta en las condiciones particulares de la póliza, el riesgo de invalidez permanente con una suma asegurada de 96.162 euros, actualizable con IPC. Consta excluida como riesgo asegurado la invalidez total para el ejercicio de la profesión. De ahí se sostiene, por las sentencias de instancia, que el accidente sufrido por el actor carece de cobertura, en tanto en cuanto provocó la imposibilidad definitiva de dedicarse a su profesión de conductor.

Tal razonamiento no es de recibo, puesto que pactada la invalidez permanente y, al encajar dentro de ésta, la secuela padecida, el

siniestro no puede quedar fuera del marco del aseguramiento. Excluir un riesgo, en términos que se ignoran, al desconocerse cuáles son las condiciones generales aplicables al contrato en el que aparece definido, no implica salvo en una interpretación contraria al asegurado, dejarle al margen de la cobertura del accidente sufrido.

Es más por si hubiera duda al respecto que, en cualquier caso no podría perjudicar al actor, la propia compañía de seguros, rescatando un baremo indemnizatorio, derivado de unas supuestas condiciones generales no entregadas, ni suscritas por el tomador del seguro, según declaración de hechos probados intangible en casación, le considera acreedor de la cobertura invalidez permanente, al menos en una indemnización parcial fijada en un porcentaje sobre el capital total asegurado, con base a unas condiciones que tendrían, en su caso, la consideración de limitativas sin las garantías del art. 3 de la LCS.

Es obvio, por otra parte, que si la aseguradora no puede justificar haber entregado las condiciones generales al tomador del seguro, no las puede oponer al demandante. Como señalamos en la sentencia 475/2019, de 17 de septiembre:

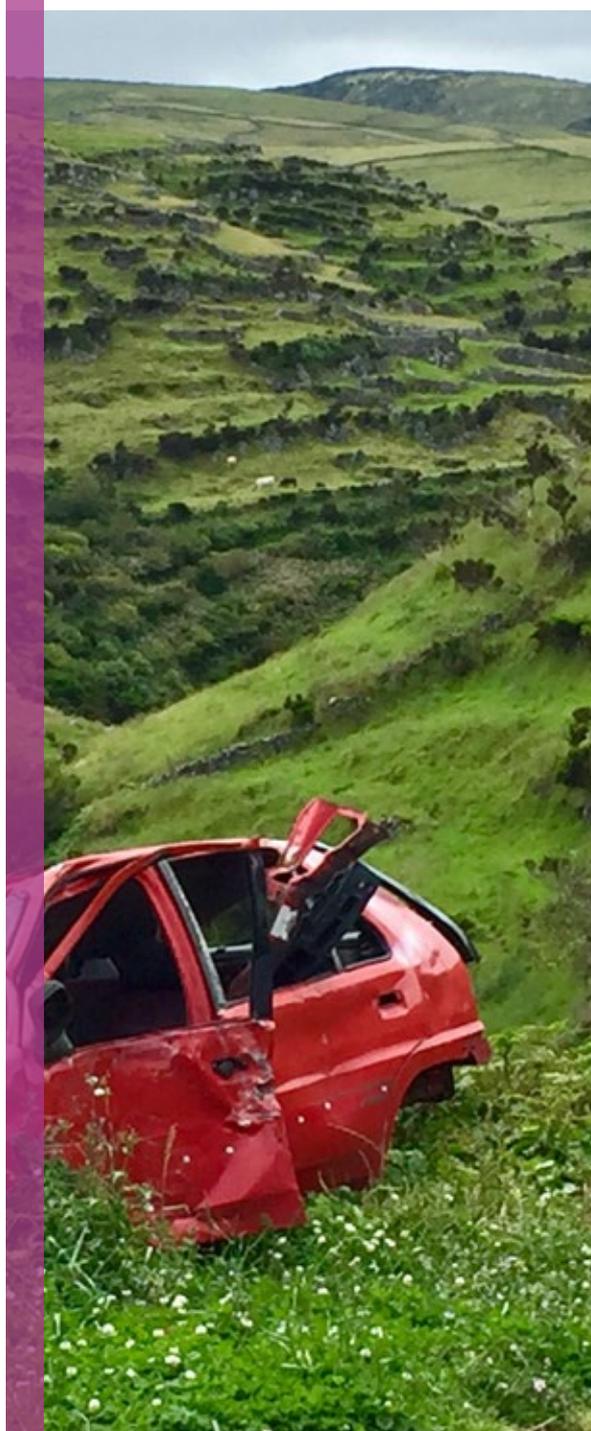
“[...] si como declara la sentencia de la Audiencia las condiciones generales, en las que figura la cláusula de exclusión del riesgo, no constan entregadas, suscritas y conocidas por el asegurado, el recurso no puede prosperar, sin necesidad de examinar si nos encontramos ante una condición limitativa o delimitadora”.

Por otra parte, es reiterada jurisprudencia de esta Sala la que viene considerando, la condición de limitativas de las cláusulas como las que aplica la compañía de seguros demandada.

En este sentido, la sentencia 676/2008, de 15 de julio, que reitera la doctrina establecida por la sentencia 1340/2007, de 11 de diciembre (y las que en ella se citan), estableció la doctrina que:

“[l]a jurisprudencia tiene declarado que la restricción de la suma con la que procede indemnizar los supuestos de invalidez permanente distinguiendo o excluyendo distintos supuestos según la gravedad de las lesiones sufridas implica, desde esta perspectiva, una limitación de los derechos del asegurado si en las condiciones particulares se estableció una suma única por invalidez permanente total,

dado que el concepto de invalidez permanente, puesto en relación con el de incapacidad permanente total en el orden laboral, supone la falta de aptitud para el desempeño de las funciones propias del trabajo habitual, y ésta puede producirse tanto por una lesión muy grave como por otra menos importante (además de las que cita la parte recurrente, STS 13 de mayo de 2008, rec. 260/2001)”



En la sentencia 541/2016, de 14 de septiembre, se señaló que:

“A partir de la definición contenida en el art. 100 LCS, conforme al cual se conceptúa el accidente como “lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal, permanente o muerte”, la jurisprudencia ha establecido que en el seguro voluntario de accidentes, cualquier restricción mediante cláusulas que determinen las causas o circunstancias del accidente o las modalidades de invalidez, por las que queda excluida o limitada la cobertura, supondría una cláusula limitativa de derechos del asegurado ( STS, Sala 1.o -Pleno- 402/2015, de 14 de julio)”.

Más recientemente en la sentencia 225/2018, de 17 de abril, se sostuvo que:

“3. En suma, la determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado en función del grado de invalidez permanente y secuelas sufridas por el asegurado, expresado en una tabla contenida en la condiciones generales, en contradicción con las condiciones particulares, en las que únicamente figura una cifra fija, importe de la indemnización por tal concepto, como sucede en este caso, supone una cláusula limitativa, que requiere para su validez los requisitos del art. 3 LCS .

4. La sentencia recurrida declara que las condiciones generales han sido especialmente conocidas y aceptadas por el tomador del seguro, accionando “con base en la póliza que conlleva la recepción de tales condiciones generales y de las que se deriva y aprecia claramente la existencia de dicho baremo”, siendo doctrina de esta sala que la aceptación de las condiciones generales por parte del asegurado mediante su firma en las condiciones particulares con referencia expresa a aquellas implica su aceptación, salvo cuando la referencia a ellas se haga con carácter genérico e indeterminado que sea susceptible de inducir a confusión ( STS 7 de julio de 2006 rec. 4218/1999).

Sucede así en este caso en el que en las condiciones particulares no figura la determinación de grados de invalidez permanente ni se puede inferir que lo sea dada la forma en que se aparece redactada la cláusula en cuestión pues únicamente figura una cifra fija, como importe de la indemnización por tal

concepto, lo que supone una cláusula limitativa, en cuanto es susceptible de ser aplicada a supuestos de incapacidad permanente total, que requiere para su validez los requisitos del artículo 3 LCS, como así la calificó la propia aseguradora en la solicitud del seguro.

5. Pero es que, además, partiendo de la existencia de una incapacidad del asegurado en grado total, la póliza presenta una indudable oscuridad, oscuridad que la propia aseguradora alimenta desde el momento en que parece negar la falta de cobertura de esta suerte de invalidez, porque no viene mencionada en ningún sitio de la póliza, ni en las particulares ni en las generales, para luego reconducirla a la parcial ofertando al asegurado una propuesta de liquidación, que tomó en cuenta la sentencia”.

Por último, las dudas interpretativas sobre el alcance de la cobertura no pueden favorecer a la parte que provocó la oscuridad, como es la compañía demandada que, por un parte, reconoce que el demandante está cubierto por el riesgo de invalidez permanente y, por otra parte, le aplica unas limitaciones indemnizatorias, que ya no solo no están probadas, sino que serían limitativas, y que no cuentan con las garantías del art. 3 de la LCS.

Por todo ello, el recurso debe ser estimado.

### iii) Sentencia de instancia

Con asunción de la instancia, el recurso de apelación interpuesto por el demandante debió ser estimado en este particular, por lo que la suma asegurada que le corresponde, en concepto de invalidez permanente, ha de ser la reclamada de 119.396,56 euros, con lo que la indemnización total procedente, unida a la propia de la incapacidad temporal de 6909,10 euros, se eleva a la suma total de 126.305,66, con los intereses del art. 20 LCS.

### CUARTO.- Costas y depósito

Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo. La desestimación del extraordinario por infracción procesal conlleva su imposición al demandante recurrente ( art. 398 LEC).

Tampoco procede imponer las costas de segunda instancia, dado que el recurso de apelación debió ser estimado en parte.

Igualmente la parcial estimación de la demanda conduce a que tampoco se impongan las costas de primera instancia. Todo ello en aplicación de los arts. 394 y 398 LEC.

Conforme a la Disposición Adicional 15.a 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido por los recursos de apelación y casación, no así el de infracción procesal al rechazarse este recurso también interpuesto, conforme al apartado de dicha disposición.

### FALLO

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

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, con imposición de las costas a la parte recurrente y pérdida del depósito.

**2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2018, por la sección 3.a de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación n.º 147/2018, sin imposición de costas y devolución del depósito.

**3.º** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto, estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de enero de 2018, dictada por la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Bilbao, en las actuaciones de juicio ordinario n.º 547/2017.

**4.º-** Revocamos esta última resolución y, en su lugar, dictamos otra en virtud de la cual, con parcial estimación de la demanda deducida, condenamos a la compañía de seguros AXA a abonar al actor la suma de 126.305,66 euros, con los intereses del art. 20 LCS, desde el 6 de mayo de 2015, devengados de la forma indicada por la sentencia recurrida, sin imposición de las costas de primera instancia, y sin hacer tampoco especial pronunciamiento de las derivadas de la apelación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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 **José A. Badillo Arias**  
*Profesor de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Alcalá*

**E**n la sentencia que comentamos se plantea, una vez más, la contradicción que existe en algunas cláusulas del contrato de seguro, en este caso, establecidas en las condiciones particulares y detalladas en las generales, las cuáles no consta que hayan sido entregadas al asegurado y, por ello, no tienen ninguna virtualidad.

Resulta llamativo que en las condiciones particulares se garantice la invalidez permanente, con una suma asegurada de 96.162 euros, la invalidez temporal con un capital diario de 46 euros y figure excluida la «invalidez total para el ejercicio de la profesión». Como puede verse, se cubre la invalidez permanente, pero se excluye la invalidez total para la profesión habitual ¿Acaso esta última no es realmente una invalidez permanente?

El actor sufrió una agresión, padeciendo lesiones que le incapacitaron temporalmente, quedándole como secuela una cicatriz en la ceja izquierda, así como una diplopía en la parte inferior del campo visual. Esta última lesión determinó que el INSS le reconociera una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión.

“Tras el recurso de apelación por parte del actor, la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia en la que confirmó la pronunciada por el juzgado de primera instancia, cuyos argumentos fueron expresamente aceptados.”

Ante la negativa de la aseguradora al hacerse cargo del siniestro, el actor presentó demanda contra la aseguradora, en la que le reclamaba por invalidez temporal la suma de 13.932,40 euros (244 días a razón de 57,10 euros día) y por invalidez permanente 119.396,56 euros, sumas que resultan de la revalorización pactada de las cantidades aseguradas.

La aseguradora se opuso a la demanda, si bien, sostuvo que el periodo de incapacidad temporal no eran los 244 días reclamados en la demanda, sino únicamente 121 días, lo que arrojaba la cantidad de 6.909,10. Con respecto a la invalidez permanente, entendió que la indemnización debería ser 28.879,31 euros €, por un menoscabo funcional del 20%, según informe pericial que se aportaba en función del baremo establecido en las condiciones generales.

La sentencia de primera instancia, en lo que ahora nos interesa, desestimó las pretensiones del actor, toda vez que estaba excluida en las condiciones particulares la invalidez total para el ejercicio de la profesión. Tras el recurso de apelación por parte del actor, la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia en la que confirmó la pronunciada por el juzgado de primera instancia, cuyos argumentos fueron expresamente aceptados.

Contra dicha sentencia se interpusieron por el actor los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

Desestimados por la Sala los motivos del recurso por infracción procesal, estima el recurso de casación, dándole la razón al demandante en sus pretensiones.

El actor fundamenta su recurso, esencialmente, alegando que la cláusula controvertida, inserta en las condiciones generales, por las que se fijan porcentajes indemnizatorios en función, no del grado de invalidez, sino por la concreta lesión orgánica que da lugar a

la misma, no es una cláusula delimitadora del riesgo, sino limitativa de derechos, sin que reúna los requisitos del art. 3 de la Ley de contrato de seguro. Además, sostiene que la falta de aceptación o consentimiento a la aplicación del condicionado general de la póliza, que se desconoce, impide que se apliquen sus cláusulas. Por todo ello, considera que la demanda debe ser íntegramente acogida por la suma indicada.

La Sala, que estima las pretensiones del actor, alude a la necesidad de que debe exigirse a las compañías aseguradoras, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la Ley de contrato de seguro, un deber de transparencia en la fase precontractual, con la finalidad de que el asegurado tome constancia plena de los riesgos objeto de cobertura, y, de esta forma, no se vea sorprendido por cláusulas limitativas o lesivas para sus intereses. Ello obliga a las aseguradoras a la redacción clara y precisa de sus condiciones contractuales tanto particu-

“Excluir un riesgo, en términos que se ignoran, al desconocerse cuáles son las condiciones generales aplicables al contrato en el que aparece definido, no implica salvo en una interpretación contraria al asegurado, dejarle al margen de la cobertura del accidente sufrido”

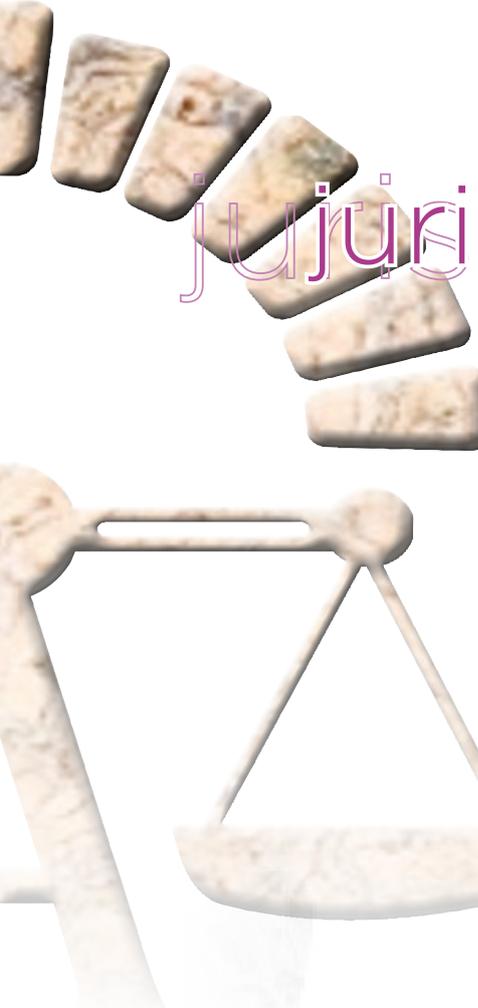
lares como generales, así como que las condiciones calificables como limitativas gocen de la garantía de hallarse debidamente destacadas en las pólizas, así como específicamente amparadas por las firmas de los tomadores. Todo ello, como manifestación del conocimiento de las concretas condiciones de adhesión y, por lo tanto, de los específicos límites en los que operan las contraprestaciones de los contratantes, que no pueden quedar indefinidas en el limbo de la incertidumbre o desconocidas para que quien concierta el contrato de seguro.

Aplicando esta doctrina al caso concreto, la Sala entiende que la compañía de seguros asumió, como consta en las condiciones particulares de la póliza, el riesgo de invalidez permanente con una suma asegurada de 96.162 euros, actualizable con el IPC. Consta excluida como riesgo asegurado la invalidez total para el ejercicio de la profesión. De ahí se sostiene, por las sentencias de instancia, que el accidente sufrido por el actor carece de cobertura, en tanto en cuanto provocó la imposibilidad definitiva de dedicarse a su profesión de conductor.

Para la Sala, el argumento empleado por las sentencias de instancia para desestimar la demanda no es de recibo, puesto que pactada la invalidez permanente y, al encajar dentro de ésta la secuela padecida, el siniestro no puede quedar fuera del marco del aseguramiento. Excluir un riesgo, en términos que se ignoran, al desconocerse cuáles son las condiciones generales aplicables al contrato en el que aparece definido, no implica salvo en una interpretación contraria al asegurado, dejarle al margen de la cobertura del accidente sufrido.

Una vez más, el Alto Tribunal, alude a que si no consta que las condiciones generales han sido entregadas al asegurado, no se le pueden oponer al actor.

Por otro lado, apoyándose en distintas resoluciones de la Sala Primera, la sentencia considera que la determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado en función del grado de invalidez permanente y secuelas sufridas por el asegurado, expresado en una tabla contenida en las condiciones generales, en contradicción con las condiciones particulares, en las que únicamente figura una cifra fija, importe de la indemnización por tal concepto, como sucede en este caso, supone una cláusula limitativa, que requiere para su validez los requisitos del art. 3 LCS.



# jurisprudencia

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Reclamación de lesiones por caída en supermercado. Se establece como fecha de inicio del cómputo de la prescripción la del último control médico del lesionado -y no la efectiva de estabilización-, pues es cuando adquiere constancia del efectivo daño corporal sufrido al recibir el alta.**

---

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)  
de 10 de mayo de 2021

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

### PRIMERO.- Antecedentes relevantes

1.- El pleito se inicia por demanda interpuesta por Da Micaela contra Lidl Supermercados, S.A.U., en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por la caída padecida, el 28 de febrero de 2013, en un establecimiento de la red de supermercados de la demandada, sito en la localidad de Inca.

2.- La demandante refiere que la caída se produjo a consecuencia del agua acumulada justo después de la alfombra de entrada, agua que no era visible a simple vista, no estando señalizada dicha situación. La caída le produjo la fractura de la muñeca derecha y traumatismo coxígeo, lesiones de las que estuvo en tratamiento médico hasta el 23 de mayo de 2014.

3.- Presentó informe médico en el que se

determinó una incapacidad temporal de 185 días, de los cuales 52 fueron improductivos y 123 no improductivos, se refieren varias secuelas (muñeca dolorosa, limitación muñeca derecha y agravación patológica lumbar). En concreto se reclamaron 14.744.67 euros de indemnización.

4.- Lidl se opuso a la demanda alegando, en síntesis, prescripción de la acción, inexistencia de culpa o negligencia, en definitiva, su falta de responsabilidad en la caída. Igualmente cuestionó la entidad de las lesiones padecidas.

5.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, rechaza la excepción de prescripción de la acción, pero considera que no se acredita la forma en que se produjo el accidente y si, por lo tanto, Lidl actuó con la diligencia debida.

6.- Recurrida dicha resolución en apelación por la parte demandante, se dictó sentencia por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Baleares, de 18 de abril de 2018, que desestimó el recurso interpuesto. En síntesis, el tribunal declara acreditado que la caída se produjo en el hall del supermercado, que el suelo estaba mojado por la acumulación de agua de lluvia; sin embargo, rechaza la pretensión de la demandante al considerar que su acción estaba prescrita. Razona al respecto lo siguiente:

“Para que se inicie el plazo de prescripción de una acción por responsabilidad civil extracontractual el perjudicado tiene que conocer el alcance y extensión de los daños, dado que solo entonces se haya en posición de ejercitar la correspondiente acción (doctrina de la “actio nata” del artículo 1969 del Código Civil).

En relación con los daños corporales, el inicio del plazo de prescripción se produce cuando los menoscabos están consolidados, lo que según el Tribunal Supremo tiene lugar en la fecha del alta médica definitiva ( STS de 19 de diciembre de 2017); y si los daños son permanentes, el “dies a quo” es el de la estabilización de los mismos ( STS de 14 de diciembre de 2015).

Pues bien, en el caso de autos nos encontramos con que el accidente acaeció el 28 de febrero de 2013. Si, tal como se indica en el informe médico acompañado por la demanda, los días de incapacidad temporal fueron de 185 días, el plazo de un año del artículo 1968 del Código Civil había transcurrido ampliamente cuando se interpuso la demanda iniciadora del presente litigio.

Al igual resultado llegamos si partimos de la fecha en la que finalizó el tratamiento médico, esto es, 23 de mayo de 2014. Interpuesta la demanda iniciadora del presente litigio el 15 de septiembre de 2016, es evidente que también en este caso la conclusión es que la acción de responsabilidad extracontractual se halla prescrita, por lo que, habiendo opuesto la demandada esta excepción en primera instancia, deberá entenderse prescrita la acción ejercitada, lo que conlleva la desestimación de la demanda y, por ende, la confirmación de la sentencia de primera instancia”.

7.- Contra dicha sentencia recurrió en casación la parte demandante D.ª Micaela .

## SEGUNDO.- Recurso de casación

### 1.- Motivo y desarrollo

El recurso de casación se articula, por interés casación, en un único motivo. Se justifica el interés casacional por oposición a las sentencias 669/2007 y 22/2015. Se citan como preceptos infringidos los arts. 1968.2, 1969 y 1973 CC. Se mantiene que la acción no está prescrita, pues el tratamiento médico duró hasta el 23 de mayo de 2014, el 24 de junio de 2014 se remitió burofax a la demandada, el 23 de junio de 2015 se interpuso papeleta de conciliación, el acto, que acabó sin avenencia, se llevó a efecto el 22 de septiembre de 2015 y, finalmente, el 15 de septiembre de 2016, se interpuso la demanda rectora del presente pleito.

En el suplico del escrito de recurso se solicita expresamente que:

“[...] se case la Sentencia no 165/18 dictada por la Sala de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en fecha de 18 de abril de 2018, dejándola sin efecto en cuanto aprecia la prescripción de la acción ejercitada en la demanda interpuesta, vulnerando lo dispuesto en los arts. 1968.2, 1969 y 1973 del Código Civil, y se proceda a devolver las actuaciones al Tribunal de Apelación para que en su día vuelva a dictar Sentencia sobre todas las demás cuestiones de debate, con expresa condena en costas a la parte adversa de oponerse al contenido del presente”.

### 2.- Análisis de los motivos de inadmisibilidad opuestos por la demandada

En su escrito de oposición al recurso se

alega por la parte demandada distintos motivos inadmisibilidad.

En primer término, se sostiene que la apreciación del día inicial de la prescripción es una cuestión fáctica de la exclusiva soberanía de la sentencia de instancia. En segundo lugar, por falta de acreditación del interés casacional, que requiere la cita de dos o más sentencias de esta Sala. En tercer lugar, viene a indicar que se están alterando los hechos probados, cuando se pretende considerar, por la recurrente, como hecho indiscutido, que la actora recibió tratamiento médico hasta el 23 de mayo de 2014, en contra a lo afirmado por la sentencia de la Audiencia, que refiere que, en el informe pericial aportado con la demanda, se establece que los días de incapacidad temporal fueron 185 hasta el 30 de abril de 2013, de los cuales por lesión en la muñeca 62 días improductivos, y 123 días no improductivos (hasta 31 de agosto de 2013) por lesión lumbar.

Los mentados óbices a la admisibilidad del recurso interpuesto no pueden ser estimados.

En efecto, en el primero de ellos se sostiene que la determinación del día inicial del plazo de la prescripción es cuestión exclusivamente fáctica de la soberana apreciación de los tribunales de instancia. Este argumento no es susceptible de ser refrendado, toda vez que la prescripción contiene indiscutibles connotaciones jurídicas, que posibilitan su discusión a través del recurso extraordinario de casación, a los efectos de determinar si se ha procedido a la adecuada interpretación y aplicación de los preceptos legales que la regulan.

Así, es doctrina de esta Sala, de la que es manifestación reciente la sentencia 326/2019, de 6 de junio, la que sostiene al respecto que:

“1.- Como afirma la sentencia 74/2019, de 5 de febrero, a “efectos de admisibilidad del recurso, el hecho de que el instituto de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta sala revisar la decisión de la instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (sentencia 134/2012, de 29 de febrero)”. Así lo declara respecto al dies a quo (día inicial) para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones la sentencia de 27 de mayo de 2009, rec. 2933/2003”.

En el mismo sentido, las sentencias

148/2010; de 31 de marzo; 386/2010, de 16 de junio; 896/2011, de 12 de diciembre; 199/2014, de 2 de abril; 185/2016, de 18 de marzo y 326/2020, de 22 de junio, entre otras.

En segundo lugar, en cuanto a la cita de dos más sentencias acreditativas del interés casacional, es necesario tener en cuenta que la propia sentencia invocada para fundar el interés casacional la 22/2015, de 19 de enero, cita a su vez otras sentencias, que apoyan la doctrina fijada, como la de 3 de abril de 2006 que establece:

“[...] en los casos de lesiones corporales y días consiguientes la determinación del evento indemnizable no se configura hasta que no se establezcan con carácter definitivo las secuelas causadas por el suceso lesivo, de manera que el “dies a quo” para el cómputo del plazo anual comienza a partir de la fecha en que se tiene constancia del alta médica definitiva o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por aquel”.

Por último, no se está vulnerando tampoco la declaración de hechos probados de la sentencia, haciendo supuesto de la cuestión, en tanto en cuanto tales hechos son respetados. La Audiencia considera acreditado que la caída se produjo el 28 de febrero de 2013, los días de incapacidad temporal, según informe médico aportado con la demanda, son de 185 días; la fecha en que finalizó el tratamiento médico fue el 23 de mayo de 2014, y la demanda se interpuso el 15 de septiembre de 2016.

Por su parte, la sentencia del Juzgado se refiere a la existencia de actos interruptivos de la prescripción, cuando indica, en sus fundamentos de derecho primero y segundo, que la actora formuló reclamación previa extrajudicial mediante burofax de 24 de junio de 2014 e intento de conciliación mediante papeleta presentada con fecha 23 de junio de 2015, y que terminó sin avenencia el 22 de septiembre de 2015. La Audiencia acepta los fundamentos jurídicos de la sentencia del Juzgado, mientras no se opongan a los propios del tribunal provincial, y, en ninguno de ellos, razona sobre la inexistencia de dichos actos interruptivos de la prescripción, que efectivamente constan en autos y que no niega tampoco la parte demandada.

Como declara la sentencia de esta Sala n.o 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, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo 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.

Es por ello, que no cabe apreciar los mentados motivos de inadmisión.

### 3.- Estimación del recurso

La jurisprudencia viene proclamando que el día inicial del cómputo del plazo del año del art. 1968.2 del CC, lo adquiere el perjudicado al producirse el alta médica, que es cuando realmente toma constancia de la entidad y consecuencias del daño, en la medida en que la medicina ha agotado las posibilidades de restituir la integridad física del lesionado a la existente con antelación al daño. Es el momento en que se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización ( sentencias 429/2007, de 17 de abril del Pleno, 430/2007, de 17 de abril; 682/2008, de 9 de julio; 1032/2008, de 30 de octubre; 326/2009, de 7 de mayo; 326/2019, de 6 de junio y 326/2020, de 22 de junio).

En este caso consta que la actora estuvo a tratamiento médico hasta el 23 de mayo de 2014, sin prueba alguna de que torticeramente fuera prolongando el tiempo de sanidad, o que no se sometiera a las oportunas indicaciones terapéuticas. En principio, se debe concluir que si se le dispense hasta aquella fecha atención médica es que existían expectativas razonables de mejoría o curación. Es, por lo tanto, tal data, la que se debe tener en cuenta a los efectos del art. 1969 del CC.

La circunstancia de que ulteriormente un perito médico, a los efectos de valorar el daño corporal sufrido, fije con anterioridad la fecha de estabilización de las lesiones, en atención al curso evolutivo de las mismas constatado en el tratamiento médico dispensado a la lesionada, no es determinante a los efectos de fijación del día inicial de la prescripción. Una cosa es el momento en que el perjudicado tuvo constancia de que sus lesiones se habían estabilizado y otra la discusión médico legal sobre su entidad.

En este sentido, señalamos en la sentencia 326/2020, de 22 de junio, que:

“En efecto, la determinación del denominado día de corte se establece, en numerosas ocasiones, tras la valoración del proceso evolutivo de una patología, dentro del marco de un proceso judicial, con discusión de



las partes al respecto y valoración de periciales contradictorias; por consiguiente, es posible que se fije en sentencia el día de estabilización, con anterioridad al alta médica, pues las revisiones periódicas seguidas permiten apreciar la estabilidad de una lesión, que no ha progresado evolutivamente de forma favorable sobre lo esperado, posible, aunque incierto.

O dicho de otra manera, una consulta de revisión o control no es incoherente con que se fije la incapacidad temporal, a efectos indemnizatorios, con antelación al alta médica, ya que el resultado de un examen programado de aquella clase puede constituir precisamente un indicador relevante o elemento de juicio decisivo, que permite determinar, a posteriori, cuando las lesiones se han estancado, al ser insensibles a los tratamientos ulteriores recibidos, adquiriendo entonces la condición de secuelas. No se puede pues identificar la actuación del médico tratante, que da el alta, con la del facultativo valorador.

Sin embargo, el perjudicado, que no es técnico en medicina, sólo adquiere constancia del efectivo daño corporal sufrido al recibir el alta. Es, a partir de ese momento, cuando se inicia el plazo de la prescripción, siendo cuestión distinta la discusión del efectivo alcance del daño padecido. La tesis postulada por la Audiencia generaría una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica inasumible, dado el carácter controvertido que alcanza la determinación de la fecha de la incapacitación temporal con la consolidación de las secuelas que, en el caso de su judicialización, se determina, a posteriori, tras la presentación de la demanda y la valoración de periciales médicas, en no pocas ocasiones contradictorias.

Por otra parte, no dependió del actor la prolongación del periodo de obtención del alta médica y el conocimiento de la estabilización de las lesiones, que le dejaba expedito el ejercicio de las acciones judiciales, cuando fue el propio centro médico asistencial el que señaló la cita de control, que concluyó con dicha alta, sin que conste ningún acto imputable a su persona tendente a demorar la sanidad del daño corporal padecido.

La jurisprudencia de esta sala obedece a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido, en situaciones en que no ha podido, hasta el alta médica, conocer en su totalidad el alcance del daño corporal sufrido, por causas en modo alguno imputables a su persona o

comportamiento ( SSTS 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 30 de noviembre de 1999, 3 de marzo de 1998 y 12 de junio de 2009, RC n.o 2287/2004), como acontece en el caso que nos ocupa”.

En cualquier caso, en el informe pericial se fija la incapacidad temporal en 185 días, no se señala, en dicho dictamen, como única lesión la sufrida en muñeca, ni que la sanidad de ésta última se alcanzase el 30 de abril de 2013.

Pues bien, en este caso, los 185 días apreciados en el referido informe pericial, inferiores a los derivados de la atención médica pautaada, determinan una incapacidad temporal hasta el 31 de agosto de 2013. Existe interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial mediante burofax de 24 de junio de 2014 y, posteriormente, se presenta papeleta de



conciliación el 23 de junio de 2015, celebrándose acto sin avenencia el 22 de septiembre de 2015, la demanda se presenta el 15 de septiembre de 2016, por lo que no transcurrió el plazo del año del art. 1968.2 del CC en relación con el art. 1973 del mismo texto legal, por el juego normativo de la interrupción de la prescripción, que determina que el plazo de ejercicio de la acción se inicie de nuevo.

Esta Sala ha declarado que la reclamación extrajudicial, cualquiera que sea su forma, es válida para interrumpir la prescripción, siempre que quede constancia de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago (sentencias 97/2015, de 24 de febrero; 74/2019, de 5 de febrero y 142/2020, de 2 de marzo), por lo que un burofax reúne los requisitos para cumplir dichas exigencias. Por su parte, la sentencia 62/2018, de 5 de febrero, señala que es el momento de presentación ante el Juzgado de la demanda de conciliación el que determina la interrupción de la prescripción, que correrá de nuevo -en su caso- a partir del momento de celebración de dicho acto.

#### 4.- Asunción de la instancia

La estimación del recurso conduce a la devolución de las actuaciones a la Audiencia para que dicte la sentencia correspondiente, a los efectos de no privar a la parte demandante de la correspondiente instancia, tal y como la misma solicita en su escrito de interposición del recurso de casación, lo que tiene su base en la jurisprudencia de este tribunal, de la que es botón de muestra la STS 62/2018, de 5 de febrero, en que indicamos:

“Al considerar esta Sala que no existe la prescripción que ha sido apreciada por la sentencia impugnada, procede casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, teniéndose por interpuesta la demanda en tiempo, se resuelva sobre las pretensiones formuladas en la misma. Así se ha acordado en sentencias como la 285/2009, de 29 abril (dictada por la sala en pleno al resolver Recurso 325/2006 por considerar procedente en tal caso “devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (...))”, teniendo en cuenta que “otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante

un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba”.

En el mismo sentido, las sentencias 899/2011, de 30 de noviembre; 721/2014, de 17 de diciembre; 97/2015, de 24 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre; 710/2018, de 18 de diciembre y 161/2019, de 16 de marzo; 326/2020, de 22 de junio, entre otras.

#### TERCERO.- Costas y depósito

De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se impone a la parte recurrente las costas del recurso.

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir conforme a la disposición adicional quince, apartado 8 de la LOPJ.

#### FALLO

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

**1.0-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de fecha 18 de abril de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección 3.a), en el rollo de apelación n.º 62/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 538/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Inca.

**2.0-** Casar la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, y devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, con carácter preferente, resuelva dicho recurso, si bien con respeto a lo ya decidido por esta sala en lo relativo a la inexistencia de la prescripción de la acción deducida.

**3.0-** No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación y se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

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 **Jose Manuel Villar Calabuig**  
Abogado

**A**vultas con la prescripción, el día inicial del cómputo del plazo del año del art. 1968.2 del Código Civil y los motivos de admisibilidad de los recursos de casación. No podemos dejar de resaltar que cualquier Sentencia en la que haya sido ponente el magistrado Sr. Seoane, es una oportunidad para aprender y aclarar dudas jurídicas. Por ello, dividiremos el comentario en dos partes: la prescripción y la admisión del recurso.

Resumen del caso: Reclamación por caída en establecimiento de la demandante, provocada por acumulación de agua, que, tras finalizar el proceso curativo, plantea demanda por daños y perjuicios. La demandada se opone por prescripción y por falta de responsabilidad. En primera instancia se desestima la demanda por prescripción y, a su vez, se establece la falta de responsabilidad del establecimiento. En segunda instancia, se desestima el recurso por prescripción, pero se modifican los fundamentos jurídicos respecto a la responsabilidad del establecimiento, declarando acreditado la causa de la caída por acumulación de agua de lluvia. Se recurre en Casación por interés casacional, en un único motivo, por oposición a dos sentencias de la Sala (669/2007 y 22/2015), solicitando que se case la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca por apreciar, indebidamente, la prescripción y se devuelvan los autos para dictar nueva sentencia sobre el resto de las cuestiones. La Sentencia que comentamos estima el recurso respecto a no apreciar prescripción y ordena la devolución para nueva sentencia.

**“se debe concluir que si se le dispensó hasta aquella fecha atención médica es que existían expectativas razonables de mejoría o curación”.**

Respecto a la Prescripción: el debate jurídico se centra en el día de inicio del plazo de prescripción de una acción de responsabilidad extracontractual. En concreto si el plazo se inicia con la estabilización o con el alta médica. Así, tanto en primera como en segunda instancia, se tomó como inicio la estabilización, pero el Alto Tribunal lo modifica a la fecha del alta médica, con el matiz, muy interesante, de que la demandante no ha prolongado “torticeramente” el tiempo de sanidad o que no atendiera a las indicaciones terapéuticas, y que no dependió del actor la prolongación del periodo de obtención del alta médica y el conocimiento de la estabilización de las lesiones.

Debemos destacar dos conclusiones que nos parecen muy relevantes: *“se debe concluir que si se le dispensó hasta aquella fecha atención médica es que existían expectativas razonables de mejoría o curación”* y la segunda, de mayor calado, *“La circunstancia de que ulteriormente un perito médico, a los efectos de valorar el daño corporal sufrido, fije con anterioridad la fecha de estabilización de las lesiones, en atención al curso evolutivo de las mismas constatado en el tratamiento médico dispensado a la lesionada, no es determinante a los efectos de fijación del día inicial de la prescripción. Una cosa es el momento en que el perjudicado tuvo constancia de que sus lesiones se habían estabilizado y otra la discusión médico legal sobre su entidad”*. Esta segunda conclusión tiene respaldo en la sentencia 326/2020, de 22 de junio, de la Sala 1ª, que establecía: *“por consiguiente, es posible que se fije en sentencia el día de estabilización, con anterioridad al alta médica, pues las revisiones periódicas seguidas permiten apreciar la estabilidad de una lesión, que no ha progresado evolutivamente de forma favorable sobre lo esperado, posible, aunque incierto.”*

Sin perjuicio de este criterio, plausible, de considerar el alta médica como inicio del plazo de prescripción, frente a la fecha de estabilización que se fija en el informe pericial, la Sentencia analiza las distintas actuaciones del actor y considera, aún así, que no estaba prescrita la acción. La lesión temporal se establece en el informe pericial hasta el 31/08/2013,

## COMENTARIO

reclamación extrajudicial por burofax el 24/06/2014, demanda de conciliación el 23/06/2015, con acto sin avenencia el 22/09/2015, y presentación demanda el 15/06/2016, por lo que no ha transcurrido el plazo de un año entre las distintas actuaciones.

Especial mención a la forma en que se vio, debidamente, interrumpida la prescripción. Primero, respecto al burofax: *“Esta Sala ha declarado que la reclamación extrajudicial, cualquiera que sea su forma, es válida para interrumpir la prescripción, siempre que quede constancia de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago sentencias 97/2015, de 24 de febrero; 74/2019, de 5 de febrero y 142/2020, de 2 de marzo), por lo que un burofax reúne los requisitos para cumplir dichas exigencias”*. Segundo, respecto al acto

**“la reclamación extrajudicial, cualquiera que sea su forma, es válida para interrumpir la prescripción, siempre que quede constancia de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago”**

de conciliación: *“.. es el momento de presentación ante el Juzgado de la demanda de conciliación el que determina la interrupción de la prescripción, que correrá de nuevo -en su caso- a partir del momento de celebración de dicho acto”*, con base en la sentencia 62/2018, de 5 de febrero.

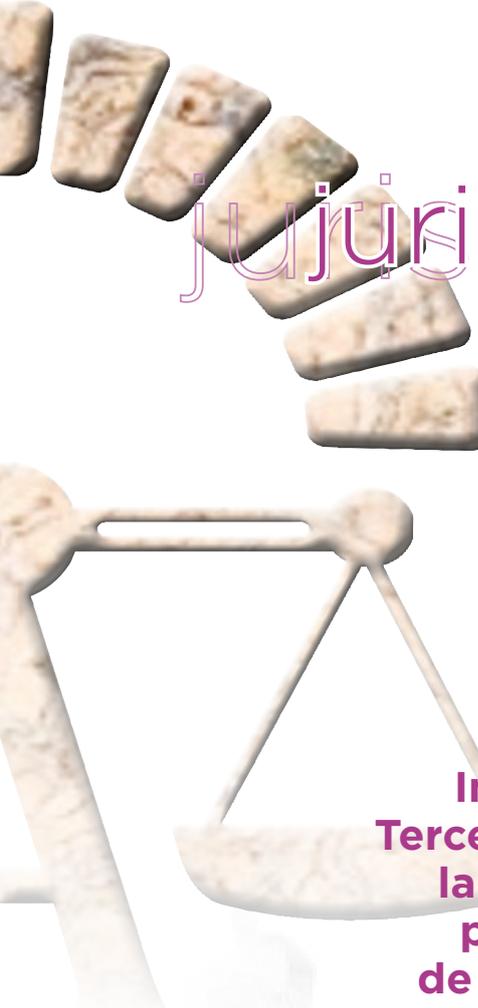
Respecto a la admisión del recurso: Muy interesante desarrollo sobre las causas de admisión del recurso, frente a las alegaciones de la demandada, que se basó en tres motivos para su inadmisión:

1.- Que la apreciación del día inicial de la prescripción es una cuestión fáctica de exclusiva soberanía de la sentencia de instancia. Se desestima al entender *“la prescripción contiene indiscutibles connotaciones jurídicas, que posibilitan su discusión a través del recurso extraordinario de casación, a los efectos de determinar si se ha procedido a la adecuada interpretación y aplicación de los preceptos legales que la regulan”* y con base en innumerables sentencias del Alto Tribunal.

2.- Falta del interés casacional, que requiere la cita de dos o mas sentencias de esta Sala. Se desestima porque la propia sentencia invocada para fundar el interés casacional, la 22/2015, de 19 de enero, cita a su vez otras sentencias, que apoyan la doctrina fijada, como hacia la de 3 de abril de 2016.

3.- Alteración de los hechos probados. Se desestima por entender que los hechos son respetados. Primero, por los hechos probados de la sentencia de primera instancia, respecto a la fecha del accidente, final del tratamiento y presentación de demanda, así como la existencia de actos interruptivos de la prescripción. Segundo, porque *“La Audiencia aceptó los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, mientras no se opongan a los propios del tribunal provincial, y, en ninguno de ellos, razona sobre la inexistencia de dichos actos interruptivos de la prescripción”*.

En conclusión, admitido a trámite el recurso, se casa la sentencia de la Audiencia Provincial por entender que está debidamente interrumpida la prescripción y se devuelven las actuaciones para que se dicte la sentencia correspondiente, a los efectos de no privar a la parte demandante de la correspondiente instancia, y se resuelva sobre las pretensiones formuladas sin tener por extinguida ni caducada la acción. Hay que recordar, además, que la Audiencia discrepó de la sentencia inicial respecto a los hechos, por lo que debería estimar, aunque sea parcialmente, la demanda.



# jurisprudencia

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

**Perjuicios morales de los familiares del Gran Inválido: legitimación reclamatoria. Ayuda de Tercera Persona del Gran Inválido: proporción de la cuantía resarcitoria e imposición de la mora procesal al tipo del 20% anual desde la fecha de la sentencia apelatoria. Renta anual vitalicia para cubrir los gastos asistenciales futuros: improcedencia de la imposición al asegurador de los intereses especiales del art. 20 LCS.**

---

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)  
de 10 de mayo de 2021

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

### PRIMERO.- *Antecedentes.*

Por D. Federico se formuló demanda frente a la Mutua Madrileña del Taxi, para que se declarase la responsabilidad civil extracontractual de aseguradora, por atropello del actor, solicitando 1.298.725,97 euros más 16.533,11 euros de gastos médicos y asistenciales en modalidad de renta vitalicia, debiendo tenerse en cuenta los pagos hechos por la aseguradora, por lo que debe condenarse a 483.507,49 euros más 16.533,11 euros de renta vitalicia, e intereses del art 20 LCS.

La sentencia de primera instancia condenó por incapacidad temporal a 98.747,25 euros; secuelas funcionales y estética a 268.060,71 euros; factores de corrección perjuicios económicos 26.806,07 euros; incapacidad permanente absoluta 172.316,76 euros; futuros

gastos a 7.943 euros anuales como renta vitalicia, y daños patrimoniales emergentes 52.206,19 euros.

Recurrió en apelación la parte demandante, y la sentencia de segunda instancia de fecha 5 de febrero de 2018, en cuanto a las cuestiones planteadas en el recurso, sobre la necesidad de ayuda de otras persona, declaró que el actor sufre grandes dificultades de deambulación, pero la sentencia concluye que puede realizar por sí, con limitaciones y dificultades las actividades más esenciales como vestirse, desplazarse en distancia cortas, comer, o asearse; requiere el apoyo de otras personas para otras actividades esenciales. Concluye la sentencia que en este caso existe grado bajo de incapacidad para las actividades más esenciales de la vida, que reclama la atención y ayuda de otra persona, contando la víctima al tiempo de consolidarse la incapacidad 21 años, con una previsible larga vida, en tal situación de dependencia baja, por lo que le concede el factor de corrección de 69.000 euros, próximo a la quinta parte de los 344.633,51 euros establecidos para 2008. Sobre los perjuicios morales de familiares no tiene el actor legitimación *ad causam*, porque no han formulado demanda los familiares.

En cuanto a la renta vitalicia, se mantiene el importe, porque no hay fundamento de previsión de incremento de gastos médicos, asistenciales y de tratamiento.

Contra la anterior sentencia, el demandante ha interpuesto recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

El recurso de casación contiene cinco motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

*SEGUNDO.- Motivo primero. Motivación errónea por desproporción en la determinación del factor de corrección de "Ayuda de tercera persona", al amparo del art 469.1.2.o LEC, en un caso de incapacidad del 79%, pero se dice que tiene un grado bajo de incapacidad para la realización de actividades esenciales, y al propio tiempo se tiene por probada la necesidad de ayuda de otros para cuestiones esenciales (art. 218.2 LEC).*

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se razona ampliamente la cantidad que se concede por "ayuda de terceras personas", y si la cantidad establecida es desproporcionada o no es una cuestión que se debe resolver en sede de casación, al ser una cuestión sustantiva y no procesal, lo que también viene a reconocer el propio recurrente cuando la reproduce como motivo de casación, por todo ello debe rechazarse que concurra una motivación arbitraria o irrazonable ( art. 218.2 LEC).

Recurso de casación.

**TERCERO.-** Sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto a la "ayuda de otra persona". En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró en el fundamento de derecho tercero (tres):

"[-Tres.- Necesidad de ayuda de otra



persona.] Don Federico ha quedado, cuatro años después del atropello por automóvil sufrido cuando tenía diecisiete años, con limitaciones para la deambulaci3n, por terreno llano y cortas distancias, con bast3n en la calle, marcha alterada con exposici3n a disequilibrios y caídas, deambulaci3n con apoyo en paredes y muebles en casa, puede utilizar autobuses para tramos cortos y conocidos, sin trasbordo, y a3n as3 tiene dificultades para acceder al veh3culo (detective se3ora Diana en su declaraci3n como testigo en la sesi3n del juicio del 28 de octubre de 2015, calificando de enormes las dificultades para subir al autob3s y bajar del mismo), precisando ir acompa3ado para utilizar el metro, se sirve en los 3ltimos tiempos una silla de cuatro ruedas motorizada, pero necesita ayuda para guardarla, concluido su uso (declaraci3n testifical del padre, en la sesi3n del 28 de octubre de 2015), inestabilidad en bipedestaci3n, puede recoger algo de escaso peso que se le haya caído al suelo (informe de “M;ra (sic) Detectives Privados”,

fotograf3a en la p3gina 20 del informe, folio 2.456 de los autos del Juzgado, tomo VII), impresiona de lentitud en el habla y dificultad para la variaci3n tonal y de volumen, temblor en extremidades derechas muy condicionante, que persiste tras la implantaci3n intracraneal en febrero de 2015 de un electroestimulador (doctor Cristobal en la vista de la apelaci3n), por el que necesitaba de medicaci3n, que mantiene despu3s de la implantaci3n del estimulador, aunque con disminuci3n de dosis, incapacitado para operaciones manuales de precisi3n, no pudiendo realizar una pinza con el primer y segundo dedos de la mano derecha y le falta habilidad para para operaciones como doblar prendas, lavarse la ropa o prepararse la comida (desde la implantaci3n del estimulador tiene inconveniencia de estar pr3ximo a electrodom3sticos activados, como un microondas), sufre d3ficit de coordinaci3n corporal, escritura no funcional que requiere un elevado tiempo de ejecuci3n, maneja con dificultades el teclado y rat3n del ordenador



y el teléfono móvil, puede hacer uso de un cajero automático, pero no es previsible que pueda llegar a conducir automóviles, aun adaptados; diplopía en la mirada vertical hacia arriba, puede comer solo, con dificultades con los líquidos por el temblor y limitaciones para cortar la carne y limpiar el pescado, se viste sin ayuda y lentamente, siempre que sea con ropa adecuada (cremalleras y no botones, que no podría abrochárselos, como tampoco podría anudarse los cordones de los zapatos), puede asearse solo, también con lentitud, dificultades en el afeitado e incapacidad para cortarse las uñas de manos y pies, hace sus necesidades también sin ayuda (acceso al inodoro, desvestirse, evacuar, limpiarse y vestirse), hace él solo pequeñas compras de artículos que pueda llevar con una mano, a nivel cognitivo presenta lentitud de aprendizaje, lentitud para planificar (doctora Eugenia , médica rehabilitadora que trató a don Federico durante cuatro años en el Hospital Beata María Ana, declaración en la sesión del juicio del 28 de octubre de 2015), tiene independencia para labores muy concretas y desde el punto de vista cognitivo no era independiente cuando se le dio el alta en Beata María Ana en 2008 (declaraciones de don Guillermo , neuropsicólogo del mismo hospital en el juicio), falta de atención y concentración (informe del Instituto de Enseñanza Secundaria Villaverde, documento 9 de los de la demanda, tomo I) y sufre secuelas neuropsicológicas cognitivas de base orgánica, de carácter crónico e irreversible (doctor Jacobo ). Realizó en cuatro años académicos un ciclo formativo de grado medio de “Técnico de Explotación de Sistemas Informáticos”, programado para dos años, en el Instituto de Enseñanza Secundaria Villaverde con finalidad terapéutica y de integración (“no era para que fuese informático”, declaración en el juicio de la doctora Eugenia ), superando los exámenes, valorando su capacidad de esfuerzo y consiguiéndose otra serie de objetivos (“pero aprobar los exámenes no significa idoneidad para el ejercicio profesional”, declaración en el juicio de don Laureano , tutor del curso, sesión del 28 de octubre de 2015), ha permanecido en régimen de internado durante 2014 y seguía en 2015 en el Centro de Recuperación de Personas con Discapacidad Física, donde ha realizado terapia ocupacional y un curso de montaje y mantenimiento, ha participado en actividades ocupacionales y de ocio en la asociación Apanefa (Asociación del Daño Cerebral sobrevenido) y en 2013 se incorporó al Centro de Día de la asociación, hasta obtener plaza en el Centro de Recuperación de Personas con Discapacidad Física, recibiendo

en Apanefa terapia ocupacional, fisioterapia, asistencia psicológica, logopedia y participando en talleres de actividad manipulativa, con el objetivo de mantener y preservar las habilidades y capacidades adquiridas (en el caso de don Federico en el Hospital Beata María Ana). Tiene reconocida por la Comunidad de Madrid con fecha 1 de febrero de 2010 un grado total de discapacidad del 79 por ciento (documento 7 de los de la demanda). En el último informe del Hospital Beata María Ana, de 30 de diciembre de 2008 consta: “En este momento el paciente ha alcanzado un nivel de independencia aceptable para la realización de las actividades de la vida diaria, no obstante cabe señalar que para la realización de algunas de ellas necesita adaptaciones específicas y que las lleva a cabo en un tiempo superior al considerado como normal. Por otro lado, es necesario que el paciente realice de forma periódica ejercicio físico controlado, ya sea sesiones de fisioterapia de mantenimiento o acudir a centro deportivo para evitar retrocesos en su situación actual y la aparición del temblor” (del testimonio del juicio de faltas adjunto a la demanda como documento 4, folio 172, tomo I).

“Ponderando la trascendencia vital de la anterior situación orgánico-funcional, puede concluirse que don Federico puede realizar por sí, con limitaciones y dificultades, pero en lo sustancial, las actividades más esenciales de la vida como vestirse, desplazarse (en cortas distancias) o comer o asearse. Pero requiere el apoyo, supervisión o atención de otras personas en todo lo que significa facultarle para que pueda llegar a realizar esas actividades esenciales que son vestirse (con ropa adaptada y lentamente), desplazarse (en cortas distancias, con inestabilidad que le expone a caídas) o comer (con cubiertos adecuados y no toda clase de alimentos, con problemas para llevar los líquidos a la boca con cuchara) y otras análogas como la higiene corporal. Esto es que resulta impensable en don Federico un estado de autosuficiencia físico-funcional, pues sus severas limitaciones le hacen constantemente dependiente de otras personas. Es manifiestamente dependiente para el transporte, cuando se superan las reducidas distancias que puede superar a pie, con su bastón, en una línea conocida de autobús y en un tramo corto o con su silla motorizada (que requiere de la intervención de otra persona para guardarla), precisando de una silla de ruedas en sus vacaciones organizadas por una asociación de asistencia a minusválidos, que empujan los monitores (declaración en la primera sesión del juicio del padre del demandante,

don Porfirio ). En su manifestación vital salen constantemente a su encuentro dificultades para cuya solución es precisa la intervención de otra persona incluso, aunque en mínima parte, para comer, vestirse, desplazarse y aún, asearse. Impedido para cualquier ocupación laboral, y aun pudiendo disfrutar él solo, sin ayuda, de momentos de ocio (un breve paseo, tomar un café en un establecimiento próximo a su domicilio, como se revela por los informes de detectives incorporados al proceso) su ámbito referencial vital es el domicilio familiar o un centro ocupacional para personas con minusvalías análogas a la suya y en ambos entornos cuenta con asistencia de terceros, de modo que la dependencia de otras personas se instaura como algo sustancial a su vida.

“No puede decirse que esa situación queda fuera de la previsión del factor de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes de la tabla IV del anexo de la LRCSCVM, titulada “Grandes inválidos” porque la misma está referida a “personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estado de coma vigil o vegetarianos crónicos...)”, ya que, vista la mencionada tabla IV, es de apreciar que para las incapacidades permanentes total y absoluta el sistema de indemnizaciones establece una cantidad máxima y una mínima, mientras que para la necesidad de ayuda de otra persona sólo establece una indemnización máxima (hasta 344.633,51 euros en las indemnizaciones para el año 2008), lo que implica que es legalmente posible cuantificar las indemnizaciones por necesidad de ayuda de otra persona en 1.000, 5.000 o 10.000 euros, lo que no casa con la corrección indemnizatoria exclusiva para quienes requieran de absoluta y total ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estado de coma vigil o vegetarianos crónicos...) y así, en la delimitación del factor de corrección que comentamos de la tabla IV del anexo de la LRCSCVM, se dice que la indemnización por la circunstancia agravatoria se determinará.

“Ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida”.

“Lo que significa que esa incapacidad “para realizar las actividades más esenciales de la

vida” no es de estricta imposibilidad completa o, en otro caso, no existe, sino que admite graduación, puesto que la necesidad de ayuda de otra persona puede ser mayor o menor, desde la ejecución de toda actividad por un tercero, el auxilio o asistencia, la facilitación, la supervisión, o la simple -pero necesaria- disponibilidad.

“El Tribunal entiende que en el caso de don Federico existe un grado bajo de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida del que deriva la atención de ayuda de otra persona para la ejecución de aquellas, contando la víctima, al tiempo de consolidarse aquella incapacidad, 21 años de edad, como nacido el NUM001 de 1987, con una previsible larga vida en tal situación de dependencia baja, lo que le hace acreedor de una indemnización complementaria con base en el factor de corrección al que nos estamos refiriendo, en cuantía de 69.000 euros, próxima a la quinta parte del máximo de 344.633,51 euros establecido para el año 2008”.

*CUARTO.- Motivo primero. Infracción del art 1.2 de la LRCSVM según redacción dada por la disposición adicional octava de la Ley 30/95, por incorrecta aplicación de la tabla IV “Ayuda de Tercera Persona”, en relación con el segundo inciso apartado primero 7, cuando establece el principio de total indemnidad de daños. La sentencia ha reconocido 69.000 euros cuando la solicitud eran 258.475 euros. Alega que se opone a la jurisprudencia de la Sala, STS 95/2016, de 19 de febrero.*

*QUINTO.- Decisión de la sala. Ayuda de otra persona.*

Se desestima el motivo.

Esta sala ha de apreciar el esfuerzo de ponderación efectuado en la sentencia recurrida, dado que aún reconociendo la necesidad de ayuda de tercera persona, se valora que el lesionado puede efectuar algunas actividades por sí mismo, en concreto las esenciales, si bien con limitaciones, concretando que se da una grado de dependencia evidente pero no absoluto y por ello fija una cantidad que se aproxima a la quinta parte del total.

Por todo ello declaramos que no se ha infringido el art. 1.2 de la LRCSVM.

*SEXTO.- Motivo segundo. Por inaplicación del apartado primero 4, del anexo sobre responsabilidad civil y seguro, tabla IV, rúbrica “perjuicios morales de familiares”, porque no se reconoce al actor como perjudicado y único beneficiario, y no se concede ninguna cantidad.*

*Motivo tercero. Por infracción del art 7 CC en relación con la tabla IV*

*“perjuicios morales de familiares”, alega la teoría de actos propios porque la aseguradora realizó ofrecimiento expreso de pago por este concepto.*

*SÉPTIMO.- Decisión de la sala. Perjuicios morales de familiares.*

Se estiman los dos motivos, analizados en conjunto.



En la sentencia recurrida se niega la indemnización por el concepto “perjuicios morales de familiares”, al entender que el actor no tiene legitimación para reclamarlos, ya que solo podrían solicitarlo los familiares.

Esta sala en sentencias 262/2015, de 27 de mayo y 227/2014, de 22 de mayo, declaró:

“En la tabla IV del Baremo todos los factores de corrección se recogen bajo la rúbrica de “Grandes inválidos”, que son los auténticos perjudicados (apartado 1.4 del anexo), por lo que no se les puede negar legitimación para recurrir incluso los perjuicios morales a familiares, pues como todas es una partida que pretende redundar en beneficio del lesionado, solución que garantiza la indemnidad del perjudicado ante variaciones en el nivel de atención de los familiares ( Sentencia, Tribunal Constitucional Sala Primera, 15/2004, de 23 de febrero de 2004 . Recurso de amparo 4068/1998)”.

A la vista de esta doctrina jurisprudencial debemos declarar que el perjudicado está legitimado para reclamar por el concepto de “perjuicios morales de familiares”.

Una vez fijado ello, debemos fijar, por este concepto, la cantidad de 129.237,57 euros, que fue la que en su día consignó y ofreció la aseguradora, dado que la entendemos ponderada y ajustada a las circunstancias del caso, dado el sufrimiento padecido y la necesidad de atención para con su hijo.

*OCTAVO.- Motivo cuarto. Inaplicación del apartado primero 8 de la LRCSVM, sobre la renta vitalicia, el concepto “Mora del asegurador” y art 20 LCS porque no se impone el recargo por mora sobre la renta vitalicia anual que concede.*

*NOVENO.- Decisión de la sala. Intereses del art. 20 de la LCS y la renta vitalicia.*

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se fija como renta vitalicia la suma de 7.953 euros al año, por futuros gastos de rehabilitación y centro de día más los gastos farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, porcentajes a cargo del paciente y productos de homeopatía, así como otros futuros gastos médicos, asistenciales y de tratamiento.

Esta sala declara que no procede aplicar los intereses del art. 20 de la LCS sobre dichas cantidades dado que aún no se han devengado, por lo que no puede imputársele a la aseguradora retraso en el pago.

*DÉCIMO.- Motivos quinto y sexto (conclusión). Inaplicación apartado segundo de la disposición adicional octava Ley 30/1995 que introduce la disposición adicional “Mora del Asegurador”, en su redacción dada por la disposición final 13.a LEC en relación con los arts. 2.3 CC y 20 LCS porque no se ha concedido el recargo del art. 20 LCS sino desde la fecha de la sentencia, y no desde la fecha de la reclamación judicial.*

*UNDÉCIMO .- Sentencia de la Audiencia Provincial sobre los intereses del art. 20 de la LCS.*

En la sentencia recurrida se declaró sobre los intereses del art. 20 de la LCS, lo siguiente:

“[-Siete.- Intereses.] El Tribunal de apelación asume cuanto se razona en el fundamento de derecho tercero de la sentencia apelada referido a la improcedencia de la condena a pago de intereses. Ello aunque en nuestra sentencia quedarán cantidades por satisfacer por la aseguradora, además de la renta vitalicia para gastos futuros médicos y asistenciales (MMT ha satisfecho a cuenta de indemnizaciones por los conceptos.

reclamados en esta litis, incluido lo pagado por pensión provisional y los pagos de pensión hechos por el Juzgado con cargo al aval prestado por la aseguradora, 815.218,48 euros). La demandada se ha ajustado en su actuación indemnizatoria a lo dispuesto en el artículo 9 de la LRCSVM, aunque vaya a resultar de la presente sentencia que la cantidad debida sea superior a la pagada. Un día antes de cumplirse los tres meses desde el siniestro, MMT presentó en el juzgado ante el que se seguían las actuaciones penales precedentes aval bancario por 180.303,63 euros, con petición de declaración de suficiencia. Fue pagada por la aseguradora la pensión provisional establecida por el mismo juzgado hasta junio de 2007 y, desde entonces hasta el alta por curación, la pensión fue abonada por el juzgado, con cargo al aval prestado, que fue ejecutado. La demandada asumió los gastos de hospitalización del primer año del siniestro y los del Hospital Beata María Ana desde diciembre

de 2004 a agosto de 2007, en ese último momento ya a la espera de que se emitiese por el médico forense un informe final de tiempo de curación y secuelas. El 9 de diciembre de 2008, poco después de emitirse el informe de sanidad por el médico forense, MMT consignó judicialmente la cantidad de 585.671,37 euros como indemnizaciones devengadas por el lesionado, con arreglo al tiempo de sanidad y secuelas del informe del médico forense, con puesta a disposición del lesionado de la mencionada suma y sin descontar cantidades pagadas en concepto de pensión provisional (documento 4 de los de la demanda, testimonio del juicio de faltas, folio 129, tomo I):

“Días de hospitalización 295 a 64,57: 19.048,15 euros. “

“Días de impedimento 1364 a 52,47: 71.569,08 euros. “”Incapacidad permanente; “

“Aplicandofórmuladesecuelasconcurrentes en 85 puntos a razón de 2.894,08 euros: 245.996,80 euros. “”Subtotal..... 336.614,03 euros.

“”Factores correctores: “”10% factor corrector..... 33.661,40 euros. “

“Incapacidad permanente total 86.158,38 euros. “”Perjuicios morales familiares 129.237,57 euros. “”Total..... 585.671,38 euros.”

“El actor no solicitó la entrega de la cantidad consignada. Esto es que MMT hizo un pago en el momento en que contó con un criterio autorizado, manifestado en el informe de curación del médico forense, sobre la entidad definitiva de las lesiones permanentes. El actor se reservó la acción civil para ejercitarla en procedimiento independiente. La expresada cantidad, concluido el proceso penal fue devuelta a la aseguradora con el sobrante de la ejecución del aval, intentando la aseguradora conseguir una avenencia sobre el montante total de la indemnización procedente, así el 28 de junio de 2012 (comunicación de MMT a la letrada del actor, documento 19 de la demanda, tomo III):

“”Respecto a su solicitud de oferta le comunico de MUTUA M.M.T. SEGUROS mantiene la oferta de indemnización en la misma cantidad que se consignó en el Juzgado de Instrucción número 40 de Madrid en el procedimiento de juicio de faltas 915/2004, que asciende a 711.552,60.-€, además de las cantidades entregadas por el Juzgado en

concepto de pensión provisional.

“”Teniendo en cuenta que en ningún momento del procedimiento se ha conocido los conceptos y las cantidades que se reclamaban, y que tampoco ahora se realiza cuantificación alguna, los cálculos para la consignación se realizan basándonos a la documental médica obrante en autos”.

“La cantidad de 711.552,60 euros respondía a la consignación hecha en el Juzgado de Instrucción más el sobrante del aval ejecutado. El 11 de junio de 2013 el demandante hace a MMT una solicitud motivada de indemnización con base en el informe pericial del doctor Argimiro , reclamando 1.425.727,96 euros, tras descuento de lo ya percibido por pensión provisional (documento 17 de los de la demanda, tomo III). El 26 de julio de 2013 MMT comunica a la letrada del actor (documento 20 de los de la demanda, folio 1112, tomo III):

“”En relación a su solicitud de oferta, le reiteramos nuestro ofrecimiento realizado el 29 de junio de 2012 que fue desglosado en las actuaciones judiciales y que es referida en su comunicación. Tal cantidad está a su disposición en la forma de pago que nos indique”.

“En septiembre de 2013 el perjudicado manifestó su expresa disconformidad con la indemnización total ofrecida de 815.218,48 euros (de los que 103.665,88 euros ya habían sido percibidos y el resto de 711.552,60 euros era ofrecido), aceptando el ofrecimiento como pago a cuenta de la indemnización que judicialmente se determinase. Ese mismo mes el perjudicado percibió de MMT la expresada cantidad de 711.552,60 euros.

“No existe mora de la aseguradora, que hizo frente a las obligaciones que, como a tal, le eran atinentes, y las discrepancias entre las partes se circunscriben a la cantidad total que debía ser abonada, constando en autos reclamación de don Federico posterior al proceso penal en reclamación de 1.425.727,96 euros (burofax de 11 de junio de 2013, documento 17 de los de la demanda, tomo III), que se ajustaba, en orden a las secuelas y factores de corrección, al dictamen del doctor don Argimiro , teniendo la aseguradora, que ya había puesto a disposición del perjudicado una cantidad importante, razones para considerar inapropiada y exorbitada la suma reclamada, lo que sería luego corroborado por el fallo de la sentencia de la primera instancia. No ha existido, pues, por parte de la aseguradora, retraso en el

pago, sino discrepancia razonable y fundada en cuanto a su cuantía, lo que va a ser también reconocido con la fijación final indemnizatoria que se hará en esta sentencia, de modo que ha existido pago en tiempo oportuno (aval a los tres meses del siniestro; pago de pensión; consignación de cantidad en el procedimiento penal a disposición del perjudicado de diciembre de 2008, que se mantuvo en la cuenta del juzgado hasta que fue resuelto definitivamente la causa penal en apelación por la Audiencia; y transferencia de indemnización hecha en 2013) y la mora exclusivamente del exceso entre lo que definitivamente se conceda y lo satisfecho queda amparada, a los efectos de exención de pago de intereses, en la regla octava del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro -causa justificada-. Ha declarado con reiteración el Tribunal Supremo que la regla octava del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro excluye la aplicación del recargo por mora que el precepto establece cuando existe causa justificada para demorar el pago de la indemnización, entre otras razones, por discrepancia razonable en torno a la procedencia o no de la cobertura del siniestro o del importe de la indemnización que debe satisfacerse, siempre que se haya consignado o abonado el importe mínimo ( sentencias de 12 de marzo de 2001, 9 de marzo 2006, 7 de febrero de 2007, 11 de junio de 2007, 22 de diciembre de 2008, 7 de mayo de 2008, 1 de julio de 2008, 18 de noviembre de 2008, 26 de noviembre de 2008, 9 de diciembre de 2008 y 26 de marzo de 2009).

“Se rechazará la petición del recurso atinente a los intereses. Sin perjuicio de los de la mora procesal al tipo del 20 por ciento ( artículo 20, regla cuarta, de la Ley de Contrato de Seguro) desde la fecha de esta sentencia (intereses que no procedía imponer en la resolución de la primera instancia, porque, excluida la pensión vitalicia, la cantidad pagada superaba la reconocida en la sentencia a favor del actor)”.

*DUODÉCIMO.- Decisión de la sala. Intereses del art. 20 de la LCS fecha desde de la que se devengan.*

Se desestiman los dos motivos.

En la fecha del atropello, la redacción sobre los intereses del art. 20 de la LCS, en siniestros de tráfico era la fijada en la disposición final 13.a de la LEC 2000 y en ella se fijaba que tras un proceso penal, si se inicia un proceso civil, se habrá de consignar nuevamente si la previa

consignación ha quedado sin efecto.

No se infringe la disposición final 13.a mencionada, dado que la devolución de la cantidad consignada, fue por causa ajena a la aseguradora y sin perjuicio de ello volvió a consignar antes del inicio del proceso civil una cantidad que era superior a la que fue objeto de condena en primera instancia.

Sin perjuicio de ello, el art. 20.8 de la LCS, establece la posibilidad de que no se condena al pago de los intereses del art. 20 de la LCS, cuando concurra “causa justificada”.

Es precisamente la apreciación de causa justificada, la que motivó que los intereses del art. 20 de la LCS, solo se impusieran desde la fecha de la sentencia de apelación, dado que la aseguradora:

a) Avaló en el procedimiento penal, para pago de pensión provisional.

b) Consignó en diciembre de 2008, tras el informe del médico forense, la cantidad de 585.671,37 euros que fue devuelta a la aseguradora por no haber solicitado su entrega el perjudicado.

c) Volvió a consignar en septiembre de 2013 la cantidad de 711.552, 60 euros, que fue aceptada, sin perjuicio de la cantidad abonada por pensión provisional (103.665,88 euros).

A la vista de lo expuesto, debe destacarse la actitud de leal cooperación de la aseguradora, la amplia consignación efectuada por dos veces antes de la iniciación del proceso civil (una de ellas no aceptada) y que la cantidad objeto de condena en primera instancia era inferior a la consignada lo que nos lleva a confirmar la existencia de causa justificada para no imponer los intereses del art. 20 de la LCS desde la interposición de la demanda, como solicita el recurrente, por lo que debe mantenerse la condena al pago de los intereses del art. 20 de la LCS desde la sentencia de la Audiencia Provincial.

*DECIMOTERCERO.- Conclusión.*

En virtud del presente recurso de casación, se incrementa la condena en 129.237,57 euros (perjuicios morales a familiares) cantidad que ya fue objeto de consignación y recepción por el asegurado, por lo que por esta suma no se devengan intereses.

## DECIMOCUARTO.- Costas y depósito.

No procede imposición de las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido ( art. 398 LEC).

Se imponen al recurrente las costas derivadas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido.

### FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Federico contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2018 de la Sección 13.a de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 302/2017).

2.º- Estimar parcialmente el recurso de

casación interpuesto contra la misma sentencia por el mismo recurrente D. Federico .

3.º- Casar la sentencia recurrida, en el sentido de incrementar la condena en 129.237,57 euros (perjuicios morales a familiares).

4.º- Se mantiene la resolución recurrida en los demás extremos.

5.º- No procede imposición de las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido.

6.º- Se imponen al recurrente las costas derivadas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido.

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

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



Por **Mariano Medina Crespo***Abogado**Doctor en Derecho*

**P**erjuicios morales de los familiares del Gran Inválido: legitimación reclamatoria. Ayuda de Tercera Persona del Gran Inválido: proporción de la cuantía resarcitoria e imposición de la mora procesal al tipo del 20% anual desde la fecha de la sentencia apelatoria. Renta anual vitalicia para cubrir los gastos asistenciales futuros: improcedencia de la imposición al asegurador de los intereses especiales del art. 20 LCS.

**1. Accidente, lesiones y proceso.** El proceso que se remata con la sentencia de referencia, corresponde a los daños corporales causados en un accidente de circulación acaecido en 17/03/2004, en el que un joven de 17 años (estudiante de bachillerato) sufrió muy graves lesiones consistentes, en particular, en un síndrome cerebeloso bilateral, por el que fue dado de alta al cabo de 1.659 días (295 hospitalarios y 1.364 impeditivos extra hospitalarios), resultando con secuelas a las que se asignaron 85 puntos, determinantes de una situación de incapacidad permanente absoluta, tras ser dado de alta en noviembre de 2008.

**2. El juicio de faltas con reserva de la acción civil.** Tramitado juicio de faltas, el perjudicado acusó al conductor denunciado (taxista) que en un cruce había rebasado su semáforo en rojo, produciéndose entonces el atropello. En él, el perjudicado se reservó el ejercicio separado de su acción civil. El juicio se resolvió mediante sentencia condenatoria del denunciado, recaída en 16/09/2010, aclarada por auto de 15 de noviembre siguiente. Apelada la sentencia (no se sabe si por el denunciante o por el denunciado) la AP la confirmó mediante sentencia de 18/07/2011. Habían transcurrido más de 7 años desde la fecha del siniestro.

**3. Demanda, reclamación y pagos previos.** En marzo de 2014, el perjudicado ejercitó acción de responsabilidad civil extracontractual (*ex delicto*) contra la aseguradora de la responsabilidad civil del conductor (MMT), reclamando una indemnización alzada de 1.301.980,46€, por los diversos conceptos perjudiciales (lesiones temporales con factor de corrección; secuelas funcionales y perjuicio estético con factores de corrección; daños morales complementarios; incapacidad permanente absoluta; ayuda de tercera persona; perjuicios morales de familiares; gastos de diversa índole; y lucro cesante complementario), más una renta anual vitalicia de 16.533,11€ por gastos asistenciales y para asistenciales futuros (actualizable en años sucesivos con el IPC, con posibilidad de su capitalización mediante la fijación de un 60% del valor actuarial que supondría la suma de 389.357,52€), habiéndose de deducir de aquella cantidad los 815.218,48€ previamente abonados por la aseguradora. Se pedía que ambas cantidades fueran gravadas con los intereses moratorios especiales del art. 20 LCS y, además, (solicitud absolutamente sorprendente y *contra ius*) con “los intereses procesales desde la interposición de la demanda hasta su completo pago”. La demandada se opuso a la demanda, pidiendo su completa desestimación.

**4. La sentencia de primera instancia.** La SJPI de 17/03/2016 (con dos autos aclaratorios rectificatorios de errores) estimó parcialmente la demanda, fijando en 704.295,36€ la indemnización total por los primeros conceptos, suma inferior a la abonada previamente por la aseguradora demandada; y una renta anual vitalicia cifrada en 7.953€, actualizable con el IPC.

**5. La sentencia de segunda instancia.** Apelada la sentencia por el demandante y formulada impugnación (la antigua adhesión activa) por la demanda, la SAP de Madrid (Sección 13ª) de 05/02/2018 (Carlos Cezón González) acogió parcialmente una y otra censura. En lo que respecta al seguro del demandante: 1) La partida de los perjuicios morales de los familiares (cifrada en 129.237,57€, previamente abonados por la demandada) fue suprimida por negarse al perjudicado su legitimación reclamatoria que se estimaba solo predicable de los familiares afectados; 2) Se mantuvo la suma reconocida por ayuda de tercera persona, cifrada en 69.000€; 3) Se mantuvo el reconocimiento de la renta vitalicia por el importe que había reducido la sentencia apelada; 4) Se reconoció, con aplicación de la “doctrina Xiol”

## COMENTARIO

(SSTS DE 25/03/2010), una partida por lucro cesante complementario (añadida a la suma del factor de corrección por perjuicios económicos derivados de las secuelas y a la mitad de la suma reconocida por la incapacidad permanente absoluta) que se cifró en 107.224,28€; 5) Confirmó que no procedía la imposición de los intereses del art.20 LCS respecto de las cantidades pendientes de abonar, sin perjuicio de aplicar la mora procesal desde la fecha de la sentencia apelatoria al tipo del 20% anual. En lo que refiere a la impugnación de la aseguradora, la partida de los daños materiales emergentes se mantuvo, pero reduciendo su importe a 49.383,98€, frente a los 52.206,19€ originariamente reconocidos.

**6. Recursos ante el TS.** Contra la sentencia de segundo grado, el demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal (motivo único) y recurso de casación (5 motivos).

**7. El recurso procesal y su justificada desestimación.** El recurso procesal denunciaba la inadecuada motivación expresada para fijar la cantidad correspondiente a la partida de ayuda de tercera persona, al haber acudido a una errónea e irrazonable falta de proporción, en relación con el máximo tabular, que no ponderaba el verdadero alcance del perjuicio. El motivo fue persuasivamente desestimado al señalarse que la proporción indemnizatoria constituye una cuestión sustantiva que debe dilucidarse a través del recurso de casación. Al desestimarse el recurso, se impusieron al recurrente las costas causada por él.

**8. El motivo de casación atinente a la cuantía de la ayuda de tercera persona y su desestimación.** Este primer motivo de casación denunciaba la desproporción a la que se ha hecho referencia respecto a la determinación de la partida indemnizatoria por la necesaria ayuda de terceros. Dicho motivo fue desestimado, pues, al establecerse como indemnización una quinta parte (69.000€) del máximo legal (344.633,51€) y, “aún reconociendo la necesidad de ayuda” el alcance de esta justificaba la suma decretada.

**9. Crítica de la desestimación de este primer motivo.** Sobre la desestimación de este primer motivo hay que agradecer al TS que reproduzca literalmente el amplio fundamento que la sentencia recurrida dedicó a este punto. De su lectura se desprende que la preocupación de la AP era aplicar este subfactor de corrección a un lesionado permanente que, afectado por una incapacidad permanente absoluta, no era un gran inválido. Pero lo



cierto es que lo era de modo inequívoco y así lo destacó el recurrente en la formulación de su motivo. Sentado ello, el casuismo expresivo de las concretas situaciones que imponían la necesidad de su ayuda por terceras personas acredita la desproporción a la baja en que incurrió la sala sentenciadora y, por tanto, que el motivo, en mi concepto, con elemental sensibilidad, tendría que haber sido acogido.

**10. Los motivos atinentes al resarcimiento de los perjuicios morales de los familiares y su correcta estimación.** Se acogieron, en cambio, los motivos segundo y tercero que, con distinta formulación (inaplicación de la regla general 4ª del apartado primero del Baremo, en relación con la tabla IV; y falta de aplicación del art. 7 Cc. atinente a la vinculación de los actos propios), denunciaban que se hubiera denegado la aplicación del subfactor corrector que, dentro de la gran invalidez, constituyen los perjuicios morales de los familiares del lesionado. El TS desautoriza con tajante razón esa privación, al declarar que el criterio sostenido por la AP es contrario a la doctrina jurisprudencial sentada por las sentencias de 22/05/2014 y 27/05/2015, que asumieron el criterio que, con invasión de la interpretación de la legalidad ordinaria (que es propia y privativa de la jurisdicción), sostuvo la STC de 24/02/2004. Al estimar los motivos, el pronunciamiento rescisorio consistió en fijar como indemnización la cantidad en la que la aseguradora había valorado, consignado y abonado al perjudicado, aunque la referencia justificativa a la “necesidad de atención para con su hijo” desmiente el fundamento de la variabilidad de personas que previamente se invoca.

(...) “... La sentencia apelatoria desestimó la pretensión del demandante, confirmando la justificación de la falta de abono de la partida relativa a la pensión anual vitalicia, al haber administrado el siniestro con completa corrección mediante los pagos efectuados después de las correctas consignaciones, primero, en la vía penal, y, después, en la civil” (...)

**11. Los motivos atinentes a los intereses moratorios.** Los motivos cuarto y quinto censuraban la fórmula que la sentencia *a qua* había adoptado respecto de los intereses especiales del art. 20 LCS, al no imponerse sobre el importe de la renta vitalicia al imponerse sobre la sumaalzada reconocida con devengo desde la sentencia apelatoria y no desde la fecha de la reclamación judicial.

**12. Los intereses especiales del asegurador en la sentencia de primera instancia.** La SJPI no impuso intereses especiales a la demandada sobre la única cantidad sobre la que podía imponerlos, que es la de la renta vitalicia anual, al apreciar causa justificada de su falta de abono, pues no cabía sobre la sumaalzada reconocida por la sencilla razón de que era inferior a la que previamente había abonado al aseguradora.

**13. Los intereses especiales del asegurador en la sentencia de segunda instancia.** La sentencia apelatoria desestimó la pretensión del demandante, confirmando la justificación de la falta de abono de la partida relativa a la pensión anual vitalicia, al haber administrado el siniestro con completa corrección mediante los pagos efectuados después de las correctas consignaciones, primero, en la vía penal, y, después, en la civil; y por la misma razón negó su imposición respecto de la cantidad alzada que reconoció por el concepto perjudicial del lucro cesante complementario establecido por la vía tabular de la excepcionalidad. Frente a la pretensión de su devengo desde la fecha de la reclamación judicial, la AP solo los reconoció con el tipo del 20% anual pero como mora procesal desde la fecha de la sentencia que ella dictó.

## COMENTARIO

14. La desestimación del motivo atinente a los intereses especiales por la pensión anual vitalicia como cobertura de los gastos asistenciales futuros. El TS desestimó este motivo, aduciendo que su impago no podía imputarse a la aseguradora demandada por la sencilla razón de que sus importes “aún no se han devengado”. Sobre el sentido de esta justificación entrecomillada, vuelvo después.

15. La desestimación del motivo atinente a los intereses especiales devengados por la suma alzada reconocida por la AP (lucro cesante complementario). El devengo de los intereses especiales se denegaron desde la fecha de la reclamación judicial, pero se reconocieron como mora procesal desde la fecha de la sentencia apelatoria. El TS desestima el motivo por apreciar causa justificativa del impago, asumiendo la fundamentación expresada por la sala sentenciadora.

16. La censurable motivación desestimatoria que parece salvar el TS, con su nefasta consecuencia. Hemos visto que el TS confirmó la fórmula de los intereses impuestos sobre la cantidad que *ex novo* reconoció la AP al perjudicado, atinente al resarcimiento del lucro cesante complementario, consistente, como mora procesal, al tipo del 20% anual desde la fecha de la sentencia apelatoria. Pero no se comprende que prescindiera de esa misma fórmula respecto al importe de la renta anual vitalicia por los gastos asistenciales futuros. Al no gravarlo con la mora procesal, como sería de rigor, por pura coherencia, su omisión hay que enlazarla con la confirmación de que se niegue su devengo desde la fecha de la reclamación judicial; y esta negativa se funda en que el importe de la pensión todavía no se había devengado. Pero si el importe de la pensión no se devengaba en tanto no se resolviera el recurso de casación, se desconoce que su reconocimiento y su concreto importe había sido consentido por la demandada que no formuló al respecto recurso de casación, por lo que este extremo había alcanzado firmeza con la sentencia apelatoria que, a su vez, había confirmado la partida establecida al respecto en primera instancia. Siendo en este extremo las sentencias de las dos instancias ordinarias de plena conformidad, es claro que el importe de la pensión estaba gravado por imperativo legal con la mora procesal y que lo coherente es que se hubiera establecido al tipo del 20% anual, desde la fecha de la sentencia de primer grado, aunque en su defecto tendría que operar el tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Y es que no puede decirse que el crédito pensionado no se había devengado en virtud del recurso de casación que interpuso el demandante, pues este no afectaba a una pensión y a un importe consentidos por la demandada.

17. El vencimiento inicial de la pensión. El problema que se plantea en este caso es el de la determinación de cuál fuera la primera anualidad de la pensión establecida. Por pura lógica, dado que se trataba de una pensión fijada para cubrir los gastos asistenciales y para asistenciales futuros, es claro que sus *diez a quo* debería estar constituido por el día siguiente a aquel en que se estableció la sanidad del lesionado, la cual tuvo lugar en un día determinable del año 2008 (una vez transcurridos 1.659 días desde el de la producción del siniestro). Pero el suplico de la demanda contenía la petición de la pensión anual vitalicia pero no explicitaba su comienzo; y, atendida tal petición (con sensible reducción del importe propuesto), la sentencia de primer grado confirmada en este punto por la de segundo grado, no efectuó al respecto concreción alguna; y si nos atenemos a la literalidad del razonamiento justificativo de la desestimación del cuarto motivo del recurso de casación, hay que entender que el TS entendió que el comienzo de su abono había de tener lugar a partir de la fecha de la sentencia casacional y no en la fecha de la sentencia de primer grado dada su confirmación por la apelatoria que, no recurrida, alcanzó firmeza en este punto. Téngase en cuenta que el demandante pudo solicitar la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, lo que habría supuesto que, naturalmente, la efectividad de la pensión tenía lugar, como muy tarde, a partir de la indicada resolución, con el añadido liquidatorio de los intereses procesales consiguientes. Lo que dice al respecto el TS, no parece, desde luego, nada acertado.



# jurisprudencia

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

**La Administración sanitaria -cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la lex artis- no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª)  
de 9 de junio de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

### PRIMERO. Objeto del recurso y fundamentos.

El presente recurso de casación trae causa, como ya se ha dicho, del recurso contencioso-administrativo que había sido interpuesto por Doña Elisa, en impugnación de la desestimación presunta de la reclamación de daños y perjuicios ocasionados por la asistencia médica que le había sido prestada por el Servicio Canario de Salud; recurso del que conoció el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Las Palmas bajo el número 154/2017, que concluyó con la sentencia 81/2019, de 13 de marzo, en la que se estimó el recurso, se anula la resolución presunta impugnada y se reconoce el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la cantidad de 50.000 € por los mencionados daños y perjuicios, más los intereses legales de demora.

La sentencia del Juzgado fue recurrida en apelación por “Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”, que había comparecido en la instancia, ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Las Palmas de Gran Canarias, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, seguido con el número 164/2018, que concluyó con la sentencia 610/2019 ECLI:ES:Tsjican:2019:4534, de 17 de diciembre, por la que se desestimó el recurso de apelación y se confirma la sentencia de primera instancia.

Es la mencionada sentencia de la Sala Territorial de Las Palmas de Gran Canarias la que es objeto de impugnación en el presente recurso de casación 2437/2020, interpuesto por la mencionada compañía aseguradora, con la súplica de que se fije la doctrina propuesta y se estime el recurso, se anule la sentencia del Tribunal territorial y, dictando nueva sentencia, se estime el recurso de apelación, se anule la sentencia del Juzgado y se desestime el originario recurso contencioso-administrativo, confirmando el acto presunto impugnado.

Las razones que se contienen en la sentencia aquí recurrida se contienen, se funda en asumir la Sala sentenciadora los fundamentos de la sentencia de primera instancia que se dan por reproducida en la propia sentencia de apelación. Esos razonamientos se contienen, en lo que trasciende al presente recurso, en los fundamentos quinto y sexto de la sentencia del Juzgado, en los que se razona:

“A la vista de los antecedentes tácticos expuestos y del resultado de la prueba practicada, la primera consideración a efectuar es que constituye un hecho acreditado que la pérdida de la visión del ojo izquierdo sufrido por Dña. Covadonga estuvo motivada por la toxicidad del producto Ala Octa, que fue empleado en las dos intervenciones quirúrgicas a la que aquélla fue sometida...

“[...] Sentado ello, y como ya se avanzó en el fundamento de derecho tercero, la parte actora no basa su reclamación en la existencia de una mala praxis médica, sino que el título de imputación de responsabilidad al SCS -Servicio Canario de Salud-- *lo fundamenta en su condición de prestador del servicio público sanitario que, en el marco de una asistencia sanitaria, causa daños a un usuario del servicio por la utilización de un producto sanitario defectuoso.*

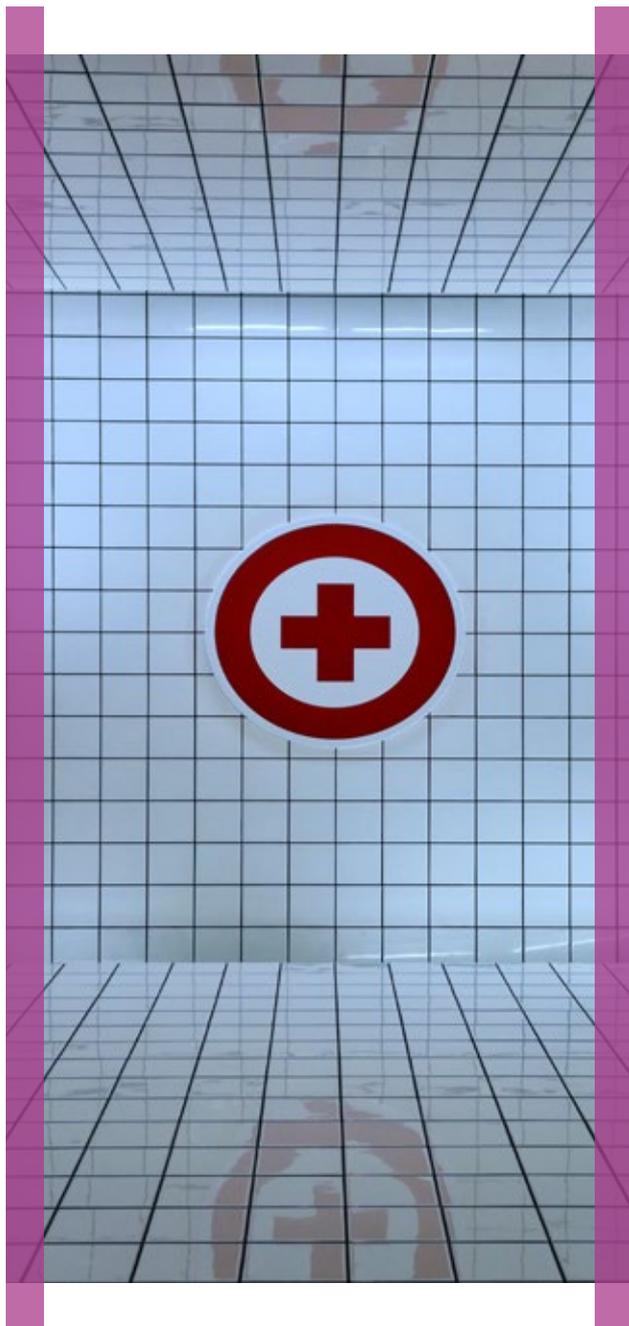
“Ciertamente es que la responsabilidad última por

los daños causados es imputable al fabricante del producto y, en su caso, a los demás agentes intervinientes como es el organismo notificado, o el distribuidor del producto en España, y, en este sentido, no cabe más que compartir los argumentos vertidos en el escrito de contestación a la demanda del SCS. Ahora bien, lo que se plantea en el presente procedimiento es si el SCS, en cuanto prestador del servicio público sanitario, debe responder directamente ante el usuario del servicio por el empleo de un producto tóxico en el marco de una asistencia sanitaria, sin perjuicio de su posterior derecho a repetir contra los responsables directos de los daños.

“Esta es la perspectiva desde la que deber ser analizada la cuestión litigiosa, debiendo descartarse ya desde este momento que la asistencia médica prestada a la recurrente haya sido incorrecta desde el punto de vista de la técnica médica, pues ninguna prueba existe de que se haya incurrido en mala praxis en las intervenciones quirúrgicas realizadas, siendo el perfluorooctano un producto habitualmente utilizado en la cirugía de desprendimiento de retina, no disponiendo los facultativos del SCS de medio alguno a su alcance para conocer la toxicidad del producto con anterioridad a la alerta de la AEMPS.

“[...] Pues bien, en el caso analizado, nos encontramos ante un daño que ha sido causado en el marco de los servicios prestados por la administración sanitaria, que el usuario del servicio no tenía del deber jurídico de soportar. Es decir, se trata de un daño antijurídico que ha sido infligido en el ámbito del funcionamiento normal de un servicio público, por lo que se considera que concurren los presupuestos para que surja la responsabilidad de la Administración, dejando a salvo el derecho del SCS de repetir contra el fabricante del producto, o, en su caso, contra la el organismo notificado o la distribuidora del producto.

“En relación con la cuestión suscitada cabe traer a colación, por su claridad, el dictamen D. 157/16 emitido por la Comisión Jurídica Asesora del Euskadi, en un supuesto idéntico al que nos ocupa, en el que se analiza el doble plano de responsabilidad concurrente que surge en los supuestos de utilización de medicamentos o productos sanitarios defectuosos en el marco en una asistencia pública sanitaria, distinguiendo, por un lado, entre la responsabilidad de la empresa fabricante, y, por otro, la responsabilidad directa de la Administración



como prestador del servicio sanitario, sin perjuicio de su acción de repetición contra el fabricante. Así, en cuanto a la posibilidad de que una persona perjudicada por la utilización de un medicamento en mal estado con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria acuda, en lugar de al régimen de la LGDCU -Ley General de Consumidores y Usuarios-- , *al cauce de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, razona el dictamen que: “En este ámbito, sin negar la existencia de una discusión doctrinal, puede, no obstante, confirmarse la existencia de doctrina y jurisprudencia (que luego se analiza) que admite la compatibilidad de ambos cauces en los supuestos de perjuicios causados a los pacientes por la utilización de un medicamento o producto defectuoso durante la*

*prestación de la asistencia sanitaria.*

“La propia LGDCU, en su artículo 128, prevé que “Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual (...) o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

“Ese precepto trae causa de la mencionada Directiva 85/374/CEE. Según su artículo 13, “la presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existente en el momento de la notificación de la presente Directiva”.

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido ocasión de pronunciarse, en lo que concierne al ámbito de aplicación de esa Directiva y al establecimiento de un régimen de responsabilidad por productos defectuosos al margen de ella pero sometido a determinados condicionantes.

*De su jurisprudencia, es reseñable, por su especial conexión con el caso que examinamos, la Sentencia de 21 diciembre 2011-TJCE 2011\423-dictada en el recurso planteado por un hospital público francés al que le habían condenado a pagar una indemnización cuando el daño era imputable en exclusiva al funcionamiento defectuoso de un producto sanitario, en ese caso, un colchón térmico [Caso D, (Gran Sala) Caso C.H.U.B. contra T.D. y otros].*

“[...] En consecuencia, la Directiva no se opone a que un Estado Miembro establezca un régimen que prevea que tal prestador de servicios incurre en responsabilidad por los daños así ocasionados, incluso cuando no se le pueda imputar ningún tipo de culpa, siempre que se reconozca la facultad de exigirla responsabilidad del productor con arreglo a la directiva.

“[...] En suma, para el Tribunal, que la eventual responsabilidad objetiva del prestador de servicios (el hospital) pueda concurrir con la responsabilidad del productor delimitada en la Directiva, no plantea problemas.

“Dicho de otra forma, cuando la Administración no sea el fabricante del producto defectuoso, es compatible con las Directivas

europas el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre y cuando se ofrezca la posibilidad de repetición contra el productor de aquel.

“Además, conviene destacar, por último, que el Tribunal de Justicia pone de relieve que la eventual responsabilidad objetiva del prestador del servicio -la cual puede concurrir con la responsabilidad del productor definida por la Directiva- permite reforzar la protección del consumidor. El límite se sitúa en que subsista la facultad de exigir la responsabilidad al productor.

“Con arreglo a lo anterior y conforme al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas configurado en el artículo 106.2 de la Constitución (CE), el hecho de que el defecto del producto empleado en la intervención quirúrgica practicada a doña Dolores sea imputable al laboratorio que lo fabricó no impide que pueda exigirse la responsabilidad de la Administración sanitaria -que se examinaría según las normas y principios que la rigen-, Y es así porque se trata de un producto que se ha integrado de modo esencial, en el funcionamiento del servicio sanitario (por su aplicación en la intervención quirúrgica practicada por el mismo).

“En efecto, lo que singulariza este tipo de supuestos respecto de otros casos de responsabilidad sanitaria, en los que no está presente ningún medicamento, es que, en el origen del daño coexisten dos causas: el defecto del medicamento (imputable al fabricante u otro agente de la cadena de producción y distribución) y la utilización del mismo en el tratamiento prestado por la organización sanitaria, esto es, por la Administración pública.

“Este doble origen del daño nos coloca ante dos títulos de responsabilidad diferentes y concurrentes en este caso. El título de responsabilidad del fabricante del producto (que comprende la acción de responsabilidad de fabricantes e importadores por los daños causados por los defectos de sus productos) difiere de aquel por el que responde la Administración, en cuanto titular del servicio público sanitario en el que ha acaecido el hecho lesivo, en una esfera, la sanidad pública, en la que, con arreglo al artículo 43 de la Constitución, se posiciona como garante competencial del derecho a la salud, a través de las medidas preventivas necesarias en cada caso (así lo explica, v.gr., la Sentencia de 22 de mayo de 2001 -JUR 2001\258565- de la Sala de lo civil

de la Audiencia Provincial de Las Palmas).

“Tal y como hemos avanzado, a continuación se analizan algunos de los pronunciamientos judiciales en los que se evidencia esa doble perspectiva y se admite la posibilidad de articular el régimen de responsabilidad patrimonial...

*[...]En conclusión, procede, en este caso, la utilización por la reclamante de la vía resarcitoria a través del instituto de la responsabilidad patrimonial para ejercerla pretensión de reparación del daño causado, cuyo fundamento se encuentra en que el medicamento defectuoso fue utilizado por el HU. Nos hallamos, así, ante un perjuicio producido a consecuencia de una relación entre un beneficiario de un servicio público y la entidad gestora que presta el servicio de asistencia sanitaria.*

“Lo anterior no impide, como se ha señalado, que la Administración sanitaria deba ejercer la acción de repetición frente al fabricante y distribuidor en el caso de que así proceda, por hallarse en los supuestos de responsabilidad que a estos atribuye la LGDCU.

“Es precisamente ese tipo de “solidaridad impropia” que se produce en estos casos lo que permite a la Administración sanitaria el ejercicio de la acción de repetición e, incluso, podríamos decir, le obliga a plantearla para que se garantice la responsabilidad del productor del medicamento defectuoso (en los términos exigidos por la Directiva mencionada).

“Resulta especialmente interesante a ese respecto la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo civil, Sección 1ª, núm. 750/2010 de 15 noviembre (RJ 2010\8872), que aborda varias cuestiones al plantearse el ejercicio de una acción de repetición por la Administración en sede de responsabilidad sanitaria contra la empresa fabricante y distribuidora del producto causante del daño...

“[...] En atención a todo lo expuesto, procede declarar la responsabilidad del SCS por los daños y perjuicios sufridos por la recurrente, sin perjuicio de su derecho de repetir contra el fabricante del producto, o, en su caso, contra el organismo notificado o la distribuidora del producto.”

A la vista de tales razonamientos, que hace suyos la Sala territorial, se prepara el presente recurso de casación que es admitido a trámite por auto de la Sección Primera de esta Sala

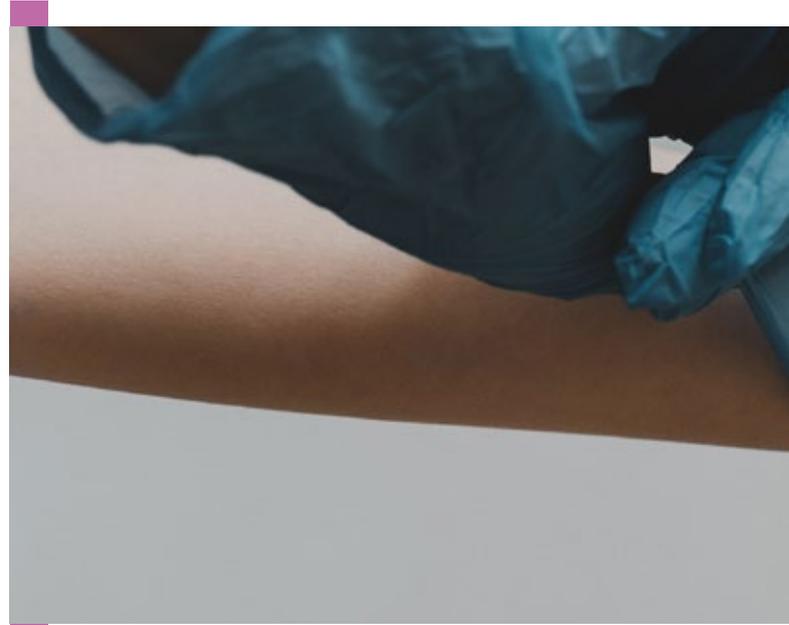


una intervención quirúrgica.

“La institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ya no es, sólo, de la Administración, ni siquiera de los distintos Poderes del Estado ---y de otros órganos constitucionales---, sino que se ha convertido en un instrumento de compensación de perjuicios en el ámbito de actuación ---cada vez más extenso--- de la Unión Europea; obvio es que ello implica que los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sin duda, incidirán sobre los pronunciamientos de los Tribunales de los distintos Estados miembros, y, lógicamente, sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

“Por otra parte, el fundamento de la exigencia de responsabilidad patrimonial a los distintos poderes del Estado, y a las diferentes Administraciones Públicas es, hoy día, una consecuencia obligada e imprescindible del desarrollo del Estado de Derecho que impone la sumisión de la Administración Pública, como a cualquier otro sujeto de Derecho, al ordenamiento jurídico, tal y como se deduce de los artículos 9.3, 103.1, 106.2 ó 121 de la Constitución Española de 1978 (CE). La responsabilidad patrimonial, pues, es, hoy, algo más que un mecanismo de compensación de los perjuicios inferidos a concretos ciudadanos por las más diversas actuaciones ---no solo administrativas--- de las diferentes Administraciones (que deben servir “con objetividad los intereses generales”), y de los distintos Poderes públicos (que están obligados a “promover las condiciones para que la libertad y a igualdad del individuo ... sean reales y efectivas”); insistimos, pues, en que, hoy día, la responsabilidad patrimonial es algo más, pues constituye, uno de los pilares fundamentales, junto con el sistema del control jurisdiccional contencioso-administrativo, en la construcción del Derecho administrativo como un Derecho que permite la correcta actuación administrativa bajo el control de los Tribunales de Justicia. Evidentemente, junto con este fundamento constitucional, la responsabilidad patrimonial también se fundamenta en el principio de solidaridad ---en cuanto no sería justo que un sólo sujeto lesionado tuviera que hacer frente a las consecuencias lesivas de los actos de los Poderes públicos---; e, igualmente, también encuentra su fundamento en la confianza legítima que los citados Poderes han podido crear en los ciudadanos.

“En definitiva, el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la



Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades, o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otra fundamentación, se considera que, si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad, a todos los ciudadanos, lo justo - --lo razonable--- es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo --de la producción de una lesión antijurídica a los ciudadanos-- como consecuencia de actuación de la Administración ---o de los Poderes públicos--- constituye ---sigue constituyendo--- en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el fundamento de la misma responsabilidad. La responsabilidad, por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los Poderes públicos, y de quién haya sido concretamente su causante.

“En los ordenamiento jurídicos europeos la tendencia a la objetivación de la responsabilidad no ha cesado de progresar, sobre la base de la solidaridad colectiva y de la superación de planteamientos subjetivistas basados en la culpa individual del agente productor material del daño, poniendo el centro de atención en la persona de la víctima a la que la comunidad no puede dejar desamparada en aquellos supuestos en los que el perjuicio sufrido proviene del desarrollo de actividades y del funcionamiento de servicios públicos de los que la comunidad misma, en su conjunto, y no los individuos aisladamente considerados, es



beneficiaria.

“Dejando al margen los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, sería el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 el que señalaría que “[d]ará también lugar a indemnización ... toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ...”. Fórmula que, con algunos retoques ---excluyendo los supuestos de fuerza mayor--- pasaría al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídica de la Administración del Estado, la cual sería derogada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que, en sus artículos 139 y siguientes, contenía el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, hasta su derogación, a su vez, por las normas actualmente en vigor, cuales son la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas ---LPAC--- y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público ---LSP---

“Obviamente, a esta situación se ha llegado tras la constitucionalización del principio general de responsabilidad de los Poderes públicos en el artículo 9.3 de la CE de 1978, que se concreta, luego, en el artículo 106.2 (responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos) y en el 121 (responsabilidad por error judicial y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia).

“En consecuencia, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, cabe señalar que la Constitución de 1978 no hace sino consagrar ---y elevar a rango de máxima norma--- los resultados ya alcanzados en el Derecho positivo ( artículo 40 de la LRJAE), al disponer en su artículo 106.2 que “los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Como, recientemente, ha señalado el Tribunal Constitucional ( STC 112/2018, de 17 de octubre, FJ 5), “el tenor del artículo 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia.

“Pero, no obstante, lo anterior, los citados pronunciamientos constitucionales sobre la responsabilidad patrimonial, requieren y exigen, una serie de matizaciones o modulaciones, en relación con el citado carácter objetivo genérico que de la institución se proclama; sobre todo, cuando de algún tipo concreto de responsabilidad patrimonial se trata, tal y como aquí acontece con la responsabilidad sanitaria. Así lo ha venido poniendo de manifiesto el Tribunal Supremo, con reiteración.

“[...] Exponente ---y síntesis--- de esta línea jurisprudencial es la doctrina contenida en la STS 418/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:

2018:1084, RC 1016/2016), en la que, sin abandonar el fundamento de imputación de la responsabilidad, introduce en la misma elementos subjetivos o de culpa, dejando constancia de anteriores y reiterados pronunciamientos de la propia Sala:

“La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 declaraba que <la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, así señala la sentencia de 14 de octubre de 2003 que: “Como tiene declarado esta Sala y Sección, en sentencias de 30 de septiembre del corriente, de 13 de septiembre de 2002 y en los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo, que la anterior cita como la Sentencia, de 5 de junio de 1998, la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico>. Y, en la sentencia de 13 de noviembre de 1999, también afirmamos que <Aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla.>”

“Más en concreto, en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando que “no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado

producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente” - sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010-, por lo que “la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible” -entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 16 de mayo de 2005-.

“En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 declaraba: “(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/08, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año).

“Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico,

en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis* (...)."

"Así las cosas, cuando, atendidas las circunstancias del caso, la asistencia sanitaria se ha prestado conforme al estado del saber y con adopción de los medios al alcance del servicio, el resultado lesivo producido no se considera antijurídico, tal y como también se declaraba en las sentencias citadas y en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, refiriéndose a la de 22 de diciembre de 2001, y en la de 25 de febrero de 2009, con cita de las de 20 de junio y 11 julio de 2007. En otro caso, cuando se ha incurrido en infracción de la *lex artis*, el daño y perjuicio producidos son antijurídicos y deben ser indemnizados.

"Reiterando dichos conceptos la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011, nos recuerda que "La observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración.

"En este sentido, y por citar sólo algunas, hemos dicho en la sentencia de 26 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4429/2004, que "... es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 20 de Marzo de 2007 (Rec. 7915/2003), 7 de Marzo de 2007 (Rec. 5286/03 ) y de 16 de Marzo de 2005 (Rec. 3149/2001) que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente", o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso".

"Y, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, respecto de los

requisitos para la indemnizabilidad del daño, esto es, antijuridicidad y existencia de nexo causal, también nos recuerda la doctrina jurisprudencial, expresando que conforme a reiterada jurisprudencia ( STS de 25 de septiembre de 2007, Rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido".

*"Igualmente, la Sala ha perfilado con reiteración el concepto de *lex artis ad hoc* señalando al respecto en la STS de 11 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1638) que "las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se la producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria.*

"Dicho de otro modo, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria" ( STS de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008)".

"A su vez, en la STS de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2494) se expresó con claridad que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación

médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”, por lo que “si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”, ya que “la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.

“Sobre esas premisas, tras dejar constancia la sentencia que seguimos de las peculiaridades del supuesto allí enjuiciado --como se dijo, sentencia de instancia desestimatoria y posterior sentencia de apelación reconociendo el derecho de resarcimiento--, bien diferentes al presente, en que la sentencia que ahora revisamos denegó el derecho de resarcimiento que se había reconocido en la instancia del Juzgado, declaramos en su fundamento séptimo:

“... [D]ebemos realizar las siguientes afirmaciones, reiterando la jurisprudencia de la Sala:

“1º. Que pese al carácter objetivo que se proclama de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones públicas, la que nos ocupa, la responsabilidad sanitaria, cuenta con un evidente componente subjetivo o culpabilístico, cuyo elemento de comprobación es el ya reiterado del “incumplimiento de la *lex artis ad hoc*”.

“2º. Que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial prevista en la normativa citada de consumidores y usuarios (Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios) no comprende, ni se extiende, ni abarca a los denominados “actos médicos propiamente dichos”, esto es, a las intervenciones quirúrgicas, pues la responsabilidad por los perjuicios, que de ellas pudiesen derivar, vendrá determinada por el “incumplimiento de la *lex artis ad hoc*”.

“Si se examina dicha normativa, puede comprobarse que en su artículo 3 del Texto Refundido, al establecer el concepto general de consumidor y de usuario, se señala que lo son, al margen de supuestos concretos, “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a

su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, además de “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Como principio general de responsabilidad, el artículo 135 del mismo Texto, dispone que “[l]os productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”; y, en el siguiente artículo 136, se incluye al gas dentro del concepto legal de producto; luego, obvio es que, debe ser el productor o fabricante del gas el responsable de los daños causados por un producto defectuosamente fabricado (artículo 137), y, aunque el artículo 138.2 parece establecer un concepto amplio de “perjudicado”, sin embargo, no resulta posible considerar al Servicio Sanitario como proveedor ---y responsable--- del producto defectuoso, por cuanto fabricante y distribuidor se encuentra, en el supuesto de autos, perfectamente identificados.

“3º. Pero debemos avanzar algo más, con la finalidad de comprobar la doctrina... en la que, según se expresa, la responsabilidad patrimonial del Servicio... de Salud vendría determinada por la utilización del gas tóxico al margen de su aplicación por un acto médico (intervención quirúrgica); esto es, vendría determinada por posibilitar, el Servicio, la utilización del mismo, al margen de que los facultativos que lo aplicaron hubieran cumplido rigurosamente con la *lex artis*. Es decir, que la responsabilidad patrimonial derivaría del riesgo creado, por el Servicio Cantabro de Salud, al permitir la utilización del gas tóxico en las intervenciones quirúrgicas de desprendimiento de retina.

“Debemos rechazar tal conclusión de la sentencia de instancia, por diversas razones:

“A) Porque la competencia para la autorización, homologación y control de los medicamentos y productos sanitarios corresponde, única y exclusivamente, al órgano estatal con competencia para ello, cual es la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

“No resulta posible la imposición ---no puede atribuirse---, al Servicio... de Salud un a modo de culpa in vigilando derivada de una supuesta competencia, complementaria de la competencia estatal de control; esto es, no es exigible un --- otro--- control autonómico del producto, bien desde la perspectiva de la decisión de adquisición contractual del



# Servicio Canario de Salud

producto tóxico, bien desde la perspectiva de un supuesto complementario control técnico o médico del producto adquirido, debidamente autorizado y validado por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

“La responsabilidad pretendida del Servicio... de Salud no puede derivar de la adquisición, a través de un contrato de suministro, de un producto debidamente autorizado por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios, por cuanto ninguna intervención tiene, la paciente afectada por la utilización del producto tóxico, en la relación contractual bilateral del Servicio sanitario con el fabricante o distribuidor del producto.

“Y, desde la perspectiva de la obligación de control del producto utilizado, obvio es que el mismo se lleva a cabo por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios,

de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la citada Agencia estatal y se aprueba su Estatuto.

“Esto es, ningún título de imputación de la responsabilidad patrimonial permite exigir esta del Servicio... de Salud, bien por algún incumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación de contratos públicos, o bien por la omisión del algún control del producto al que estuviera obligado. Y,

“B) Porque tampoco resulta posible la imputación con base en el riesgo creado por permitir, el Servicio, la utilización del gas tóxico, pues, la realidad es que riesgo no deriva de la aplicación del producto defectuoso ---del acto médico---, sino de la fabricación del mismo por su productor, así como de la falta de control por la Administración competente para ello

control, como era la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios. La utilización del producto ---de conformidad con la *lex artis---*, previa y debidamente autorizado, no creaba riesgo alguno, pues el riesgo derivaba de la defectuosa fabricación o producción del gas tóxico, siendo a esta actuación a la que debe imputarse el perjuicio causado, ya que es, a dicha actuación de incorrecta fabricación, a la que debe imputarse la responsabilidad; y, ello, al margen de la derivada del deficiente control sobre el producto defectuoso llevado a cabo por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

“Por todo ello, debemos concluir señalando que la Administración sanitaria ---cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la *lex artis---* no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello.”

#### TERCERO. Examen de la pretensión accionada en el proceso.

La propuesta que se ha realizado a la cuestión que suscita interés casacional objetivo comporta que, a diferencia de la sentencia que seguimos, debe desestimarse el presente recurso de casación, por ser consecuente con los razonamientos, y decisión, adoptada por la Sala territorial en orden a la imputación de la responsabilidad ocasionada a la recurrente por la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud y ello sin perjuicio, como también hemos declarado en la referida sentencia, que pudiera ésta “reclamar los perjuicios causados, como consecuencia de la aplicación del gas tóxico de referencia, bien del fabricante, bien del distribuidor, bien de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, o de todos ellos, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia.”

#### CUARTO. Costas procesales.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes; ni, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la mencionada Ley, procede hacer concreta imposición de las costas de las instancias previas.

#### FALLO

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

**Primero.** La respuesta a la cuestión casacional objetiva que se suscita en el presente recurso de casación es la que se concluye en el fundamento segundo, in fine, de esta sentencia.

**Segundo.** Ha lugar al presente recurso de casación 2437/2020, interpuesto por “Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sección Primera), con sede en Las Palmas de Gran Canaria, mencionado en el primer fundamento.

**Tercero.** Casamos y anulamos la mencionada sentencia, que se declara sin valor ni efecto alguno.

**Cuarto.** Estimar el recurso de apelación interpuesto por la mencionada aseguradora y por el Servicio Canario de Salud, contra la sentencia del Juzgado de los Contencioso-Administrativo número 4 de los de Las Palmas de Gran Canaria, a que se refiere la sentencia recurrida en casación, que anuló la desestimación presunta de los daños y perjuicios que se reclamaban por la referida recurrente al mencionado Servicio Sanitario, resolución que se confirma por estar ajustada al ordenamiento jurídico.

**Tercero.** No procede hacer expresa condena en cuanto a las costas del presente recurso, ni de las ocasionadas en las dos instancias previas.

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.

Por **Gonzalo Iturmendi Morales.**  
*Abogado*

**E**l recurso de casación lo interpuso MAPFRE como aseguradora del Servicio Canario de Salud, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 17 Diciembre 2019, que desestimó los recursos de apelación contra la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº 4 de Las Palmas, que condenó al Servicio Canario de Salud, al abono de 50.000 Euros como indemnización más los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa, reservando expresamente a dicho Servicio Canario de Salud las acciones contra las empresas fabricante, distribuidora, y la Agencia Española del Medicamentos y Productos Sanitarios con sus respectivas aseguradoras, por la pérdida de visión del ojo izquierdo de la reclamante, tras la intervención quirúrgica en Septiembre de 2014 para tratar un desprendimiento de retina, y cuya pérdida de visión se atribuyó por la sentencia de instancia a la utilización en la operación del producto "Ala Octa" (gas perfluorooctano), que fue posteriormente retirado del mercado por su toxicidad por la Agencia Española del Medicamento el 25 de Junio 2015.

(...) "se viene a concluir, ante una pretensión indemnizatoria como la que se acciona en este recurso de casación, en una solución contraria a la que llega la Sala de Santa Cruz de Tenerife, impugnada en el recurso de casación 5608/2019, en que se dictó la sentencia" ...(...)

El interés casacional objetivo de este recurso consiste en determinar si la Administración sanitaria que realizó correcta y adecuadamente un acto sanitario debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la autoridad competente (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios), o si por el contrario, la responsabilidad debería recaer en el fabricante o en su caso, en el organismo administrativo con competencia para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios.

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 Junio 2021 resuelve la cuestión considerando que esta misma Sala ha dictado varias sentencias en relación con esta cuestión, debiendo atenerse a lo ya declarado en esas sentencias por ser coincidente con el debate planteado. En primer lugar hace referencia al recurso de casación 803/2019, en el que se dictó la sentencia 1806/2010, de 21 de Diciembre, en que se había impugnado una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en la que, a la postre --dicha sentencia fue también dictada en segunda instancia--, se viene a concluir, ante una pretensión indemnizatoria como la que se acciona en este recurso de casación, en una solución contraria a la que llega la Sala de Santa Cruz de Tenerife, impugnada en el recurso de casación 5608/2019, en que se dictó la sentencia, coincidente con la anterior, 50/2021, de 21 de Enero. Pues bien se ha de seguir el criterio ya establecido por este Tribunal Supremo en la mencionada sentencia --debe citarse, en el mismo sentido, la sentencia 92/2021, de 28 de Enero, dictada en el recurso de casación 5467/2019--, no ya sólo por el principio de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación e interpretación de las normas, sino porque el nuevo modelo del recurso de casación pretende precisamente la fijación de la citada jurisprudencia,

## COMENTARIO

que debe ser observada, en primer lugar, por este mismo Tribunal. En el sentido expuesto esta Sala ha declarado en la sentencia de referencia sobre el debate suscitado que es de todo punto similar al de autos, lo siguiente: “Nuestra respuesta ha de ser negativa, en relación con la atribución, a la Administración sanitaria, de la responsabilidad patrimonial derivada de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad es alertada con posterioridad a su aplicación en una intervención quirúrgica”.

En reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando que “no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente” - sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Abril, 3 y 13 de Julio y 30 de Octubre de 2007, 9 de Diciembre de 2008 y 29 de Junio de 2010-, por lo que la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.

“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 2012 declaraba: “(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados”.

La nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además éste debe ser antijurídico, en el sentido que el perjudicado no tenga obligación de soportarlo. Cuando la asistencia sanitaria se ha prestado conforme al estado del saber y con adopción de los medios al alcance del servicio, el resultado lesivo producido no se considera antijurídico. En otro caso, cuando se ha incurrido en infracción de la *lex artis*, el daño y perjuicio producidos son antijurídicos y deben ser indemnizados.

Esta Sala ha perfilado con reiteración el concepto de *lex artis ad hoc* señalando al respecto en la STS de 11 de Abril de 2014 que las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca

como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria.

Conforme a estas premisas esta Sala realiza las siguientes afirmaciones, reiterando su jurisprudencia:

1º. Que pese al carácter objetivo que se proclama de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la responsabilidad sanitaria, cuenta con un evidente componente subjetivo o culpabilístico, cuyo elemento de comprobación es el ya reiterado del “incumplimiento de la *lex artis ad hoc*”.

2º. Que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial prevista en la normativa de consumidores y usuarios (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) no comprende, ni se extiende, ni abarca a los denominados “actos médicos propiamente dichos”, esto es, a las intervenciones quirúrgicas, pues la responsabilidad por los perjuicios, que de ellas pudiesen derivar, vendrá determinada por el “incumplimiento de la *lex artis ad hoc*”.

En dicha normativa de consumidores y usuarios, como principio general de responsabilidad, el artículo 135 del mismo Texto Refundido, dispone que “[l]os productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”; y, en el artículo 136, se incluye al gas dentro del concepto legal de producto; luego, obvio es que, debe ser el productor o fabricante del gas el responsable de los daños causados por un producto defectuosamente fabricado (artículo 137), y, aunque el artículo 138.2 parece establecer un concepto amplio de “perjudicado”, sin embargo, no resulta posible considerar al Servicio Sanitario como proveedor ---y responsable--- del producto defectuoso, por cuanto fabricante y distribuidor se encuentran, en el supuesto de autos, perfectamente identificados.

3º Esta Sala rechaza la conclusión de la sentencia de instancia según la cual la responsabilidad patrimonial del Servicio de Salud vendría determinada por la utilización del gas tóxico al margen de su aplicación por un acto médico (intervención quirúrgica);



## COMENTARIO

por posibilitar la utilización del mismo, al margen de que los facultativos que lo aplicaron hubieran cumplido rigurosamente con la *lex artis*. “Debemos rechazar tal conclusión de la sentencia de instancia, por diversas razones:

A) Porque la competencia para la autorización, homologación y control de los medicamentos y productos sanitarios corresponde, única y exclusivamente, al órgano estatal con competencia para ello, cual es la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

La responsabilidad pretendida del Servicio de Salud no puede derivar de la adquisición, a través de un contrato de suministro, de un producto debidamente autorizado por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios, Y, desde la perspectiva de la obligación de control del producto utilizado, obvio es que el mismo se lleva a cabo por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1275/2011, de 16 de Septiembre, por el que se creó la citada Agencia estatal y se aprueba su Estatuto.

Ningún título de imputación de la responsabilidad patrimonial permite exigir ésta del Servicio de Salud, bien por algún incumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación de contratos públicos, o bien por la omisión del algún control del producto al que estuviera obligado.

B) Porque tampoco resulta posible la imputación con base en el riesgo creado por permitir, el Servicio de Salud, la utilización del gas tóxico, pues, la realidad es que el riesgo no deriva de la aplicación del producto defectuoso ---del acto médico---, sino de la fabricación del mismo por su productor, así como de la falta de control por la Administración competente para ello, como era la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios. La utilización del producto ---de conformidad con la *lex artis*---, previa y debidamente autorizado, no creaba riesgo alguno, pues el riesgo derivaba de la defectuosa fabricación o producción del gas tóxico, siendo a esta actuación a la que debe imputarse el perjuicio causado, ya que es, a dicha actuación de incorrecta fabricación, a la que debe imputarse la responsabilidad; y, ello, al margen de la derivada del deficiente control sobre el producto defectuoso llevado a cabo por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

Por todo ello esta Sala concluye señalando que la Administración sanitaria ---cuyos facultativos realizaron correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la *lex artis*--- no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello.



agencia española de  
medicamentos y  
productos sanitarios



# perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes  
Abogado

Al abogado “de a pie” y toga, heredero de la antigua tradición del “Capitán Trueno” de “deshacer entuertos” en los más recónditos Juzgados en que estos se presenten, resoluciones como el Auto 27/20 de 23 de enero, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Mérida, le sirven de ayuda, y lenitivo en su ardua tarea diaria -al par que le recuerdan que “ya no se entregan los autos originales como se hacía en 1882”- al analizar que “ la presentación tardía de un escrito de acusación no genera sin más su ineficacia” concluye que el Artículo 215 LECrim ha de referirse a la defensa, que los plazos son preclusivos, para abogar por la preclusión, si bien el caso -en el que se pide un pen drive o soporte digital para grabar el archivo con los autos, pero no se establece un plazo- lo resuelve otorgando nuevo plazo:

*órganos judiciales suelen acceder a las peticiones de las partes cuando postulan una ampliación del plazo para ajustar las respuestas a las dificultades del caso concreto. Supuesto que aquí se da, por cuanto se está ante un procedimiento que supera claramente los cien Tomos de tramitación y documentación y trata de delitos urbanísticos y fiscales cuya complejidad se halla fuera de toda duda».*

*Ahora bien, este Tribunal ha de señalar que en la actualidad el traslado, original o por copia, a que se refiere el artículo 780 de la Ley Procesal Penal ya no se lleva a cabo. Con el expediente electrónico judicial, el traslado se produce vía lexnet de todas las resoluciones judiciales y procesales. Y para el traslado del expediente completo, si no lo tiene ya la parte, se lleva a cabo por medios electrónicos. Por eso la diligencia de ordenación de 29 de julio requería a las partes acusadoras que aportaran un soporte digital (CD, lápiz electrónico, etc.) para entregarles las actuaciones en formato electrónico.*

*“Y por citar un pronunciamiento más reciente, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 290/2018, de 14 de junio, rec. 103/2017, (IdCendoj.; 28079120012018100286):*

*que el señalamiento de ese segundo plazo previsto en el art. 215 vaya acompañado de la advertencia formal de tener por apartada del proceso a la parte acusadora de que se trate si no se evacua en tiempo el traslado conferido. ...*

*«... la presentación tardía de un escrito de acusación no acarrea sin más su ineficacia. ...habrá que proceder como dispone el art. 215 de la LECr: señalamiento de un nuevo plazo, sin perjuicio de la imposición de la correspondiente multa. Sólo si, transcurrido ese nuevo término judicial, se omite la presentación del escrito de acusación habrá que entender precluido el trámite por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 136 ... parece aconsejable*

*Al margen de lo que se acaba de exponer, conviene recordar que en la práctica procesal cuando la causa que se dirime tiene una notable extensión y complejidad se acostumbra a operar por los Juzgados y Tribunales con cierta flexibilidad de criterio, huyendo de un exceso de rigor cuando se trata de presentar escritos cuya confección y contenido es trabajoso y su relevancia para el resultado del proceso resulta importante. De modo que en esos casos, a petición de las partes, los*

*También entiende este Tribunal que es de difícil encaje el artículo 215 de la Ley Procesal Penal. Se refiere a un caso diferente: es el supuesto de que la causa original está en poder de alguna persona. Ya no es así. Ya no se entregan los autos originales como se hacía en 1882, porque existen otros*

medios, fundamentalmente electrónicos. Y esta referencia a quien estuviere obligado a formular dictamen o pretensión sólo puede referirse -en todo caso- a la defensa, para quien sí se prevé expresamente que el incumplimiento del plazo otorgado surte unos determinados efectos (el de oposición a la acusación, con independencia de la posible sanción que corresponda); pero no puede entenderse referida a la acusación, ni tan siquiera en virtud del principio de oficialidad de la acción penal, ya que el transcurso del plazo del artículo 780.1 LECrim es preclusivo para cualquier tipo de acusación (pública -con la excepción del artículo 781 núm. 3-, particular o popular, pues la norma no hace distinción), y con su simple transcurso decae indefectiblemente el derecho a formular escrito de acusación ...

Rigen, en suma, en el proceso penal -al igual que en el civil- los principios de impulso de oficio y preclusión, en virtud de los cuales, y con la única excepción de que se trate de trámites obligatorios para la parte a la que se refieren (caso del escrito de defensa), lo cual tiene legalmente prevista la consecuencia derivada de su incumplimiento; siendo así que el mero transcurso del plazo, sin necesidad de apremios, recuerdos o conminaciones por parte del Juez o Tribunal, representa la pérdida definitiva del derecho de la parte a realizar el acto procesal que podía haber llevado a cabo durante él.

Dicho lo anterior, en este caso, puesto que se requirió a la acusación particular para que presentara el soporte informático, sin darle plazo alguno, la consecuencia nunca puede ser la preclusión.”

Toda ayuda es bienvenida en la interpretación del Artículo 120.4 CP y la responsabilidad civil subsidiaria, terreno en el que la jurisprudencia y la doctrina tienen contadas y relevantes manifestaciones, es de destacar la Sentencia nº 514/2021, de 10 de Junio de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. -Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García -:

“ S E G U N D O . - Ciertamente el razonamiento de la sentencia de instancia es lacónico y poco atinado. La inexistencia de una relación laboral no excluye per se una responsabilidad ex art. 120.4 CP.

La calidad o naturaleza de la vinculación como agente comercial del acusado al Banco es irrelevante a los efectos del art. 120.4 CP. Basta una relación de cierta dependencia para dar vida a la responsabilidad civil subsidiaria que establece ese precepto. No es necesario un vínculo laboral. Es suficiente actuar por cuenta, al servicio y bajo las directrices y organización del principal para que éste deba asumir esa responsabilidad civil nacida a consecuencia del delito cometido por su dependiente en el ejercicio de sus funciones.

Surge esa obligación del tercero siempre que el hecho punible se haya realizado por el reo en actuaciones desplegadas al servicio de su principal o con ocasión próxima de ellas, según una lógica interpretación flexible del nexo de ocasionalidad:

«Nos movemos -decía la STS 348/2014, de 1 de abril,

citada por el recurso- en un terreno en que aparecen en tensión dos líneas de fuerza enfrentadas: la necesidad de condenar civilmente al empresario que ha autorizado genéricamente a una persona para realizar una actividad que le reporta beneficio, lucro o utilidad; y el sentir común de que sería injusto hacerlo responsable por absolutamente todos los actos realizados por sus dependientes. En nuestro derecho prima la protección a la víctima aunque no de manera absoluta, naturalmente. La presunción es que el empleado o subordinado obra en el ejercicio de sus funciones. Solo cuando puede afirmarse con claridad y ha quedado así acreditado que la acción era ajena o totalmente extraña al ejercicio de sus funciones por cuenta de otro, se cancelará esa responsabilidad civil subsidiaria».

Ahora bien este conjunto de consideraciones que permiten cuestionar el razonamiento de la sala de instancia no nos conducen, empero, a afirmar in casu la responsabilidad civil de la entidad bancaria. Hay un presupuesto ineludible previo: que el delito se haya cometido en el desempeño de



las tareas ejercidas al servicio del principal. El Fiscal con argumentación penetrante pone de manifiesto la clave que solventa el problema: la constitución de la última hipoteca no integra las tipicidades que han dado lugar a la condena ni forma parte genuina y esencial de la secuencia delictiva. El acusado habría alcanzado igual objetivo acudiendo a cualquier otro banco con idénticos resultados. La dinámica desplegada a partir de la obtención inicial de los poderes -raíz de todo el iter delictivo- y seguida de la venta sin autorización, y la apropiación de su precio, obtenido mediante la hipoteca, bascula sobre dos hitos: utilización abusiva del poder para una venta simulada y apropiación de su precio. Esas conductas (venta de la casa; apoderamiento del precio) no se realizan en calidad de agente de la entidad bancaria. La intervención a través de la entidad bancaria aparece en un momento de la dinámica total defraudatoria, pero no es parte de la misma. Es elemento accesorio. No puede hablarse de delito cometido con ocasión del desempeño de esas funciones"... El recurso de la acusación particular ha de desestimarse sin perjuicio de las causas de oposición que pueda hacer valer frente a la entidad bancaria en un hipotético procedimiento civil.

En la Sentencia de cuatro de junio de 2021 (nº de recurso 1697/2019), la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, estima el Recurso del administrado considerando -respecto de la señal de advertencia de peligro 24- "paso de animales en libertad, peligros por la proximidad de un lugar donde frecuentemente la vía puede ser atravesada por animales en libertad" " que en los años anteriores y en puntos muy próximos al relevante en autos se habían producido sucesivos accidentes de atropello de animales sin que pese a ello se hubiera instalado la señal debatida. Por otra parte, el hecho de que se instalara inmediatamente después de producirse el accidente litigioso, si bien no supone el autoreconocimiento por parte de la Administración de la anterior exigibilidad legal de instalación de la misma, si constituye un indicio que se suma a la ocurrencia de una serie de accidentes en los años inmediatamente anteriores":

"...en este concreto supuesto se daba la circunstancia nuclear para que procediese la instalación de la señal de referencia: la «frecuencia» en el paso de animales en libertad por la vía, constitutiva a su vez del debatido nexo causal. El accidente y los daños corporales y materiales derivados del mismo tienen relación de causalidad con la actuación administrativa que debió

asegurar el mantenimiento de las vías públicas en unas mínimas condiciones de seguridad, en este caso, debió haber instalado la referida señal a fin de que quienes transitan por esa vía tuvieran adecuado conocimiento de los peligros existentes en dicho lugar por la previsible ocurrencia de la presencia de animales provenientes del coto adyacente en la vía."



Frente a una pretendida objetivación del riesgo en accidentes laborales que convierta casi en automática la condena del empresario respecto de las contingencias profesionales en el sistema de responsabilidad personal, la Sentencia nº 408/2021, de 1 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sede Santander), Sala de lo Social Sede: Sección: 1 recuerda que :

*“como cierre del sistema, es una responsabilidad civil de naturaleza contractual [art. 1101 CC] o extracontractual [ art. 1902 CC], por concurrir culpa o negligencia empresarial.”...* No siendo objetivado el riesgo, como pretende, sino que sigue exigiendo un nexo causal entre el accidente y la acción u omisión del empresario en materia de seguridad, aun en los amplios términos descritos, de exigir al empresario la prueba de la asunción de todas las posibles (no solo las reglamentarias).”... Con todas las consecuencias que de ello se derivan, como mantener -para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia, en la doctrina jurisprudencial expuesta.”...

Pero, el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario ( arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL)”... que el mismo se produjo como consecuencia de un procedimiento inadecuado de izado de la motobomba al haberse estroboado la misma de forma incorrecta por parte del actor y encontrarse el trabajador al lado de la carga.”... La falta de prueba de la relación causal precisa, entre una acción dolosa o culposa de la empresa que haya causado el

daño producido al trabajador, exime de la reparación de los daños causados. No cabe por la vía de la prueba del principio de responsabilidad por culpa civil, por la objetivación de la responsabilidad que no ha sido declarada por la doctrina jurisprudencial. Pues, aunque acentúe el rigor de la responsabilidad empresarial, de tal forma que quien crea el riesgo, ha de responder para el recurrente de sus consecuencias. Comprendiendo la omisión de la diligencia empresarial exigible, no solo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento. En este caso, el accidente del actor derivada de una acción que solo al mismo le es atribuible, por no atender a las normas de seguridad previstas en la empresa en su trabajo habitual. Que no justifica otras medidas de prevención o vigilancia de seguridad, exigibles. Y, solo del hecho de que se produce en la ejecución no rutinaria y siendo un riesgo previsible (como todo accidente), prevista en normas genéricas y específicas de seguridad, con el cargo en materia preventiva que hace que eran debidamente conocidas por el recurrente y debía aplicarlas a la acción que ejecutaba. Actuando la empresa legítimamente, en la confianza de que así lo hacía. No se deduce la responsabilidad derivada del contrato de trabajo, por culpa o negligencia empresarial, en el orden laboral.”

Cada vez hallamos en nuestros tribunales con más asiduidad la fijación de daño moral respecto de los perjuicios personales derivados de delitos dolosos tomando como referencia el “baremo”, como en la sentencia nº 16/2021, de 26 de mayo, de la sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Gijón -Tribunal del Jurado:

*“A partir de lo anterior, el perjudicado, personado como acusación particular y padre de la víctima, solicita ser indemnizado en la suma de 105.000 euros resultado de la aplicación al caso que nos ocupa de las cuantías indemnizatorias aplicables para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personadas en accidentes de circulación; frente a los 50.000 euros que interesa como responsabilidad civil a su favor el Ministerio Fiscal. La fijación del importe de la responsabilidad civil en el caso que nos ocupa, debe de partir del mayoritario criterio jurisprudencial favorable a la aplicación de los criterios cuantitativos del baremo legal referido a las consecuencias de la siniestralidad automovilística, a otros muchos y muy distintos ámbitos como el civil, administrativo, laboral y, por supuesto, el penal, con base en señaladas razones como las de igualdad de trato, seguridad jurídica y predecibilidad de los pronunciamientos judiciales, entre otras. Aplicación analógica a supuestos como el que ahora nos ocupa, que no deja de serlo con efectos meramente orientativos, matizándose, concretamente en materia de delitos dolosos, la conveniencia de cierto incremento respecto de los importes inicialmente establecidos, con base en el mayor dolor (daño moral) que*

el padecimiento de esta clase de conductas, intencionadas, pueden originar en el ánimo de quien las sufre, frente a las meramente imprudentes. Junto a lo anterior, debemos de recordar que la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, para casos similares al enjuiciado ha fijado indemnizaciones muy similares a la interesada por la acusación particular. Así, pueden citarse al respecto las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, números 776/2017, de 30 Noviembre (140.000 € para cada uno de tres hijos); 775/2017, de 30 noviembre (120.000 € y 90.000 € en concepto de daño moral a cada uno de los padres); 616/2017, de 14 de septiembre (150.000 € al hijo y 50.000€ a cada uno de los padres); 541/2017, de 12 de julio (125.000 € a cada una de las dos hijas); 791/2017, de 7 de diciembre (en tentativa de homicidio, 433.725 € por lesiones, 300.000 € por pérdida de autonomía, y 100.000 € por daños morales); 517/2017, de 6 de julio (110.000 € a la viuda; 432/2017, de 14 junio (135.000 € a cada uno de los tres hijos, y 50.000 € a un hermano)”

Muestra, asimismo del párrafo anterior, la Sentencia Nº 267/21, de 7 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia Secc. 3ª, Tribunal del Jurado:

“Así las cosas, en cuanto a la indemnización por el fallecimiento de Mariano, se estiman razonables las cantidades solicitadas por las acusaciones particulares (62.500 euros para cada hijo) teniendo en cuenta tanto el carácter doloso de la muerte de su padre como las especiales circunstancias en que se produjo (la brutalidad del ataque que le causó la muerte) y que incrementan el dolor y daño moral que debe ser resarcido. En ningún

caso pueden estimarse acreditadas las insinuaciones que formuló la defensa acerca de un distanciamiento entre el fallecido y sus hijos que pudiera afectar a la entidad de su daño moral y, por tanto, al importe de su indemnización”

La Sentencia nº 270/2021, de 6 mayo, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, -en ponencia del Excmo. Sr Vela Torres-, revoca la de instancia para condenar respecto de unas lesiones producidas en una partida de caza a un menor de 15 años, acompañante en una actividad cinegética:

“Debe tenerse presente que la sentencia 705/2000, de 6 de julio, con cita de las sentencias 221/1998, de 12 de marzo, y 1192/1998, de 30 de noviembre, estableció que «la cobertura del Seguro Obligatorio de Caza es la misma que la del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor»...” Como afirmó la sentencia 110/2008, de 6 de febrero: «la menor edad de la víctima no puede enervar la eventual apreciación de su conducta, si no como culposa, sí como contributiva al curso causal del siniestro del que resulta perjudicada»...” Sobre tales bases legales y jurisprudenciales, no puede compartirse que el accidente de caza litigioso se produjera por culpa exclusiva del menor. Al contrario, de los hechos probados en la instancia se deduce, conforme a los criterios de imputación objetiva antes indicados, que a la producción del siniestro contribuyeron causalmente dos conductas: (i) por un lado, que el joven, que ya tenía cierta experiencia en estas lides, puesto que había asistido como acompañante a otras cacerías, se rezagó de la línea de caza, dificultando así que el cazador que realizó el disparo pudiera verlo y quebrando el principio de confianza de éste

en que todos los partícipes avanzaban a la par (en línea); y (ii) por otro, que el mencionado cazador hizo un disparo a su espalda, lo que ya de por sí, por meras razones de visibilidad, es más arriesgado que realizarlo de frente y, sobre todo, no se cercioró debidamente de que no había nadie en la trayectoria de tiro. Además, el menor acompañaba precisamente al cazador que realizó el disparo, por lo que éste estaba más obligado, si cabe, a cuidar de que la jornada de caza se desarrollara sin peligro para él, y que el menor se quedara rezagado no puede ser calificado como una conducta insospechada y repentina para el agente. Y dentro de esa concurrencia de contribuciones causales, ha de entenderse más grave la del cazador, puesto que al ser el responsable del uso de un instrumento -el arma de fuego- que puede poner en peligro la vida o la integridad física de otras personas, debe extremar el cuidado antes de disparar y no hacerlo si no está seguro de que en la trayectoria del disparo no hay nadie que pueda resultar alcanzado. Por lo que cabe considerar que el perjudicado contribuyó causalmente en un 20% a la producción del daño, mientras que el cazador lo hizo en un 80%. 8.”-



El fallecimiento del lesionado se produzca por causa de las lesiones sufridos en tránsito rodado, y antes de fijarse la indemnización no es frecuente, pero tampoco insólito (Artículo 44, 47 del sistema), la Sentencia de 26 de marzo de 2021 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, lo contempla, para reconocer -Artículo 108 LECrim- la pérdida de calidad de vida, e indemnización por tres intervenciones quirúrgicas, a petición del Ministerio Fiscal (habiendo acusación particular que no la había solicitado); Pero hay que destacar:

*“ Q U I N T O . - Inadmisibilidad del recurso por adhesión de la acusación particular en lo relativo a la solicitud de imposición de intereses del art. 20 LCS . 5.1.- Dispone el artículo 790.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que «la parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convenga. En todo caso, este recurso quedara supeditado a que el apelante mantenga el suyo». Si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido abiertamente un recurso supeditado ampliatorio de los motivos del principal,*

*ha sido en los supuestos de que se introducía un nuevo objeto de impugnación que beneficie al acusado y cuando se interponga por la parte a la que no ha causado gravamen la resolución impugnada, pero pudiera producirse el eventual éxito del recurso del recurrente ( STS 320/2018, de 29 junio, con indicación de que este es el criterio seguido en SSTS 377/2005 de 4 mayo, 149/2007 de 26 febrero, 148/2016 de 25 febrero, 517/2016 de 14 junio, 842/2016 de 7 noviembre, y 179/2007 de 3 marzo) . Así, en la STS de 1 de febrero de 2019 (rec. 2963/2017), al analizar la posibilidad de una adhesión al recurso de casación, el Alto Tribunal indica que la interpretación amplia de*

*la adhesión se trasladó al recurso de apelación en el procedimiento abreviado en la reforma de 2009, abriéndose paso a una concepción más amplia de la adhesión particularmente en supuestos en que se presenta como único mecanismo que salvaguarda con plenitud el derecho de defensa. En reciente STS 663/2020, de 3 de diciembre, se admite la viabilidad de un recurso adhesivo autónomo recordando que, conforme a lo señalado en STS 383/2018, nada impide a la defensa introducir una petición propia una pretensión absoluta basada en la presunción de inocencia, aunque sea en abierta contradicción con el recurso principal. “*



En una agresión recíproca con resultado de lesiones, la Sentencia nº 269/2021, de 24 de marzo, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo -ponente Excm. Sra. Doña Carmen Lamela Diaz- aborda el desarrollo del Artículo 114 CP: Frente a la alegación del recurrente de que el tribunal no puede moderar la indemnización si no ha sido pedido por una de las partes

“El art 114 CP dispone que «si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización». Reiterada doctrina de esta Sala (STS 522/2017, de 6 de julio; y AATS núm. 1122/2018, de 6 de septiembre; 921/2019, de 26 de septiembre y 1083/2019, de 3 de octubre, entre otras muchas), interpretando este artículo, ha señalado que «El alcance del art. 114 CP se refiere a aquellos casos -dolosos o culposos- en los que la contribución de la víctima al suceso, y por tanto a su propia victimización no es causal ni penalmente relevante, ni por tanto deba tener reflejo en los pronunciamientos penales, pero sin embargo puede haber facilitado, y es en esa situación cuando surge la facultad discrecional a que se refiere el art. 114 CP para atemperar la cuantía indemnizatoria en atención a la contribución que la propia víctima haya tenido en el desarrollo de la acción punible, incluso vía dolosa. No se trata, como ya se ha dicho, tanto de una cuestión de compensación de culpas que tendría difícil encaje en los supuestos de delito doloso, sino que más limitadamente el campo del art. 114 CP, como se opina por algún sector de la doctrina científica, se situaría en aquellos supuestos en los que la contribución de la víctima no siendo causal ni por tanto situarse en el resultado, puede tener alguna relevancia en la materia indemnizatoria en virtud de la facultad de discrecionalidad que en relación a la responsabilidad civil otorga este artículo a los Tribunales.» En el mismo sentido, señalábamos en los autos núm. 921/2019, de 26 de septiembre y 82/2019, de 13 de diciembre, con remisión a la sentencia núm. 461/2013 de 29 de mayo, que «el art.

114 del Código Penal faculta a los tribunales para moderar el importe de las reparaciones e indemnizaciones en los casos en que la víctima hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio, lo que no se puede interpretar como una forma de compensar diversas obligaciones opuestas, puesto que solo de la comisión del delito surge como fuente la obligación de reparar o indemnizar y de la provocación o agresión inicial de la víctima aunque exista, si no es considerada y sancionada como delito, no surge por tanto obligación alguna de ese tipo. Pero sí otorga ese artículo al juzgador una amplia discrecionalidad para, tomando en consideración la conducta de la víctima, determinar la cuantía de la concreta responsabilidad civil.» No obstante, esta Sala también ha suprimido toda posibilidad de moderar la responsabilidad civil en los delitos dolosos contra el patrimonio o de enriquecimiento (STS 1521/2014). En estos casos, como indicábamos en la sentencia núm. 721/2018, de 23 de enero de 2019, «no cabe moderar la responsabilidad penal del autor en los delitos dolosos contra el patrimonio de enriquecimiento». Esto es, no cabe aplicar el art. 114 del CP, «por mucha negligencia causal que pueda atribuirse a la víctima». Tampoco puede el autor de la infracción consolidar su enriquecimiento injusto, ni total ni parcialmente. «Cuando lo que procede es la restitución o en defecto de ella la indemnización como sustitutiva, no cabe moderación.» ...” «. En el caso analizado, el Tribunal de instancia ha hecho uso de la potestad que le confiere el art. 114 CP, precepto que no precisa expresa petición de parte. Para que el Tribunal pueda accionarla basta con que exista petición de indemnización del actor

civil y el demandado muestre su oposición a la pretensión de aquel. El principio dispositivo se proyecta tanto sobre el derecho material (ejercicio de la acción) como sobre la pretensión (disponiendo del proceso a través de una serie de actos), resultando vinculados los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de las partes a través del principio de congruencia...” Conforme a esta doctrina, el Tribunal está vinculado a la pretensión procesal delimitada por las partes, teniendo que respetar el objeto del proceso circunscrito por la pretensión y la oposición del demandado a la misma. El Tribunal debe adoptar su decisión sobre la base de los hechos alegados por la partes y las pruebas practicadas a instancia de éstas. Ello no debe ser confundido con el derecho aplicable, ya que es facultad del Tribunal, en virtud del principio de iura novit curia, establecer en el ámbito civil cuál es el Derecho aplicable a la situación planteada. Así, el art. 218.1 párrafo segundo LEC permite resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. En definitiva, ante el ejercicio de la acción civil, los tribunales están limitados por las aportaciones de hechos y pruebas y alegaciones de las partes, no por sus consideraciones jurídicas. ....Y al fijar la indemnización que debían abonar los condenados, redujo los importes al 50%, en atención a que las lesiones fueron consecuencia de una recíproca agresión. Ello es acorde con la doctrina expuesta, ya que, aun cuando ninguna de las partes hubiera pretendido la aplicación del art. 114 CP, el Juzgador al delimitar el alcance de la responsabilidad civil se limitó a aplicar el derecho sin alterar ninguno de los hechos fundamentales en que las partes basaban sus pretensiones.”

La continua presencia del daño moral en el enjuiciamiento de los delitos dolosos acompañados de lesiones, y su tratamiento jurisprudencial se confirma en el Auto nº 202/2021, de 11 de marzo, del Tribunal Supremo. Sala 2ª, -Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez-:

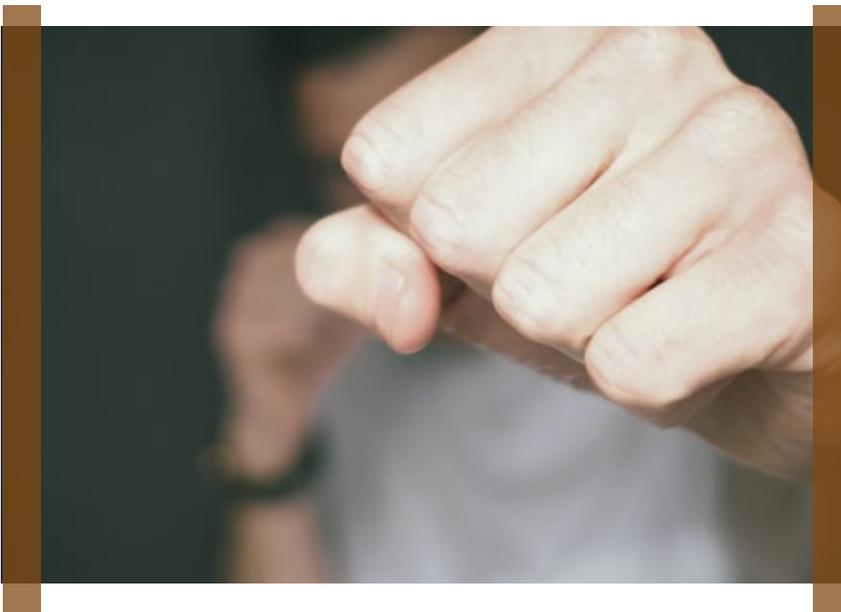
*“Respecto a la existencia de daños morales en la víctima de un delito contra la libertad sexual, ha indicado esta Sala (vid. STS 111/2021, de 10 de febrero y. 636/2018, de 12 de diciembre) que «en los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales, la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad,(...), susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, suposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad. En este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido -libertad e indemnidad sexual- y de la*

*gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (SSTS. 105/2005 de 29 de enero, 40/2007 de 26 de enero)».* Como dice la sentencia de esta Sala número 122/2021, de 11 de febrero, «el daño moral, en caso como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. En su consecuencia, como indica la STS 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de septiembre); siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad ( STS 1490/2005, de 12 de diciembre).» En el presente caso, la existencia de los daños psicológicos quedó perfectamente acreditada por el informe pericial. Esos daños se correspondían y eran los propios, por otra parte, lógicamente, de una experiencia sexual no consentida, sufrida por una persona de temprana edad. Las consecuencias resultantes

*de la acción son graves, si se tiene en cuenta que inciden sobre una persona, que, como se ha dicho, se encuentra aún en un periodo de formación y de adquisición de madurez en todos los órdenes.”*

Reincidimos - y pedimos se nos acoja con benevolencia- en el daño moral, en la Sentencia nº 165/2021, de 18 de febrero, Tribunal Supremo. Sala 2ª -Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García :

*“La segunda matización es que esta Sala ha establecido de manera reiterada que los daños morales se acreditan por la propia naturaleza y gravedad de los hechos declarados probados. Así, por vía de ejemplo, recuerda la sentencia de esta Sala 445/2018, de 20 de octubre, que, en relación a los daños morales es «de aplicación la doctrina in re ipsa loquitur, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar «evidente»; es decir, «cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado», acogida en numerosas resoluciones ( SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda, en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado,*



*pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad ( SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo; núm. 105/2005, de 29 de enero)”*

Quando creíamos tener certeza sobre que las consecuencias civiles de la estimación de un delito de insolvencia punible no tenían traducción económica directa, sino en la anulación del negocio jurídico de disposición realizada y retorno al patrimonio del “presunto” autor del bien dispuesto, la Sentencia nº 515/2021, de 11 de junio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo,- Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina:-

*“La restitución de los mismos bienes es, por tanto, la primera vía de reparación pero no la única (art. 101 CP 1973, hoy 110 del Código vigente). Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente, pesar de haberse declarado exigible en vía civil, cuando lo ejecución no puede seguir adelante precisamente por el alzamiento del deudor (en el mismo sentido STS 14 de julio de 1986, 16 de marzo de 1992 y 12 de julio de 1996). En este caso se ha seguido este último*

*criterio y nada cabe objetar a ello porque a través de la maniobra defraudatoria se ha imposibilitado definitivamente el cobro del crédito del acreedor reclamante, todo ello sin perjuicio de reservar al acreedor las acciones correspondientes respecto de las sumas restantes impagadas”*

La derivación de responsabilidad a los socios miembros del Consejo de administración de una Sociedad Limitada es una cuestión compleja, y preocupante, respecto de la cual resulta interesante la Sentencia nº 840/2021, de 14 de Junio , del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Sección: 3 -Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado:-

*“QUINTO.- La Sala comparte el criterio expresado por la Sala Primera de este Tribunal Supremo en sentencia 590/2013 de 15 de octubre de 2013 (recurso de casación 1268/2011), que declara que el estado de insolvencia no constituye por sí una causa legal de disolución porque no cabe confundir entre estado de insolvencia y la situación que describe el artículo 363 e) del TRLSC como causa de disolución. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de*

*concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito en el art. 365 TRLSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación ( art. 145.3 LC).”*



Resulta curioso como en un proceso por error judicial la Sala 3ª del Tribunal Supremo (sección 1ª) en Sentencia N.º 352/2019, de 15 de marzo, determina que sistema de valoración se utiliza, si el Sistema de valoración de daños contenido en la Ley 35/2015, aplicado por el juez penal o el establecido en la norma administrativa de protección de la Policía Nacional, siendo la cuestión: “Que la Administración no debe hacerse cargo de la responsabilidad civil a favor de miembros de la Policía Nacional impuesta en vía penal al condenado declarado insolvente por cuanto que - además de que la Administración no ha sido parte en el proceso penal- no puede llevarse a cabo un trasvase del sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015 aplicado en la vía penal a la vía administrativa que se rige por Leyes que configuran un sistema distinto de valoración y reparación de los daños sufridos por la Policía Nacional. b) Cuestión subsidiaria: En la hipótesis de que se considerase que esa responsabilidad civil impuesta en sentencia penal permite que el Policía Nacional se dirija a la Administración reclamando su abono, se reconozca que la misma no está obligada a abonar automáticamente la indemnización fijada en la vía penal sino solo aquellos daños que encuentren cobertura en la normativa reguladora de clases pasivas, mutualismo administrativo y régimen general de la Seguridad Social así como en la LO 9/2015 y en el Reglamento orgánico de la Policía Gubernativa,” y la decisión es más sorprendente aún:

Sobre el accidente “in itinere” en el régimen de mutualismo, responde a la cuestión de interés la Sentencia N.º. 887/21, de 21 de junio de la Sección 4ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo:

“...la Sala de lo Social (por todas la Sentencia 409/2018, de 17 de abril dictada en el recurso 177/2016 de unificación de doctrina) recuerda que en la construcción jurisprudencial del accidente «in itinere» se parte de dos términos: el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador y de la conexión entre ellos a través del trayecto mediante una relación causal. Por ello en la meritada sentencia, Fundamento Cuarto, indica que: «c).- Más concretamente, para calificar un accidente como laboral «in itinere» hemos venido exigiendo la simultánea concurrencia de las siguientes circunstancias: 1º) que la finalidad principal y directa del viaje esté determinada por el trabajo [elemento teleológico]; 2º) que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa [elemento geográfico]; 3º) que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto [elemento cronológico]; o lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo; 4º) que el trayecto se realice con medio normal de transporte [elemento de idoneidad del medio] “ ... ” E n

“...en las circunstancias del caso, las lesiones y perjuicios sufridos por los agentes de policía como consecuencia de acciones ilícitas de las personas sobre las que ejercen, sin dolo o negligencia por su parte, las funciones que son propias de su cargo deben ser resarcidos por la Administración, mediante

el principio del resarcimiento o de indemnidad, principio general que rige para los empleados públicos. Y, en las circunstancias del caso, la cantidad reconocida con carácter firme en vía penal como resarcimiento es la que debe ser reconocida como indemnidad.”



consecuencia, la respuesta a la cuestión de interés casacional es que la incapacidad permanente para el servicio derivada de accidente de tráfico sufrido por un funcionario público al realizar el desplazamiento para ir o al volver del centro de trabajo puede considerarse como incapacidad producida «como consecuencia del servicio» a los efectos de la obtención de pensión extraordinaria regulada en el artículo 47.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 780/1987, de 30 de abril, en conjunción con el artículo 59 del RD 375/2003, de 28 de marzo.”

voluntad expresada por cualquier medio», en palabras del vigente art. 66.1.e) de la Ley 39/2015, está expresamente previsto por el art. 68 del mismo cuerpo legal. Y que la vigente legislación de procedimiento administrativo ha sido ya pensada para la llamada «Administración electrónica» resulta evidente de la simple lectura de la citada Ley 39/2015, para la que el modo tendencialmente normal de comunicación entre la Administración y los particulares es el electrónico. Así las cosas, sería sumamente difícil -por no decir imposible- argumentar que la previsión legal del carácter subsanable de la omisión de firma en las solicitudes no es aplicable a

dicha, afectan a la «acreditación de la autenticidad de la voluntad» del solicitante, como podría ser el paso final de validar lo formulado y enviado por vía electrónica...” que la interpretación de la antigua norma a hechos acaecidos en la segunda década de este siglo no puede por menos de hacerse teniendo en cuenta la realidad social de ese momento, tal como exige el art. 3 del Código Civil...” La Administración no puede escudarse en el modo en que ha sido diseñado el correspondiente programa informático para eludir el cumplimiento de sus deberes frente a los particulares, ni para erosionar las garantías del procedimiento administrativo. Más aún: la Administración conoció -o pudo conocer- que el recurrente había pagado la tasa. A ello debe añadirse que, incluso aceptando a efectos puramente argumentativos que no sea técnicamente posible recibir automáticamente información sobre los pasos dados por todos aquéllos que han accedido al programa informático, la Administración debe, en todo caso, dar la posibilidad de subsanación cuando el interesado reacciona frente a su no inclusión en la lista de admitidos y acredita que sólo omitió el paso final, esto es, la firma electrónica y el registro de su solicitud. “

Para “determinar si la posibilidad de subsanación de la omisión de la firma en las solicitudes a la Administración, prevista en el art. 68 de la Ley 39/2015 «resulta de aplicación en los supuestos de presentaciones telemáticas no finalizadas, de forma que no se pueda tener por decaído en su derecho al solicitante sin previo requerimiento de subsanación» responde la sentencia N.867/2021, de 16 junio de la sección 4ª de la Sala 3ª-ponente Excmo. Díez-Picazo Giménez- :

“...el deber de dar un plazo de diez días para la subsanación de las solicitudes que hayan omitido la «firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su

las solicitudes presentadas por vía electrónica. Ello vale igualmente para aquellas omisiones que, sin referirse a la firma electrónica propiamente

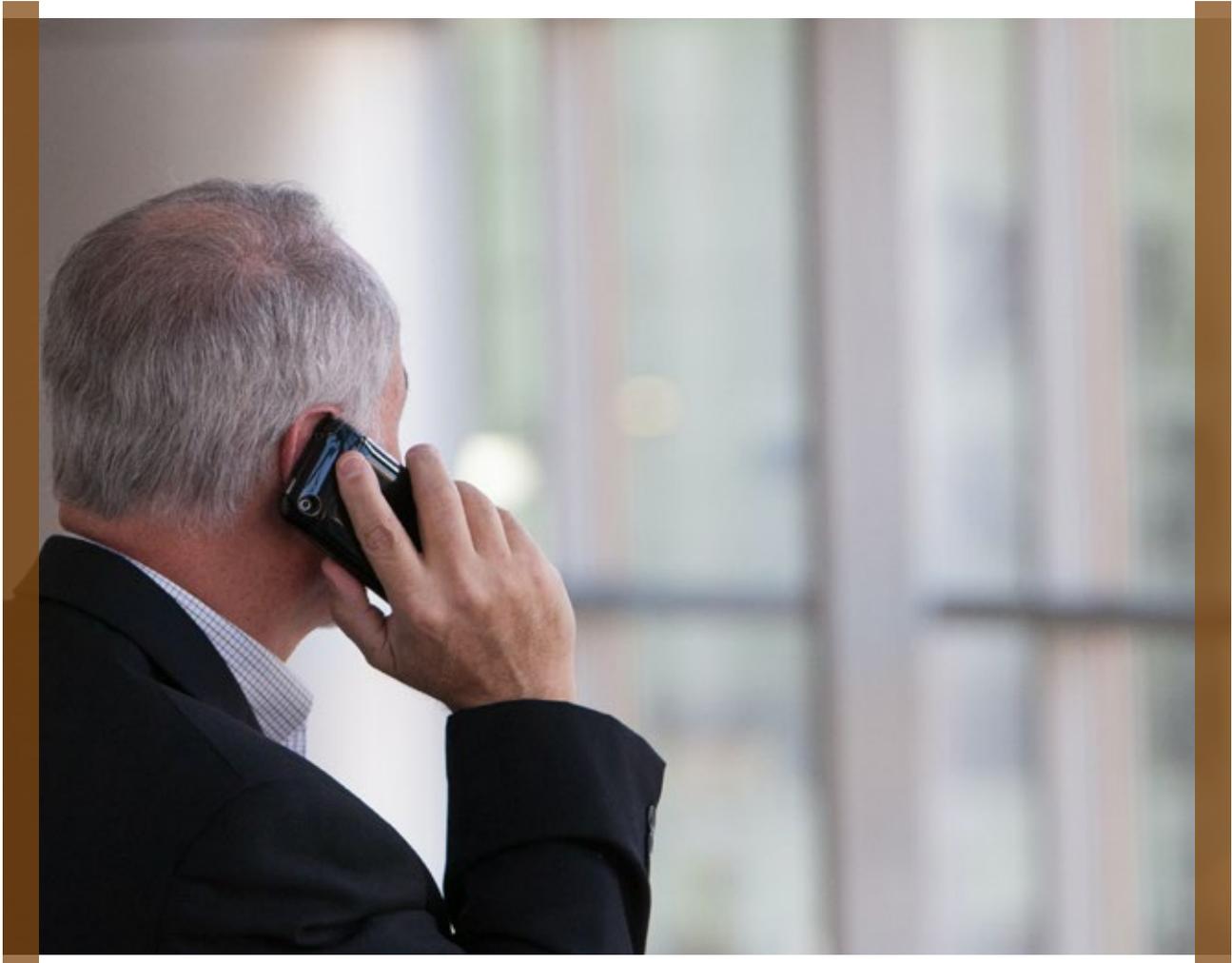


Una solvente empresa de telefonía recibió sanción pecuniaria de 1.855.000,00e por la comisión de infracciones administrativas en materia de consumo, -confirmada por el TSJA- y recurre a la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 4ª) del Tribunal Supremo que en Sentencia N 839/21 de 14 de junio- ponente Excm. Sra. Pico Lorenzo- determinará si “tratándose de contrataciones telefónicas.... Resulta necesario facilitar al usuario con carácter previo y por escrito las condiciones generales de contratación, cuando así mismas hayan sido solicitadas expresamente”:

*“Si bien los usuarios conocidos como «nativos digitales», que han crecido con la red y el progreso tecnológico, están totalmente familiarizados con ella no acontece lo propio con los llamados «inmigrantes digitales», es decir aquellos usuarios que han adquirido familiaridad con los sistemas digitales en su época adulta.”...* De lo que se trata es de que si el usuario final demanda un texto escrito individualizado

*lo reciba.”...* “la respuesta de la cuestión planteada es que resulta necesario facilitar al usuario, con carácter previo y por escrito, que tanto puede ser en formato papel tradicional como sistemas de mensajería instantánea o correo electrónico, las condiciones generales de contratación, cuando las mismas hayan sido solicitadas expresamente, aun tratándose de contrataciones telefónicas,

*a la vista de lo establecido, de un lado, en el artículo 12 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas aprobada por Real Decreto 899/2009, de 12 de mayo, y de otro, de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre”*



Aún es posible sorprender en la interpretación del daño moral, en el modo en que lo hace la sala de lo militar del Tribunal Supremo en sentencia nº 23/2020, DE 23 de marzo en que el recurrente peticionaba «se dicte sentencia por la que con acogimiento de las alegaciones realizadas se declare nula la sanción impuesta a nuestro mandante, se declaren las vulneraciones de derechos y se resarza al recurrente tanto económicamente mediante lo dejado de percibir, se le indemnice por los perjuicios morales ocasionados en 50.000 euros, y entre ellos el Honor mancillado y demás pronunciamos administrativos que correspondan, así como la deducción de los testimonios correspondientes ante la autoridad a los efectos de determinar la existencia de posible falta disciplinaria o delito en el inicio del presente expediente disciplinario» y pese a declararse nula la sanción, afirma -frente a los 50.000,00€ y “el honor mancillado”-:

*“No existen méritos para acceder a la solicitud de indemnización por daños morales, cuando, a criterio de la Sala, el interesado obtiene cabal satisfacción al respecto*

*con la decisión que ahora adoptamos, en cuanto queda repuesto en la situación jurídica y económica anterior tras ver reconocida jurisdiccionalmente su pretensión (por todas,*

*sentencias de esa Sala, de 18 de noviembre de 2005, 25 de abril de 2008 y 3 de noviembre de 2010). “*

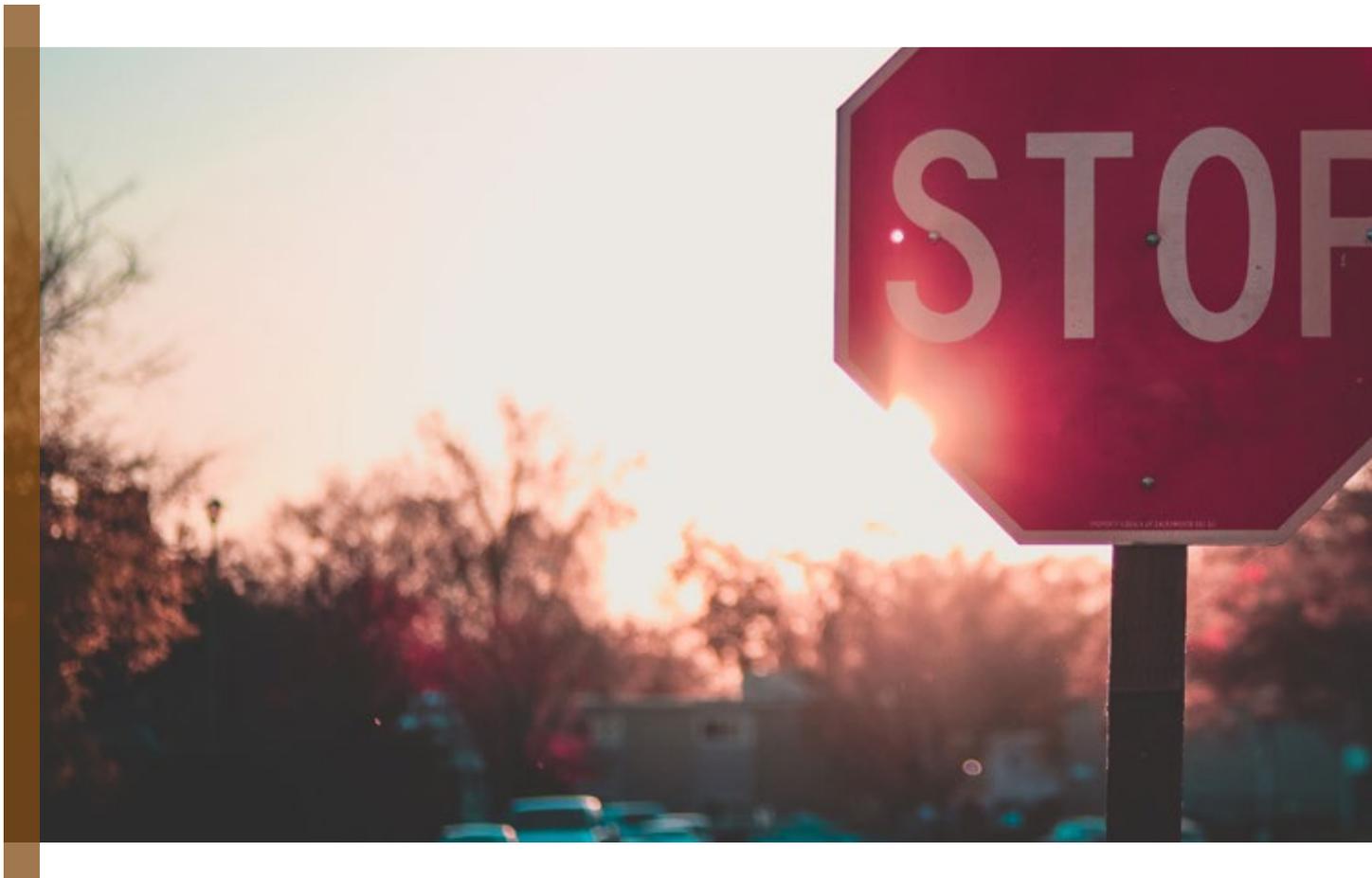


A cualquier letrado -como, por ejemplo, nuestro flamante presidente- nos puede suceder en nuestro natural discurrir al amparo de los intereses de nuestros clientes que denunciando ante un Juzgado de Instrucción, por entender en un hecho de tráfico vial que existen elementos que sugieren un comportamiento imprudente en la conductora susceptible de ser calificados respecto de un delito del Artículo 152.2 del CP y el tribunal considere más adecuado sobreseer provisionalmente, y archivar; en este caso, resolvió el Auto nº 24/2021 de 18 de marzo de la Sección de la Audiencia Provincial de Cáceres -estimando el recurso- :

*“Como esta Sala ha afirmado en multitud de ocasiones, a efectos del enjuiciamiento de una conducta, como pretende la parte apelante, basta con la presencia de elementos indiciarios que se consideren una base mínima aunque suficiente desde el punto*

*de vista racional y lógico para seguir el proceso por delito”...* Sí es, no solo posible sino necesario, a fin de evitar una injustificada «pena de banquillo», realizar una sucinta valoración del resultado que arroja la fase de instrucción,...”...” pero en tal valoración ha de operarse

*en términos de probabilidad, esto es, decidir simplemente si los hechos investigados «pueden» ser ciertos, «pueden» imputarse a persona determinada, y «pueden» ser constitutivos de infracción penal “...” Esta remisión al plenario de la valoración del material de cargo y de descargo es especialmente trascendente cuando los hechos denunciados puedan ser constitutivos de un delito leve”...*”debiendo en estos casos reservarse la resolución a que se refiere el artículo 779.1.1º para aquellos supuestos en los que la atipicidad del hecho como delito leve pueda determinarse, de forma incuestionable y concluyente, sin necesidad de descender al análisis del material probatorio. Cabría añadir, como peculiaridad para los procesos seguidos por lesiones causadas en accidente de circulación, que adelantar a esta fase de instrucción el



*pronunciamiento de atipicidad del hecho priva a la persona lesionada de la posibilidad de obtener el auto de cuantía máxima regulado en el art. 13 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en su redacción dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, reforma que limitó con carácter general los supuestos en los que cabe dictar dicho auto de cuantía máxima al dictado de sentencia absolutoria, limitando la anterior referencia del precepto a «otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad» exclusivamente a los «casos*

*de fallecimiento en accidente de circulación». No es lo mismo, por tanto, para la víctima del accidente, que el Juzgado declare la ausencia de responsabilidad penal en una sentencia que en «otra resolución», lo que recomienda ser especialmente riguroso a la hora de optar por una u otra forma de conclusión del proceso penal "...Dicho de otra forma: una señal de stop, según el Reglamento General de Circulación, «indica al conductor la obligación de detener su vehículo ante una próxima línea de detención o, si esta no existiera, inmediatamente antes de la calzada a la que se aproxima, y de ceder el paso a los vehículos que circulen por esa calzada» y, en este caso, la conductora no cumplió con ese deber de ceder el paso a un ciclista que disfrutaba de una doble preferencia de paso (la del artículo 56.5*

*del Reglamento General de Circulación, cuando establece que «en las intersecciones de vías señalizadas con señal de «ceda el paso» o «detención obligatoria o stop», previstas en los artículos 151 y 169, los conductores cederán siempre el paso a los vehículos que transiten por la vía preferente», y la del artículo 64.b) que señala que «los conductores de bicicletas tienen prioridad de paso respecto a los vehículos de motor: b) Cuando para entrar en otra vía el vehículo de motor gire a derecha o izquierda, en los supuestos permitidos, y haya un ciclista en sus proximidades»); y siendo así que el artículo 76.i) del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial considera infracción grave «no respetar la señal de stop», como también considera infracción grave en su apartado c) «incumplir las disposiciones de esta ley en materia de preferencia de paso», doble infracción grave que afectó a un sujeto especialmente vulnerable como es un ciclista y que trajo como consecuencia que sufriera unas graves lesiones (entre otras, paraplejía) que se corresponderían con el elemento objetivo del artículo 149.1 CP, no es posible descartar, a priori y de forma concluyente, que los hechos sean penalmente relevantes y, siendo así, la decisión que ponía fin a la fase de instrucción debió ser la de incoación de un juicio por delitos leves en el que analizar, con plenas garantías de inmediatez y contradicción, todas las pruebas que fueran admisibles a efectos de declarar, en definitiva, si hubo o no responsabilidad penal en la denunciada, y no un auto de sobreseimiento. El recurso ha de ser estimado.»*



Ilustra plásticamente la pasada y la actual situación del delito de omisión del deber de socorro la Sentencia 284/2021 de 30 Marzo, Rec. 2693/2019, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, -Ponente: Excmo. Sr Marchena Gómez, Manuel- ( a destacar el voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura):

*“Esta Sala, sin embargo, no puede identificarse con esta línea argumental. El art. 195 del CP (LA LEY 3996/1995) incluye en el tipo objetivo una situación de desamparo, un peligro grave y manifiesto que impone el deber de actuar omitido por el sujeto activo. Por tanto, la capacidad de recibir ese socorro es un elemento del tipo cuya ausencia hace imposible el juicio de subsunción.*

*Y la imposibilidad de calificar los hechos probados como constitutivos de un delito previsto en el art. 195 del CP (LA LEY 3996/1995), no es superable, desde luego, con la confusa invocación de la doctrina de esta Sala acerca de la tentativa inidónea.*

*El art.16 del CP (LA LEY 3996/1995) ha redefinido la tentativa frente a su concepción más clásica, añadiendo la expresión «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Quedan fuera de la reacción punitiva: a) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); b) los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que*

*en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; c) y los supuestos de delitos imposibles stricto sensu por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta. En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico.*

*Por el contrario, sí deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados ex ante y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico de lesión o de peligro (cfr. SSTS 771/2014, 19 de noviembre (LA LEY 170087/2014); 1114/2009, 12 de noviembre (LA LEY 254339/2009); 963/2009, 7 de octubre (LA LEY 205779/2009); 822/2008, 4 de diciembre (LA LEY 207466/2008), entre otras muchas).*

*En el supuesto que centra nuestra atención, la muerte instantánea sufrida por la víctima y descrita como tal en el hecho probado, encierra una inidoneidad absoluta. No se puede socorrer a quien ya no es susceptible de ser socorrida. Y precisamente por ello no se puede castigar la omisión de una acción esperada cuando, de haberse realizado esa acción, en nada habría afectado a la indemnidad del bien jurídico protegido, sea éste la seguridad de la*

*vida e integridad física, sea la solidaridad.*

*5.3.- Distinta es la voluntad del legislador que en la reforma operada por la LO 2/1919 (sic), 1 de marzo, ha considerado oportuno introducir un nuevo precepto -art.382 bis- en el que se castiga al conductor que «... fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2».*

*Se crea así un delito de aplicación subsidiaria mediante el que se pretende evitar la impunidad de aquellas conductas que escapan a los límites del tipo que ofrece el art. 195 del CP. (LA LEY 3996/1995) Se ha buscado la inspiración en el equívoco espejo de la literalidad del precepto alemán, que sanciona el «delito de huida» o «delito de fuga» como respuesta al infractor de un «deber jurídico de espera» y de «asistencia».*

*La fecha en que sucedieron los hechos imputados a Gregorio y el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables ( arts. 9.3 CE y 2 del CP) liberan a la Sala de un análisis del encaje*



Un clásico en la responsabilidad civil extracontractual son los accidentes en columpios en zonas recreativas de restaurantes, desgraciadamente en menores; ejemplo de ello la Sentencia nº126/2021, de tres de mayo, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de León:

*de la conducta imputada en la renovada tipicidad que ofrece el art. 382 bis del CP.”*

“a) En cuanto al demandado, ... como titular del establecimiento Restaurante «...», en cuya área recreativa se ubicaba el columpio, y siendo como es cierto que nunca sería posible evitar golpes y caídas de los niños cuando juegan, le correspondía comprobar que tanto aquel, como los demás elementos instalados para esparcimiento infantil, cumplieran las adecuadas pautas de seguridad, evitando, o al menos reduciendo al mínimo, el riesgo de lesiones graves que pudieran derivar de su uso, lo que, desde luego, se constata no ocurría en el presente caso con el columpio «barca» pues la escasa distancia existente desde la base del mismo al suelo, apenas 18 centímetros, y al margen de que las normas UNE para los equipamientos de las áreas de juego que establecen una distancia mínima de al menos, de 350 mm. sean de aplicación voluntaria, en tanto no se determine su obligatoriedad mediante la correspondiente norma jurídica, en ningún caso podía impedir, como así sucedió, el impacto generado por el movimiento del columpio en su balanceo, y ello a pesar de encontrarse el menor caído en el suelo, tumbado.

Además, es de señalar que tanto el Sr. Ceferino, como su esposa, Doña Eufrasia, que depuso como testigo, admitieron haber observado desde el interior del establecimiento, a través de unos ventanales que se abren sobre la zona recreativa, como los menores hacían uso inadecuado del columpio, subiendo hasta seis simultáneamente en el mismo, situándose dos en la barca, otros dos de pie apoyados en el suelo de la barca, y otros dos subidos en el respaldo y agarrados a la barra, pese a lo cual ninguna advertencia se hizo por parte de los mismos a los menores, ni a los padres, ni se les impidió continuar utilizando el columpio. Es por ello que se presenta incuestionable la responsabilidad extracontractual del titular del Restaurante, que alcanza ex art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, a la compañía Axa, al no mantener en condiciones de seguridad el columpio y permitir un uso inadecuado del mismo por parte de los menores; b) La conducta de la madre demandante en nombre del menor Eulalio, como la del padre también presente, debe considerarse asimismo concurrente a la producción del daño (culpa «in vigilando»), porque dada la edad del menor, 7 años y

las obligaciones de guarda y custodia que corresponden a los padres, las circunstancias en las que se produjo el accidente, haciendo el menor, junto con otros de parecida o similar edad, un uso inadecuado del columpio, lo que pudo y debió ser observado por los padres, dada la escasa distancia a la que, como la propia madre reconoció, se encontraban del menor, llevan a este Tribunal a considerar que sin esta dejación de funciones, el daño no podría haberse producido, y ello en virtud de los criterios de la responsabilidad objetiva, porque como afirma la STS de 23 de febrero de 2010, con cita de la sentencia de 6 septiembre 2005, «en la configuración del hecho dañoso el control de la situación correspondía a la víctima, o, si se prefiere otra expresión, a la parte que como tal se presenta, dadas las características del supuesto de hecho»; y c) debe entenderse de acuerdo con la ya citada sentencia de 6 septiembre 2005, que no puede descartarse la contribución del propio menor en la producción de su daño, ya que ha sido considerada probada la conducta negligente de dicho menor y, además, no puede excluirse que tuviera capacidad para entender el manejo del columpio, dado que es un elemento habitual en los parques infantiles.

De este análisis, debe llegarse a la conclusión de que no pueden ponerse a cargo del demandado todas las consecuencias del daño sufrido por el menor, ya que a ello contribuyeron causalmente la propia conducta de la víctima y la de sus padres, al faltar la necesaria vigilancia a que venían obligados en virtud de su calidad de titulares de la patria potestad. Por tanto, al no excluirse la negligencia de los padres ni la de la propia



víctima, estos contribuyeron causalmente al daño.

La expresada concurrencia de culpa por parte de los padres del menor, y de este mismo, que excluye la culpa exclusiva del demandado, mantiene subsistente la obligación de indemnizar, si bien con una equitativa moderación y repartimiento en el quantum, atendida la entidad de las culpas concurrentes que, en este caso, se cuantifica en un 40% para el demandado y un 60% para

la demandante, al estimarla de mayor entidad.”

“QUINTO.- También ha interpuesto recurso C B S.L. que impugna la sentencia, inicialmente, en el punto referente a la desestimación de la reclamación de 38.862 € de lucro cesante por la paralización del autobús durante el tiempo preciso para su reparación, inmovilización que alega que ha quedado acreditada así como el perjuicio que se deriva de ello que entendía que se

evidencia de la certificación gremial, documento 10 de la demanda, ratificada y explicada por quien la emitió, D. J.L, Director de la Asociación de Empresarios de Transporte en Autocar de Madrid en relación con la testifical de Dª y el interrogatorio del codemandante Sr. B

La resolución apelada desestima íntegramente la petición de indemnización por lucro cesante al no considerarse suficiente para su acreditación la referida certificación gremial, entendiéndose que había tenido disponibilidad la parte para practicar prueba sobre los datos económicos, de actividad de ejercicios anteriores y posteriores a la anualidad en que acontece el siniestro, para evidenciar la realidad del lucro cesante reclamado.

SEXTO.- Como expresa el TS en sentencia de 26-9-

La Sentencia nº 3/2021, de catorce de Enero, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada -ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gallo Erena-, solventa la existencia o no de lucro cesante- revocando la sentencia que lo denegó- de un autocar de transporte discrecional de viajeros, durante el tiempo invertido en la reparación :



2002, para la determinación del lucro cesante debe acudir a un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso. Pero no obstante ello es necesario que se concluya la realidad del daño, pues si realmente este no existe no procederá indemnización alguna.

A este respecto, la Sentencia de dicho Tribunal de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5662) expresaba que las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y

las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico.

Por cuanto antecede entendemos que la exigencia de acreditación de las ganancias dejadas de percibir no puede llevarse a extremos que constituya lo que se denomina "probatío diabólica", que en ningún caso sería posible, debiendo ponderarse dicha exigencia con las circunstancias de cada caso, características de la actividad, disponibilidad de la prueba y criterio de normalidad probatoria. No debemos olvidar que en casos como el presente en los que el perjuicio se produce «ex re ipsa» (sentencias de esta Sala de 26-12-2000, 14-7-2003 y 15-7-2009) o como indican las SSTs de 20-6-93 y 22-2-97, si la probabilidad de obtener aquellas ganancias es objetiva, resultado del normal curso de las cosas y de las circunstancias que rodean al caso concreto, no se ha de dudar acerca de su estimación.

De esta manera expresa el TS en sentencia de 19-11-2018: "Si la actora destina su camión al transporte de mercancías, como se ha demostrado, y permanece un tiempo

inmovilizado para la reparación, creemos que de estos hechos se deduce necesariamente el perjuicio por lucro cesante, pues durante el tiempo que el camión permanece inmovilizado no se puede dedicar a la actividad mercantil, perdiéndose los ingresos que se podría haber obtenido, con la necesaria verosimilitud y certeza, en caso contrario, sin que, a nuestro juicio, sea necesario acudir a una complicada prueba para acreditar la realidad del

perjuicio por lucro cesante.

No empece a ello que la empresa que se dedica al transporte, como es el caso, tenga más vehículos destinados a su objeto social, pues se ha de presumir que obtenga ganancias de todos ellos y que sean necesarios para satisfacer su objeto, sobre todo si el

siniestro se produce porque la cabeza tractora en cuestión circulaba prestando un servicio.

4.- Teniendo en cuenta los datos expuestos y la valoración jurídica que se ha hecho de ellos, la cuestión se contrae no tanto a la existencia del lucro cesante sino a su cuantificación. En este tipo de litigios suele ser la prueba del quantum el centro sobre el que gira el debate. Unas veces se acude, como solución para ello, a los certificados gremiales que las partes aportan al juicio, ya que ofrecen una idea genérica de las ganancias perdidas por la paralización del vehículo, con fundamento en estudios propios de las asociaciones o colegios profesionales.

Otras veces la solución pasa porque el perjudicado acredite, mediante la prueba más objetiva posible, las ganancias que ha dejado de obtener.

Esta segunda solución es la que la sentencia recurrida rechaza por falta de pruebas y lo motiva.

Pero como afirma la sentencia 48/2013, de 11 de febrero, en un caso similar de ausencia de pruebas que permitieran establecer de forma objetiva un perjuicio concreto que justificase el acogimiento de la pretensión, «ello no es argumento suficiente para negar una



indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo.» En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 568/2013 de 30 de septiembre. (RJ 2013, 7250) En los litigios sobre los que decidieron las sentencias que ponían fin a ellos, estas no negaron el lucro cesante postulado, sino que lo redujeron en el quantum, por entender que el certificado gremial sirve a título meramente indicativo y como simple principio de prueba para cuantificar el perjuicio, pero para su precisa cuantificación en la cantidad solicitada eran precisas unas pruebas más objetivas del caso concreto que la parte no aportó.

Se colige, pues, de la doctrina de la sala, que los certificados gremiales sobre el lucro cesante por paralización del vehículo por sí mismos no pueden ser considerados prueba del lucro, sino que debe acudir a otros medios de prueba que acrediten el mismo de forma más concreta.

Por tanto, y sería el caso, una vez probado que la perjudicada tuvo un vehículo paralizado y que lo destinaba a una actividad económica en la que en condiciones normales se habría obtenido un beneficio económico, la ausencia de pruebas concretas sobre ganancias determinadas, que suelen ser dificultosas a veces, no puede impedir la indemnización por lucro cesante, sino que deben ponderarse los datos existentes y fijar una cantidad prudencial.

Para ello, como referencia y no con carácter vinculante, sí pueden resultar útiles los certificados gremiales y los baremos que en ellos se aplican.

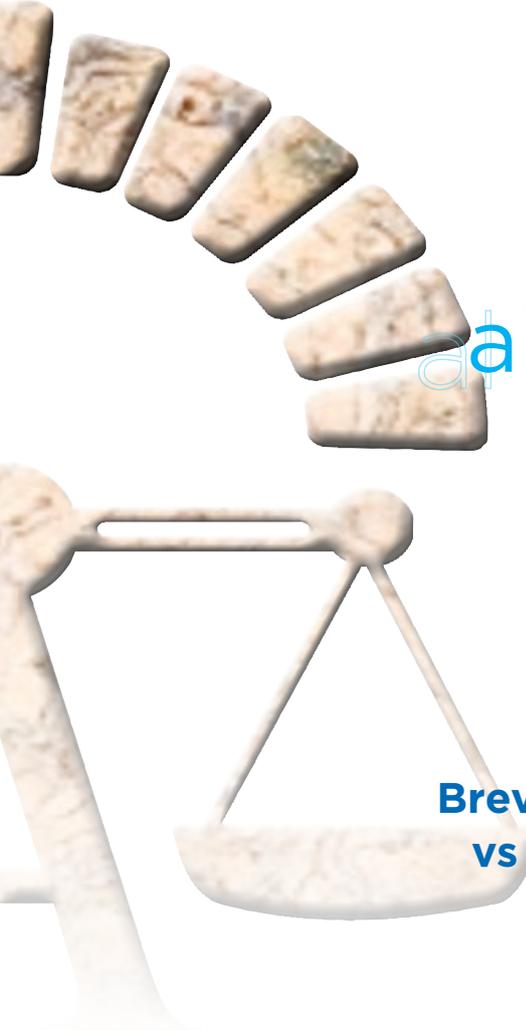
5.- En atención a lo expuesto, y si se tiene en cuenta los datos obrantes en autos, con respecto a las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida no combatidas por el cauce adecuado, se considera prudencial fijar el lucro cesante por los 24 días de paralización en la cantidad de 8.000 €."

**SÉPTIMO.-** Por cuanto antecede y aplicándose la referida doctrina al caso de autos, teniéndose en cuenta la realidad acreditada de los daños sufridos y el

tiempo de paralización del vehículo, todo ello puesto en relación con la dedicación a la actividad turística del mismo, entendemos que no se puede negar la realidad de existencia de perjuicio por lucro cesante aún cuando la cantidad que se solicita no se pueda justificar con el solo certificado gremial aún ratificado y aclarado por el director de la AETRAM, que puso de manifiesto no haberse tenido en cuenta para el cálculo datos específicos de la empresa y actividad del autobús de autos que posibilitara individualizar el cálculo así como tampoco facturación de la empresa del año anterior. Tampoco la actora ha aportado directamente dicha prueba como ha resaltado la sentencia apelada.

No obstante ello entendemos que deberá valorarse el referido certificado que junto con lo que se deriva de la declaración testifical de D<sup>a</sup> y el interrogatorio del codemandante Sr. Ba, guía que prestaba servicios el día del accidente, así como los meses de especial actividad turística en que se produce la paralización, hace que debamos fijar prudencialmente esta indemnización por lucro cesante en 20.000 €."





# Puesta al día internacional

## Breve aproximación a la Sentencia *Hutchinson vs (1) Mapfre España compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (2) Ice Mountain Ibiza S.L.*

por Alberto Pérez Cedillo  
Abogado y Solicitor



El Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra se ha pronunciado en la Sentencia *Hutchinson vs (1) Mapfre España compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (2) Ice Mountain Ibiza S.L.*, tras la declinatoria de jurisdicción interpuesta por los demandados, sobre las cuestiones jurisdiccionales que surgen en las reclamaciones en las que un demandante tiene un derecho de acción directa contra la aseguradora del autor del daño en el país donde se produjo la lesión en aquellas acciones contractuales.

El tribunal inglés sostuvo que podía ser competente con respecto a la demanda en materia de responsabilidad contractual presentada por la parte perjudicada en Inglaterra contra la aseguradora Mapfre España y la empresa española Ice Mountain a consecuencia de las lesiones sufridas por el demandante.

En junio de 2016, el demandante, que estaba de vacaciones en Ibiza, asistió a las instalaciones del club propiedad de Ice Mountain. En algún momento durante la noche del 3 de junio de 2016, otros huéspedes encontraron al demandante flotando en la piscina del club. No estaba claro si se había tirado o caído a la piscina.

Las imágenes de las cámaras de seguridad del área de la piscina no se conservaron por la demandada. El demandante a consecuencia del accidente ahora es tetrapléjico tras las lesiones sufridas al golpearse la cabeza en la piscina.

El demandante había comprado una entrada para el local y, por lo tanto, alegó ser un consumidor en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento (UE) 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 adelante, Reglamento (UE) 1215/2012):

#### *“Artículo 17*

*1. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 y en el artículo 7, punto 5:*

*...c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades*

*a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades.*

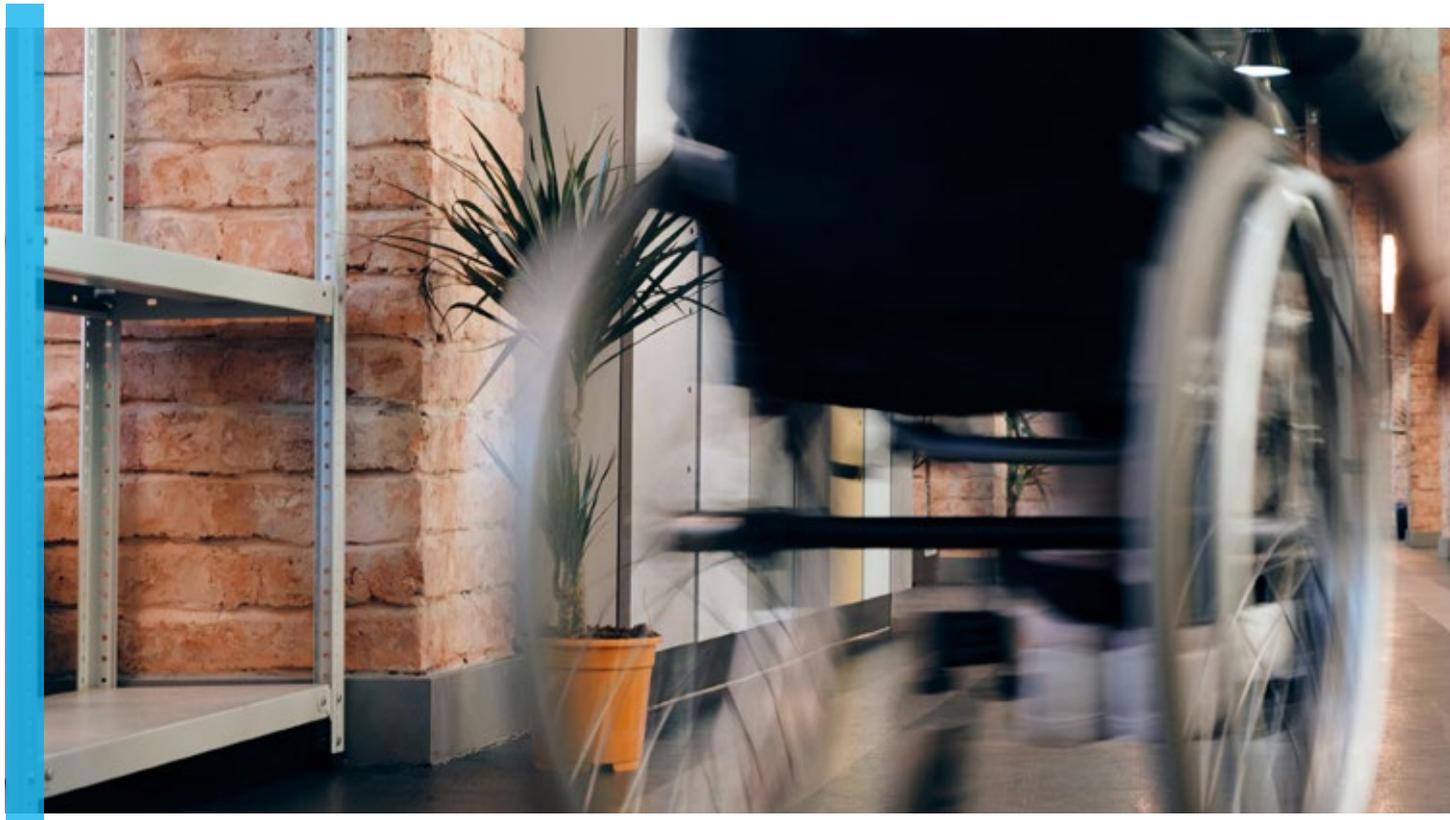
*2. Cuando el cocontratante del consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro.*

*3. La presente sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento.*

#### *Artículo 18*

*1. La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor...”*

Entre las acciones ejercitadas en la demanda en Inglaterra por los daños sufridos, valorados



por el demandante en más de 10 millones de euros, contra la empresa Ice Mountain y su aseguradora Mapfre España se encontraba la acción de responsabilidad contractual basada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, entre otras piezas de legislación española.

El demandante alegó que, según la legislación española, “no existe una diferencia sustancial entre la reclamación por incumplimiento [de contrato] y otras acciones ejercitadas alternativamente”.

Asimismo, el demandante basó la jurisdicción del tribunal inglés en el artículo 76 de la Ley 50/1980 de Contratos de Seguros, el cual permite al perjudicado interponer una acción directa contra el asegurador del responsable principal, en concordancia con el artículo 13 apartado 2 del Reglamento (UE) 1215/2012, que reconoce el derecho del perjudicado a demandar al asegurador en el país donde tiene su domicilio el demandante siempre que dicha acción directa exista en la legislación nacional aplicable al contrato de seguro.

Tanto Ice Mountain como Mapfre España

interpusieron declinatoria de jurisdicción. Ice Mountain argumentó que el demandante no celebró el contrato como consumidor como resultado de leer materiales promocionales en el Reino Unido sino tras el material promocional de Ibiza. Por lo tanto, no debe interpretarse que el artículo 17 (1) se aplica al contrato de consumo celebrado por el demandante fuera del Estado miembro en el que estaba domiciliado. Sin embargo, la prueba presente en los autos confirmaba que Ice Mountain dirige y dirigía en el momento del accidente sus actividades comerciales y profesionales a consumidores en el Reino Unido.

Además, Ice Mountain argumentó que la parte actora se había acercado a la piscina desde el área VIP; un área que no tenía derecho a utilizar por contrato ya que él había adquirido una entrada normal.

Mapfre España argumentó que su póliza no cubriría ninguna responsabilidad de Ice Mountain ante el demandante debido a una cláusula en la póliza de seguros relativa al alcance territorial de la misma. Según dicha cláusula, la póliza de seguros solamente cubriría la responsabilidad derivada de una sentencia dictada por un tribunal español. Ice Mountain apoyó la argumentación de Mapfre alegando que debería considerarse como no asegurada en aquellas demandas presentadas fuera de España.

Con respecto a la demanda por responsabilidad contractual contra Ice Mountain, el Tribunal Superior de Justicia consideró que tenía jurisdicción.

El Tribunal desestimó el argumento de Ice Mountain de que Inglaterra no tenía jurisdicción debido a la ubicación del contrato celebrado, afirmando que la empresa española no podía escapar de las consecuencias del Reglamento “confiando en la casualidad” de que el demandante comprase la entrada al local fuera del Reino Unido. En relación con el argumento de que el demandante accedió a la piscina por el área VIP el juez consideró la alegación como inútil, ya que determinó como considerado irrelevante si el demandante se encontraba en el área VIP antes de que tuviera el accidente.

En lo relativo al argumento de Mapfre España basado en la cláusula de alcance territorial de la póliza de seguros, también fue desestimado. El tribunal sostuvo que si esa afirmación fuera correcta “sería un gran desincentivo para que un consumidor...ejercza el derecho especial que



el Reglamento le confiere “para demandar en su propio domicilio”, confirmando que su obligación era interpretar las disposiciones del Reglamento para proteger a la parte más débil de conformidad con el considerando 18 del Reglamento: *en lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales.*

La interpretación de Mapfre España otorgaría a las aseguradoras, según el tribunal inglés, “...el medio más simple de privar a la parte perjudicada de la elección de jurisdicciones adicionales que le confieren los artículos 11 a 13 del Reglamento (UE) 1215/2012. Sería lo más fácil del mundo para una aseguradora, ya que es la parte económicamente más fuerte, incluir un término estándar en la póliza de que solo es responsable de las reclamaciones que se hayan presentado contra el asegurado en los tribunales del domicilio del asegurado y/o del propio asegurador”.

En resumen, el tribunal inglés en lo relativo a la acción contractual ejercitada por el demandante contra Ice Mountain y Mapfre España determinó que:

- *El tribunal tiene jurisdicción sobre la demanda por responsabilidad contractual presentada contra Ice Mountain bajo las disposiciones de jurisdicción previstas para la protección de los consumidores en el Reglamento (UE) 1215/2012.*
- *El Tribunal también tiene jurisdicción sobre la demanda contra Mapfre España. La disposición en el contrato de seguro en la que Mapfre España pretende basarse en su declinatoria de jurisdicción no es según el tribunal un buen argumento y la cláusula no puede ser invocada,*

*ya que eso dejaría sin efecto de forma sustancial la protección para la parte más débil específicamente prevista en las disposiciones del Reglamento (UE) 1215/2012.*

- *Incluso si ese análisis es erróneo, argumenta el tribunal que, sobre la base de la prueba pericial en derecho español que se encuentra actualmente en los autos, en esta etapa del procedimiento el demandante ha establecido al menos una base probatoria plausible para concluir que la cláusula en cuestión no es vinculante para él como tercero en el contrato y, por lo tanto, ineficaz para evitar que Mapfre España sea directamente responsable. Por lo tanto, ha establecido un buen caso de la jurisdicción del tribunal inglés conforme al artículo 13 apartado 2 del Reglamento (UE) 1215/2012.*

Tras haber tenido lugar Brexit el pasado 1 de enero de 2021 parece que la jurisdicción inglesa, famosa por las altas cuantías en compensación de daños sufridos por particulares, ha dejado de ser un peligro para compañías y aseguradoras españolas. Sin embargo, no debemos olvidar los intentos de Reino Unido de formar parte del Convenio de Lugano, el cual ofrecería una protección similar al Reglamento (UE) 1215/2012 en términos de jurisdicción en contratos de seguros y de consumidores. Actualmente, la solicitud del Reino Unido de formar parte de Lugano ha sido rechazada habiéndose comunicado dicha decisión a las partes contratantes del convenio el pasado 1 de julio tras el posicionamiento de la Comisión Europea. Aun así, es recomendable seguir haciendo seguimiento de futuros intentos por Reino Unido de formar parte de la Convención de Lugano debido a los efectos que la misma tendría en casos similares al que nos ocupa.





**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO**

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

902 361 350





Nuestra prioridad  
es saber cuál es la tuya.  
Hablar nos acerca.

pelayo<sup>®</sup>

[pelayo.com](https://pelayo.com)



# XXI CONGRESO NACIONAL

# GRANADA

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS  
EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

11,12,13 de NOVIEMBRE de 2021 - Palacio de Congresos de Granada  
[www.asociacionabogadosrcs.org](http://www.asociacionabogadosrcs.org)

## Jueves día 11

**12:00 h. Asamblea de la Asociación:** Ilustre Colegio de Abogados de Granada Plaza de Santa Ana, 5

**16:00 h. Entrega de acreditaciones** – PALACIO DE CONGRESOS DE GRANADA

**16:30 h. INAUGURACIÓN DEL CONGRESO**  
Excmo. Alcalde de Granada

**17:00 h. PRIMERA PONENCIA:**  
«La responsabilidad civil por producto defectuoso tras la última reforma: la noción de «durabilidad» y la «ampliación del plazo de garantía» - **D. Alberto Tapia Hermida**, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

**18:00 h. SEGUNDA PONENCIA:**  
«La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad» - **D.ª Esperanza Alcaín Martínez**, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada. Patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad.

**19:00 h. TERCERA PONENCIA:**  
«Responsabilidad civil y redes sociales: especial consideración a los daños sufridos o causados por menores de edad» - **D.ª María del Carmen García Garnica**, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada

**20:30 h. Recogida por los autobuses en el Palacio de Congresos**

**21:00 h. Recepción y cena cóctel en el Carmen de los Martires.**  
Actuación del Coro del Colegio de Abogados de Granada

**23:00 h. Recogida por los autobuses en el Carmen de los Martires y traslado a los hoteles recomendados o a Sala Aliatar.**

**23:30 h. Noche de reencuentro en Sala Aliatar**  
(precio especial en consumiciones).

## Viernes día 12

**09:30 h. CUARTA PONENCIA:**  
«Los daños causados por los patinetes eléctricos y otros vehículos de movilidad personal: víctimas, responsables y regímenes de responsabilidad aplicables» - **D. Fernando Peña López**, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña

**10:30 h. QUINTA PONENCIA:**  
«Prevalencia de la regulación articulada sobre la tabular en el baremo de tráfico: el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo» - **D. Mariano Medina Crespo**, Abogado, Doctor en Derecho. Presidente de Honor de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro

**11:30 h. Pausa Café**

**12:00 h. SEXTA PONENCIA:**  
«Cuestiones relevantes en la cuantificación del daño de los grandes lesionados» - **D. Javier López y García de la Serrana**, Abogado, Doctor en Derecho. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro

**13:00 h. SÉPTIMA PONENCIA:**  
«Imputación por riesgo en el ámbito laboral: cuestiones prácticas en materia de responsabilidad civil del empresario» - **Excmo. Sr. D. Juan Martínez Moya**, Magistrado especialista en Derecho Laboral. Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

**14:00 h. Almuerzo/ cóctel de trabajo. Palacio de Congresos de Granada.**

**16:30 h. OCTAVA PONENCIA:**  
«El control de transparencia en las cláusulas de los contratos de seguro» - **Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Ex Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

**17:30 h. NOVENA PONENCIA:**  
«El seguro de defensa jurídica en la jurisprudencia reciente» - **Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile**, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

**18:30 h. DECIMA PONENCIA:**  
«El seguro de vida y sus distintas problemáticas» - **Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg**, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

**19:30 h. Clausura del Congreso.**  
**Excmo. Sr. Leandro Cabrera Mercado**  
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada

**21:00 h. Recogida por los autobuses** en los hoteles recomendados por la organización para traslado a la Cena de Gala.

**21:30 h. Cena de Gala con barra libre**  
(actuación de dos grupos musicales).  
\*habrá vuelta en autobús a diferentes horas desde la cena de gala hasta los hoteles recomendados.

## Sábado día 13

**10:00 h. Recogida en el Palacio de Congresos por los autobuses.**

**11:00 h. Visita a la Alhambra, Palacios Nazaries y a los Jardines del Generalife.**

**15:00 h. Almuerzo en Carmen Jardines de Alberto.**

**17:30 h. Recogida de Autobuses y traslado al Palacio de Congresos.**

PATROCINAN

ORGANIZAN



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO



Ilustre Colegio de Abogados de Granada

COLABORAN



Santander



pelayo

902 361 350