

nº 80

Cuarto Trimestre. Año 2021



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**Algunas cuestiones
sobre la
responsabilidad
civil de las
empresas de
seguridad privada**

**Guía
teórico-práctica
para demandar el
resarcimiento de
daños causados por
un Cártel**

**Impulso a los
principios sobre la
responsabilidad
civil en el ámbito
iberoamericano**

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 cuenta¹, TIN 0% y TAE 0%** cumpliendo condiciones, **sin comisión por transferencias en euros, nacionales y UE² solo por pertenecer a este Colectivo**, y con las tarjetas*:

- **Tarjeta One Débito**
Comisión de emisión y mantenimiento: 0€
- **Tarjeta de Crédito All in One³**
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.



nº80

Cuarto Trimestre. Año 2021



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 80

EDITORIAL

- La importancia del tercero en el contrato de seguro

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

DOCTRINA

- ¿Litigamos con las empresas de seguridad? Algunas cuestiones sobre la responsabilidad civil de las empresas de seguridad privada

María Fernanda Vidal Pérez.....9

- Guía teórico-práctica para demandar el resarcimiento de daños causados por un Cártel

José Ángel López Palomares.....45

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 7 de octubre de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Daños materiales sufridos por el semirremolque por culpa del conductor de la cabeza tractora o camión-tractor. El TS fija como doctrina que dichos daños no están cubiertos por el seguro obligatorio del camión-tractor por asimilarse el semirremolque a las "cosas transportadas".....75

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 22 de noviembre de 2021

RESPONSABILIDAD CIVIL: Se estima la acción de subrogación ejercitada por la aseguradora frente al responsable de un incendio y su aseguradora, en reclamación de las cantidades indemnizadas a su asegurado únicamente en concepto de los daños privativos ocasionados en el local asegurado donde se originó el incendio, el cual se encontraba arrendado. Se desestima la prescripción por cuanto se subroga en la acción de responsabilidad contractual que tenía el comunero/arrendador - y por tanto, asegurado- contra la misma arrendataria, por los daños producidos en el local arrendado.....83

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 30 de noviembre de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Índice en la obligación de medios y no de resultados en la medicina estética. No puede calificarse como daño desproporcionado el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en el marco de los riesgos típicos de una intervención de cirugía estética, siempre y cuando se haya cumplido con un mayor rigor en la formación del consentimiento informado, que el exigido en medicina necesaria.....91

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 2 de diciembre de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Deber de declaración del riesgo: ocultación de patologías traumatológicas sin relación causal con la enfermedad cardíaca (cardiopatía isquémica crónica) diagnosticada varios años después y determinante de la invalidez permanente absoluta por la que se reclama. El empeoramiento de la salud no es circunstancia que agrave el riesgo sino el riesgo mismo.....105

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 21 de diciembre de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente aéreo. Resarcimiento pleno del lucro cesante padecido por la incapacidad permanente absoluta de un pasajero gravemente lesionado. Resarcimiento del daño psíquico sufrido por la madre y por la hermana de dicho pasajero como consecuencia de sus gravísimas lesiones.....115

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....129

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

Responsabilidad civil: Colaboración e impulso de juristas en el ámbito iberoamericano

Por *Alberto Pérez Cedillo*153

NOTICIAS

→ Acta de asamblea general de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros, celebrada en granada el día 12 de noviembre de 2.021159

→ XXI Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.....162

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, Xavier Coca Verdaguer, Lutz Carlos Moratínos, 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, Pedro José Vela Torres y José Pérez Tirado.

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

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

DISEÑO:

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

IMPRIME:

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

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



asociacionabogadosrcs.org

La importancia del tercero en el contrato de seguro

por Javier López y García de la Serrana
Director

Hay determinados conceptos jurídicos que por la asiduidad con la que los tratamos y nos referimos a ellos, no nos detenemos a pensar o analizar cuál es su verdadero significado y su trascendencia dentro de la materia en la que se encuentran. Esto sucede por ejemplo, cuando nos referimos al tercero en el ámbito del contrato de seguro, pues nos podemos estar refiriendo tanto al tercero perjudicado como al tercero causante del daño, siendo muy diferente la naturaleza y el tratamiento de cada una de estas figuras.

Como bien sabemos todos por experiencia, la figura del **TERCERO PERJUDICADO** es fundamental en el contrato de seguro, pues se encuentra posicionado en una situación preferente en el entramado de relaciones que surgen cuando los efectos del seguro se ponen en marcha.

Si buscamos la definición de tercero perjudicado nos encontramos con la siguiente: *Cualquier persona, física o jurídica, que ha*

sufrido lesión en sus bienes o derechos o perjuicio en sus intereses. A los efectos del seguro de responsabilidad civil, es oportuno destacar que no toda persona ajena tiene la consideración de tercero para convertirse en beneficiario de la prestación. En general, son terceros, aquellos que no son asegurados ni quienes mantienen con el asegurado principal una relación de parentesco, convivencia o sociedad. Y algo parecido pasa cuando nos referimos al tercero causante del daño en la figura del derecho de subrogación, pues el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro establece una excepción precisamente para aquellos supuestos en los que la aseguradora pretenda subrogarse, para reclamar por los daños causados por determinados parientes y personas dependientes o de las que deba responder el asegurado.

El profesor **VEIGA COPO**, en su artículo “*La acción directa del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil*”, lo define con las siguientes connotaciones: “Tercero perjudicado que no será el asegurado, y con el margen de que sea o no a la vez tomador del contrato de seguro. Tercero para el que el contrato de seguro es *res inter alios acta* (cosa realizada entre otros) del que no forma parte y del que en

1 VEIGA COPO, A. “La acción directa del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil”, Civitas, 2013.

reciprocidad nada del mismo le puede, a priori, ser opuesto. Tercero que busca un resarcimiento del daño, una efectividad práctica, por lo que el ámbito de acción del contrato de seguro no debe plegarse a la esfera o ámbito interno de los intereses de las partes, sino trascender a éstos y afectar directamente a aquellos terceros que muy a su pesar, involuntariamente, se ven perjudicados o dados por una acción u omisión del asegurado, una acción culposa. Los seguros de RC o responsabilidad civil no cubren daños propios, sino daños que se infligen a terceros por el asegurado. Lo que no empece a que, en ocasiones, tercero perjudicado pueda ser también el propio asegurado como de hecho puede llegar a ocurrir en el aseguramiento de un vehículo a motor en el que por el seguro obligatorio se cubre la responsabilidad civil del propietario, quedando además cubiertos los daños corporales del mismo siempre que al producirse el accidente o siniestro no fuere el conductor (artículo 1.1 V en relación con el 4 de la LRCSCVM)."

Pues bien, partiendo de las características que configuran el concepto de tercero perjudicado, nos detendremos a analizar aquellos supuestos donde las implicaciones del mismo son más destacables por cuanto determinan la entrada en juego de la cobertura pactada o las posibilidades para el ejercicio de una determinada acción. Analicemos así la **sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2020**, en la que el supuesto enjuiciado consistía en la reclamación formulada por la Consejería de Salud de la Comunidad Valenciana frente a su entidad aseguradora, por la cantidad que dicha Administración se había visto obligada a abonar en un supuesto de responsabilidad médica tras la correspondiente sentencia condenatoria. Frente a la oposición formulada por la aseguradora, que alegó la falta temporal de cobertura, la sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a la misma a pagar a la demandante la suma reclamada, entendiendo que la comunicación enviada por parte del director del centro hospitalario -dando parte de aquel siniestro- debía considerarse como reclamación a los efectos de la cobertura temporal de la póliza, considerando que la reclamación se había efectuado durante la vigencia de la póliza, al entender que para ello bastaba "cualquier notificación por parte de cualquier persona que pusiera en conocimiento un hecho o circunstancia que razonablemente puedan dar lugar a una petición de resarcimiento". No obs-

tante, frente a dicha sentencia se interpuso por la citada aseguradora recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial, apreciando que la cobertura temporal estaba correctamente recogida en la póliza suscrita mediante una cláusula *claim made*, no siendo limitativa, sino delimitadora del riesgo y en virtud de la cual se cubrían las reclamaciones hechas durante su vigencia (no así las posteriores) dado que a partir del 1 de enero de 2006 la cobertura la asumió otra aseguradora. Esto unido a que no podía otorgarse la calidad de tercero al director del centro hospitalario que fue quien, antes del vencimiento de la póliza -en diciembre de 2005- había dirigido una reclamación a la compañía por el siniestro en cuestión. Finalmente el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial y a los efectos que nos interesan, considera que *"A la luz de la falta de definición en la póliza de lo que debía considerarse reclamación, no resulta ilógica ni ilegal la conclusión a la que llegó la sentencia recurrida de entender que el escrito del director del centro hospitalario no constituía una verdadera reclamación, ni del tercero perjudicado directamente al asegurador, ni del tercero al propio asegurado"*.

Llama la atención este pronunciamiento, por cuanto en el mismo nuestro Alto Tribunal establece la consecuencia de no atribuir la cualidad de tercero al director del centro hospitalario, sobre la base de una falta de definición en la póliza, cuando normalmente esta omisión suele ser interpretada por nuestra jurisprudencia conforme al principio *contra proferentem*, buscando así la satisfacción del interés del asegurado al considerar su posición más débil en el contrato de seguro, en atención a su naturaleza de contrato de adhesión.

Sin embargo, existen otros supuestos donde la figura del tercero perjudicado se encuentra, como antes anunciábamos, protegida de una forma especial por nuestras normas, como ocurre en el marco de la acción directa y su regulación a través del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro. En este caso, se establece el derecho del perjudicado y sus herederos de poder reclamar directamente frente a la aseguradora del agente causante del daño, sin la necesidad de tener que reclamar de forma conjunta también frente a dicho causante, estableciendo además una importante prerrogativa y es que es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador si va a poder excepcionar no obstante la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones

personales que tenga contra éste, no contra el asegurado. Así, podemos distinguir como excepciones oponibles frente a la acción directa del tercero perjudicado las siguientes: a) Las excepciones basadas en la relación entre el asegurado y el tercero: la culpa exclusiva del perjudicado, recogida por el propio artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, dado que es indiscutible que en tal caso aparece un hecho que impide estimar la obligación de indemnizar por parte del presunto causante del daño. b) El resto de excepciones personales entre el asegurador y el tercero perjudicado que menciona también el citado artículo 76, tales como el pago, la prescripción y la compensación o remisión de la deuda. c) Y también debemos estimar como oponibles por el asegurador al perjudicado las excepciones que limiten objetivamente los riesgos a cubrir por el contrato, aunque nuestra jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987 y 23 de diciembre de 1988) exige para ello que las cláusulas limitativas de derechos contenidas en las condiciones del contrato de seguro, deberán reunir los requisitos del artículo 3 de la LCS, es decir, constar firmadas o aceptadas debida y expresamente.

Fruto de esta regulación preferente es el resultado de la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de febrero de 2016**, que desestima la excepción planteada por la aseguradora frente a la acción directa ejercitada por el tercero perjudicado en reclamación de daños y perjuicios sufridos en un accidente aéreo, por cuanto dicha excepción se basaba en la rotura del cigüeñal por fatiga derivada de la falta de un adecuado mantenimiento por parte de ARE AVIACION, y la posible culpa grave imputable a la empresa, excepciones éstas que no traspasan la esfera de las relaciones personales entre aseguradora y asegurado y que por tanto no pueden afectar al derecho del tercero perjudicado, pues *“estamos ante un seguro de responsabilidad civil conforme al cual la aseguradora debe responder frente al tercero perjudicado, a quien no puede oponer las excepciones que pueda tener frente al asegurado, sin perjuicio de las acciones que puedan existir entre asegurado y aseguradora, conforme al art. 76 LCS, que no son objeto del procedimiento.”*

Esta línea jurisprudencial ha sido recientemente ratificada por la **sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2022**, en la que haciéndose eco de otras de la misma Sala establece que *«la delimitación del riesgo efectuada en el contrato*

resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato (STS 730/2018, de 20 de diciembre, que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre; 268/2007, de 8 de marzo; 40/2009, de 23 de abril; 200/2015, de 17 de abril; y 484/2018, de 11 de septiembre)».

En cuanto al **TERCERO CAUSANTE DEL DAÑO**, destaca por su interés el tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia hacen del mismo dentro de la figura de la acción de subrogación. Comenzaremos analizando el supuesto resuelto por la **sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021**, donde el objeto de debate consistía en la acción de subrogación ejercitada por la aseguradora de una comunidad de propietarios frente al propietario de uno de los locales sitos en los bajos de dicha comunidad, siendo en dicho local donde se había originado el incendio que causó daños a otros inmuebles pertenecientes a aquella y que finalmente fueron objeto de indemnización por dicha aseguradora. En este caso, la Sala Primera destaca como fundamento esencial para la resolución del supuesto un aspecto que no había sido tenido en cuenta ni por la sentencia de primera instancia ni tampoco por la de la segunda instancia. Así, tras analizar el contenido del seguro de incendios conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley del Contrato de Seguro y el contenido de la propia póliza de seguro suscrita por la comunidad de propietarios, se determina que los daños cubiertos por la póliza en cuestión eran tanto los sufridos en el local propiedad del demandado, ahora recurrente, como los sufridos en los elementos comunes del edificio, respecto a los cuales el demandado es cotitular de los mismos, motivo por el cual éste debe ser considerado también como asegurado en la póliza de seguro suscrita por dicha comunidad. En este sentido, debido a que la acción que es objeto de subrogación, es aquella que ostenta el asegurado con respecto a los terceros causantes del daño, y dado que es admitido sin discusión que no ostentan la condición de tercero ni el tomador del seguro ni el asegurado, gozando en este caso el demandado de la posición de asegurado, no

cabe ejercitar frente al mismo la citada acción de subrogación por parte de la aseguradora de su comunidad de propietarios. Destaca la sentencia que existe una excepción, puesto que tendrán la consideración de tercero frente a la comunidad de propietarios y entre ellos mismos, los titulares o inquilinos de las viviendas y/o locales del edificio asegurado *“pero exclusivamente en relación a los daños personales o materiales en bienes no incluidos en las coberturas de esta póliza”* no siendo el supuesto analizado, pues los daños indemnizados estaban cubiertos por la cobertura de incendio incluida en la póliza. Son por tanto varias circunstancias las que se conjugan para impedir en este caso que la condición de tercero alcance al causante de los daños a los efectos del ejercicio de la acción de subrogación por la aseguradora de dicha comunidad, resultando interesante el alcance de su consideración como asegurado.

Citaremos también por el tratamiento que hace de este mismo asunto la **sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 13 de abril de 2021**. En esta ocasión se interpone acción de subrogación por la aseguradora frente al causante del incendio de una vivienda, el cual actúa con dolo, siendo el inmueble propiedad de su hermana y ostentando éste un derecho de habitación en el mismo. Nos encontramos así ante un supuesto en el que en un principio no se permitiría la subrogación, al ser el causante del incendio hermano de la asegurada, pues a los efectos que nos ocupan, el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro reconoce tal derecho al asegurador frente a las personas responsables del siniestro, a excepción del asegurado y de las personas de las que éste deba responder de acuerdo con la Ley, así como tampoco frente al causante del siniestro que sea respecto al asegurado pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero sin embargo, esta excepción tiene a su vez otra excepción que le afecta, por cuanto el citado artículo dispone que esta norma cesará o no será tomada en cuenta si el siniestro se produce con dolo. Por tanto, dado que el causante del incendio actuó con dolo, pues provocó el incendio de forma voluntaria e intencionada, la regla general cede ante la excepción de la excepción, siendo correcta la subrogación de la aseguradora frente a aquel en reclamación de los daños y perjuicios abonados previamente.

Comprobamos por tanto cómo, respecto al caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal

Supremo antes citada, de 21 de julio de 2021, la diferencia radica en que en este segundo supuesto se da la existencia de una excepción sobre la excepción de exclusión prevista en la norma, por cuanto al existir dolo en la causa del siniestro, no se tiene en cuenta la excepción prevista en el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro y en virtud de la cual no se admite el derecho de subrogación frente a quien ostenta la calidad de hermano de la asegurada; pero es que tampoco en este caso se puede aplicar la excepción que prohíbe subrogarse frente al causante del daño si éste ostenta la condición de titular de parte de un inmueble, tal y como pretendía el recurrente al considerar su derecho de habitación sobre la vivienda asegurada como parte de la Comunidad de Propietarios, pues nuevamente cesa dicha salvedad con la excepción prevista para el caso de existencia de dolo en la causa del siniestro.

Es interesante, por tanto, detenernos de vez en cuando a comprobar cómo conceptos que tenemos asimilados y respecto de los que creemos que está todo claro, pueden sorprendernos bajo interpretaciones que hacen ver la necesidad de atender al supuesto concreto para conocer el alcance de los mismos. Y es que sobre la interpretación de los términos de los contratos de seguro conviene ser muy precisos, pues ya nos avisa la sentencia del Tribunal Supremo núm. 215/2013, de 8 abril, que *“la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación en tanto no se demuestre su carácter arbitrario o irrazonable o la infracción de uno de los preceptos que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de estos contratos (SSTS de 17 de noviembre de 2006 , 27 de septiembre de 2007 y 30 de marzo de 2007)”*.

ENERO 2022





¿LITIGAMOS CON LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD? ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA.

María Fernanda Vidal Pérez
Abogada-Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Procesal

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- MARCO Y AMBITO NORMATIVO. LA IMPORTANCIA DE LA TECNOLOGÍA.

III.- EL CONTRATO DE SEGURIDAD PRIVADA O CONTRATO DE ALARMA.

1.- Contrato de arrendamiento de servicios especial y normado. Algunas obligaciones específicas de las empresas de seguridad.

2.- Responsabilidad contractual ex artículos 1101 y 1104 del Código Civil. Algunos supuestos frecuentes. Concurrencia de empresas en la actividad. La aplicación o no del RD Legislativo 1/2007. ¿La publicidad como parte del contrato? Los niveles de seguridad: Orden INT 316/2011 de 1 de febrero, en relación con las obligaciones de la empresa de seguridad.

2.1.- Responsabilidad contractual ex artículo 1101 y 1104 del Código Civil. Algunos supuestos frecuentes: correlación con las obligaciones específicas. Equilibrio contractual.

2.2.- Concurrencia de empresas en la actividad.

2.3.- La aplicación o no del RD Legislativo 1/2007. ¿La publicidad como parte del contrato?

3.- La prescripción.

IV.- EL PROCESO CIVIL Y LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD.

1.- Diligencias preliminares. La importancia de la denuncia.

2.- Competencia territorial.

3.- La acción que se ejercita: Artículo 5 de la LEC. Acción declarativa y de condena o simplemente de condena: Hechos constitutivos de la acción. Acción ex artículo 43 Ley de Contrato de Seguro. Legitimación. ¿La tiene el tomador? Especial mención a las empresas fotovoltaicas.

3.1.- La acción que se ejercita: Artículo 5 de la LEC: Acción declarativa y de condena o simplemente de condena: Hechos constitutivos de la acción.

3.2.- Legitimación. Acción ex artículo 43 Ley de Contrato de Seguro. ¿La tiene el tomador? Especial mención a las empresas fotovoltaicas.

3.3.- La carga y valoración de la prueba.

V.- LIMITACIONES A LA INDEMNIZACIÓN: LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. FACULTAD MODERADORA.

1.- Exclusión de conceptos indemnizatorios: Daños a la edificación.

2.- Cláusulas limitativas de responsabilidad como parte del contenido del contrato, y su relación con las condiciones generales de la contratación: Ley 7/1998 de 13 de abril.

3.- Facultad moderadora de los Tribunales ex artículo 1103 del Código Civil.

I.- INTRODUCCIÓN.

En el año 2007 inicié dos andaduras procesales. De un lado, los procesos contra las compañías eléctricas (suministradoras y/o comercializadoras), y de otro, los procesos contra las empresas de seguridad, normalmente a través de la acción subrogatoria de la aseguradora. En ambos casos me había llamado la atención el cierto desequilibrio existente entre la empresa prestadora de servicios y el cliente.

Es por ello que las cuestiones que analizo son más bien fruto de la experiencia de estos años de procesos, y de ahí que haya pretendido dar un contenido práctico a este trabajo. La hipótesis en las que me voy a centrar son las más habituales, a saber: El particular o empresa que contrata un sistema de alarma para proteger su vivienda y su intimidad misma; y la de las empresas, que hacen lo mismo para tratar de proteger su negocio, no siempre con éxito.

II.- MARCO Y AMBITO NORMATIVO. LA IMPORTANCIA DE LA TECNOLOGÍA.

La regulación se centra, básicamente, en el Código Civil, en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en el Real Decreto Legislativo 1/2007, así como en textos más específicos, como son en la Ley 5/2014 de Seguridad Privada, y su Reglamento de desarrollo, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, aunque con subordinación a la legislación estatal.

La regulación inicial más moderna la encontramos en la Ley 23/1992, de 30 de julio de Seguridad Privada, en cuyo desarrollo se dicta el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, que continúa en vigor, pese a la derogación de la Ley 23/1992 y su sustitución por la Ley 5/2014.

Como bien indica en su Exposición de Motivos la Ley 5/2014, y como indicaba la propia Exposición de Motivos de la Ley 23/1992, con esta segunda de 1992 se pretendió otorgar un régimen uniforme a la materia, si bien, pronto se apreció su insuficiencia. Es por ello por lo que la Ley 5/2014 nace con vocación de otorgar un marco normativo global a las actividades y empresas y profesionales de la seguridad privada, poniendo el acento en su complementariedad con la actuación pública de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del

Estado, pero con la supremacía de éstos, así como el control público sobre las actividades de seguridad privada, la prevalencia de la legislación estatal, y el ámbito competencial de las Comunidades autónomas de signo más ejecutivo.

La Ley 5/2014 regula la prestación de actividades y servicios de seguridad privada, o las realizadas en el sector privado, ya sea por personas físicas o jurídicas (artículo 1), **entendiendo por seguridad privada** “el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestados por empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades” (artículo 2.1).

A tenor del precitado artículo 2, el objeto o **la finalidad de la seguridad privada** es garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades; finalidad ésta que es desarrollada en el artículo 4 de la ley que, como veremos, guarda íntima conexión con artículo 23 del Reglamento y al juicio de idoneidad ante contractus, que del mismo resulta. El artículo 4 establece como finalidades de la seguridad privada las siguientes:

“a) Satisfacer las necesidades legítimas de seguridad o de información de los usuarios de seguridad privada, velando por la indemnidad o privacidad de las personas o bienes cuya seguridad o investigación se le encomiende frente a posibles vulneraciones de derechos, amenazas deliberadas y riesgos accidentales o derivados de la naturaleza.

b) Contribuir a garantizar la seguridad pública, a prevenir infracciones y a aportar información a los procedimientos relacionados con sus actuaciones e investigaciones.

c) Complementar el monopolio de la seguridad que corresponde al Estado, integrando funcionalmente sus medios y capacidades como un recurso externo de la seguridad pública.”

Por su parte, en el artículo 2 de la Ley se contienen también una serie de definiciones, y de ellas resultan los elementos subjetivos que intervienen en la seguridad privada. Del contenido de este precepto y por lo que es objeto de este artículo, destacamos los siguientes extremos:

1.- Al servicio de fin antes expuesto, se distingue, con una dimensión absolutamente activa: De un lado, las “actividades de seguridad privada”, entendidas como los ámbitos de actuación material. Y de otro lado, los servicios de la seguridad privada, entendidos como las acciones en que se materializan las actividades. En realidad, y por lo que a nuestras reflexiones atañe, podríamos decir, que son las distintas actuaciones para obtener el fin, y los medios (sobre todo tecnológicos) empleados al efecto.

De forma mucho más sencilla y clara: ¿Quién no ha pensado en alguna ocasión instalar en su casa o negocio lo que llamamos alarma? Esta sencilla palabra “alarma”, encierra el tipo de actuación y los medios (tecnológicos) empleados para conseguir la finalidad perseguida por la seguridad privada.

2.- Insiste de forma casi reiterativa, en que las actividades y servicios de la seguridad que se regula son privados.

3.- Los elementos subjetivos de la seguridad privada son, de un lado, con quien se contrata los servicios de seguridad privada o prestadores de servicios de seguridad privada (“las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives y el personal habilitado para el ejercicio de funciones de seguridad privada”, sic); y de otro los usuarios de la seguridad privada, o “las personas físicas o jurídicas que, de forma voluntaria u obligatoria, contratan servicios o adoptan medidas de seguridad privada”.

Luego perceptor del servicio puede serlo tanto persona física como jurídica, pública como privada, pero el prestador del servicio sólo puede serlo una persona física o jurídica, pública o privada.

Pues bien, al margen de las contempladas en el artículo 6 de la Ley, e incidiendo en el objeto de la seguridad privada, el artículo 5 regula qué constituyen actividades de la seguridad privada, a saber:

Artículo 5 Actividades de seguridad privada

1. Constituyen actividades de seguridad privada las siguientes:

a) La vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos.

b) El acompañamiento, defensa y protección de personas físicas determinadas, incluidas las que ostenten la condición legal de autoridad.

c) El depósito, custodia, recuento y clasificación de monedas y billetes, títulos-valores, joyas, metales preciosos, antigüedades, obras de arte u otros objetos que, por su valor económico, histórico o cultural, y expectativas que generen, puedan requerir vigilancia y protección especial.

d) El depósito y custodia de explosivos, armas, cartuchería metálica, sustancias, materias, mercancías y cualesquiera objetos que por su peligrosidad precisen de vigilancia y protección especial.

e) El transporte y distribución de los objetos a que se refieren los dos párrafos anteriores.

f) La instalación y mantenimiento de aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de videovigilancia.

g) La explotación de centrales para la conexión, recepción, verificación y, en su caso, respuesta y transmisión de las señales de alarma, así como la monitorización de cualesquiera señales de dispositivos auxiliares para la seguridad de personas, de bienes muebles o inmuebles o de cumplimiento de medidas impuestas, y la comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes en estos casos.

h) La investigación privada en relación a personas, hechos o delitos sólo perseguibles a instancia de parte.

2. Los servicios sobre las actividades relacionadas en los párrafos a) a g) del apartado anterior únicamente podrán prestarse por empresas de seguridad privada, sin perjuicio de las competencias de las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad. Los despachos de detectives podrán prestar, con carácter exclusivo y excluyente, servicios sobre la actividad a la que se refiere el párrafo h) del apartado anterior.

3. Las entidades públicas o privadas podrán constituir, previa autorización del Ministerio del Interior o del órgano autonómico competente, centrales receptoras de alarmas de uso propio para la conexión, recepción, verificación y, en su caso, respuesta y transmisión de las señales de alarma que reciban de los sistemas de seguridad instalados en bienes inmuebles o muebles de su titularidad, sin que puedan dar, a través de las mismas, ningún tipo de servicio de seguridad a terceros.

Centrándonos, pues, en la **actividad de vigilancia y protección de lugares, cosas y personas** (artículo 5.1.a, f y g de la Ley), estas actividades se pueden desarrollar por la **empresas de seguridad mediante los servicios vigilantes o guardas rurales** (artículo 41 de la Ley), incluso con urso de armas de fuego (artículo 40 de la Ley), o con el uso de cámaras y videocámaras con grabación de imagen o sonido (sean videovigilancia o no- artículo 42), pudiendo realizarse por las empresas de seguridad, por personal no vigilante de seguridad, cuando la utilización de cámaras o videocámaras sea principalmente la comprobación del estado de instalaciones o bienes, el control de accesos a aparcamientos y garajes, o las actividades que se desarrollan desde los centros de control y otros puntos, zonas o áreas de las autopistas de peaje. Por tanto, la vigilancia y protección de lugares, personas y cosas con el empleo de cámaras y video cámaras con grabación de imagen

y sonido, es lo que, de forma más sencilla, vamos a llamar sistema de seguridad; y que en el texto de la Ley se contempla como medidas tecnológicas, es decir, medidas de “de seguridad electrónica, orientadas a detectar o advertir cualquier tipo de amenaza, peligro, presencia o intento de asalto o intrusión que pudiera producirse, mediante la activación de cualquier tipo de dispositivos electrónicos” (artículo 52).

Para la prestación de estos servicios, las empresas de seguridad han de tener en cuenta una serie de principios rectores y de actuación (artículos 8 y 30 de la Ley), y “sus normas de desarrollo, con arreglo a las estipulaciones del contrato” (artículo 38 de la Ley), estando sometidas a un control administrativo (artículos 52 y 53 y ss. de la Ley).

Con la paulatina liberalización de los servicios, y con la aplicación de la legislación básica en esta materia, podemos distinguir diferentes “funciones” que pueden ser contratadas o recaer o no sobre la misma empresa de seguridad: 1.- Vigilancia (sistema de acuda y/o depósito de llaves); 2.- Empresa instaladora del sistema; 3.- Empresa mantenedora; 4.- Empresa receptora y gestora o explotadora del sistema (central receptora de alarma o CRA).

Así resulta, además, del artículo 47 de la Ley 5/2014. Y este precepto resulta esencial habida cuenta que, a los efectos, de una eventual exigencia de responsabilidad, es preciso determinar a priori, con intervención de un perito, cual ha sido el origen y causa de los hechos determinantes del daño.



Dicho de otra forma, dónde reside el fallo o prestación anormal o defectuosa de la actividad y del servicio de seguridad privado, lo que nos llevaría a poder o no individualizar la responsabilidad, y, con ello, cuál o cuales, de las empresas, ostentan la posición jurídica, conforme al Derecho, para que les sea exigible la responsabilidad. No encontramos, pues, con un eventual supuesto de responsabilidad civil solidaria y/o mancomunada,

Para que exista un actividad, servicio y medidas de seguridad, que es lo que hemos venido en llamar “sistema de seguridad o alarma”, es preciso que exista una empresa que lo instale, otra que lo conecte con quien debe recibir las señales de los dispositivos electrónicos (CRA) y actúe recibéndolos, y otra empresa que mantenga el sistema. De manera que, ante una intrusión en un lugar, la CRA recibe las señales y puede verificar, en su caso, por los sistemas de comprobación de audio y video imagen el estado del lugar, si es o no una falsa alarma, y en su caso, dar aviso a fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sin perjuicio de su protocolo específico, donde usualmente se indica la o las personas a las que se debe de avisar caso de que se produjera un “salto de alarma”, sean pertenecientes al propio usuario o sean vigilantes o guardas rurales.

Y es que no es infrecuente que, por un lado, se pacten servicios complementarios como puede ser el “servicio de acuda”, es decir, el desplazamiento al lugar dónde, por ejemplo, se puede estar cometiendo un robo, pero no que no permite el acceso al interior del local. Pero también a veces, es usual se pacte el “servicio de custodia de llaves”, lo que permitiría, juntamente con el anterior de acuda, desplazarse al lugar donde supuestamente se estuviera cometiendo un robo, y acceder al interior del local.

Y, a su vez, en todo este proceso de actuación, influye y mucho, el tipo de dispositivos o detectores o sensores contratados, que pueden ser de lo más variados, y que dependen del desarrollo o nivel tecnológico de la empresa con la que se contrata. Entre ellos, los más habituales son los que podemos llamar magnéticos, los fotodetectores, videosensores, las sirenas interiores y exteriores y las cámaras. Pues bien, reconociendo mis limitaciones técnicas, pero tratando de aportar una información práctica y útil, y teniendo presente que no es objeto de estudio los aspectos tecnológicos de un sistema de seguridad, pues, insisto, escapan de mi competencia, y esperando contar con la benevolencia del lector, realizo por ello unos

someros y fáciles comentarios, con la simple finalidad de poder aproximar la experiencia adquirida en estos procesos a quien me lee.

Los primeros, es decir, los magnéticos, disponen de sensores o imanes, de manera que cuando se intenta forzar desde el exterior una puerta o una ventana, o incluso un techo, activan el dispositivo que transmite una señal (de alarma) a la CRA.

Los fotodetectores actúan como detectores de movimiento, como reacción a la alteración en la luz emitiendo señales de alarma. Suelen tener un sensor de infrarrojos que detecta el movimiento, provoca un salto de alarma y transmite a la CRA una ráfaga de imágenes. Cuando, además, genera grabación de imágenes de vídeo, entonces podemos hablar de videodetector.

Pero no son los únicos dispositivos pues también pueden existir otros, como la barrera microondas, las sirenas que actúan con emisión de sonido de alerta continuado ya estén en el exterior, o en el interior, similar a las señales acústicas de los vehículos de emergencias. Lo relevante es que, para poder entender la importancia de la tecnología empleada y de responsabilidad de las empresas de seguridad, es necesario quedarnos con unas ideas muy básicas: Se contrata un sistema de seguridad con una empresa, que puede ser o no, además, la que lo instala y la que lo mantiene, es decir, la que efectúa las revisiones periódicas del sistema.

Ahora bien, el sistema de seguridad, lo normal es que tenga que estar conectado a una CRA, de ahí que parte del sistema se ubique en el lugar que ha de ser vigilado o protegido, y otra parte en la propia empresa de seguridad que llamaremos a estos fines CRA.

Pensemos, por ejemplo, en una nave de almacén de determinados productos. Lo normal es que el sistema tenga en la nave la instalación correspondiente a un módulo de acceso (a veces llamado llave) que permite la conexión/desconexión del sistema en sí mismo y, con ello, en relación a la CRA. En esa misma nave, tendrá que haber un módulo o centralita que es a dónde dirigen sus señales los distintos dispositivos o sensores cuando actúan, y desde la centralita, con el correspondiente dispositivo al efecto, se transmiten las señales que son recibidas con unos segundos de retardo en la CRA, por lo que, además, ha de existir una vía de comunicación con la CRA ya sea, por

ejemplo, por línea telefónica, o por módulos complementarios que permitan que caso de sabotaje de una línea telefónica, se pueda seguir transmitiendo la señal. Caso de intrusión en la nave, si los ladrones localizan la centralita, ésta antes de que pueda ser inutilizada, ha de haber recibido y transmitido a la CRA las señales recibidas de los dispositivos o sensores, y la señal misma de que se puede estar tratando de inutilizar o desactivar la centralita.

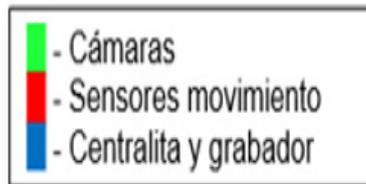
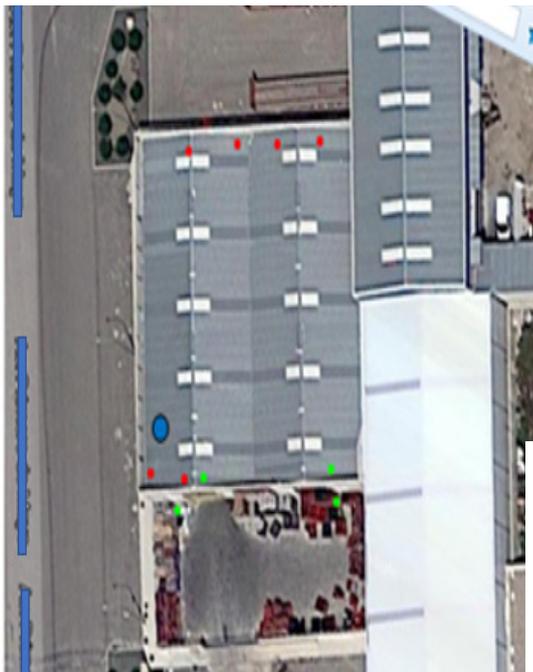
A su vez, según lo contratado en cada caso, podremos llegar incluso a tener un servicio en la CRA en la que se monitoricen las imágenes de la nave de forma continuada, o bien, se permita el acceso por audio y/o vídeo para comprobación de cualquier posible intrusión.

Si alguno o alguno de los dispositivos o sensores actúan, vía centralita y módulos de transmisión, remiten sus señales a la CRA que debe de disponer de un sistema para recoger

esas señales, y traducirlas en un listado de incidencias del sistema de alarma o de seguridad. Estas incidencias se pueden o deben consultar en el disco duro de la empresa prestadora del servicio y, en ocasiones, se permite su acceso, a modo de listado al propio cliente o usuario.

De ahí la importancia del diseño del sistema de seguridad, de la instalación misma (y el certificado de que se ha hecho y conectado a la CRA), y el correcto mantenimiento de lo instalado, del que también debiera de haber constancia.

Pues volviendo al inicio, recordamos que diseño, instalación, mantenimiento y CRA, pueden o no coincidir en una misma empresa de seguridad. Para que nos podemos hacer una idea más gráfica de lo que vengo exponiendo, reproduzco la imagen de unas naves y la instalación de sus sensores o dispositivos.

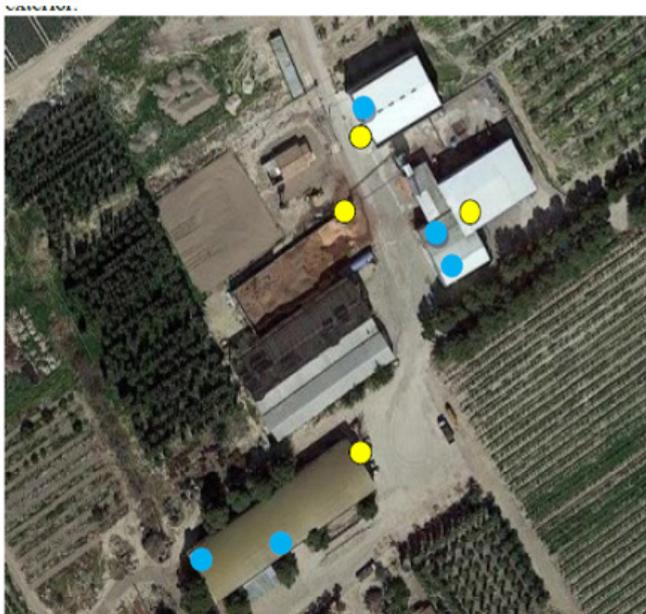


En foto adjunta indicamos puntos donde se encuentran los 5 sensores y recorrido que debe hacer el vigilante.

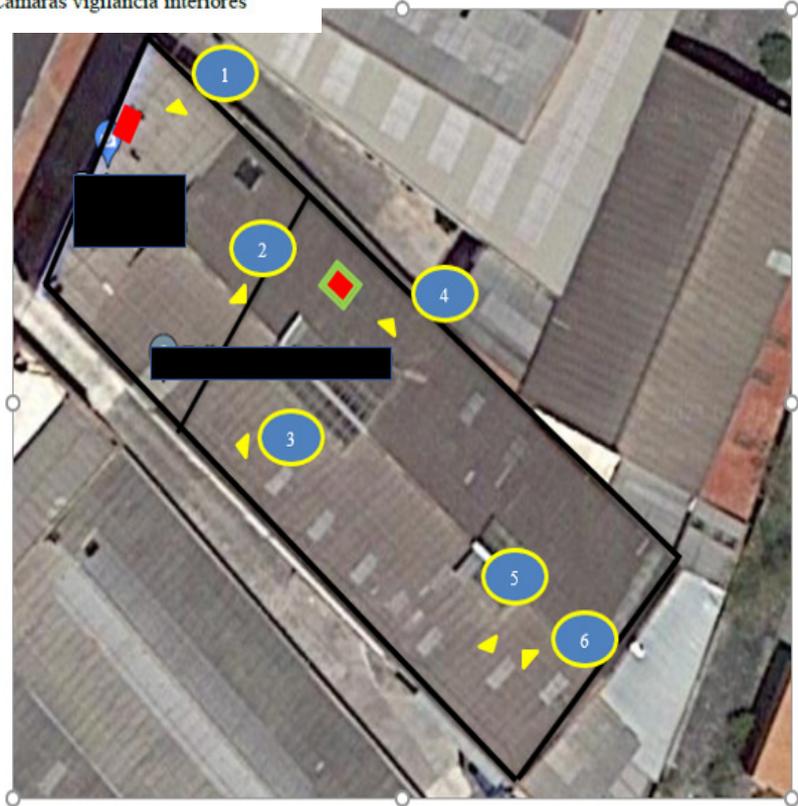


★ Sensores de ronda

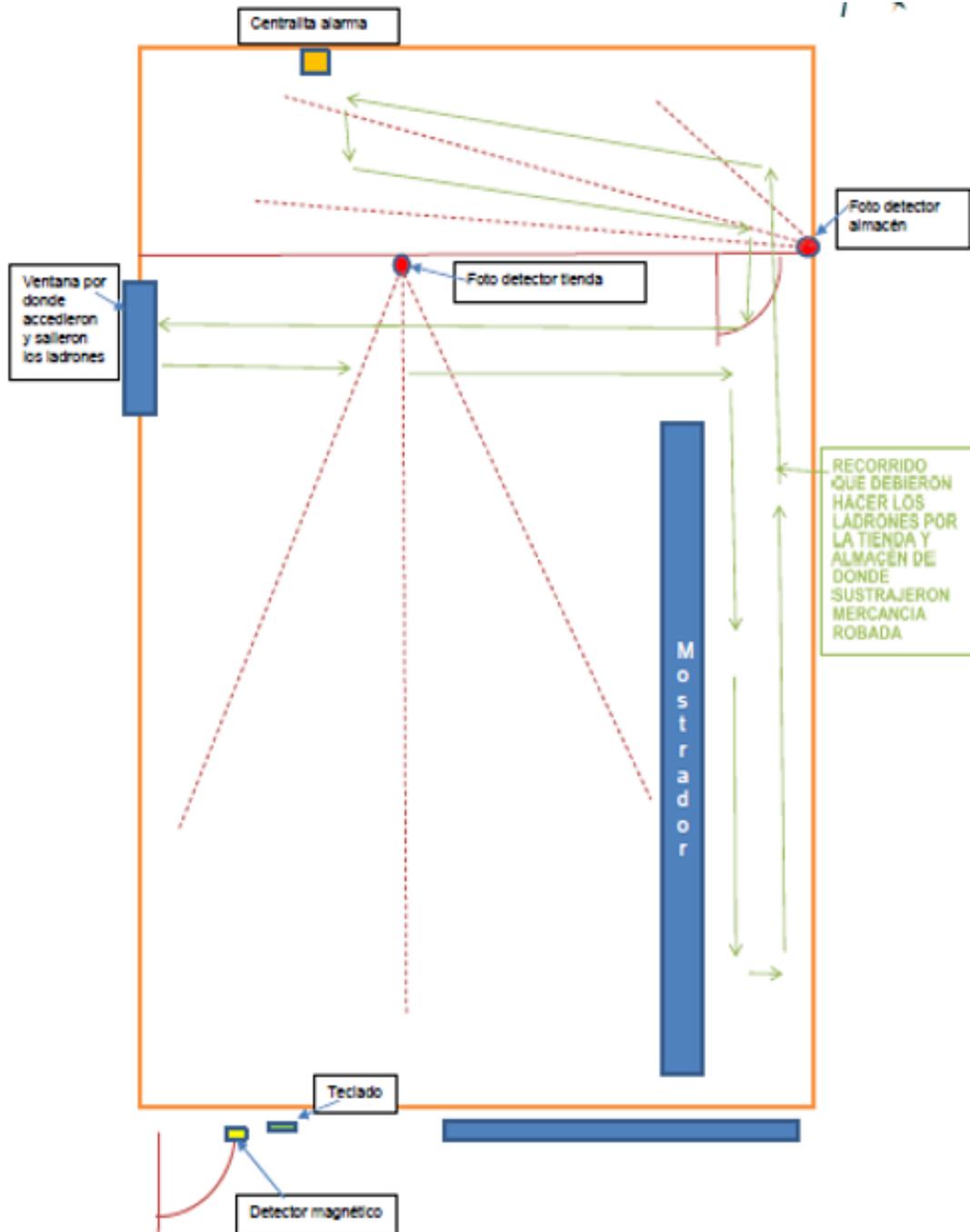
Detalle sensores (ronda vigilante)



● Camaras vigilancia exteriores ● Camaras vigilancia interiores



Resumen de ubicación de protecciones del local asegurado, en círculo se numera la ubicación de los sensores con cámara, a excepción del número 2 que únicamente dispone de sensor de movimiento. En rojo representamos el sensor de movimiento con grabación y el cuadrado rojo y verde corresponde con la centralita.



En suma, si algo pretendo dejar claro, es que tan importante es el nivel tecnológico del sistema, como el contrato que se haya pactado.

III.- EL CONTRATO DE SEGURIDAD PRIVADA O CONTRATO DE ALARMA.

1.- CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS ESPECIAL Y NORMADO. ALGUNAS OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD.

La actividad y servicio de seguridad privada que analizamos, y que, de forma particular, llamamos "contrato de alarma", tiene su base un contrato de arrendamiento de servicios, es decir, de medios, pero no de resultados, y, por tanto, en el ámbito de los artículos 1254, 1542 y 1544 del Código Civil. La propia Ley 5/2014 insiste, de forma incluso reiterativa, en la idea de la prestación de un servicio.

Al respecto, partiendo de la única sentencia del Tribunal Supremo existente, la

jurisprudencia menor parece ser pacífica. El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 21 de febrero de 2011 (número 46/2011, ROJ STS 1678/2011) establece lo siguiente:

“Carente de regulación específica en nuestro ordenamiento, el arrendamiento de servicios de vigilancia y alarma debe calificarse como contrato de medios que exige del prestador del servicio desplegar la actividad estipulada con la diligencia propia de un profesional del sector en el que despliega su actividad - lex artis ad hoc -, pero no garantiza el resultado o fin perseguido por aquella prestación, pudiendo afirmarse en línea de principios que deviene imposible garantizar la seguridad absoluta de los bienes protegidos ante el posible despliegue de medios sofisticados y la constante evolución del estado de la técnica para la superación de las medidas de vigilancia y control. En el caso objeto de decisión en virtud del contrato de arrendamiento de servicios de seguridad la empresa de alarmas se comprometía, no a evitar la posible comisión de robos en el inmueble protegido, pero sí a responder del normal funcionamiento del sistema que con carácter previo examinó y consideró apropiado para el fin perseguido -evitar la sustracción de mercancías de un elevado valor y fácil colocación en el mercado-, por lo que, demostrada la extrema vulnerabilidad del sistema de alarmas para cualquiera que conociese el emplazamiento de sus elementos esenciales, debe estimarse incumplido el contrato, sin que quepa exonerar a la incumplidora de su obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados.”

Con cita en esta sentencia, la jurisprudencia menor que se ha ido dictando, lo considera como un **contrato de arrendamiento de servicios o como un contrato de arrendamiento de servicios atípico**. Así, se pronuncian diversas sentencias de las Audiencias Provinciales.¹

¹ Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, Sentencia 467/2020 de 25 Nov. 2020, Rec. 723/2019; Audiencia Provincial de Almería, Sección 1ª, Sentencia 495/2019 de 12 Jul. 2019, Rec. 143/2018; Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 263/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 290/2021; Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, Sentencia 144/2021 de 29 Jul. 2021, Rec. 46/2021; Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia 158/2019 de 19 Mar. 2019, Rec. 931/2018; Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, Sentencia 287/2020 de 15 Sep. 2020, Rec. 15/2020; Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, Sentencia 55/2021 de 26 Feb. 2021, Rec. 461/2020; Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, Sentencia 327/2020 de 13 May. 2020, Rec. 1083/2019; Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, Sentencia 727/2020 de 12 Nov. 2020, Rec. 543/2017; Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, Sentencia 367/2009 de 12 Nov. 2009, Rec. 489/2009; Audiencia

Ahora bien, en paulatino estudio de la jurisprudencia, que refleja a través del proceso, la evolución tecnológica, ha ido introduciendo matices a esa concepción de arrendamiento de servicios, vinculándolo con la praxis profesional o, dicho de otra forma, con el nivel de competencia de las empresas de seguridad. Y si bien, comparto este matiz, entiendo que se trata de un contrato de **arrendamiento de servicios especial y normado, en la medida en que la Ley 5/2014**, pese a que no regula directamente estos contratos, sin embargo, sí establece las obligaciones que deben ser observadas por las empresas de seguridad por lo que, de alguna forma, norma el contenido del contrato, y, por ende, es esa legislación especial la que viene a matizar la responsabilidad de las empresas de seguridad. Téngase en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo citada es del año 2011, es decir, anterior a la Ley 5/2014.

En este sentido, resulta esencial el artículo 23 del Reglamento de Seguridad, que, en desarrollo de la ley, establece lo siguiente: **Adecuación de los servicios a los riesgos:**

“ Las empresas inscritas y autorizadas para el desarrollo de las actividades a que se refieren los párrafos a), b), c) y d) del artículo 1 de este Reglamento, antes de formalizar la contratación de un servicio de seguridad, deberán determinar bajo su responsabilidad la adecuación del servicio a prestar respecto a la seguridad de las personas y bienes protegidos, así como la del personal de seguridad que haya de prestar el servicio, teniendo en cuenta los riesgos a cubrir, formulando, en consecuencia, por escrito, las indicaciones procedentes.”

Tanto del tenor de este precepto como de otros contenidos en el Reglamento se coligen, entre otras, las siguientes obligaciones:

Provincial de Madrid, Sección 13ª, Sentencia 45/2009 de 30 Ene. 2009, Rec. 257/2008; Sentencia 210/2021 de 19 May. 2021, Rec. 378/2020; Sección 9ª, Sentencia 120/2021 de 11 Mar. 2021, Rec. 11/2021; Sección 25ª, Sentencia 163/2021 de 30 Abr. 2021, Rec. 89/2021; Sección 25ª, Sentencia 176/2021 de 6 May. 2021, Rec. 2/2021; Sección 11ª, Sentencia 160/2021 de 6 May. 2021, Rec. 525/2020; Sección 13ª, Sentencia 210/2021 de 19 May. 2021, Rec. 378/2020; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 113/2019 de 18 Mar. 2019, Rec. 5/2019; Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, Sentencia 223/2020 de 4 May. 2020, Rec. 344/2018; Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, Sentencia 428/2019 de 12 Sep. 2019, Rec. 792/2018; Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, Sentencia 279/2020 de 19 May. 2020, Rec. 827/2019; Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, Sentencia 108/2021 de 7 Abr. 2021, Rec. 406/2020.

1.- Obligaciones previas a la contratación del sistema de seguridad:

Determinar por escrito la adecuación del servicio a los fines a prestar (tratar de prevenir y evitar el robo, en este caso). Previsión de los riesgos a cubrir. Constando por escrito las indicaciones procedentes. En mi criterio, supone un la labor de “enjuiciamiento”, es decir, la emisión de un juicio de idoneidad, que junto con la “información” y la “instrucción”, son constantes en el texto del Reglamento.

2.- Contratación por escrito (artículo 9.2 de la Ley), con obligación de comunicación a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad antes del inicio de la prestación del servicio, hasta el punto de que, si resultaran deficientes o ineficaces la Administración, ejerciendo facultades de tuición, puede denegarles el inicio de la prestación del servicio (artículos 20 y 21 del Reglamento)

3.- Debe existir un certificado de qué se ha instalado y cómo se conecta a la central de alarma, lo que exige la previa existencia de un proyecto de instalación que se ha de entregar al usuario, “con niveles de cobertura adecuados a las características arquitectónicas del recinto y del riesgo a cubrir, de acuerdo con los criterios técnicos de la propia empresa instaladora y, eventualmente, los de la dependencia policial competente, todo ello con objeto de alcanzar el máximo grado posible de eficacia del sistema, de fiabilidad en la verificación de las alarmas, de colaboración del usuario, y de evitación de falsas alarmas” (artículo 42.2 Reglamento), debiendo estar homologado el sistema instalado (artículos 3 y 4 de la Orden INT 316/2011 de 1 de Febrero, en lo sucesivo Orden INT 316/2011).

4.- Y una vez instalado lo que se haya contratado “las empresas instaladoras efectuarán las comprobaciones necesarias para asegurarse de que se cumple su finalidad preventiva y protectora, y de que es conforme con el proyecto contratado y con las disposiciones reguladoras de la materia, debiendo entregar a la entidad o establecimiento usuarios un certificado en el que conste el resultado positivo de las comprobaciones efectuadas” (artículo 42.3 del Reglamento). Y en desarrollo de estos extremos la Orden INT 316/2011, en su artículo 1.3 establece que “en cumplimiento del artículo 47 del Reglamento de Seguridad Privada, las empresas de seguridad de instalación y mantenimiento y las empresas explotadoras de centrales de alarmas, estarán obligadas, antes de efectuar la

conexión, a instruir al usuario, por escrito, del funcionamiento del servicio, informándole de las características técnicas y funcionales del sistema y de las responsabilidades que lleva consigo su incorporación al mismo.”

5.- Obligación de mantenimiento de lo instalado, de forma presencial al menos una vez al año, y con posibilidad de que sea trimestral o de otra periodicidad (artículo 43 del Reglamento y artículo 5 de la Orden INT 316/2011).

5.- Obligación de atención permanente de la CRA por al menos dos personas (artículo 48.1 del Reglamento), matizando la Orden INT 316/2011 que en realidad deberán ser atendidas permanentemente por los operadores que resulten necesarios para la prestación de los servicios, en un número adecuado y proporcional al número de conexiones que tengan contratadas, nunca inferior a dos por turno ordinario de trabajo, encargándose del buen funcionamiento de los receptores y de la transmisión de las alarmas que reciban.

Existiendo además la obligación de llevanza de un libro-registro de alarmas, de forma que sea posible su tratamiento y archivo mecanizado e informatizado (artículo 51 del Reglamento de Seguridad Privada, y artículo 6.3 de la Orden INT 316/2011).

6.- Obligación de verificar la alarma en el momento en que se produzca, por los medios técnicos y humanos de que dispongan, y comunicar seguidamente al servicio policial correspondiente las alarmas reales producidas (artículo 48.2 del Reglamento).

Obsérvese pues, que se trata, efectivamente, **algo más que un contrato de arrendamiento de servicios en los términos expuestos en el Código Civil**, y en el que existe obligaciones previas a la contratación (como son la expresión por escrito de las posibles indicaciones/objeciones a si lo que se contrata esa adecuado o no al fin perseguido-artículo 23; la existencia de un previo proyecto que se ha de entregar al cliente- artículo 42; la comunicación a cuerpos y fuerzas de seguridad, la potestad de fiscalización de la Administración, y de ahí que se le haya de comunicar), y las derivadas de la contratación misma, es decir:

Que se haya cumplido con todo lo anterior.

Que funcione el sistema elegido como adecuado para preservar la posibilidad de

robos, y los consiguientes daños a las personas y a los bienes.

Y es así como se entiende, y sin duda como comparto, que la jurisprudencia menor venga exigiendo un plus de competencia o cierto nivel de competencia profesional o casi de *lex artis*, lo que enlaza con la determinación de la responsabilidad como responsabilidad contractual, sin perjuicio de algunos matices o interrogantes que surgen de la práctica forense, sobre todo para aquellos supuestos en los que no coincide en la misma empresa las funciones de instalación, mantenimiento, conexión a CRA y CRA, y en los supuestos en los que no han sido contratadas tales funciones por el usuario (cliente), y si, normalmente, por la empresa “vendedora” del sistema de alarma.

Tales obligaciones reflejan, en mi criterio, ese cierto desequilibrio existente entre la empresa prestadora del servicio y el cliente o usuario que accede al mismo, entendiendo que tales obligaciones y el control mismo por la Administración, son las que tratan de paliar ese desequilibrio frente al prestador del servicio al que se le presume un especial y tecnológico conocimiento actualizado. Es la prestadora del servicio la única que puede asesorar al cliente o usuario. Dicho de otro modo: El que venimos en llamar “contrato de alarma” tienen una importante dimensión o aspecto dinámico, en tanto que es preciso analizar e inspeccionar el objeto que al que se pretende otorgar seguridad privada, enjuiciar sus necesidades para que la finalidad perseguida sea efectiva y vaya más allá de lo escrito en un contrato, implementarlas, mantenerlas en buen estado de funcionamiento, comprobar que tal funcionamiento es real y efectivo, y emplear los dispositivos y la técnica adecuada al lugar concreto. De ahí que la publicidad (- a veces ciertamente agresiva-) debe cumplir las expectativas del futuro y eventual cliente, cuando pasa a ser cliente o usuario real.

En no pocos procesos me he encontrado situaciones donde no había correlación entre lo publicitado, lo ofertado, lo contratado y lo instalado. Esto supone, en mi opinión un claro incumplimiento de las obligaciones específicas de las empresas de seguridad, con la peculiaridad de que el cliente o usuario había permanecido en el desconocimiento de esa falta de correlación hasta que se produce el robo y/o el incendio.

Además, necesariamente, ello nos lleva a cuestionar si es o no aplicable el Real Decreto

Legislativo 1/2007 y, con ello, los preceptos que regulan la publicidad, y el concepto mismo de consumidor y usuario.

Por último, he de añadir que quizás el único matiz podría presentarse en cuanto a la instalación del sistema de seguridad se refiere, donde podría confluir con un opus o resultado, y, por tanto, entender que es un **contrato mixto de arrendamiento de servicios especial y normado, con arrendamiento de obra**. En este sentido la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, Sentencia 467/2020 de 25 Nov. 2020, Rec. 723/2019, y las sentencias que la misma cita, y que mencionamos en el apartado 2.2 sobre concurrencia de empresas en la actividad.

2.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EX ARTÍCULOS 1101 Y 1104 DEL CÓDIGO CIVIL. ALGUNOS SUPUESTOS FRECUENTES. CONCURRENCIA DE EMPRESAS EN LA ACTIVIDAD. LA APLICACIÓN O NO DEL RD LEGISLATIVO 1/2007. ¿LA PUBLICIDAD COMO PARTE DEL CONTRATO? LOS NIVELES DE SEGURIDAD: ORDEN INTI 316/2011 DE 1 DE FEBRERO, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE LA EMPRESA DE SEGURIDAD.

2.1.- Responsabilidad contractual ex artículo 1101 y 1104 del Código Civil. Algunos supuestos frecuentes: correlación con las obligaciones específicas. Equilibrio contractual.

Ello nos ubica en el ámbito de la responsabilidad contractual, en la que encontramos un precepto general o básico que es el **artículo 1101 del Código Civil** (homólogo de los criterios de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil), y que proclama la responsabilidad y consiguiente obligación de indemnización a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurriesen en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniera el tenor de aquellas obligaciones.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, Sentencia 367/2009 de 12 de Noviembre, Rec 489/2009 nos recuerda que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas y el segundo, que la culpa o

negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y el lugar y cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”

Y en el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, Sentencia 270/2018 de 22 May. 2018, Rec. 90/2018, con citas de otras con citas de otras de la Audiencia Provincial de Madrid de 2017 y anteriores:

“La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) del 07 de diciembre de 2017 (ROJ: SAP M 17230/2017), con cita de la sentencia del TS antes citada y de otras de Audiencias ha venido manteniendo que “... *al no funcionar como debieran los detectores volumétricos instalados, ya fuere porque se hubiesen programado con retardo, y lo que les impedía servir al uso que les era propio, o porque se utilizaran inhibidores de frecuencias,*, lo cierto era que se evidenció que no llegó a desplegar los medios adecuados para cumplir con aquello a lo que se había comprometido, y que no era otra cosa que instalar y mantener en perfecto estado de mantenimiento un sistema de seguridad apto y útil para evitar o disuadir a posibles ladrones de la comisión de robos o asaltos en el local a los que estaba destinado...”. Por lo tanto, es evidente que la contratación de un sistema de alarma o seguridad como el enjuiciado sólo tiene una finalidad disuasoria y en modo alguno puede impedir sin más que un robo o intrusión ilícita en el inmueble se produzca. Ahora bien, ello es así cuando el sistema ha funcionado y a pesar de ello se ha cometido la sustracción o el daño de que se trate, no pudiendo confundirse lo que es esa actuación y la culpabilidad de su autor con el cumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales. Si la alarma funciona es obvio que la demandada ha cumplido con su obligación de instalar y mantener el sistema para que funcione, obligación por la que percibe como contraprestación un precio determinado. Pero si la alarma no funciona es claro que la demandada, salvo que pruebe una causa justificada, ha incumplido con sus obligaciones o lo ha hecho negligentemente y ello determina, ex artículo 1101 C.c., el derecho de la contraparte a exigir una indemnización por el daño causado derivado de ese incumplimiento,...

Ahora bien, una interpretación y aplicación más actual del contrato de alarma, no permite entenderlo como un simple contrato de medios y por estos los fines disuasorios de una eventual

intrusión en un inmueble, que pueda permitir la sustracción de cosas, o daños a las cosas o a las personas. De ser así, habría una desproporción o desequilibrio en un contrato que se entiende sinalagmático, y, por ende, a ese contrato es preciso añadirle el plus que deriva o es inherente a la cualificación profesional de las empresas de seguridad, reflejo de lo cual es el control administrativo al que se les somete según la Ley 5/2014.

Resulta preciso, pues, ponderar la especialización profesional de las empresas de seguridad, de manera que sea tenida en cuenta esta circunstancia a la hora de valorar la existencia o no de responsabilidad de las empresas de seguridad, resultando insuficiente la mera instalación y mantenimiento de un sistema de seguridad como reveladores del cumplimiento de sus obligaciones. La empresa ha de dominar un nivel de competencia tecnológico, con un dominio de la tecnología y de lo que esta ofrece o puede ofrecer en cada momento. En este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) de 30 de Enero de 2009 (rollo 257/2008) y de 31 de enero de 2006 (rollo 723/04), que dicen lo siguiente:

«La prestación de servicios que ofrece la empresa de seguridad lo es sobre la base de un hacer profesional que requiere el dominio de una técnica especial en orden a la instalación y funcionamiento de los equipos de seguridad. No es de recibo aducir que la empresa vende lo que quiera el cliente y lo instala donde él diga...

«El cliente no entiende de esa materia y aunque fuese un experto en electrónica u otra técnica carece de la infraestructura e instalaciones que proporciona la empresa de seguridad con la central de alarmas en servicio las 24 horas del día. Por eso llama al técnico. No se trata de instalar un adorno o unas luces en los lugares donde diga el cliente, sino de instalar unos sensores que han de registrar la entrada o movimiento de personas, lo cual requiere unos conocimientos especializados.»

Y en análogo sentido, pero de forma menos contundente, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 263/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 290/2021:

“Como ya se dijo por este mismo Tribunal en la SAP Madrid, Sección 11ª del 12 de marzo de 2018 (ROJ: SAP M 3044/2018): “*Estamos en presencia de un contrato de seguridad, en su modalidad de “prestación de servicios*

centrales de alarmas", por parte de una empresa dedicada a ello. Se trata de un contrato de arrendamiento de servicios por virtud del cual la parte prestadora del servicio se compromete a mantener la seguridad de aquello que sea objeto del contrato, mediante la prestación de los servicios contratados. Resulta obvio que los contratos de prestación de servicios de seguridad tienen como esencial finalidad, y por ello como principal obligación del prestador de los servicios, preservar la seguridad del cliente, a través de la realización de las prestaciones correspondientes a cada tipo de contrato. La compañía prestadora del servicio de vigilancia debe desplegar todos aquellos medios que sean precisos para detectar la presencia de intrusos en el lugar objeto del contrato, y que dicha presencia sea comunicada mediante los sistemas correspondientes a la central receptora de alarmas..."-

El cliente o usuario (- en terminología de la propia Ley 5/2014-) no es profesional y confía en aquello que le ofrece como servicio la empresa de seguridad, careciendo de los conocimientos tecnológicos y electrónicos de una empresa de seguridad, de manera que siempre que lo ofertado, incluido en su caso lo publicitado, no cumpla con la finalidad a la que deben orientarse, tanto en lo que se refiere a los equipos que instala como al actividad del personal de las empresas (vigilantes, operadores de la CRA, vigilantes de sistema de acuda y/o de custodia de llaves, mantenimiento, conexión a CRA), se debe entender que existe responsabilidad por culpa contractual de la empresa de seguridad, ex artículos 1104 y 1101 del Código Civil. En definitiva, como alguna clásica y conocida jurisprudencia indica (STS de 10 de octubre de 1975) " al suministrador del servicio debe exigírsele que la instalación sea eficaz y útil a los fines previstos, con agotamiento de la diligencia, en el control del funcionamiento de los medios puestos, debiendo recordarse al respecto que según clásica y conocida jurisprudencia (STS de 10 de octubre de 1975) que cuando las garantías adoptadas para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia " (SAP Barcelona, Secc. 13ª, de 12 de noviembre de 1998).

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, así como la jurisprudencia sobre la materia, y la propia experiencia profesional, cito como **supuestos más frecuentes de exigencia de responsabilidad contractual, los siguientes:**

1.- Incumplimiento por no observancia de las obligaciones específicas previas de la empresa prestadora del servicio, y entre ellas:

a). - Ausencia de proyecto de instalación, lo que implica ausencia de inspección o examen del lugar previo a la contratación.

b). - Ausencia de información específica al cliente o usuario, por escrito y previa a la contratación, y bajo su responsabilidad, de la adecuación de lo contratado a la finalidad perseguida. Este "juicio de adecuación" en no pocas ocasiones se omite, y, según el tenor literal del artículo 23 del Reglamento, se emite bajo la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio, de manera que, si después del robo y/o incendio, se comprueba que lo asesorado y enjuiciado como adecuado, resultó ineficaz, deviene la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio.

c). - Inexistencia de información acerca de otros sistemas o mecanismos alternativos y más acordes al estado actual de la tecnología para prevenir el robo y/o incendio.

d). - Antes de efectuar la conexión, "las empresas explotadoras de centrales de alarmas están obligadas a instruir al usuario del funcionamiento del servicio, informándole de las características técnicas y funcionales del sistema y de las responsabilidades que lleva consigo su incorporación al mismo" (artículo 47 del Reglamento).

2.- Incumplimiento de certificar lo instalado (artículo 42.3) con el resultado positivo de las comprobaciones realizadas sobre la inspección.

3.- Incumplimiento de la obligación de mantener lo instalado, resultando insuficiente, en mi criterio, la habitual alegación de que se efectúa un reseteo a distancia. Los componentes tecnológicos del sistema requieren una revisión in situ, una comprobación incluso de si siguen siendo adecuados a los fines perseguidos. La frecuencia de la revisión (a veces semestral) depende del nivel de diligencia de la empresa prestadora del servicio y de la tecnología instalada, estableciendo el artículo 43 del Reglamento que las revisiones -presenciales se entienden- serán trimestrales o, en su caso, anuales.

4.- No entrega del preceptivo manual detallado de lo instalado (artículo 45 del Reglamento.

5.- Falta de correlación entre lo publicitado como medio de captación de los posibles clientes, y/o lo proyectado, y/o lo contratado, y/o lo instalado, y/o lo revisado.

6.- Defectuoso diseño y/o ubicación del sistema de seguridad.

7.- No salto de señal o no funcionamiento del sistema de alarma, remitiendo o transmitiendo señal a la CRA, permitiendo a los ladrones deambular por el lugar impunemente; o incluso llegar a la centralita y dañarla.

8.- Recepción en la CRA de la señal transmitida, sin desplazamiento del vigilante del sistema de acuda y/o custodia de llaves, y/o sin verificación de posible intrusión y/o sin aviso a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Contemplamos diferentes variables.

De la lectura de las obligaciones antes indicadas, así como de los supuestos de posible incumplimiento y exigencia de responsabilidad, quiero poner el énfasis en la "información". La lectura detenida del texto del Reglamento, así como de la propia Orden INT 316/2011, subyace la exigencia de que las empresas sean transparentes en la contratación, tanto previa a ella, como durante la vida del contrato. Ello se traduce en continuas necesidades de trasladar al cliente "información" o "instrucción", incluso por escrito, y es por ello que, como consecuencia de ello, y del nivel de competencia de la empresa, debe existir un deber de información de la "obsolescencia" del servicio prestado, y, en especial, de los elementos técnicos que componen el sistema de seguridad. De otra forma no habría equilibrio entre las partes contratantes.

Por otro lado, la verificación de señales se establece como una obligación de desarrollar con inmediatez, y puede ser secuencial, por vídeo y/o por audio (artículos 7,8, y 9 Orden INT 316/2011), al margen de la verificación personal (sistema de acuda). De manera que cuando se nos suele oponer por la empresa prestadora del servicio la necesidad de unos concretos y amplios intervalos de tiempo o de la necesidad de varias señales o saltos de alarma en puntos diferentes, o de que se han podido utilizar aparatos inhibidores por los ladrones para inutilizar la alarma, eso no le permite abstenerse de comprobar, en mi opinión, (y dado el tenor de aquellos preceptos), que se pueda estar produciendo esa situación de salto de alarma, o la de pérdida de señal, y registrar las señales de

intrusión, atraco y manipulación, por ejemplo, de duración superior a 400 ms y las de fallo de sistema, superior a 10 segundos de audio o por activación de un detector con señal de vídeo, y ser notificadas de inmediato.

Esta obligación de inmediata verificación, con base incluso en la Orden INT 316/2011, y con aviso a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tiene una cierta acogida en la jurisprudencia menor en diferentes pronunciamientos condenatorios, aunque no siempre con la misma contundencia (Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª, Sentencia 316/2018 de 25 Jun. 2018, Rec. 1013/2017), entendiéndose que no es causa de exención de responsabilidad, por su relación con la falta de inmediata verificación y consiguiente aviso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entre otros, los siguientes:

- La habilidad de los ladrones cuando el sistema o alarma estaba conectado y permitió que los ladrones llegaran hasta la centralista y destruirla o sabotearla sin que antes se emitiera señal alguna de tales circunstancias que fuera, por su ausencia, verificada (Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, Sentencia 68/2018 de 19 Feb. 2018, Rec. 539/2017).

-No tener contratado el sistema de acuda (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, Sentencia 151/2020 de 16 Jun. 2020, Rec. 487/2019);

-La falta de información al usuario de los avances tecnológicos producidos cuando el contrato llevaba largo tiempo en vigor (Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, Sentencia 372/2018 de 21 May. 2018, Rec. 1479/2017), con independencia de que el riesgo se corresponda con los niveles de seguridad de la Orden INT 316/2011.

- Aun asumiendo la tesis de que administrativamente sólo habría que efectuar verificación al producirse una señal (y no la ausencia de la misma), sin embargo, la diligencia civilmente exigible a la empresa de seguridad es la de la inmediata verificación por los medios personales y técnicos de que se disponga, incluido el sistema de acuda si está contratado (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 64/2019 de 4 Feb. 2019, Rec. 147/2018).

- El salto de una señal sin verificación del salto el primer día, cuando el robo se comete

en dos días, llegando los ladrones hasta la centralita el segundo día, tras rotura de vallado perimetral, inutilización de alumbrado exterior, y acceso a la nave por el lugar que mejor les facilitaba la intrusión al interior, pudiendo llegar hasta la centralita, la cual rompen (Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, Sentencia 165/2017 de 8 Mar. 2017, Rec. 700/2016)

La verificación de señales, hay que ponerla en relación, a su vez, con los **grados de seguridad de los sistemas** (artículo 2 de la Orden INT 316/2011), en función de su calificación, lo que conlleva también para la empresa prestadora del servicio una labor de enjuiciamiento propia de su nivel de competencia técnica ajustada al lugar y a todas las circunstancias concurrentes.

El artículo 2 de la Orden contempla diversos grados de seguridad de los sistemas en atención al riesgo asignando, además, distintos requisitos en atención a la naturaleza y características del lugar en que se va a efectuar la instalación y de que exista o no obligación de estar conectados a una CRA. Estos grados, no anulan la obligación, antes expuesta, de inmediata verificación de la existencia de una señal o de su ausencia.

Los grados son los siguientes, según el tenor del precepto citado:

a) Grado 1, o de bajo riesgo, para sistemas de alarma dotados de señalización acústica, que no se vayan a conectar a una central de alarmas o a un centro de control.

b) Grado 2, de riesgo bajo a medio, dedicado a viviendas y pequeños establecimientos, comercios e industrias en general, que pretendan conectarse a una central de alarmas o, en su caso, a un centro de control.

c) Grado 3, de riesgo medio/alto, destinado a establecimientos obligados a disponer de medidas de seguridad, así como otras instalaciones comerciales o industriales a las que por su actividad u otras circunstancias se les exija disponer de conexión a central de alarmas o, en su caso, a un centro de control.

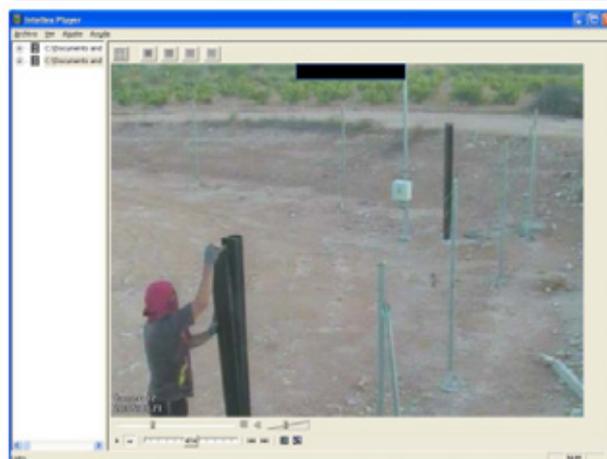
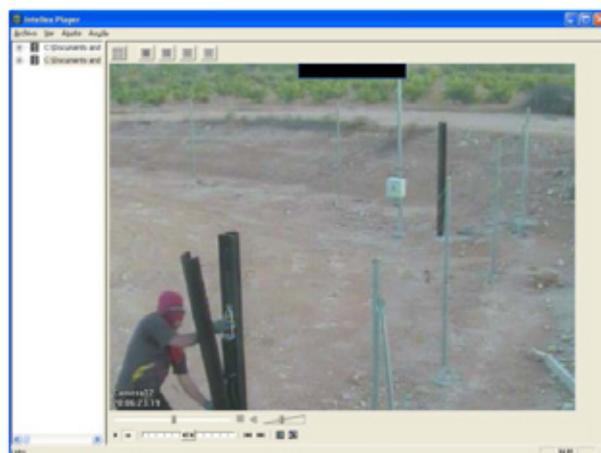
d) Grado 4, considerado de alto riesgo, reservado a las denominadas infraestructuras críticas, instalaciones militares, establecimientos que almacenen material explosivo reglamentado, y empresas de seguridad de depósito de efectivo, valores, metales preciosos, materias peligrosas o explosivos, requeridas, o

no, de conexión con central de alarmas o, en su caso, a centros de control.

Pues bien, donde quiero llegar es que fruto del nivel técnico o de competencia técnica de las empresas de seguridad, ajustada al lugar y a todas las circunstancias concurrentes, a aquella corresponde o debe corresponder la labor de calificación o enjuiciamiento del riesgo y el grado de seguridad que debe corresponderle, de manera que una errónea pericia al respecto también podría dar lugar a una existencia de responsabilidad.

Por ejemplo, una nave aislada en un polígono industrial, sin población próxima, podría ser calificada como grado 3. Y en cuanto a las viviendas, un riesgo similar podría tener una vivienda tipo chalé aislada, y dentro de amplia parcela, aunque sea una vivienda como la de un piso ubicado en un edificio en una ciudad.

Reproduzco a continuación algunas imágenes que ejemplifican algunas de las cuestiones expuestas, sobre todo en el último bloque de supuestos, donde las empresas han venido a negar la intrusión, o el mal funcionamiento o funcionamiento defectuoso del sistema, y que corresponden a casos reales:





Imágenes de personas saliendo del recinto, y de la llegada de un vehículo



Vehículo cargando



vehículo que se aleja



Al respecto, la jurisprudencia es dispar sobre esta materia, entendiendo algunas sentencias que el mero hecho de la inadecuación o no funcionamiento sin más refleja un incumplimiento, y exigiendo otras el hecho determinante de la responsabilidad como los que indico en el apartado octavo relativo a los ejemplos de algunos supuestos.²

2.2- Concurrencia de empresas en la actividad.

Bajo este epígrafe quiero significar aquellos supuestos en los que, conforme prevé el

2 En este sentido, además de las sentencias ya indicadas al analizar este contrato de arrendamiento de servicios especial y normado, entre otras las siguientes: Sentencia de la Audiencia Provincia de Murcia, Sección Primera, de fecha 24.6.2019, sentencia número 213/19, apelación 286/19; Sentencia número 113/19, de 18.3.2019 la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, rollo de apelación 5/19 (juicio ordinario 570/16 del Juzgado de Primera Instancia 11 de Murcia); Sentencia 302/11 de 10.6.2012 (apelación 385/11; ordinario 869/09) de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 115/2020 de 11 May. 2020, Rec. 935/2019; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 11 de Murcia, de fecha 27.9.2018 recaída en autos de juicio ordinario 570/16; Sentencia de 4-3-2016 número 39/16 del Juzgado de 1ª Instancia 8 de Murcia, dictada en autos de juicio ordinario 567/14; Sentencia número 237/15 de 30.12.2015, del Juzgado de Primera Instancia Trece de Murcia, dictada en juicio ordinario 1135/13; Sentencia 35/20 de fecha 9 de Marzo de 2020, del Juzgado de Primera Instancia 6 de Murcia, juicio ordinario 471/18; Sentencia 212 de fecha 10.10.2018 dictada en autos de juicio verbal 635/16 del Juzgado de Primera Instancia 1 de Murcia; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 81/2018 de 12 Marzo 2018; Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, Sentencia 289/2012 de 16 Nov. 2012, Rec. 260/2012; Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 125/2021 de 1 Jun. 2021, Rec. 622/2019; Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 89/2021 de 29 Abr. 2021, Rec. 611/2019; Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 263/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 290/2021; Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, Sentencia 144/2021 de 29 Jul. 2021, Rec. 46/2021; Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, Sentencia 287/2020 de 15 Sep. 2020, Rec. 15/2020; Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, Sentencia 55/2021 de 26 Feb. 2021, Rec. 461/2020; Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, Sentencia 327/2020 de 13 May. 2020, Rec. 1083/2019; Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, Sentencia 367/2009 de 12 Nov. 2009, Rec. 489/2009; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Sentencia 176/2021 de 6 May. 2021, Rec. 2/2021; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Sentencia 120/2021 de 11 Mar. 2021, Rec. 11/2021; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Sentencia 210/2021 de 19 May. 2021, Rec. 378/2020; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Sentencia 45/2009 de 30 Ene. 2009, Rec. 257/2008; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Sentencia 163/2021 de 30 Abr. 2021, Rec. 89/2021; Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, Sentencia 223/2020 de 4 May. 2020, Rec. 344/2018; Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, Sentencia 108/2021 de 7 Abr. 2021, Rec. 406/2020.

artículo 47 de la Ley 5/2014, no coinciden en la misma empresa de seguridad las diferentes funciones, es decir: Instalación, mantenimiento y explotación de la CRA.

A partir de aquí el lector puede imaginar cuantas combinaciones le sean posibles. La hipótesis más habitual es la de la empresa que asume todas las funciones. Pero también cabe la posibilidad de que cada una de ellas recaigan en empresas diferentes, de modo que una instale, otra mantenga, incluso sea otra la que transmita a la CRA y ésta se encargue de la explotación de la CRA con las señales que otra empresa le transmite, pudiendo subarrendar o no, en empresa diferente, los servicios de acuda y/o de custodia de llaves, o bien optar por desempeñarlos ella misma.

Esta distinción es importante a los efectos, en su caso, de individualizar la responsabilidad o poder peticionar una responsabilidad mancomunada y/o solidaria, incluso como peticiones fruto de una acumulación eventual de acciones, y, con ello, se determinaría la legitimación pasiva, e incluso la posibilidad de un litisconsorcio pasivo, del que, además, podríamos discutir si es voluntario o necesario, y si, en su caso, la única empresa condenada podría repetir contra las otras implicadas y no demandadas inicialmente, o, incluso, pedir la intervención provocada de las preteridas.

Pensemos, por ejemplo, en el supuesto en que el usuario o cliente contrata con una empresa A el “sistema de seguridad o de alarma” (que es la que debe realizar el proyecto y el juicio escrito de su adecuación), pero la instalación material de la misma y su conexión con la CRA que explota la primera empresa es realizada por una segunda empresa B. Si la empresa A asume lo instalado por otra sin objeción de ningún tipo, entiendo que asume que está bien realizada la instalación y conexión, y, con ello, asume la íntegra responsabilidad. Además, si hubiera observado alguna deficiencia o fallo debería de haberlo advertido al cliente, dado el evidente deber de información y juicio de adecuación que resulta del texto del Reglamento.

No obstante, ello no impediría que el cliente demandara a A y B cuando hay un fallo en la transmisión de la señal, ya sea fijando cuotas mancomunadas o, en su caso, con carácter solidario.

Y si la instalación se contrata con A, pero esta subcontrata a B, entonces con mayor razón se podría demandar a A, sin perjuicio, en

su caso, de las eventuales acciones de A contra B si la primera resultara condenada.

Pensemos igualmente en el caso de que A recibe la señal, e incluso varias señales repetidas y, o bien no verifica las alarmas o saltos de alarma, o bien, una vez verificados no avisa al vigilante (sea o no de su empresa) para que acuda al lugar, y, en cualquier caso, no avisa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Entiendo que, en este caso, la responsabilidad y, por ende, la legitimación pasiva sería de A.

Lo que intento destacar, en suma, es la importancia de analizar el contrato de alarma en su integridad, es decir, con todas las funciones posibles. Así entre otras las siguientes Sentencias: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, Sentencia 467/2020 de 25 Nov. 2020, Rec. 723/2019; Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, Sentencia 256/2020 de 23 Oct. 2020, Rec. 97/2020; Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 125/2021 de 1 Jun. 2021, Rec. 622/2019.

La primera de ellas introduce un matiz importante en cuanto a la calificación del contrato, en el sentido, de que considera que el contrato de alarma vendía a ser un contrato mixto, en tanto que sería de arrendamiento de servicios, salvo en lo que se refiere a la instalación, que ha de considerarse como arrendamiento de obra o de resultado:

“Tal como ha declarado este tribunal en sentencias de 17 de julio de 2008 y 12 de mayo de 2011, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo sentada en sentencia de 21 de febrero de 2011, la obligación de la empresa de seguridad en estos casos es mixta desde el punto de vista jurídico, en el sentido de que puede calificarse como obligación de medios en lo que respecta al servicio que presta una vez instalado el sistema de alarma y como obligación de resultado en lo relativo a la instalación de éste, pues ha de entenderse que lo que los usuarios contratan es una protección integral de su vivienda o local y dicha protección evidentemente no se logra si el sistema instalado no cumple los requisitos técnicos necesarios para ofrecerla.”

Pues bien, esto supondría que se ejercitarían acciones diferentes, con causas diferentes (artículos 12 y 72 LEC, por ejemplo).

La segunda de las sentencias ratifica la absolución en la instancia de una empresa que sólo se encargaba del mantenimiento del sistema, en un supuesto en el que el fallo del

sistema de seguridad no fue imputable a falta de mantenimiento.

Y la tercera de ella, absuelve a una de las empresas demandadas, ya que su único cometido era el de recibir y transmitir la señal a la CRA, es decir, que no se ocupaba de la revisión y mantenimiento del sistema de seguridad:

“No existe por tanto cobertura contractual para estimar la reclamación efectuada por la actora, como tampoco se acredita suficientemente una supuesta obligación asumida voluntariamente por SETEL de informar a la contraparte posibles insuficiencias en el sistema de alarmas, incurriendo así en responsabilidad por la doctrina de los propios actos. Considera la actora recurrente en la alzada que SETEL habría asumido la obligación de detectar y solventar posibles deficiencias en el sistema de alarma, sin embargo considera el Juez, y comparte esta Sala, que dicho compromiso quedaría limitado a contrastar el sistema de recepción de señales de alarma y su traslación a la Central Receptora de Alarmas (CRA), y no a una revisión de toda la instalación de seguridad del local que, como se ha dicho ya, es anterior a la contratación de los servicios de la demandada.”

Y la última de ellas condena a la empresa prestadora del servicio, porque incluyó en el contrato la explotación de la CRA, aunque lo hiciera a través de otra empresa:

“En primer lugar, porque la gestión de la CRA correspondía a la entidad demandada, tal y como se deduce del clausulado del contrato que suscribió la compañía de seguridad con la entidad que sufrió el robo en la joyería que regentaba. En segunda instancia, porque la entidad demandada tenía la obligación de avisar a los cuerpos policiales en virtud de las obligaciones que asumió en el contrato de seguridad que concertó con su cliente. En tercer lugar, porque se considera acreditado que, en virtud de la documentación adjuntada con la demanda, la alarma tenía un grado 3, dada la actualización a la que el sistema fue sometido, según se reconoce explícitamente por la demandada en el correo que se unió a la demanda (doc. 5.6). En última instancia, porque no se colige que la delimitación del grado del sistema de alarma pueda ser determinante para la resolución de esta litis, a la vista del contenido, ya expresado, que mantiene la cláusula F del contrato y las obligaciones que ésta impone, como se ha referido, y ponderando tanto los

avisos que detectó el sistema de alarma desde la intrusión en el local como la actitud del responsable del establecimiento, quien acudió al lugar tras tener conocimiento de los avisos instados por el sistema de alarma.”

2.3.- La aplicación o no del RD Legislativo 1/2007. ¿La publicidad como parte del contrato?

Parece prudente iniciar este apartado con la advertencia al lector de que no es su objeto el siempre controvertido concepto de consumidor y usuario, aunque resulta inevitable aludir al mismo, y a su regulación en Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias, texto éste que trasciende a una aparente voluntad exclusivamente refundidora.

El artículo 3 del TR define al consumidor y usuario de la siguiente forma:

«1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma 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.

2. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

El concepto de consumidor y usuario incluye tanto a las personas físicas como jurídicas y a los entes sin personalidad, siendo, pues subjetivamente más amplio, respecto de la normativa europea, ejemplo de lo cual es la

Directiva 93/12/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la que consumidor se restringe a la persona física: “Toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

Sin embargo, desde el punto de vista objetivo o finalista si se aproximan ambas legislaciones. Y así el bien o servicio que se adquiere y que es el objeto negocial, no ha de quedar incorporado o formar parte de la actividad productiva del sujeto persona física o jurídica que lo adquiere.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 25 de enero de 2018, C-498/16 (Asunto Schrems), resume la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de consumidor de la siguiente forma:

(i) El concepto «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación objetiva de dichas personas dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, le es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de «consumidor» se define por oposición al de «operador económico» y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de «consumidor».

(iv) Por lo que respecta, concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan solo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de

Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.”

En la misma línea de prioridad el destino o finalidad del objeto frente a la de los sujetos, se ubica nuestro Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), y así, entre otras, Sentencia 230/2019, de 11 de Abril de 2019, Rec. 3649/2016), y la Sentencia 693/2021 de 11 de Octubre de 2021, entendiéndose aplicable el TR al destinatario final de la cosa o servicio aun cuando no fuera consumidor, siendo lo relevante para la aplicación de este régimen legal que satisfaga las necesidades de consumo y no se encuadre dentro del ciclo productivo de la persona jurídica (empresa o profesional).

Y ello se justifica por el Tribunal Supremo, en su sentencia 693/21, con base incluso en la Sentencia del TJUE de 2 de Abril de 2020, asunto C-329/19 (relativa a una comunidad de propietarios) donde afirmó que la Directiva 93/12 no se opone a que los Estados miembros «pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación, siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados». Y de ahí que en el Tribunal Supremo en su Sentencia 693/21 considere que «es por ello que nuestra legislación de consumidores, ya desde la Ley de 1984, ha ampliado el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro».

Por su parte en el Libro Tercero, al que se refiere el artículo 3 del Texto Refundido, se regula la responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos en los artículos 128 y ss., que hasta entonces tenían una cobertura normativa desde el punto de vista del producto, pero no del servicio, ya que se respecto de éstos, para adaptar nuestro Derecho a la Directiva 85/374/CEE de 25 de Julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, se dictó la Ley 22/1994 de 6 de Julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos

Con la incorporación al Texto Refundido,

según reconoce su propia Exposición de Motivos, la regulación de los bienes y servicios defectuosos, con disposiciones comunes tanto a bienes como servicios (artículos 128 a 134) se identifica la protección desde el punto de vista subjetivo con el “perjudicado” (sin mayor distinción, artículo 128), y, desde el punto de vista objetivo con los daños a las personas y cosas (artículo 139), estableciéndose una responsabilidad solidaria (artículo 132) y un ámbito de protección con una prescripción más amplia, y con ineficacia de las cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad (artículo 130). Eso sí se requeriría que los servicios hubiesen sido demandados (-destinados y usados dice artículo 129) al consumo y uso privados. Sin embargo, en el régimen específico de servicios (artículos 148 y 149) en el artículo 148, al definir la responsabilidad del prestador del servicio alude, como parte pasiva o perceptora del mismo, al consumidor o usuario, pero es lo cierto que no introduce un concepto de consumidor y usuario, al tiempo que, recordemos, que el artículo 3 lo define sin perjuicio de lo que se establece en el Libro III, es decir, en sede de bienes y servicios defectuosos.

La Audiencia Provincial de Girona, Sección 2ª, en Sentencia 272/2007 de 14 Jun. 2007, Rec. 196/2007, dentro del marco normativo de este contrato, además del Código Civil, incluye el en los artículos 11 EDL y 25 a 28 de la Ley 26/84, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,..... particularmente favorable para el consumidor y/o usuario, a quien le basta con demostrar que ha padecido daños y perjuicios a causa de la utilización de un producto para sentar la responsabilidad solidaria de quienes los «producen, importan, suministran o facilitan», los cuales sólo pueden exonerarse probando que los daños son derivados de la culpa exclusiva del usuario o de las personas de las que deba responder civilmente..... Y añade que “a los efectos de la Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

Sobre ningún usuario de servicios protegidos por la Ley recae la carga de probar la culpa del agente que presta el servicio.”

A diferencia de la anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid secc. 14 nº

155/2015 de 25/5/2015 no considera aplicable el precedente régimen del TRLGDCU.

Pues bien, si volvemos al inicio de este apartado, lo que si observamos es un cambio en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, cuyo exponente es la Sentencia 693/2021 de 11 de octubre, podemos estar a diferentes hipótesis que volverían a abrir un debate sobre esta materia, y así:

1.- Aplicado al contrato de alarma, como las mismas se usan tanto por sujetos particulares como por personas jurídicas (incluso si éstas se dedican a una actividad profesional o empresarial) para iguales fines privados de protección, y no forman parte del objeto o actividad comercial o mercantil de una empresa o profesional (ya persona física o jurídica), pues no se dedica a la instalación, mantenimiento o explotación de un sistema de seguridad, entonces gozarían de la misma protección de consumidores y usuarios, tanto en lo que se refiere al régimen de los artículos 3 y ss., como al régimen de servicios defectuosos de los artículos 128 y ss., pudiéndose discutir si habría dos regímenes diferentes: El de los artículos 3 y ss., de un lado, y el del artículo 128.

2.- Lo anterior, implicaría la posibilidad de una especial tuición, que tendría su razón de ser en el cierto desequilibrio de las posiciones de las partes contratantes, con ese plus a favor de la empresa prestadora del servicio de alarma o seguridad, y, por ende, una posible inversión de la carga de la prueba, entre otros extremos.

3.- Si entendemos que el concepto de perjudicado del artículo 128 (pese al tenor del artículo 148) es más amplio que el de consumidor y usuario, incluso antes de la STS 693/2021, entonces estaríamos en presencia de un régimen aplicable respecto del perceptor del servicio de seguridad, ya sea persona física o jurídica, y ya empresario o profesional. El obstáculo lo tenemos en que si bien en el ámbito bancario (STS de 2019) se admite respecto de servicios, la STS de 2021 es respecto de un bien o producto.

4.- Y si entendemos que, en cualquier caso, a partir de esta STS 693/2021 es aplicable el Texto refundido, incluido en su régimen de los artículos 3 y ss. del mismo, entonces les serían aplicables algunas cuestiones de interés, que, en cierta medida, ya encuentran acogida en las obligaciones específicas del Reglamento de Seguridad privada y, entre ellas, las siguientes:

a). - El artículo 60 del Texto Refundido, en cuanto a que parece tener una finalidad similar a la del artículo 23 del Reglamento de Seguridad Privada.

b). - Los artículos 61 y 62, en tanto que la publicidad se integra como parte misma del contrato; extremo éste de sumo interés dado que basta con prestar atención a algunas campañas publicitarias, incluidas en internet, como para luego comprobar que el concreto contrato litigioso y su incumplimiento o cumplimiento defectuoso, se alejaban con mucho de lo publicitado y ofertado.



Lo que acabamos de exponer son dudas que resultan a raíz del dictado de las sentencias citadas del Tribunal Supremo, si bien, el tenor literal del artículo 148 del Texto refundido nos llevaría de nuevo a que, pese a no existir un concepto legal del perceptor del servicio como consumidor, si aparecen mencionados expresamente en el texto del artículo 148 del Texto refundido, e incluso en el artículo 2 de la Ley 5/2014 ese sujeto se define como “usuario”.

Es, por tanto, que la conclusión a la que llegaríamos es la de que, pese a los errores de técnica legislativa, por ley, no sería aplicable el Texto Refundido, sin perjuicio que le pueda ser aplicable su régimen, al entender que el perceptor del servicio nos incorpora el servicio a su ciclo productivo y, por tanto, con base en las Sentencias citadas del Tribunal Supremo, no siendo consumidor o usuario, sin embargo, si podría recibir el mismo tratamiento; es decir, la deficiente técnica legislativa y las Sentencias del Tribunal Supremo, nos llevarían a considerar que, una cosa es ser consumidor y usuario, y otra diferente, recibir el tratamiento de aquel en algunos casos. Y quien no es consumidor o usuario, no transmite esa condición a la aseguradora que acciona por subrogación.

Esto, a su vez, no impide, como después veremos la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

3.- LA PRESCRIPCIÓN.

En principio esta cuestión no ha presentado serios problemas en la práctica. Partiendo de la calificación de contrato de arrendamiento de servicios especial y normado, o incluso mixto con arrendamiento de obra por lo que a la instalación se refiere, nos ubicamos en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, y, por ende, en la aplicación del artículo 1964.2 del Código Civil que establece el plazo de prescripción de cinco años.

No obstante, parece prudente recordar que la reducción del plazo de 15 a 5 años, en vigor desde 7 de Octubre de 2015, tienen un régimen transitorio que se divide en diferentes periodos de tiempo:

- Acciones derivadas de relaciones jurídicas nacidas entre el 7-10-2000 y el 7-10-2005: seguirá vigente el régimen legal anterior y, por tanto, será vigente el plazo de quince años.

- Acciones derivadas de relaciones jurídicas nacidas entre el 7-10-2005 y el 7-10-2015: se aplicará el nuevo régimen de prescripción de 5 años, prescribiendo el día 7-10 -2020, es decir, cinco años después de la entrada en vigor de la ley.
- Acciones derivadas de relaciones jurídicas nacidas a partir de 7-10-2015: se aplica el nuevo plazo de prescripción de cinco años.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia 158/2019 de 19 de marzo de 2019, rec 931/2018.

IV- EL PROCESO CIVIL Y LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD.

1.- DILIGENCIAS PRELIMINARES. LA IMPORTANCIA DE LA DENUNCIA.

La intervención de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado puede ser consecuencia de la intervención de oficio o por denuncia del perjudicado al detectar un robo con falta de actuación del sistema de alarma, o como consecuencia de que la empresa de seguridad verifique una alarma y los avise.

Esta intervención, en no pocas ocasiones suele ser la primera en el tiempo y de extraordinaria importancia, dado que suelen contener la “inspección ocular” que refleja el escenario de los hechos (estado de los dispositivos o sensores, de la centralita, alteración de su estado originario, daños ocasionados que por su tipo no deberían haber pasado desapercibidos a los sensores etc.), al tiempo que puede permitir reconstruir, en cierta medida, el iter seguido por los ladrones, incluido el visionado de imágenes y su incorporación al atestado.

Y desde el punto de vista civil, cobran importancia las Diligencias preliminares, sobre todo en aquellos supuestos en los que puedan estar separadas las diferentes funciones de las empresas de seguridad y no se disponga de los contratos, o que, incluso, hayan sido subcontratados por la empresa de seguridad que suministra el sistema de seguridad, y resulte preciso delimitar una posible responsabilidad única, o compartida de varias empresas, ya con carácter solidario o mancomunado, o incluso cuando resulte preciso delimitar la función de cada una.

A los fines antes expuestos,

estas diligencias preliminares a las que la jurisprudencia menor atribuye eficacia interruptora de la prescripción (Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, Sentencia 524/2016 de 10 oct. 2016, Rec. 716/2015), por la vía del artículo 256.1. 1º, para determinar la legitimación, o incluso por la vía del artículo 256.1. 2º para exhibición del contrato de seguridad (o de una de sus concretas funciones) que le vincula con la parte.

Sobre este extremo, la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil se separa de la precedente de 1881, y, así, mientras en esta segunda se aludía a “cosa mueble”, en la actual se alude a “cosa”, lo que en no pocas ocasiones ha sido interpretado por los Tribunales de instancia como vía adecuada para solicitar la exhibición del contrato o de una pericial. Y si bien en el caso del contrato entendemos que tendría cierta lógica, pues guardaría relación con la legitimación, no así con relación a la pericial.

2.- COMPETENCIA TERRITORIAL.

Tampoco debe revestir mayores problemas esta cuestión. Las hipótesis normales y frecuentes son las de ejercicio de la acción por el usuario o por la aseguradora ex artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro.

Especialmente si no consideramos aplicable el Real Decreto Legislativo 1/2007, la competencia se determina por aplicación de los fueros generales y, por tanto, del artículo 51 de la LEC, lo que significa que deben de ser demandadas en el lugar de su domicilio, pudiendo el actor optar por éste o por el del lugar donde la situación o relación jurídica haya nacido o deba de surtir sus efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

Ahora bien, la jurisprudencia menor ha venido matizando el significado de “establecimiento abierto al público”, sobre todo en el caso de ejercicio de la acción de subrogación ex artículo 43 Ley de contrato de Seguro. Ha sido a partir de las reclamaciones a empresas eléctricas cómo se ha ido perfilando esta cuestión, siendo aconsejable justificar la existencia de establecimiento abierto de forma documental, singularmente fotográfica.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta el alcance del concepto domicilio, en relación con las personas jurídicas, previsto en

el artículo 51 LEC:

1.- En primer lugar, la presentación de la demanda, en aplicación de la norma de competencia territorial de carácter general contenida en el Artículo 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé la competencia territorial de las personas jurídicas, las cuales serán demandadas en el lugar de su domicilio, apuntando que en ningún caso nos refiere al “domicilio social” sino al domicilio como tal.

No obstante, y, además, en el párrafo segundo del citado artículo, se contiene, no de forma excluyente, sino complementaria concurrente, la posibilidad de que las personas jurídicas sean demandadas también “(...) en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, **siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de esta entidad.**”.

En el artículo 51, regula bajo una misma rúbrica dos tipos de competencia territorial diferente: de un lado, en el número primero, la de las personas jurídicas (que es la que nos ocupa) y de otra, en el número segundo la de los entes sin personalidad, que no es de aplicación al caso de autos.

Y es el legislador quien fija en el mismo número primero, los fueros generales de las personas jurídicas pues al del inciso primero (domicilio en carácter amplio como luego veremos) añade “también” el del lugar donde la situación o relación jurídica se refiere el litigio haya nacido o deba surtir efectos.

Y es así que, a través de ese adverbio, el legislador parece dejar claro que otorga a los dos fueros la misma cualificación o mismo nivel o paridad, es decir, la misma equivalencia y, por tanto, la misma eficacia, siendo de carácter electivo.

Esto parece lógico, pues en otro caso, el demandante podría verse en una situación de desigualdad teniendo que demandar a la persona jurídica en el lugar donde ésta tenga su domicilio social.

Y obsérvese que, además, la interpretación derivada de la ubicación sistemática de esta norma avalaría también esta posición o explicación, en la medida en que el artículo 51 regula como fueros generales de las personas jurídicas los antes expuestos, al mismo

nivel (“también”) y el artículo 51 regula las excepciones o reglas especiales, es decir, que se confrontan los fueros generales (dos) frente a los especiales (más de dos).

Por tanto, la competencia corresponde a este juzgado, ya sea por el fuero del domicilio, considerado como hemos indicado en sentido amplio, como por ser el lugar donde la situación o relación jurídica se refiere el litigio haya nacido o deba surtir efectos, por disponer la demandada de establecimiento abierto al público o representante autorizado.

2.- Así pues, siendo la demandada una empresa de seguridad, y si los hechos han ocurrido en la localidad dentro del ámbito del partido judicial de que se trate, y si en esa localidad posee establecimiento oficial abierto al público estarían cumplidos los requisitos del artículo 51.1 de la LEC.

3.- A mayor abundamiento, la relación jurídica puede entenderse allí nacida (es decir, en el lugar de prestación del servicio o pe nave objeto de vigilancia), ya que tiene lugar dentro de este partido la defectuosa prestación del contrato de alarma (forum delicti commissi). Incluso si atendemos a la relación que una al asegurado y a la aseguradora, llegaríamos a la misma conclusión, pues el contrato de seguro se realiza, tiene efecto sobre un inmueble de este asegurado sita en este partido judicial, por lo que, habiendo la aseguradora efectuado el pago, en virtud del Artículo 43 de la Ley de Contrato de seguro, se subroga en la posición de su asegurado, esto es, la aseguradora, a consecuencia de un siniestro, un pago y una póliza, se coloca en la posición jurídica del asegurado, por lo que éste sale de la relación jurídico-procesal, que en lo sucesivo se seguirá con la aseguradora: ostenta pues, la misma posición que habría ostentado el asegurado.

4.- Alternativamente con lo anterior, y por aplicación de las normas sobre protección de consumidores y usuarios, especialmente si reclama el particular o la empresa y entendemos que procede darle tal tratamiento, el fuero especial, imperativo e inderogable del Artículo 52.1.16⁹ en relación con dicha protección, cabría entender como fuero aplicable aquel donde el demandado tenga su establecimiento, subsidiariamente, donde tenga su domicilio, y en su caso, el domicilio del asegurado y/o consumidor o usuario, y por ello, en todos los casos, prácticamente, nos podríamos situar ante los mismos juzgados a los que conduce el artículo 51.1 de la LEC, y especialmente si

consideramos que debe darse el tratamiento consumidor y usuario, a raíz de las Sentencias del Tribunal Supremo ya comentadas en el correspondiente apartado.

Así las cosas, queda claro que la LEC permite demandar a una persona jurídica en el lugar donde ésta tenga abierto establecimiento o representante autorizado, como sucede en el presente caso. Esta cuestión ya ha venido siendo resuelta por los Tribunales en el sentido que vamos exponiendo, y si bien el análisis parte de la eventual condena en costas, es lo cierto que la línea de la jurisprudencia que indicamos considera el concepto domicilio en un sentido amplio y no como vinculado a la idea de domicilio social, y si como el de cualquier delegación, sucursal, agencia o establecimiento abierto al público, dotado de una mayor o menor autonomía funcional y operativa, a fin de no alejar del lugar de cumplimiento de la obligación el procedimiento.

Es más, algunas sentencias llegan a decir que resulta evidente que las grandes compañías mercantiles, tiene implantación y clientela en toda o la mayor parte del territorio nacional, operan con regularidad y fijeza en todos o gran parte de domicilio o lugar de prestación del servicio al cliente, de modo tal que sus numerosos clientes para nada precisan desplazarse ni entenderse con las oficinas o empleados del domicilio social, sino que desde cada una de las diferentes localidades, conciertan sus contratos, y desarrollan la totalidad de las vicisitudes que puedan ocasionarse a lo largo de la vida del mismo.

Se trata, para algunas de estas sentencias, además de compañías, que por su numerosa clientela en las diferentes provincias o capitales del Estado y por la “incidencia judicial” que regularmente presenta su actividad comercial, disfrutan de los servicios de profesionales contratados para representarlas y defenderlas en cada una de las diferentes localidades donde operan, sin que realicen un contrato de arrendamiento de servicios individual para cada uno de los litigios en los que, bien como actoras bien como demandadas, se ven comprometidas, todo con independencia de que el litigio se desarrolle dentro o fuera del municipio donde han establecido su domicilio social y sin que el representante legal de la compañía en ningún caso comparezca por si mismo, se desarrolle el pleito en uno u otro partido judicial.³

³ Además de las resoluciones que después citamos, a título de ejemplo, desde este momento, mencionamos las siguientes:

A mayor abundamiento, hay otras resoluciones de las Audiencias Provinciales que estiman que si el suministro (en este caso servicio de seguridad) se presta en un determinado lugar, es en este lugar donde nace la relación y es suficiente para demandar en el mismo, entendiendo suficiente el designado por esta parte de la misma forma que en los presentes autos, y dejando claro que la norma del artículo 51.1 lo que contiene es un fuero electivo a elección del demandante.⁴

5.- En cualquier caso, en base a lo establecido en el artículo 58 de la LEC, en relación con el artículo 52.1.1º de la referida Ley, es preciso además tener en cuenta el carácter electivo que contiene el propio artículo 58 de la LEC y por tanto, debe otorgarse a la parte con carácter electivo, la posibilidad de optar por otro posible fuero, en la que tiene domicilio la demanda, omisión en su caso que provocaría indefensión a ésta parte, amén de vulneración de normas imperativas y de trámites de procedimiento ex artículo 225.3 LEC y 238.3 de la LOPJ, dificultando su derecho de defensa, y afectando incluso al juez predeterminado en la ley.

En este sentido, el Art. 58 LEC *in fine*, regulador de la apreciación de oficio de la competencia territorial, apreciamos que el tenor literal del mismo establece que: *“Si fuesen de aplicación fueros electivos se estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento*

tes: Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, Auto 52/2011 de 3 Mar. 2011, Rec. 91/2011; Auto de 20.4.2018 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia: Auto del Tribunal Supremo número 6205/17, recurso 102/2017, de fecha 21 de Junio de 2017; Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, Sentencia de 17 Oct. 2007, rec.442/2007 ; Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, Sentencia de 12 Mar. 2003, rec. 530/2002; Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, Sentencia de 28 Mar. 2008, rec. 450/2007(“ pues la jurisprudencia ha entendido que por tal también debe entenderse el lugar donde tenga la representación o sucursal abierta al público, y ello a fin de no alejar del lugar de cumplimiento de la obligación el procedimiento”); Sentencia de 5.6.2008 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5ª; la SAP de Baleares, Sección 5ª, en su sentencia de fecha 18/06/2002; SAP de Asturias, de fecha 31/01/2002; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, de fecha 19 de junio de 2002; Audiencia Provincial de Valencia de fecha 23 de mayo de 2005 y la Audiencia Provincial de Cuenca en sentencia de fecha 29 de octubre de 2003.

4 En este sentido los siguientes Autos: Audiencia Provincial de Murcia, Auto 52/11, Sección 4ª de 3 de marzo de 2011; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 10.10.2013, a que expresamente indica; Audiencia Provincial de Almería de Almería, de 25.10.2015, Sección 1ª;

que se le dirigirá a tales efectos”.

Su tenor literal e imperativo, siendo éstos los primeros criterios de interpretación de las normas, lo cierto es que se confiere al demandante la facultad de optar, y ello entendido en el más amplio sentido de la palabra, por lo que resulta imprescindible requerir a la parte a elegir un fuero u otro, sin condicionante de ningún tipo. Luego si la ley procesal imperativa y de orden público, faculta al actor a optar, éste lo acepta y elige, si se le da la posibilidad, se debiera producir la inhibición a favor de los Juzgados de dicha opción, sin que se pueda sustituir la voluntad de optar directamente por una inhibición.⁵

3.- LA ACCIÓN QUE SE EJERCITA: ARTÍCULO 5 DE LA LEC. ACCIÓN DECLARATIVA Y DE CONDENA O SIMPLEMENTE DE CONDENA: HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA ACCIÓN. ACCIÓN EX ARTÍCULO 43 LEY DE CONTRATO DE SEGURO. LEGITIMACIÓN. ¿LA TIENE EL TOMADOR? ESPECIAL MENCIÓN A LAS EMPRESAS FOTOVOLTAICAS.

3.1- La acción que se ejercita: Artículo 5 de la LEC: Acción declarativa y de condena o simplemente de condena: Hechos constitutivos de la acción.

Sabemos que frente al sentido o concepción amplia de la acción como controversia que se somete a decisión del juez, en un sentido concreto se identifica con el objeto del proceso, entendiéndose como el derecho subjetivo público que se ostenta frente a Estado a obtener una tutela judicial concreta y determinada.

Las acciones pueden ser de diferentes tipos, y, por lo que, a un proceso civil declarativo, las clasificamos en declarativas, constitutivas y de condena, teniendo esta clasificación su acogida en el actual artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que se refiere a las acciones declarativas y a las constitutivas, mientras que las primeras simplemente pretenden la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación o situación jurídica; en las

5 En este sentido: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Civil y Penal, Auto de 26 Oct. 2005, rec. 10/2005; Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 8 Ene. 2013, rec. 195/2012

segundas, siguiendo la tradicional clasificación de las obligaciones desde el punto de vista civil, parten de un incumplimiento del demandado, pretendiendo que el juzgador le conmine a dar, no dar, hacer o no hacer, pudiéndose dar una cantidad de dinero.

La acción que nos ocupa se encuadraría en las acciones de condena, no siendo preciso acumular de forma simple una acción meramente declarativa que establezca, previamente, la responsabilidad de la empresa de seguridad, pues en la de condena pecuniaria, se parte ya de que la empresa ha incumplido, y, por ende, ese incumplimiento pasaría a tener que ser observado dentro de la carga de la alegación (Artículos 399 y 400 de la LEC), y de la consiguiente de la prueba (artículo 217 de la LEC). No habría pues, un pretendido defecto legal en el modo de proponer la demanda, como en alguna ocasión he podido leer.

De ahí que la formulación de esta acción de condena, teniendo además presente que puede ser ejercitada tanto por el usuario perjudicado, como por la aseguradora que se subroga en su posición ex artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, haya de ser precisa en sus hechos constitutivos, ya por exigencias de carga de la alegación, ya incluso si lo que se quiere es articular una prueba de presunciones o indicios.

Por todo ello considero que conviene

a la parte actora (usuario-perjudicado y/o aseguradora, según los casos) alegar la existencia del contrato de seguro con cobertura de robo, la existencia del contrato de alarma y si existe o no toda la documentación que se revela necesaria a tenor de las obligaciones de las empresas de seguridad, las diferentes funciones que integran el servicio de seguridad privada, que la alarma estaba conectada, el robo y su modus operandi (incluido que el sistema de seguridad estaba conectado), el hecho u hechos por los que se exige responsabilidad y se hace derivar esta consecuencia jurídica (no salto de señal, no verificación, defectos de diseño o de ubicación etc.), y los daños, debiéndose fijar el nexo causal entre los hechos determinantes del incumplimiento y el daño, cobrando una especial relevancia la prueba pericial.

En el supuesto de varias empresas concurrentes en la prestación del servicio de seguridad, con funciones diferentes y diferenciadas, habrá que estar a la causa determinante de la responsabilidad (instalación, mantenimiento, vigilancia y explotación de la CRA), para determinar la conveniencia o necesidad de demandar a uno o a varios en una suerte litisconsorcial.

Y es que la acción es un presupuesto de fondo y de ahí guarde íntima conexión con el tema de la legitimación, por lo que paso a mencionarlo en el apartado siguiente.



3.2.- Legitimación. Acción ex artículo 43 Ley de Contrato de Seguro. ¿La tiene el tomador? Especial mención a las empresas fotovoltaicas.

La legitimación la ostenta, ante todo y, sobre todo, el contratante de la alarma, tanto si carece de póliza con cobertura de robo, como cuando ésta no cubre la totalidad de los daños y para la parte no cubierta por la entidad aseguradora, de manera que podríamos estar en presencia de un litisconsorcio voluntario activo.

Por su parte la aseguradora que ha indemnizado el total de los daños, podría ejercitar sus acciones vía el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro tras indemnizar a su asegurado, o incluso en virtud del pago hecho por cuenta de un tercero del artículo 1158 del Código Civil cuando no paga a su asegurado, o incluso por vía de acción de repetición ex artículo 1145 del Código Civil, siempre que entendamos que entre aseguradora y empresa de seguridad habría una suerte de solidaridad impropia que nacería de la sentencia que se dictara.

La acción más frecuente es la del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, cuyos requisitos son suficientemente conocidos, si bien, por su sencillez y claridad, traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, Sentencia 284/2016 de 23 de noviembre de 2016, con cita de otra de la misma Sala:

“La facultad que reconoce el art.43 de la L.C.S. al asegurador que hubiera pagado la indemnización, constituye una forma de subrogación legal como consecuencia del pago, según se expresa en el mismo precepto.

La subrogación se diferencia de la acción de reembolso o regreso del art. 1158 del C.Civil, que supone el nacimiento de un nuevo crédito contra el deudor en virtud del pago realizado, el cual extingue la primera obligación, transmite al tercero que paga el mismo crédito inicial, con todos sus derechos accesorios, privilegios y garantías de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.212 del C.Civil(T.S. sentencia de 15 de noviembre de 1.990

Es de destacar que no se trata del ejercicio de un derecho con las cualidades que tendría uno propio, sino con las correspondientes a la entidad o sujeto en las que se subroga, en este caso habremos de entender, con todas

sus consecuencias que la acción ejercitada conllevará todas cuantas especialidades y circunstancias hubiesen correspondido al perjudicado indemnizado.

Esta acción ha sido examinada en diversas resoluciones y así la sentencia de la A.P. de Guadalajara de 3 de febrero de 2000 señala que el ejercicio de la acción del art.43 de la L.C.S exige que el asegurador haya realizado la prestación indemnizatoria como consecuencia del siniestro.

La A.P. de Barcelona de 30 de julio de 1999 mantiene que la subrogación no es cierto que sólo se produzca por el mero hecho del pago y confirmó la sentencia de la primera instancia que estimó que el pago realizado no era procedente por lo que necesariamente la acción ejercitada debía decaer, al no existir un crédito contra un tercero dirigido precisamente a la obtención del resarcimiento del daño que ha dado lugar a la indemnización del asegurador, de tal suerte que cuanto no exista deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación.

La subrogación ope legis que se produce ex art.43 de la L.CS EDL1980/4219. se dará cuando han existido las siguientes condiciones:

a) Que el asegurador haya hecho pago de la indemnización al asegurado y que este pago haya sido como consecuencia de un contrato de seguro.

b) Que haya nacido a favor del perjudicado una acción de responsabilidad contra tercero, contra quien no sea el tomador del seguro, el asegurado ni el asegurador, lo que presupone, naturalmente, una culpa en dicho tercero.

Obviamente, de ello se infiere que si el asegurado carece de derechos y acciones frente a otra persona como presunta responsable del siniestro, tampoco los tendrá la entidad aseguradora que le pagó la indemnización, en cuya posición jurídica ésta se subroga (T.S. sentencia de 9 de julio de 1994).

En conclusión, la subrogación» ope legis» implica la posibilidad de ejercitar la misma acción que correspondería al asegurado y si el asegurado carece de derechos y acciones frente a otra persona como responsable del siniestro, tampoco lo tendrá la entidad aseguradora que le pagó la indemnización, porque no puede ser titular de unos derechos

que no le ha podido transmitir el asegurado en cuya posición jurídica se subroga. (A.P. Madrid sentencia de 13 de diciembre de 2005) y en términos similares se pronuncia la sentencia del T.S. de 17 de enero de 2006 «.

Ahora bien, el problema se nos puede presentar, en ocasiones, con los “grupos de empresas”, lo que singularmente sucede en el específico ámbito de las empresas fotovoltaicas, de “gran atractivo” para el robo, por el habitual enclave ciertamente aislado de los huertos solares.

El continuo cambio de las relaciones comerciales y el modo de entenderlas nos lleva a situaciones en las que la operatividad de las personas jurídicas, sobre todo en supuestos como el que indicamos, se traduce en una concepción más moderna y que les otorgue mayor agilidad en su actuación. De ahí que no sea infrecuente que una sociedad actúe como matriz, y lo que, antes venían a ser departamentos o secciones de esta, pasen a convertirse o adoptar formas societarias (singularmente de sociedad limitada) de las que es socio único la sociedad matriz.

Lo anterior supone que los principios general de invariabilidad (artículo 1255 del Código Civil) y de relatividad de los contratos (artículo 1257 del Código Civil) limiten u otorguen cierta rigidez a aquella forma más moderna de organización empresarial, lo que, en ocasiones, conlleva a que tales principios den lugar a la intervención de los tribunales en orden a corregir los efectos absolutamente desviados para el equilibrio contractual que se producirían en beneficio de una de las partes si se mantuvieran en sus propios términos.

Lo que así refrenda el Tribunal Supremo, en Sentencia del Pleno 167/2020 y en Sentencia 735/2020, en el sentido de recordar que las concepciones socioeconómicas han cambiado radicalmente; lo cual, lógicamente, tiene que tener su reflejo en las concepciones jurídicas:

“Esta consideración de los contratos como unidades absolutamente independientes entre sí, que no producen efectos respecto de quienes no han intervenido en su otorgamiento, no generaba especiales problemas cuando se promulgó el Código Civil.

La sociedad española de aquel momento era una sociedad agrícola y artesanal. Los procesos económicos eran bastante simples y quienes intervenían en ellos tenían, por lo

general, una situación independiente respecto del resto de intervinientes.

Sin embargo, cuando la estructura económica de la sociedad fue cambiando, y se generalizó la producción en masa, esta concepción de los contratos como entidades completamente independientes, sin efecto alguno frente a terceros, entró en crisis, en especial cuando se aplicaba a algunas relaciones económicas. Del encargo se pasó a la puesta en el mercado de forma masiva, eliminándose el carácter individualizado del objeto adquirido y cobrando relevancia la adecuación del mismo a la descripción genérica con la que se puso en el mercado y se publicitó.”

Razones que llevan a nuestro alto tribunal a establecer como doctrina excepciones al principio de relatividad, por ejemplo, en el sector de la contratación inmobiliaria y del automóvil (dieselgate).

Todo lo anterior, lo entendemos plenamente aplicable al supuesto de otras empresas como son, por ejemplo, las fotovoltaicas, máxime cuando no se niega la existencia del grupo de empresa, y se incluye a la sociedad matriz como aquella ante quien han de cumplirse parte de las obligaciones de la empresa de seguridad, constituyendo una suerte de actos propios, como la de informar de la actividad de alarmas (- de no entenderse así supondría vulneración grave de la protección de datos-), fijar un acta de coordinación de empresas cuando concurren varias sobre el mismo centro de trabajo (entendido como tal el huerto solar, y por exigencias de la propia legislación de prevención de riesgos), así como la fijación de un protocolo de actuación, en el que interviene y se designa para avisos a personal dependiente directamente de lo que hemos venido en llamar la sociedad matriz.

Teniendo, además en cuenta, la precitada doctrina del Tribunal Supremo, es en casos como el indicado, donde se imponen las excepciones al principio de relatividad, primeramente, dado que negar acción a esta aseguradora de la tomadora-asegurada (empresa matriz) diferente de la concreta empresa filial que contrata el sistema de alarma por indicación de la empresa matriz (y recordemos que siendo su único socio la sociedad matriz) cuando la tomadora-asegurada es la matriz e incluye en la póliza como riesgos las diferentes plantas (dentro de las cuales puede haber una multiplicidad de propietarios, incluso por paneles solares) , supondría, un

enriquecimiento injusto, en el mismo momento que si se niega acción, resultaría indemne la empresa prestadora del servicio, en el sentido que se podría entender que no puede accionar *la titular del contrato* desde el mismo momento en que no sería perjudicada, pues técnicamente no ha tenido daños al haber sido indemnizada a otra empresa de su grupo como tomadora/asegurada, tal y como permiten los artículos 7 y 8 de la Ley de Contrato de Seguro. Llegaríamos al absurdo de tener que forzar un artificioso negocio jurídico de cesión de créditos o acción de responsabilidad entre empresas del mismo grupo.

Es por ello que nuestra jurisprudencia, en casos similares, adopta soluciones en la línea de lo que venimos exponiendo, y así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Castellón Roj: SAP CS 154/2021 - ECLI:ES:APCS:2021:15, en un caso de empresas familiares, en el que igualmente el tomador y beneficiario del seguro es distinto al titular del contrato de seguridad, opta por reconocer legitimación activa:

“El hecho de que en el contrato de seguro figure como tomador y asegurado D2 & Kaki Fashion Boutiques, S.L., y en el de seguridad D. Ricardo no priva a la actora de legitimación activa al amparo del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, pues resulta evidente que D. Ricardo, al contratar el sistema de seguridad, sobre uno de los locales incluido como riesgo en el contrato de seguro actuó en virtud de un poder o mandato, verbal o tácito, de D2 & Kaki Fashion Boutiques, S.L., empresa, como se ha dicho, de carácter familiar.

La STS, Sala 1ª, de 27 de noviembre de 2012 señala que “el mandato tácito, admitido por el art. 1710 CC, se deduce de hechos concluyentes del mandante, esto es, actitudes o comportamientos que, interpretados en un contexto relacional determinado, revelan inequívocamente la voluntad de dar vida a un contrato de mandato” y añade que “cuestión distinta es que un contrato celebrado en nombre de otro sin ostentar la representación para ello, pueda ser ratificado por aquel a nombre de quien contrató, y que esta ratificación pueda ser, no sólo expresa, sino también tácita, con el consiguiente efecto de validar el negocio (art. 1259 CC). Lógicamente, el apoderamiento tácito, por tratarse de un verdadero mandato, no necesita de ratificación alguna, mientras que la ratificación posterior de un

apoderamiento aparente subsana el defecto de apoderamiento y el tercero que contrató fiado por esta apariencia de poder no necesita invocar su condición de buena fe para eludir las consecuencias de la falta de representación”.

En definitiva, coinciden tomador/asegurado y contratante del sistema de seguridad, circunstancia que confiere a la actora legitimación activa una vez satisfecha la indemnización.

En otras palabras, aun cuando el contrato de seguro fue suscrito entre la actora y D2 & Kaki Fashion Boutiques, S.L., y el contrato de seguridad entre la demandada y D. Ricardo, se considera acreditado que este, al contratar el sistema de alarma, actuó como mandatario o apoderado de aquella. Concurren, en suma, los presupuestos para e ejercicio de la acción subrogatoria.”

Recuérdese por ejemplo, que existe supuestos análogos en la jurisprudencia que ha acogido o superado el criterio de la identidad formal de tomador, como recuerda la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 3 de diciembre de 2014, que señaló al respecto: *“las sentencias de las Audiencias Provinciales han venido ampliando, aunque no de forma unánime, la aplicación del artículo 32 de la Ley de Contratos de Seguros en aquellos casos en que los tomadores del seguro sean una Comunidad de Propietarios y un comunero, y ello en atención a que, en definitiva, en estos casos se puede apreciar la existencia de un mismo tomador por cuanto, a pesar de que nominalmente sea la comunidad de propietarios la que contrata, lo hace en beneficio y por sustitución representativa de cada uno de los comuneros, por lo que, en realidad, cada uno de éstos sería titular del contrato en la parte correspondiente a su cuota de participación en el total de la finca, siempre que se asegure el mismo riesgo.”*

No obstante, tampoco podemos olvidar, que se podría articular la causa de pedir de la acción aludiendo tanto a la acción contractual, como a la acción extracontractual del artículo 1.902 del código civil. Y ello, desde el punto de vista de la doctrina de la unidad de culpa civil, al poder existir, en su caso, yuxtaposición de responsabilidades, en el sentido de que obviamente el análisis de la responsabilidad extracontractual del demandado partirá igualmente de la acreditación de su incumplimiento contractual.

Pero centrándonos en particular, en la acción del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, no podemos tampoco dejar de lado los artículos 7 y 8 de la Ley de Contrato de Seguro. En primer lugar, hay que recordar que la mencionada acción de subrogación es una acción típica, de subrogación legal y contemplada por una norma especial. Ello es así porque viene establecida legalmente, y como venimos indicando, en el artículo 43 LCS. Y además de típica es una subrogación legal, y ello en virtud de que la misma deriva del hecho de que la aseguradora indemniza al asegurado/tomador en virtud de la póliza de seguro suscrito entre ambos y a consecuencia de un siniestro porque así lo prevé expresamente una norma que, tanto por su contenido como por colocación sistemática, es una norma especial. Y por último hay que recordar que el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro es una norma posterior y especial con respecto del régimen general del Código Civil, y, en cualquier caso, el pago es causa de extinción de las obligaciones.

En segundo lugar, el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro establece que *“el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”*. Al respecto, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 809/2011, de 21 de noviembre de 2.011, rec. 1196/2008:

El artículo 43 surge por disposición legal y constituye, por lo que a su ejercicio se refiere, un derecho del asegurador -“podrá ejercitar”-, no una obligación, por lo que resulta fundamental la voluntad de la aseguradora al respecto, de tal forma que mientras esa cesión no haya tenido lugar sigue siendo el asegurado el titular del crédito, y es evidente que, junto al pago del siniestro, que la sentencia admite, la voluntad de la aseguradora de subrogarse en las acciones de su asegurado y reclamar a la causante del perjuicio, se expresa a través de actos inequívocos, como el propio ejercicio de esta acción”.

En suma, que una vez que paga el asegurado, nace su acción y le basta con presentar demanda si lo desea, Ni la ley, ni la jurisprudencia establecen otro requisito, lo cual es coherente con el principio dispositivo que rige en el proceso civil, conforme a lo cual nadie puede ser obligado a promover acción en contra de su voluntad.

Con respecto al elemento subjetivo de la acción de subrogación, esto es, los sujetos del crédito de la acción de subrogación, en virtud del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, son los siguientes, que además contemplamos en el supuesto que os ocupa:

-El asegurado/tomador, es decir, el titular del interés asegurado en el momento de ocurrencia del siniestro (la sociedad matriz, que es quien como tomador y, además, al mismo tiempo, asegurado, contrata la póliza para el concreto riesgo, que es donde se prestaba el servicio por empresa de seguridad, tal y como ha de constar documentalmente en, por ejemplo, su contrato, en el protocolo de actuación y en el Informe de Actividad), como asegurado y tomador, tal y como debe constar en la póliza.

-El asegurador, que es quien se subroga en la posición del asegurado/tomador

-El tercero responsable, (la empresa de seguridad) quienes, con su proceder, dan lugar a unos hechos que debían de tratar de evitar, y con ello un daño.

En consecuencia, y conforme se desprende del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, es el asegurador quien se subroga, una vez efectuada la indemnización al asegurado/tomador, en la posición de éste. Es decir, la aseguradora también en estos casos es quien se “coloca” en la posición del asegurado/tomador, y desde ese momento está legitimado por ley para ejercitar la acción de reclamación que efectúa en el presente procedimiento. Dicha acción de reclamación se ejercita porque con carácter previo a la existencia del procedimiento que nos ocupa, habría indemnizado al asegurado, como asegurado suyo, en determinada cuantía, cuantía a la que asciende el valor de los daños ocasionados por negligencia de la demandada. Y ello con el fin de que ésta, como causante y tercera responsable, no se libere de su obligación de resarcir.

Y es que, del hecho de que entre asegurador y el tomador-asegurado exista un contrato de seguro, no se deriva que cualquier tercero que cause un daño quede liberado de la obligación de responder de éste. Nada más lejos de la realidad. Precisamente lo que permite el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro al asegurador es reclamar el perjuicio económico que para él entraña haber tenido que indemnizar a su asegurado/tomador por unos daños que éste

no ha ocasionado (ni tampoco la aseguradora), sino que han tenido su origen en la actuación u omisión –en cualquier caso, negligente– de un tercero (la demandada-apelada).

Precisamente de dicho perjuicio económico surge el interés del asegurador, que se encuentra avalado por el crédito en que se subroga. Así pues, el interés surge cuando existiendo un contrato de seguro, a consecuencia de un siniestro, cumpliendo con el contrato de seguro, la aseguradora indemniza al asegurado el daño que a éste le ha ocasionado otro. Desde este momento hay interés y accionabilidad.

Al respecto, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en sentencia 809/2011, de 21 de noviembre de 2.011, rec. 1196/2008; el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 611/2014, de 4 de noviembre de 2.014, rec. 236/2103.

Todas las condiciones legales para que tenga lugar la subrogación del artículo 43 LCS han tendrían lugar en el supuesto que nos ocupa, y que son las siguientes:

1.- Pago, por parte de la compañía aseguradora a su asegurado/tomador, de la indemnización prevista en el contrato de seguro suscrito entre ambos, lo cual ha de ser acreditado documentalmente.

2.- Deuda de la demandada empresa de seguridad frente al tomador- asegurado y cliente de aquellas debido a su negligencia.

Es más, no es infrecuente la mención en este tipo de pólizas, como asegurado adicional,

a todas las SPV propietarias de las plantas.

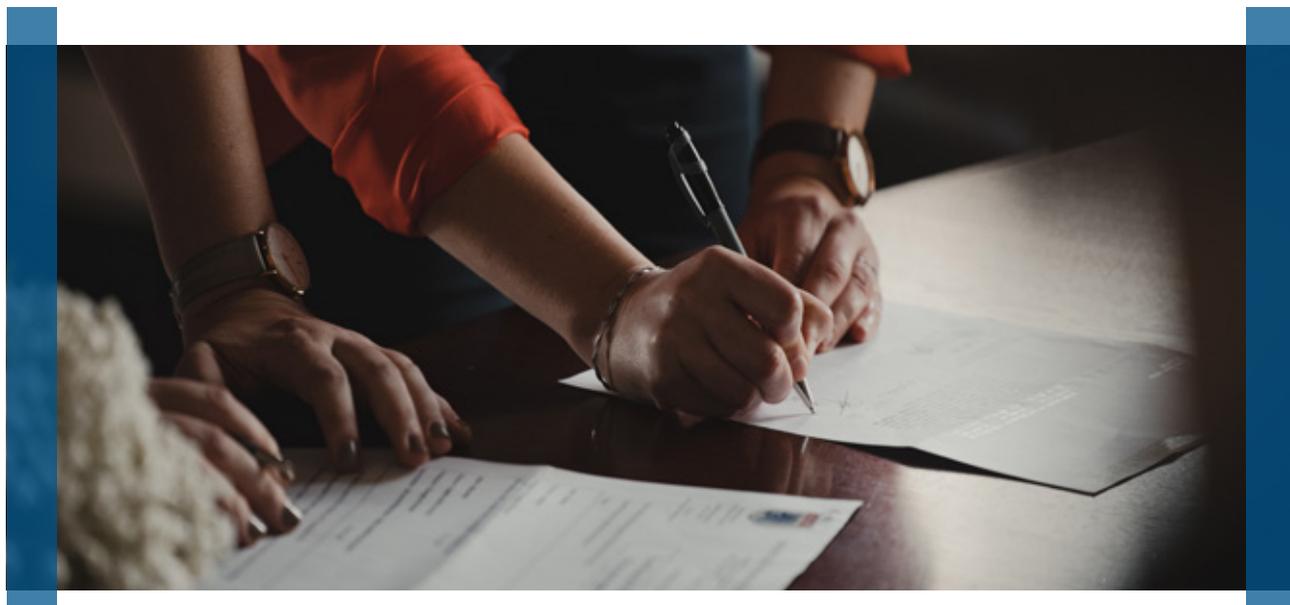
La estructura de financiación de la mayoría de los proyectos grandes fotovoltaicos a través de una “Project Finance” requiere una estructura especial de grupo de sociedades y la formación de las llamadas SPV (“Special Purpose Vehicle”). Es el caso que nos ocupa. La SPV suele ser nada más que una Sociedad Limitada constituida con el único fin de ser el marco de la inversión en energías renovables.

Muchas veces la SPV está ya constituida por el desarrollador o gestor del proyecto fotovoltaico, es decir la compañía encargada de obtener el punto de acceso y conexión a la red y las demás autorizaciones y licencias, así como el contrato sobre el terreno dónde está ubicado la instalación. El conjunto de éstas se llaman derechos de proyecto y que tienen que ir al nombre de la SPV. Durante el proceso del desarrollo del proyecto la SPV pasa de ser titularidad del desarrollador al inversor final que financia y mantiene la planta fotovoltaica.

De esta forma, la sociedad matriz del grupo es la empresa que explota y organiza la explotación, con independencia de la titularidad formal de los concretos paneles, que igualmente estarían asegurados como SVP.

3.- Voluntad por parte de la aseguradora de que se produzca la subrogación, es decir, de subrogarse en los derechos y acciones del asegurado

Tal voluntad queda clara, sobre todo si tenemos en cuenta que se hace cargo de los daños ocasionados por la actuación indiligente



de la empresa de seguridad.

Actos propios de ello lo serían la personación de los servicios periciales de la aseguradora en el riesgo asegurado, el que inspeccionan sus instalaciones, y comprueban in situ los daños ocasionados, concretando los hechos y los daños. Y, además, ya tras dicha visita se emite propuesta de indemnización al asegurado, que este acepta y que se indemniza. La jurisprudencia, ya hemos visto que liga la voluntad de reclamación con la mera presentación de la demanda. No exige que haya interpelación extrajudicial. Esto es coherente y respetuoso con el contenido del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro y con el principio dispositivo

4.- Identidad entre lo abonado por la aseguradora y lo reclamado en la demanda.

La aseguradora debe reclamar lo que considera le correspondía, que es a lo que se refiere el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro. Es decir, sus servicios periciales tasan los daños en una cuantía que es indemnizada al tomador-asegurado en virtud del contrato de seguro, **de conformidad con la cobertura y dentro de los límites indemnizatorios contenidos en la misma**, por tratarse de un siniestro con cobertura. Y, por ende, esa cuantía es la que se entiende que la prestadora del servicio adeuda a la aseguradora, al subrogarse ésta última en la posición del asegurado.⁶

No estamos, por tanto, en el supuesto que nos ocupa, más que ante una relación de subrogación de la aseguradora, en la posición que hasta entonces ocupada su tomador-asegurado, de cara a poder exigir responsabilidad a las demandadas condenadas.

Por último, en materia de legitimación recordar los artículos 7 y 8 de la Ley de Contrato de Seguro. Concretamente, conforme al artículo 7:

“El tomador del seguro puede contratar el

⁶ Así se viene reconociendo por el TS, en sentencias como la de 15 de junio de 1.998 y otras más recientes como la de 5 de marzo de 2.007, RC nº 382/2000. También el TS, Sala Primera, de lo Civil, en sentencia 699/2013, de 19 de noviembre de 2.013, Rec. 1418/2011; el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 640/2014 de 4 de noviembre de 2.014, rec. 1606/2012; el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 706/2014, de 3 de diciembre de 2.014, rec. 2523/2012; Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 193/2011, de 24 de marzo de 2.011, rec. 1476/2006.

seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden.

Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. No obstante, el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro.

Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida.”

Luego, según el precitado artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro, nos encontramos con lo siguiente:

1. Tomador y/o asegurado y/o beneficiario que pueden coincidir o no.
2. Posibilidad de que se contrata como asegurado/tomador con la empresa matriz.
3. Se paga al asegurado/tomador.

Y ello, además, sin olvidar, que el riesgo asegurado debería estar expresamente contratado en la póliza, tal y como hemos expuesto, y así debía de constar, en su caso, en el protocolo creado por la sociedad matriz y que por escrito o por actos propios debe concluirse aceptó la empresa de seguridad. Entre otras, las Sentencia del Tribunal Supremo número 222/2017 de 5 de Abril de 2017, y la Sentencia del Tribunal Supremo número 1138/1994 de 17 de Junio, que expresamente reconoce la legitimación del tomador, sin perjuicio de sus obligaciones frente al beneficiario, teniendo una condición principal la figura del tomador-asegurado en orden a la bilateralidad negocial como titular del interés objeto del contrato de seguro, sin perjuicio de la cesión posterior de la indemnización, extremo éste claramente resuelto en los casos de seguros de vida con tomador-asegurado diferente del beneficiario (entidad bancaria, tal y como consta también)

4.- LA CARGA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Tampoco en esta materia encontramos especial complejidad, si bien quiero llamar la atención dado que, en no pocas ocasiones, estimo que el problema en esta materia es la de olvidar en sentido del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las reglas sobre carga y distribución de la prueba resultan, ante todo y, sobre todo, esenciales para la labor del juzgador, y de ahí su ubicación en sede de normas reguladoras de la sentencia. Ahora bien, al margen de que resulte de interés la distinción entre carga de la prueba formal (o saber a quién apriorísticamente incumbe la carga de probar un hecho) y la carga de la prueba material (o quien se puede ver perjudicado por la falta de prueba de un hecho), el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acoge la tradicional interpretación de que a la parte actora le incumbe la prueba de las afirmaciones de los hechos constitutivos de la acción, y a la parte demandada la de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes, entre los cuales, desde este momento, apunto que se incluiría la prueba de la habitual alegación en contestación a la demanda de que en el caso concreto se utilizaron inhibidores que inutilizaron el sistema de seguridad, y que, por ende, la intervención de terceros le exime de responsabilidad, defensa esta que no comparto, dadas las obligaciones que le incumben y su especial nivel de competencia.

Pero esta distinción de carga de la prueba, va unida también en el sentido y significado del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la facilidad o proximidad probatoria, es decir, que si bien en principio al actor incumbe la carga de la alegación y prueba de los hechos constitutivos de la acción, y a la empresa de seguridad demandada, la de los hechos impositivos, extintivos y excluyentes, es sin perjuicio de ponderar, en orden al cumplimiento de las exigencias de carga de la prueba y las consecuencias de la no prueba, quien tenía mayor facilidad de probar, por proximidad o facilidad misma de aquello que convendría acreditar, y que en no pocas ocasiones se ha venido en llamar (innecesariamente) inversión de la carga de la prueba, dado que por sus conocimientos técnicos resulta más fácil y próximo a la empresa de seguridad, acreditar que cumplió con sus obligaciones.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 263/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 290/2021, resulta de interés pues resume la esencia de esta materia:

“**TERCERO.-** Expuesto lo anterior, la Sala no comparte las apreciaciones plasmadas en la sentencia de instancia, principalmente cuando afirma que la *parte demandante no concreta el defecto del sistema de seguridad*, ya que, en un caso como el que nos ocupa, la parte actora aquí apelante cumple con acreditar la contratación del sistema de seguridad con la demandada aquí apelada, cumple con acreditar la perpetración de los hechos dañinos y cumple con acreditar que la alarma no dio señal, valga la redundancia, de alarma. Llegados a este punto, y admitiendo la propia parte demandada esa falta de activación o de señal en el día fundamental - el día del robo- es la parte demandada la que debe dar razón de esa ausencia de aviso, ya que la carga de la prueba, se reitera, llegados a este punto, se desplaza hacia la parte aquí apelada, que es la empresa que oferta y cobra por un sistema de seguridad que dice prestar. Esto es así porque es ella, la empresa de seguridad, la que está en condiciones óptimas de ofrecer las razones de porqué su sistema de alarma no ha funcionado ante la perpetración del supuesto delito. En este sentido se expresan las siguientes sentencias “...De estos datos de hecho se puede llegar perfectamente a la misma conclusión a que llegó el juez de instancia: “ **que el sistema de alarma no se activó ante la intrusión en la nave asegurada por la actora** “. Por lo que no cabría apreciar error alguno en la valoración de la prueba en lo que respecta al hecho físico del robo y a la circunstancia de que no saltaron las alarmas. La discusión se centra, entonces, en por qué no saltaron las alarmas, interrogante que se deriva del hecho mismo de que existía un contrato de servicio de seguridad suscrito entre Intercelulosa y Urbisegur. En la sentencia apelada se apunta hacia un cumplimiento defectuoso de sus obligaciones contractuales por parte de la empresa de seguridad o, dicho de otro modo, a una falta de agotamiento de toda la diligencia exigible en el cumplimiento de contrato. A tenor de lo dispuesto en el artículo 217 LE respecta de la distribución de la carga de la prueba, una vez que se ha producido el robo y que no saltaron las alarmas corresponde a la parte demandada acreditar que puso toda la diligencia posible para que hubiera podido evitarse el robo con el correcto funcionamiento del sistema de seguridad contratado. Pero no se ha traído al proceso dato probatorio alguno al respecto, como un croquis de la superficie de la nave, con indicación de los puntos en que estaban instalados los 4 volumétricos vía radio contratados, así como su área de influencia y el lugar exacto por donde pudieron entrar los autores del robo, etc. La prueba de la parte demandada ha ido enfocada más bien a lo

que sucedió después del robo: presencia de la patrulla, comprobación de las alarmas... Pero no ha habido respuesta al interrogante de por qué no funcionaron las alarmas en el momento mismo de la intrusión de los autores del robo. Y no es que la sentencia de instancia incurra en la aplicación sin más de un sistema de responsabilidad objetiva, no culposa, sino que aplica el principio de inversión de la carga de la prueba cuando el perjudicado no tiene en su manos la facilidad probatoria o la oportunidad probatoria de que dispone la otra parte. Como ya se dijo por este mismo Tribunal en la SAP Madrid, Sección 11ª del 12 de marzo de 2018 (ROJ: SAP M 3044/2018): “Estamos en presencia de un contrato de seguridad, en su modalidad de “prestación de servicios centrales de alarmas”, por parte de una empresa dedicada a ello. Se trata de un contrato de arrendamiento de servicios por virtud del cual la parte prestadora del servicio se compromete a mantener la seguridad de aquello que sea objeto del contrato, mediante la prestación de los servicios contratados. Resulta obvio que los contratos de prestación de servicios de seguridad tienen como esencial finalidad, y por ello como principal obligación del prestador de los servicios, preservar la seguridad del cliente, a través de la realización de las prestaciones correspondientes a cada tipo de contrato. La compañía prestadora del servicio de vigilancia debe desplegar todos aquellos medios que sean precisos para detectar la presencia de intrusos en el lugar objeto del contrato, y que dicha presencia sea comunicada mediante los sistemas correspondientes a la central receptora de alarmas...” -SAP Madrid, Sección 11, nº 228/2018 de fecha 31 de mayo de 2018 -// “... En cuanto a la carga de la prueba, ha de estarse a lo establecido en el artículo 217 de la LEC, es a la parte actora a quien incumbe acreditar que el sistema de alarma no transmitió correctamente la señal. Extremo que consta acreditado por el doc. 9 de la demanda. Corresponde a la demandada acreditar que la falta de emisión de la señal se debió a causa no imputable a la entidad que presta el servicio de alarmas, extremo que no se ha acreditado, a pesar que acreditar que el mantenimiento se hizo correctamente. ...”- SAP Madrid, Sección 10, nº 287/2017 de fecha 21 de junio de 2017-// “... El art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a establecer la distribución de la carga de la prueba así como la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. De dicha distribución, debe entenderse que corresponde al actor (ahora apelante) acreditar la existencia del contrato y el incumplimiento del mismo, mientras que

la demandada, que está alegando un hecho impeditivo o extintivo de dicha pretensión, le corresponde probar, una vez que es un hecho admitido que la alarma no funcionó, que dicho funcionamiento se debió a un elemento externo a las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de servicios. En este mismo sentido se pronunció esta Sala en su Sentencia de 12 de febrero de 2010 , citada por la parte recurrente. ...”-SAP Asturias, Sección 7ª, nº 478/2013 de fecha 29 de noviembre de 2013-.

Es obvio de que no se trata de atribuir responsabilidad a la empresa de seguridad del robo cometido, sino de determinar si su sistema de seguridad ha fallado o no, y, una vez establecido el fallo, porqué ha fallado, y ese porqué debe responderlo cumplidamente dicha empresa de seguridad. “

Y en análogo sentido la Audiencia Provincial de Murcia Sección 1ª, Sentencia 113/2019 de 18 Mar. 2019, Rec. 5/2019:

“No se aprecian las infracciones normativas y el error en la valoración de la prueba invocados, pues son hechos en que existe conformidad de las partes, y en todo caso corroborados por el conjunto de la prueba practicada, que habiendo sido colocado el sistema de seguridad que la demandada estimó adecuado, la alarma instalada estaba conectada, que el sistema captó una intrusión a las 1.03 del día 29 de abril de 2015, y no transmitió la señal a la Central de Recepción de Alarmas externas, así como que el panel de control situado en el despacho estaba destrozado, y uno de los sensores de movimiento de la alarma, ante cuyos hechos constitutivos de la acción que se ejercita en la demanda, que, en definitiva, ponen de manifiesto que la alarma instalada por la demandada en la nave asegurada por la demandante, no funcionó, incumbe a la empresa de seguridad demandada acreditar el hecho impeditivo de su responsabilidad que opone(artículo 217.3 L.E.Civil), consistente en que se utilizó un inhibidor de frecuencia para anular las señales, lo que no ha acreditado no siendo suficiente al respecto la opinión en tal sentido expresada por el perito propuesto por la demandada Sr. David . Como aprecia la sentencia apelada la compañía de seguridad demandada debe responder en la medida en que no ha acreditado extremo alguno respecto del motivo de no funcionar la alarma.”

V.- LIMITACIONES A LA INDEMNIZACION: LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.

FACULTAD MODERADORA.

En la práctica forense me ha llamado la atención la cierta falta de transparencia en la contratación de los servicios de seguridad por parte de las empresas del ramo, lo que tiene su reflejo en los intentos de limitar la cuantía indemnizatoria para los supuestos de robo. Partiendo de que no es el objeto de este trabajo, pues de por sí podría ser en sí mismo el objeto de otro diferente, si queremos indicar que es habitual que las empresas de seguridad traten de reducir el quantum indemnizatorio por tres vías diferentes, que voy a analizar aún cuando sea sin el detenimiento que merece la materia, a saber:

1.-Exclusión de conceptos indemnizatorios: Daños a la edificación.

2.- Cláusulas limitativas de responsabilidad como parte del contenido del contrato, y su relación con las condiciones generales de la contratación.

3.- Facultad moderadora de los Tribunales ex artículo 1103 del Código Civil.

Paso a comentarlos.

1.- Exclusión de conceptos indemnizatorios: Daños a la edificación.

No son infrecuentes los pronunciamientos que excluyen los daños en la edificación, como ajenos al daño directo derivado del robo a consecuencia de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del servicio de seguridad. De hecho, dejé de reclamarlos hace ya algunos años.

El supuesto de partida, más o menos con variables, suele llevarnos a naves o empresas enclavadas en una parcela que está rodeada por un vallado perimetral más o menos consistente. Se advierte que es preciso estar a la concreta casuística para valorar que puede o deber ser excluido, pero, en general, la idea que subyace y predomina en la jurisprudencia menor (aunque no de manera uniforme) es la de la exclusión de aquellos conceptos o daños materiales exteriores o previos al acceso y al salto de alarma, que se podrían haber causado con independencia del éxito del robo, por entender que si los dispositivos de seguridad se encuentran en el interior del inmueble, estos daños son ajenos y no guardan relación causal con el sistema de seguridad instalado. Lógicamente adquiere, pues, una extraordinaria

importancia la prueba de la ubicación de los componentes del sistema de seguridad, sobre todo en el supuesto de que puedan existir cámaras en el exterior.

Caso de exclusión de estos conceptos, podríamos estar ante una estimación sustancial de pretensiones, que, con base a esta línea jurisprudencial, daría también lugar a la exigibilidad de costas a la empresa de seguridad que resultara condenada.

Por ejemplo, nos encontraríamos en estos casos los daños en los vallados perimetrales, o incluso en el seccionamiento de rejas en ventanas en las que, en su lado, interior existe un dispositivo de seguridad que actúa, sin perjuicio de la posible inacción de la empresa de seguridad.⁷

2.- Cláusulas limitativas de responsabilidad como parte del contenido del contrato, y su relación con las condiciones generales de la contratación: Ley 7/1998 de 13 de abril.

En la mayoría de los supuestos que he tenido la oportunidad de examinar y de intervenir, compruebo que son cláusulas que no están destacadas, ni están expresamente aceptadas, y, lo que me resulta más llamativo, que se le explica en ocasiones al usuario, de manera verbal, el contenido del contrato que, sin embargo, firma en una Tablet sin poder examinar previamente, apareciendo después dicha cláusula.

El contenido de esta cláusula nos presenta una limitación (o anulación de la responsabilidad podríamos decir más bien) cuantitativa de la indemnización del daño a multiplicar por determinado número el importe de la anualidad del pago del servicio, que resulta absolutamente desproporcionado y muy inferior al valor del daño.

Al margen de la discutible buena fe contractual de la empresa de seguridad en estos casos, nuestro ordenamiento jurídico ha venido en reaccionar frente a estos usos contractuales con base en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a veces injustamente olvidada.

⁷ En este sentido podemos citar entre otras : Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, Sentencia 165/2017 de 8 de Marzo de 2017, Rec 700/2016 y las que la misma cita (Audiencia Provincial de Madrid 16/12/2016 (Roj: SAP M 16777/2016), la sentencia de la A. Prov. de Barcelona de 29/6/2015 (Roj: SAP B 5457/2015) y la sentencia de la A. Prov. de Madrid de 25/5/2015 (Roj: SAP M 8080/2015).

Se parte pues, de que son contratos de adhesión, en los que la cláusula de limitación de indemnización (o exclusión de responsabilidad) está predispuesta en el contrato, a veces de forma nada clara, e incluso casi imperceptible en letra minúscula, entendiéndose que es una condición general predispuesta, y, como tal, no puede superar el control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (de aplicación incluso a empresas ex artículo 2 de la misma), aproximándose en exceso a encubrir una cláusula de exoneración de responsabilidad, por lo que no puede sostenerse su eficacia, pues implicaría una renuncia anticipada del usuario, y una limitación cuantitativa sin contraprestación por parte de la empresa de seguridad, sin que sea preciso pedir la nulidad de esa cláusula para que no opere, sin que conste su aceptación expresa, y teniéndolas por no incorporadas y por ineficaces, y afirmándose que ello es así por no ser aplicable la legislación en materia de consumidores y usuarios.

Paralelas a estas cláusulas de limitación de cuantitativa de la indemnización, se han ido introduciendo otras que, con base en la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, han sido también declaradas ineficaces. Me refiero a cláusulas que podríamos calificar de más atrevidas, en la medida en que establecen no ya la limitación cuantitativa de la indemnización, sino que, van más allá, y fijan la exoneración de responsabilidad frente a los ataques ilegales de terceros al sistema de seguridad. Al margen de la absoluta falta de transparencias, del carácter limitativo de los derechos del usuario, de su predisposición, y de su carácter abusivo, es evidente que admitir la existencia y eficacia de estas cláusulas supone dejar vacío de contenido el contrato de alarma, y las obligaciones mismas de la empresa prestadora del servicio.

Y es que nuestro Tribunal Supremo tiene reconocido que la contratación bajo condiciones generales constituye un “auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación del Código Civil (Sentencias núm. 406/2012 de 18 de junio, números 241/2013 de 9 de Mayo, 166/2014, de 7 de abril, 246/2014, de 8 de Septiembre, 677/2014 de 2 de diciembre)

También la jurisprudencia menor contiene pronunciamientos en la línea interpretativa antes expuesta.⁸

3.- Facultad moderadora de los Tribunales ex artículo 1103 del Código Civil.

En último lugar, no es infrecuente que las empresas de seguridad apelen a la facultad moderadora de la indemnización por parte de los Tribunales, ex artículo 1103 del Código Civil.

Tal petición viene siendo rechazada por la jurisprudencia menor, pues se entiende que para que opere tal facultad moderadora, sería preciso que el usuario hubiera concurrido de alguna forma al resultado, como podría suceder en los casos en que el usuario hubiera dejado desconectado el sistema de alarma, o hubiera actuado de alguna forma sobre el mismo, no considerándose hechos determinantes de la moderación indemnizatoria la actuación ilegal de terceros (ladrones) sobre el sistema de seguridad por instalarse este para detectar su presencia, y sin que la no aplicación del artículo 1103 del Código Civil suponga un enriquecimiento injusto para el usuario, que no tiene por qué soportar el menos cabo de su patrimonio que no se habría producido de haber cumplido la empresa de seguridad. En este sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia menor.⁹

diencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, Sentencia 595/2018 de 13 Jul. 2018, Rec. 11/2018; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 81/2018 de 12 Mar. 2018, Rec. 292/2017; Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, Sentencia 386/2016 de 23 Sep. 2016, Rec. 754/2016; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 113/2019 de 18 de marzo de 2019, rec 5/2019; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia de 27 de noviembre de 2017; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 64/2019 de 4 de febrero de 2019, rec 147/2018; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 184/2019 de 22 de Abril de 2019, rec 260/2018; Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, Sentencia 270/2018 de 22 de Mayo, rec 90/2018; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia 586/2019 de 12 de diciembre de 2019, rec 822/2019; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Sentencia 210/2021 de 19 de mayo de 2021, rec 378/20; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Sentencia 270/2021 de 20 de mayo de 2021, rec 262/2021; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 134/2021 de 23 de marzo de 2021, rec 22/2020; Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, Sentencia 279/2020 de 19 de mayo de 2020, rec 827/2019.

⁹ Y, así, por todas: La Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 67/2021 de 8 de marzo de 2021, rec 734/20; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 213/2019 de 24 de junio de 2019, rec 286/2019; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Sentencia 9/2021 de 15 de enero de 2021, rec 752/2020; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Sentencia 11/2021 de 19 de enero de 2021, rec 466/2020; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 184/2019 de 22 de abril de 2019, rec 260/2018.

⁸ Entre otras las siguientes sentencias en esta línea: Au-



Guía teórico-práctica para demandar el resarcimiento de daños causados por un Cártel

José Ángel López Palomares

Economista

Doble grado en Derecho y ADE
Máster Universitario en Abogacía

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- MARCO TEÓRICO Y DESARROLLO

2.1.- Responsabilidad Civil derivada de infracciones del derecho de la competencia en el cártel de los camiones.

2.1.1.- Naturaleza de la responsabilidad civil.

2.1.2.- Conducta ilícita

2.1.3.- Incremento de los precios de los vehículos objeto del cártel durante su vigencia y sobrecoste pagado por los afectados.

2.1.4.- Relación de causalidad entre los daños expuestos y la conducta ilícita.

2.1.5.- Competencia objetiva

2.1.6.- Legitimación activa y pasiva

2.1.7.- Procedimiento

2.2.- Fondo del asunto

2.2.1.- Legislación aplicable

2.2.2.- Sobre la necesidad de interpretar el Derecho nacional sobre daños de acuerdo a los principios del Derecho de la competencia recogidos en las disposiciones comunitarias y en la jurisprudencia previas a la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014.

2.2.3.- Sobre el “efecto vinculante” de la Decisión de la Comisión para el órgano jurisdiccional nacional, en cuanto a la admisión de la existencia de una conducta prohibida.

2.2.4.- Sobre el derecho al pleno resarcimiento.

2.2.5.- Sobre la relación de causalidad entre la conducta ilícita del cártel y los daños sufridos por los afectados.

2.2.6.- Sobre la responsabilidad conjunta y solidaria de los causantes del daño.

2.2.7.- Sobre los distintos tipos de daños que pueden generar las conductas antitrust. Los intereses legales.

2.2.8.- Sobre la cuantificación de los daños

2.2.9.- Prescripción de las acciones de responsabilidad civil por infracción de la normativa antitrust

2.3.- Breve reflexión sobre el cártel de los coches

III.- CONCLUSIONES

Referencias bibliográficas

Listado de abreviaturas

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se diseña como una guía para aquellos que vayan a emprender la difícil tarea de reclamar los daños y perjuicios derivados de la infracción del derecho de defensa de la competencia, en particular por un Cártel. Comenzando por su definición, la **disposición adicional 4ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia** (en adelante, LDC), señala que *“se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”*. Esta guía va a tomar como referencia uno de los casos más recientes, y notables de los últimos años, destacando la envergadura del mismo, tanto en relación con su longitud temporal, de 1997 a 2011, como por la cantidad de empresas del sector involucradas: el conocido como Cártel de los Camiones.

La Decisión de la Comisión Europea en el As. AT39824- Camiones, de 19 de julio de 2016 (en adelante: la Decisión), seguida de la decisión de 27 de septiembre de 2017 para Scania, supuso la imposición a los fabricantes de camiones de las marcas Man, Volvo/Renault, Daimler, Iveco, Daf y Scania, de una de las mayores sanciones nunca aplicadas por la Comisión (3.800 millones de euros) y dio inicio a una importante batalla judicial, que perdura hasta el día de hoy, pues los compradores afectados reclaman una indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción del derecho de defensa de la competencia realizada por el Cártel.

Dicha infracción, según se recoge en el apartado 9 de la Decisión, consistió en el intercambio de listas de precios brutos e información sobre los mismos en relación a los camiones con un peso entre 6 y 16 toneladas (“camiones medios”) y los camiones de más de 16 toneladas (“camiones pesados”), incluyendo tanto camiones rígidos como cabezas tractoras. Asimismo, dichas empresas igualmente suscribieron acuerdos y llevaron a cabo

prácticas concertadas en materia de precios e incremento de precios brutos, al objeto de lograr un alineamiento de los precios brutos en el Espacio Económico Europeo, así como en relación con el calendario y la repercusión del los costes de introducción de las tecnologías de emisión exigidas por las normas EURO 3 a 6 y ello, con el objetivo económico de alterar el proceso de fijación independiente de los precios de los sus camiones, distorsionando la evolución normal de dichos precios.

Las resoluciones judiciales sobre este asunto han sido abundantes y en muchas ocasiones contradictorias desde que se dictase la primera sentencia de un Juzgado de Primera Instancia en 2019.

Actualmente, siguen publicándose nuevas sentencias de primera instancia, aunque el foco está principalmente puesto en los recursos de apelación interpuestas ante ellas, en preludio a su llegada al Tribunal Supremo. No obstante, algo común a todos estos procedimientos es el cuestionamiento del método usado para la valoración del daño y el importe indemnizatorio aparejado, llegando a darse casos donde dos casos idénticos reciben sentencias contradictorias, dependiendo del juzgado ante el que fueron interpuestas las demandas.

Por ello, este artículo está encaminado a responder de la forma más práctica posible a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los principales retos a los que nos enfrentamos para conseguir el resarcimiento del daño causado por el Cártel de Camiones?

Analizaremos la reclamación desde la óptica de la responsabilidad civil, partiendo desde la naturaleza de la misma en el caso AT39824-Camiones, seguido de la exposición del ilícito y su plasmación en la Decisión provisional de la Comisión Europea, de 19 de julio de 2016, conjugándolo con el daño causado como consecuencia del sobrecoste en el precio de adquisición de los camiones, junto con un análisis de la relación causal entre ambas.

Por otra parte, se realizará un estudio de la competencia judicial del asunto, tanto a nivel internacional como nacional, así como la competencia objetiva, desde la óptica de un adquirente español; la legitimación, tanto activa como pasiva, resaltando los supuestos de compra mediante leasing.

En la segunda parte del presente trabajo, se analizarán aspectos de fondo del asunto, a la luz

de la jurisprudencia recabada de las Audiencias Provinciales de todo el territorio español, junto con pronunciamientos relativos a otros cárteles del Tribunal Supremo, centrándonos al final en la cuantificación del daño y en los informes periciales que lo hacen posible. Igualmente se analizarán otros aspectos controvertidos como pudieran ser el la responsabilidad solidaria de los infractores, el cálculo de intereses o la prescripción de la acción.

Por último, habrá una breve mención dedicada al cártel de los coches donde pondré de manifiesto algunas disparidades con el cártel de los camiones y mi opinión sobre la viabilidad de la reclamación de daños basándome en lo explicado respecto al asunto AT39824-Camiones.

II.- MARCO TEÓRICO Y DESARROLLO

2.1.- Responsabilidad Civil derivada de infracciones del derecho de la competencia en el cártel de los camiones.

2.1.1.- Naturaleza de la responsabilidad civil.

Cuando hablamos de la responsabilidad por daños derivados de una infracción de la normativa antitrust es claro que nos referimos a una responsabilidad civil, pero cabe la duda de si se trata de una responsabilidad extracontractual o contractual, cuestión no baladí, dado que la aplicación de una u otra podría tener diversos efectos y consecuencias jurídicas (plazo de prescripción, prueba de la culpa, etc.).

De la lectura de la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 2008 (ES:TS:2008:7354)**, podemos extraer la clave para diferenciar entre ambos tipos de responsabilidad, atendiendo a si el daño se manifiesta como una violación de un vínculo preexistente, es decir, siendo el daño consecuencia del incumplimiento o deficiente cumplimiento de una obligación contractual, mientras que es aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual, independientemente de la existencia o no de obligación previa cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo.

Unida a esta sentencia, debemos de referirnos a otra relativa a las reclamaciones por

los perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones de la competencia realizadas por un cártel, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (ES:TS:2012:5462)**, sobre el llamado “cártel del azúcar”, donde afirma en su fundamento jurídico 12º que la acción de daños se fundamente en una responsabilidad extracontractual. Igualmente el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso CDC Hydrogen Peroxide, (Sala Cuarta) Caso Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y Otros (EU:C:2015:335)**. La **Sentencia de 21 mayo 2015**, ha declarado que *“en materia delictual o cuasidelictual, el tribunal del lugar donde se ha producido o puede producirse el hecho dañoso es normalmente el más adecuado para conocer del asunto, sobre todo por motivos de proximidad del litigio y de facilidad para la práctica de la prueba (sentencia Melzer, C-228/11, EU:C:2013:305, apartado 27)”*, de modo que se presupone que estamos ante una responsabilidad extracontractual.

2.1.2.- Conducta ilícita

La Decisión provisional de la Comisión Europea recaída en el Asunto AT 39824 Camiones, de 19 de julio de 2016 y publicada en la web de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea con fecha 6 de abril de 2017, acredita que varias sociedades fabricantes de camiones (de las marcas MAN, Daimler, DAF, Volvo/Renault e Iveco) integraron un cártel en el que se cometieron una serie de conductas colusorias, constatándose en dicha Decisión, prácticas y acuerdos colusorios para la coordinación de los precios brutos de los camiones medios y pesados, tanto camiones fijos como cabezas tractoras, mediante intercambio de listas de precios brutos, y mediante intercambio de los datos de los configuradores de venta de los camiones, al igual que acuerdos sobre el calendario a seguir y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías para cumplir con la normativa europea sobre emisiones (normas EURO 3 a 6).

En cuanto al encuadre geográfico y temporal del cártel, la Decisión ha calificado la infracción como única y continuada de los artículos 101 TFUE y 53 Acuerdo EEE, recogiendo el parágrafo 61 de la Decisión que el cártel ha afectado a la totalidad del Espacio Económico Europeo (en adelante EEE), produciéndose el comienzo del mismo el 17 de enero de 1997 y durando hasta el 18 de enero de 2011, con la excepción de la fabricante Man, que se acogió al programa de clemencia europeo de dispensa

del pago y reducción del importe de la multa el 20 de septiembre de 2010.

Acerca de las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por las fabricantes infractoras, podemos encontrar las mismas recogidas en los parágrafos 49 a 60 de la Decisión, definiendo la conducta sancionada como contraria al Derecho de la competencia, por falsear el correcto funcionamiento del mercado, concretando el parágrafo 50 que *“Estos acuerdos colusorios incluían acuerdos y/o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinear los precios brutos en el EEE”*.

En relación a cómo influyeron los intercambios de información, el parágrafo 47 indica que *“En la mayoría de los casos, la información sobre los precios brutos de los componentes de los camiones no estaba disponible públicamente y la información que estaba a disposición del público no era tan detallada y precisa como la información intercambiada entre los Destinatarios. Al intercambiar los precios brutos corrientes y las listas de precios brutos, junto con otra información obtenida a través de la inteligencia de mercado, los destinatarios pudieron calcular mejor los precios netos aproximados de sus*

competidores, dependiendo de la calidad de la información de mercado a su disposición”.

Consolidando la conducta ilícita expuesta en los parágrafos 49-60, la Decisión en su parágrafo 81 reitera que la misma tiene por objeto restringir la competencia en el mercado en el EEE, mediante la coordinación entre los fabricantes del establecimiento de los precios brutos, y la forma y momento de introducción de las tecnologías para cumplir con la normativa europea de emisiones, así como el intercambio de otra información comercialmente sensible, como los pedidos y tiempos de entrega, concluyendo que las diversas prácticas y acuerdos adoptados por los fabricantes destinatarios tenían por finalidad restringir la competencia de precios en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE.

También hay de destacar la referencia a los acuerdos del aumento de precios brutos, incluso en algunos casos netos, que se contiene en el parágrafo 51, donde se hace referencia a la serie de reuniones mantenidas por los fabricantes, en las que se discutieron y se acordaron sus respectivos aumentos brutos de precios, especificando la aplicación en todo el EEE dividido por los principales mercados



e informándose regularmente sobre los aumentos de los precios previstos, señalando el párrafo que “*Durante las reuniones bilaterales adicionales celebradas en 1997 y 1998, aparte de los debates periódicos detallados sobre los aumentos futuros de los precios brutos, los destinatarios pertinentes intercambiaron información sobre la armonización de las listas de precios brutos para el EEE.*”

Por otra parte, la Decisión refleja en sus párrafos 64 y 94 el reconocimiento de los hechos realizado por los destinatarios. La primera empresa fabricante en revelar su participación y facilitar la información y elementos de prueba que se enumeran en el apartado 8 de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, de 2006, fue MAN, beneficiándose igualmente las sociedades vinculadas a la misma, de una reducción del 100% del importe de la multa.

En el otro extremo tenemos a Scania, la única que no reconoció su participación, el resto de las sociedades infractoras, revelaron su participación en el cártel, y facilitaron a la Comisión elementos de prueba de la infracción, que han aportado un valor añadido significativo con respecto a los elementos de prueba de que ya disponía la Comisión, gracias a lo cual han visto reducida la sanción impuesta, lo que pone de manifiesto la efectividad e importancia de los programas de clemencia como fuente para obtener información interna sobre los cárteles que permita probar la existencia del mismo.

En la siguiente tabla pueden apreciarse cómo se han beneficiado los fabricantes participantes en el cártel de las reducciones antes mencionadas:

2.1.3.-Incremento de los precios de los vehículos objeto del cártel durante su vigencia y sobrecoste pagado por los afectados.

La Decisión pone de manifiesto la existencia de un ilícito concurrencial que consistió, en la coordinación de los Destinatarios sobre los precios brutos de ciertos camiones, sin necesidad -ni posibilidad dado el carácter subsidiario de los ilícitos «por sus efectos»- de constatar los efectos concretos de dicha conducta, al tratarse de una de las conductas más nocivas para la libre competencia, cuyo exponente máximo es justamente la lucha por ofrecer precios menores que la competencia. Pero ello no significa que tales efectos no se hayan producido, como puede deducirse del

hecho de que el cártel hay durado 14 años.

La Guía práctica sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE, elaborada por la Comisión, de 10 de junio de 2013 (en adelante, la Guía), concluye en sus párrafos 142-143 que “*en el 93 % de todos los asuntos de cártel examinados, los cárteles ocasionan costes excesivos*”, y aproximando el coste excesivo medio al 20% del precio de adquisición del vehículo. Igualmente indica en su párrafo 145 que “*los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado*

Empresas	Reducción conforme a la Comunicación de Clemencia	Reducción según el Procedimiento de Transacción.	Multa(€)
MAN	100%	10%	0
Volvo/Renault	40%	10%	670.448.000
Daimler	30%	10%	1.008.766.000
Iveco	10%	10%	494.606.000
DAF	0%	10%	752.679.000
Total			2.926.499.000

Fuente: Comisión Europea, 2016

alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto”

Debido a esto, una vez acreditada la existencia de cártel, se entiende que el mismo tiene por objetivo restringir la competencia, y por tanto, se presume que su conducta genera un daño a los compradores, que en este cártel de los camiones se concreta en la existencia de un sobrecoste o coste excesivo en el precio de los vehículos. Esta misma idea podemos encontrarla con anterioridad a la publicación de la Decisión en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013**, relativa al cártel del azúcar, en la que afirmó que en estos casos ha de partirse del daño que supone el pago de un precio superior al que debiera haber resultado del juego de la libre competencia.

Al respecto, resulta ilustrativo lo declarado por el **Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo**, en la **Sentencia de 9 de octubre de 2019**

(ES:JMO:2019:4633):

FD 1 (...) *“Pues bien, partiendo de que la lógica y el sentido común llevan a considerar, como expresamente reconoció a éste juzgador el perito informante de la parte demandada, que la conducta concurrencial, por lo general, tiene por objeto un beneficio directo a los competidores a través del intercambio de información para la fijación de precios al alza y nunca a la baja; y considerando igualmente éste juzgador que toda conducta concurrencial destinada a la fijación de precios brutos, produce la lógica repercusión de un aumento de los precios netos que son repercutidos al consumidor final por el concesionario adquirente del vehículo, dicha conclusión permite trasladar la carga de la prueba sobre la inexistencia de tal alteración de precios a la demandada a modo de presunción iuris tantum de responsabilidad como así llega a positivizar la Directiva de Daños de la UE (no aplicable al caso que nos ocupa en atención a su fecha de entrada en vigor y la fecha de los hechos) y admite el TS a través de la doctrina “ex re ipsa” (por todas, STS 8 de abril de 2014).”*

En el mismo sentido, un gran número de Audiencias Provinciales vienen admitiendo una presunción relativa o iuris tantum acerca de la existencia del daño (v. gr. Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga; Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres; Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias; Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia; Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra; Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, etc.).

Asimismo, resulta de interés lo advertido en la **Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, de 2011:**

73. Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio. La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el periodo de ajuste a los nuevos precios (véase el Ejemplo 1, punto 105). Además, es menos probable que este tipo de intercambio

de información sobre futuras intenciones se haga por razones favorables a la competencia que el intercambio de datos reales.

En el informe pericial realizado por Addvalora, al que me referiré en el apartado relativo a la cuantificación del daño, se afirma que *“para todos los tipos de camión, los precios con la existencia del cártel son significativamente superiores a los que se hubieran producido sin cártel”*, así como que *“queda demostrado en nuestra opinión, la existencia de sobreprecio final provocada por el cártel, en los porcentajes resultantes señalados más arriba, siendo el método utilizado por este gabinete, mucho más profundo y preciso que el mínimo requerido por la Guía Práctica”*. Dicho método utiliza una muestra de 6.312 camiones comprados en el periodo 1997-2019 y compara los precios de camiones similares en tara, mma, cilindrada, cv, fabricante y situación de demanda y de inflación en el momento de la compra. De esa forma, se puede diferenciar el efecto del cártel en los precios de compra del efecto de todas estas variables. Y concluye que el sobrecoste del cártel depende de las características del camión y que el incremento medio de los precios provocado por el cártel, es del 19,38%.

2.1.4.-Relación de causalidad entre los daños expuestos y la conducta ilícita.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que puesto que no existen normas a nivel de la Unión Europea sobre la relación de causalidad entre los daños derivados de conductas anticompetitivas, corresponde al Derecho nacional regular las modalidades de aplicación del concepto de «relación de causalidad», siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad, concretando la Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en adelante la Directiva 2014/104) en su artículo 4, que en atención al principio de efectividad *“los Estados miembros velarán por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciban y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia.”*; y en relación con el principio

de equivalencia “*las normas y procedimientos nacionales relativos a las acciones por daños derivados de infracciones de los artículos 101 o 102 del TFUE no serán menos favorables a las presuntas partes perjudicadas que los que regulan las acciones nacionales similares por daños causados por infracciones de la normativa nacional.*”

Ello implica que haya que descartar por ser contraria al derecho europeo, la **posición determinista** en el concepto de relación de causalidad o de causalidad material, es decir, aquella que tiene el estándar probatorio de la certeza del daño, admitiendo únicamente aquellos hechos dotados de una probabilidad rayana en la certeza, de forma que se excluyen los cursos causales meramente probables, al igual que la **posición probabilística**, que es la doctrina procesal civil en el Common Law en materia de prueba que defiende que un demandado debe ser condenado si la probabilidad de que haya causado el daño es mayor que 0,5 o el 50%, es decir, si es más probable que haya causado el daño que lo opuesto, conocido también como preponderancia de la probabilidad positiva.

El concepto elaborado por nuestra jurisprudencia acerca de la «relación de causalidad», viene a distinguir un aspecto físico o naturalístico del nexo causal, según las reglas de la lógica (mediante la aplicación de los criterios de la *conditio sine qua non* y de la *equivalencia de condiciones*) y un componente jurídico, de causalidad jurídica, compuesto por criterios normativos que justifiquen la imputación objetiva de un resultado a su autor. Veamos cómo concurren en el presente caso a raíz de lo dispuesto en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2010 (ES:TS:2010:7726)**:

Conforme al criterio de la “equivalencia o de la condición sine qua non”, el cual podemos encontrar desarrollado en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008 (ES:TS:2008:5445)**, resulta que toda condición -por ser necesaria o indispensable para el efecto- es causa del resultado, la causalidad es clara. Probablemente el resultado dañoso no hubiera ocurrido si, en un actuar diligente y acorde a las obligaciones derivadas de la legislación antitrust que impone a los operadores económicos el TFUE, los fabricantes no hubieran participado en un cártel que tenía por objeto la fijación de precios brutos y cuya “eficacia” queda evidenciada por la larga duración del mismo. De no haber existido, el precio de los vehículos adquiridos

probablemente habría sido el resultante del juego de la libre competencia, inferior al que resulta de un escenario en el que existe un cártel que tiene por objeto la fijación de precios. Así queda expuesto en el informe pericial de Addvalora, anteriormente referenciado, en el que se concreta el sobrecoste general de este cártel, y se expone que el grado de probabilidad de que ese sobrecoste se deba a la existencia del cártel objeto de la Decisión, es de más del 99,9 %.

No concurren varias condiciones (que llevaría a aplicar la “*equivalencia de condiciones*”): la causa del sobreprecio pagado viene determinado por el cártel. No han concurrido factores no vinculados al cártel que hayan podido tener suficiente relevancia para desvirtuar la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio sufrido por los adquirentes de los camiones y el cártel que tuvo por objeto la fijación del precio bruto de los mismos. En el informe pericial, para determinar cuál hubiera sido el precio de los camiones en un “escenario sin infracción”, se combinan varios métodos (la comparación diacrónica y la comparación con un mercado relacionado), lo que reduce enormemente la posible existencia de esos otros factores que pudieran desvirtuar la existencia de una relación de causalidad entre el precio final de adquisición y la existencia de un cártel cuyo objeto era la fijación de precios brutos, porque si hubiese habido algún “shock” durante el periodo analizado, ese “shock” también hubiese afectado al mercado relacionado (vehículos distintos a los camiones).

Conforme al criterio de la “causalidad adecuada” o a la “causa eficiente”, la relación de causalidad también es clara, en tanto la infracción tenía por objeto o finalidad restringir la libre competencia en los precios (cf. pgs. 71 y 81 Decisión) y ha contribuido de manera decisiva al resultado dañoso: el pago de un precio superior en la adquisición de los camiones, en comparación con el que se debería haber pagado en caso de que el precio se hubiera fijado en un mercado con libre competencia entre los infractores.

En cuanto a la causalidad jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos, el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma, igualmente concurre. La causa por la que se ha generado un daño reside en la actuación ilícita de los fabricantes, con vulneración del artículo 101 TFUE. Por tanto, también concurre

la relación de causalidad conforme al criterio del fin de protección de la norma (art. 101 TFUE) cuya infracción atribuye antijuricidad al comportamiento fuente de responsabilidad de los fabricantes. Esa responsabilidad de los infractores del Derecho antitrust, por los daños causados por su conducta, viene determinada ahora en la Directiva de Daños, y antes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al interpretar el art. 101 TFUE o sus precedentes.

2.1.5.- Competencia judicial internacional y competencia territorial.

Partiendo del supuesto de que el reclamante sea un adquirente español, los tribunales españoles serían lo encargados de conocer del asunto de acuerdo con lo dispuesto en las normas de jurisdicción especial contenidas en el artículo 7 del Reglamento (UE) n.º 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 (Reglamento Bruselas I refundido; RB I bis): *Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: (...) 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso;*

Al producirse la compra del camión en España, dispone el artículo 4.1 del Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II): “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”.

Esta cuestión queda plasmada en la **Sentencia de 29 de julio de 2019 (C-451/2018)** del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta (EU:C:2019:635):

31.(...), el daño alegado en el litigio principal consiste principalmente en sobrecostes pagados a causa de precios artificialmente elevados y, por ello, es la consecuencia inmediata de la infracción del artículo 101 TFUE, constituyendo, pues, un daño directo que permite fundamentar, en principio, la competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha

producido dicho daño. (...)

Dicha sentencia concluye que la interpretación del artículo 7.2, del Reglamento (UE) n.º 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, debe ser en el sentido de que *“en el marco de una acción indemnizatoria de un perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE, consistente en la celebración de acuerdos colusorios sobre fijación de precios e incrementos de precios brutos de camiones, el «lugar donde se haya producido el hecho dañoso» se refiere, en una situación como la del litigio principal, al lugar del mercado afectado por dicha infracción, a saber, el lugar donde se han falseado los precios de mercado y en el cual la víctima alega haber sufrido este perjuicio, incluso si la acción se dirige contra un participante en el cártel controvertido con el que la víctima no estableció relaciones contractuales.”*

En el mismo sentido, dispone la **Sentencia de 15 julio 2021 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), Caso RH contra varios (EU:C:2021:594)** en su fallo que:

“El artículo 7, punto 2, del Reglamento (UE) n.º 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, debe interpretarse en el sentido de que, en el mercado afectado por acuerdos colusorios sobre fijación y aumento de precios de los bienes, la competencia internacional y territorial para conocer, en razón del lugar de materialización del daño, de una acción de indemnización por el perjuicio derivado de esos acuerdos contrarios al artículo 101 TFUE corresponde, bien al tribunal en cuya demarcación compró los bienes objeto de tales acuerdos la empresa que alega el perjuicio, bien, en caso de compras realizadas por esta en varios lugares, al tribunal en cuya demarcación se encuentre el domicilio social de dicha empresa”.

De acuerdo a estas sentencias del TJUE, y al criterio similar señalado por la **Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Auto de 26 de febrero de 2019 (ES:TS:2019:2140A)** seguido de otros muchos en el mismo sentido, sería competente la jurisdicción española.

Competencia objetiva

En este caso, los juzgados de lo mercantil serán los competentes para conocer de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2.f) LOPJ: *“De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea¹ y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia”.*

En nuestra doctrina científica, ha advertido al respecto el prof. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *« Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial »* en *“La aplicación privada del derecho de la competencia”* Velasco San Pedro/Alonso Ledesma/ Echebarría Sáenz y otros, Dirs. , Valladolid, 2011, 487-488:

“Las demandas en materia de defensa de la competencia se tramitan ante los Juzgados de lo Mercantil, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial que les atribuye jurisdicción al respecto, y deben canalizarse por el procedimiento del juicio ordinario; pero el nuevo precepto (art. 249.4 LEC) aclara que cuando tales demandas versen exclusivamente sobre reclamación de cantidad, el cauce procesal (juicio ordinario o juicio verbal) dependerá de la cuantía. Cabe deducir también del precepto que las demandas que versen exclusivamente sobre reclamación de cantidad también son demandas en materia de defensa de la competencia en sentido amplio, por lo que su conocimiento debiera corresponder a los Juzgados de lo Mercantil, que, conforme al artículo 86 ter, 2.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son competentes para conocer de los procedimientos de aplicación de las normas de competencia, sin mayor distinción.”

De igual opinión es el profesor GASCÓN INCHAUSTI, F., (Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2017, Vol. 9, Nº 1, págs. 129-130), quien argumenta que *“Las acciones por daños derivados de infracciones a las normas sobre defensa de la competencia revisten una complejidad suficiente como para justificar que su enjuiciamiento pueda ser atribuido a tribunales especializados”*, concluyendo en relación con dichas acciones *“(…)¿qué otras acciones –si no son éstas– cabe imaginar que se ejerciten ante tribunales del*

orden civil en aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia? Pensar que el legislador no ha querido incluirlas, o que sólo pensaba en acciones stand alone y/o que sólo pensaba en acciones de nulidad de contratos por infracción de lo dispuesto en las normas en cuestión es ilógico, máxime cuando el precepto se reformó en 2007, precisamente con ocasión de la aprobación de la LDC que abrió la puerta al ejercicio directo, no consecutivo, de este tipo de acciones –equiparándolas, pues-. De cara al futuro, la atribución de esta clase de pretensiones al ámbito de especialización de los Juzgados de lo Mercantil será aún más indudable si, como se hace en la propuesta de 2015, se incluyen en el texto de la LDC las especialidades sustantivas introducidas por la Directiva.”

2.1.6.-Legitimación activa y pasiva

En este supuesto, dado el enfoque de representar a un afectado por el sobrecoste en la compra de un camión como consecuencia del cártel, tendría legitimación activa cómo adquirente (directo o indirecto) del vehículo que ha sufrido los daños expuestos. Por su parte, los fabricantes infractores ostentan la legitimación pasiva como sujetos infractores del artículo 101 TFUE, cuya conducta ilícita ha causado un daño, consistente en el sobreprecio de sus camiones a los adquirentes de los mismos.

En cuanto a la legitimación activa para los supuestos de adquisición indirecta o por leasing, supuesto bastante habitual debido al alto coste de los camiones, baste recordar lo declarado en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 marzo de 2021 (ES:APPO:2021:409)**:

“20. (...) la legitimación para el ejercicio de la acción de daños corresponde a quién ha sufrido el perjuicio; si éste ha consistido en el pago de un sobreprecio, es claro que el legitimado primario será quien adquirió el vehículo por compraventa, -cualquiera que fuera la forma de financiación del precio-, o a través de cualquier otro medio válido de adquisición, como es el caso del leasing, en la medida en que este contrato permite aplazar el pago a través de una fórmula de financiación indirecta, normalmente generadora de obligaciones tan solo para la parte arrendataria (cfr. SSTS 34/2013, 12.2 , y 652/2014, de 12.11, entre otras).

En similar sentido, cabe citar la **Sentencia de la Audiencia Provincial Asturias (Sección1ª) núm. 36/2021 de 29 enero (ES:APO:2021:129)**, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de**

¹ actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Guipúzcoa (Sección 2ª) núm. 78/2021 de 15 enero (ES:APSS:2021:1) y la Sentencia de la Audiencia Provincial Valladolid (Sección 3ª), núm. 252/2021 de 16 abril (ES:APVA:2021:569), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), de 8 junio de 2020 (ES:APV:2020:3508).

Sobre la legitimación pasiva, se ejerce una acción consecutiva o *follow on* en la que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez firme la decisión administrativa que declara la infracción de las normas de la competencia, en nuestro caso, la Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2016, de la que los fabricantes son destinatarios y por ende ostentan legitimación pasiva. Más compleja resulta la prueba de aquellas entidades no destinatarias de la decisión, aunque como declara el Fundamento de Derecho 4º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) núm. 78/2021 de 15 enero (ES:APSS:2021:1):

“De conformidad con las reglas que sobre carga de la prueba establece el artículo 217 LEC, correspondía a la demandada hoy apelante, que es quien afirma el hecho impeditivo o excluyente de la legitimación pasiva de Iveco SpA, la carga de acreditar tal hecho impeditivo, máxime siendo dicha parte quien con mayor facilidad podía aportar prueba directa de que es Iveco España y no Iveco SpA quien fija los precios brutos a aplicar en España y de que en concreto Iveco España, empresa filial de Iveco SpA, tiene autonomía para revertir o deshacer acuerdos y practicas concertadas por su matriz, incluso reduciendo los precios brutos cuyo incremento ha sido acordado por la empresa matriz con otras empresas competidores, pero tal prueba no se ha aportado, a pesar de ser la demandada quien en mejor disposición se hallaba para hacerlo.

Por tanto consideramos que Iveco SpA se encuentra pasivamente legitimada en su condición de empresa participante en la práctica colusoria prohibida y sancionada por la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, por su participación acreditada en prácticas tendentes al incremento coordinado de precios brutos de camiones en el EEE.”

En los mismos términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, de 4 de junio de 2020 (ES:APBI:2020:265) cuando afirma que *“El motivo de recurso no se acoge, porque la legitimación pasiva de las recurrentes para*

soportar la acción que se ejercita en la demanda, deviene de ser las destinatarias de la Decisión de la Comisión. Así lo hemos establecido, en nuestra resolución dictada en el AMM 1883/20, en la que se da respuesta a alegaciones idénticas a las aquí planteadas.

(...) Precisamente, para salvar la falta de legitimación pasiva de quien no ha sido objeto de sanción (en la relación directa entre el comprador y la filial española), se plantea la reclamación frente al responsable originario, como titular de la relación jurídica u objeto litigioso. La responsabilidad que resulta de la Decisión de la Comisión es solidaria. No puede exigirse al eventual perjudicado que haga una labor de investigación y valoración de las conductas de las destinatarias de la infracción en función de sus modificaciones estructurales y concretos períodos en que, en cada momento, operaron bajo una distinta denominación. Por ello, los coinfractores son conjuntamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción, en el ámbito de la relación externa de la solidaridad, y sin perjuicio de la eventual distribución entre codeudores (relación interna).”

Por último, comentar brevemente, que la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2021 (EU:C:2021:800), declara que la víctima de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión cometida por una sociedad matriz puede reclamar a la filial de la misma el resarcimiento de los daños derivados de dicha infracción, siempre que pruebe que ambas sociedades constituían una unidad económica en el momento de la infracción.

2.1.7.- Procedimiento

La reclamación de indemnización por infracción de las leyes de defensa de la competencia se regirá por los trámites establecidos para el juicio ordinario en los artículos 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con el artículo 249.1.4º del mismo cuerpo legal, que establece que se seguirá este procedimiento con las demandas en materia de defensa de la competencia, en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales arts. 101 y 102 TFUE), siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame.

2.2.-Fondo del asunto

2.2.1.-Legislación aplicable.

En este supuesto debemos de atenderlos a lo dispuesto en el artículo 6.3 del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II):

“ a) La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.”

Dado que en el presente caso se interpondría la demanda ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, no resultarían de aplicación las previsiones contenidas en la letra b) sino las generales recogidas en la letra a) que nos remiten igualmente a la ley del foro. En ese sentido, ha señalado la profesora RODRÍGUEZ RODRIGO, J. («Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo», en *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Velasco San Pedro/Alonso Ledesma/ Echebarría Sáenz y otros, dirs., Valladolid, 2011, pág. 673):

“46. Cuando son varios los países cuyos mercados se encuentran afectados por el comportamiento se escogerá la legislación del foro, siempre que éste sea el país del domicilio del demandado. Si el tribunal competente no es el del domicilio del demandado, seguiremos la regla general de aplicar la ley del mercado afectado a los daños verificados en ese Estado. Esta es la conclusión a la que llegamos después de analizar lo que dice y, sobre todo, lo que no dice el artículo 6.3 del Reglamento Roma II.”

2.2.2.- Sobre la necesidad de interpretar el Derecho nacional sobre daños de acuerdo a los principios del Derecho de la competencia recogidos en las disposiciones comunitarias y en la jurisprudencia previas a la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014.

Sin perjuicio del criterio que pueda fijar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, acerca de la posible aplicación de varios preceptos de la Directiva de Daños citada, a las reclamaciones de daños por el cártel de los camiones (**Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, de 12 de junio de 2020 (ES:APLE:2020:219A)**), hemos de recordar que ya con anterioridad

a su publicación de aquella Directiva, la jurisprudencia comunitaria e incluso la del Tribunal Supremo, ha ido poniendo de relieve la necesidad de interpretar el Derecho de daños nacional, en nuestro caso el artículo 1902 C.c., a los principios que inspiran la reclamación de daños en el Derecho antitrust europeo, existiendo además numerosos documentos comunitarios al respecto, previos a la Directiva.

Baste recordar lo declarado por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) en Sentencia de 28 de febrero de 2020 (ES:APPO:2020:471):

“28. (...) desde el punto de vista material no existen dudas sobre que la norma jurídica aplicable para resolver el litigio viene constituida por el art. 1902 del Código Civil, como norma nacional de articulación de las acciones de daños derivadas de las infracciones privadas del Derecho de la competencia (cfr. STS 651/2013, de 7 de noviembre, cártel del azúcar). Estas acciones encontraban fundamento en la jurisprudencia comunitaria antes de la promulgación de la Directiva (SSTJ 20.9.2001, Courage , C-453/99, y 13.7.2006, Manfredi , C-295 y 298/04, entre otras), que enlazaron las acciones de daños con el Derecho primario (arts. 80 y 81 TCEE , hoy arts. 101 y 102 TFUE). Y de dicha doctrina jurisprudencial, nacional y comunitaria, resulta posible inferir reglas de interpretación de los requisitos de aplicación del art. 1902 sustantivo singulares o específicas en el ámbito del Derecho de la competencia, que cubren los dos aspectos en discusión: presunción y cuantificación del daño.”

2.2.3.- Sobre el “efecto vinculante” de la Decisión de la Comisión para el órgano jurisdiccional nacional, en cuanto a la admisión de la existencia de una conducta prohibida.

Los tres requisitos imprescindibles para la prosperabilidad de una acción de resarcimiento de daños prevista en el artículo 1902 C.c. son:

Una acción u omisión ilícita y culpable

Un daño efectivo

Una relación de causalidad entre ambos

En cuanto al primero, hay que hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003: *“Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido*

objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión”.

Esta previsión se traduce en que la Decisión tiene un “efecto vinculante” sobre los órganos judiciales nacionales, evitando pronunciamientos dispares a respecto de las acciones de tipo consecutivo o *follow-on*, como sería nuestra reclamación. Dicho “efecto vinculante” ha quedado precisado por el propio TJUE, en la **Sentencia de 6 de noviembre de 2012, Caso Europepe Gemeenschap contra Otis NV y otros.** (EU:C:2012:684):

“65. Por último, interesa destacar que una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional.”

Así pues, de los tres presupuestos de la acción de resarcimiento de daños, el primero, relativo a la existencia de una conducta prohibida, debe ser admitido por el tribunal nacional. Dicho de otro modo, como han sintetizado CALVO CARAVACA/SUDEROW («El efecto vinculante de las resoluciones administrativas sancionadoras en el procedimiento civil», en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ruiz Peris, dir, Cizur Menor, 2016, págs. 131 y 132):

“La sentencia Otis aclara que el art. 16 R. 1/2013 se refiere a la infracción sustancial y que el tribunal nacional decidirá libremente sobre la causalidad y sobre la existencia del daño”.

En igual sentido se ha pronunciado la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en la **Sentencia de 6 junio de 2016** (ES:APM:2016:5301):

FD 3º (...) Esta vinculación, que se refiere al ejercicio de acciones de responsabilidad civil

follow on, tiene pleno sentido, como hemos señalado, puesto que el fundamento de la responsabilidad civil por daños es directamente la infracción, de manera que se evita que de nuevo vuelva a tener que constatarse la misma ante los tribunales, sin perjuicio de que, naturalmente, deban acreditarse los requisitos imprescindibles para la prosperabilidad de la acción, como la concurrencia de daño y la relación causal con la infracción, de manera que tampoco en esos casos se puede dar lugar a una estimación “automática” de la demanda.

2.2.4.-Sobre el derecho al pleno resarcimiento.

Dispone la Directiva 2014/104/UE en su artículo 3.1 que “Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio.”

Éste artículo, se une al principio de efectividad recogido en el artículo 4 del mismo texto legal, que recoge la obligación de los estados miembros de facilitar la aplicación de las normas y procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones de daños, dada las posibles dificultades que entrañaría los esquemas comunes propios de la reclamación de daños. Una vez puesto de manifiesto la existencia de un cártel, cuyo fin primordial es falsear la competencia del mercado, se presume que el mismo por su conducta anti competencial genera un daño, presunción que queda recogida en el artículo 17.2 de la Directiva 2014/104, por el cual: “Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios”.

El mismo razonamiento ha llevado a nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (ES:TS:2013:5819) a señalar que una vez declarada la existencia de una infracción anticompetencial que se proyecta sobre los precios, ha de partirse del daño que supone el pago de un precio superior al que debiera haber pagado en un mercado no afectado por el cártel, lo que debe enlazarse con el principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la libre competencia.

También el TJUE/TJCE se ha pronunciado sobre el derecho a la reparación que tiene

cualquier persona que haya sido perjudicada por una infracción del artículo 101 TFUE (art. 81 TCE), concluyendo que es un derecho garantizado por el Derecho primario de la UE (art. 101 TFUE), y que su efecto se vería entredicho si no posibilitase la reparación de los perjuicios causados como consecuencia de un ilícito anti competencial, puesto que las acciones en reclamación de daños y perjuicios contribuyen al mantenimiento de la competencia efectiva en la Unión Europea, destacando al respecto el asunto C-453/99, *Courage*, Rec. 2001, p. I- 6297, apartado 26 STJCE 20-9-2001(EU:C:2001:465); los asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 60 STJUE 13-7-2006 (EU:C:2006:461); el Asunto C-360/2009, *Pfleiderer*, Rec. 2011, p. I- 5161, apartado 36 (EU:C:2011:389); y el antes mencionado asunto C-199/11, *Comunidad Europea/Otis NV y otros*, Rec. 2012., STJUE 6-11-2012 (EU:C:2012:684).

En definitiva, el derecho al pleno resarcimiento en esta materia y todo lo que de ello deriva en este ámbito (en particular la presunción del daño), es un principio que ya existía con anterioridad a la Directiva de Daños, aunque ésta haya venido a articular su reflejo expreso en los ordenamientos nacionales. En ese sentido, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 17 de abril de 2020 (ES:APB:2020:2567), en un criterio que luego ha sido seguido por otras Audiencias, negando el argumento alegado por el demandado que rechazaba que pudiera aplicarse la Directiva de Daños, ni siquiera al amparo del principio de interpretación conforme, respondiendo la Audiencia que en este caso rige una presunción de daño, *iuris tantum*, reiterando lo expuesto en las resoluciones del cártel de los sobres (ES:APB:2020:184), al entender que se presume el daño como consecuencia de las prácticas anticompetitivas, ya que el objetivo de las mismas es la obtención de un beneficio en detrimento de los compradores, haciendo referencia al informe elaborado por Oxera en el año 2009 (*Quantifying Antitrust Damages*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009) para la Comisión Europea, en el que se indica que el 93% de los carteles causa daño. Igualmente, esta presunción *iuris tantum* la encontramos tanto en la Directiva de 2014 como en la LDC (art. 76.3).

Siguiendo esa línea, la sentencia hace hincapié en que, para poder aplicar el artículo 101 del TFUE y el artículo 53 del Acuerdo EEE no es necesario tener en cuenta los efectos reales de un acuerdo cuando este tiene por

objeto impedir, restringir o falsear el juego de competencia dentro del mercado interior y/o el EEE, según corresponda.

Igualmente y de forma independiente a la presunción, teniendo en cuenta el alcance geográfico de la infracción, que abarcó a varios Estados miembros y el carácter transfronterizo de los productos afectados unido a la cuota de mercado y el volumen de negocio de los fabricantes en el EEE, se llega a la conclusión de que los efectos sobre el comercio son apreciables y por ende, la existencia de un efecto apreciable en el comercio permite concluir que se produjo un daño efectivo.

Por último, dispone la citada sentencia en relación con la Decisión de la CE que:

“39. (...) de la propia Decisión de la CE resulta acreditado que los destinatarios se intercambiaron las listas de precios brutos (apartado (46)), lo que les permitía calcular mejor el precio neto de sus competidores (apartado (47)), y que tales contactos colusorios estaban destinados a la discusión sobre los precios, los incrementos de precios y la fijación de precios (apartados (49) y (50)). Con ello decae la primera conclusión del informe de la demandada, puesto que sí resulta de la Decisión de la CE que las conductas anticompetitivas de los infractores han generado un daño, que se concreta en el sobreprecio, respecto de los productos afectados por el cártel.”

2.2.5.- Sobre la relación de causalidad entre la conducta ilícita del cártel y los daños sufridos por los afectados.

El considerando 11 de la Directiva 2014/104 dispone que *“En ausencia de legislación de la Unión, las acciones por daños se rigen por las normas y procedimientos nacionales de los Estados miembros. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia), cualquier persona puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos cuando exista una relación causal entre los mismos y la infracción del Derecho de la competencia. Todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia. Ello quiere decir que*

no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE, o de modo menos favorable que las aplicables a acciones nacionales similares. (...)."

Precisamente, a propósito de un ilícito anticompetencial, nuestro Tribunal Supremo ha sintetizado los requisitos de la «relación de causalidad» en su **Sentencia de 4 de junio de 2014 (ES:TS:2014:2941)**:

FD 3º. (...)

II.- La relación de causalidad - (...) - se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la „ conditio sine qua non „, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; así como la de la „equivalencia de condiciones „, según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también.

Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto.

Se trata, con esta segunda operación, de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos, el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuricidad al comportamiento fuente de responsabilidad."

Por otro lado, si bien la referencia explícita a la causalidad que se contiene en la Directiva 2014/104/UE se limita a la referida de su considerando 11º, implícitamente sí hay otras, como ha expuesto el prof. PEÑA LÓPEZ (*La responsabilidad civil por daños a la libre competencia. Un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia*, ed. Tirant Lo Blanch, 2018)

“Ciertamente, esta ausencia de un concepto armonizado de relación de causalidad no significa que la Directiva no se haya ocupado de regular ciertos aspectos del régimen de responsabilidad situados en la órbita del nexo causal. Normas como las que regulan la «excepción de repercusión del precio» --passing on defence-- (arts. 12 al 16), la presunción de que los cárteles causan daño (art. 17.2), o el reparto de responsabilidades entre los varios autores de una infracción (art. 11) solventan problemas que, en parte o en todo, se abordan dentro del derecho de daños en el ámbito de la causalidad. De cualquier manera, se trata de normas compatibles con varias concepciones distintas de la causalidad en general, que poco aportan a la hora de definir en general un concepto de relación de causalidad”

Añade este profesor que si bien “En el derecho americano se distingue entre la prueba de la relación de causalidad (*fact of damage* o *injury in fact*) y la prueba de los daños sufridos (*amount of damages*)”, de forma que para la primera de ellas sólo “se exige acreditar que la conducta ilícita fue causa material de un daño y debe acreditarse con un «grado de certeza razonable»”, en nuestro país “El intérprete de las reglas que rigen la causalidad en el derecho nacional se encuentra, así, huérfano de criterios específicos para ponderar hasta qué punto estas reglas respetan el principio de efectividad (el de equivalencia obviamente plantea muchos menos problemas). Para ello, tendremos que conformarnos con las exigencias abstractas que este principio impone y aplicarlas al concepto de causalidad del derecho de daños español”. Y a tal efecto, observa:

a) Que la causalidad en los daños causados por los ilícitos antitrust tiene un carácter esencialmente probabilístico:

“Precisamente esta imposibilidad de determinar con exactitud los efectos que producen determinados antecedentes, se da con toda intensidad en el ámbito que ahora nos ocupa. En efecto, en el mundo de los daños causados por conductas anticoncurrenciales la naturaleza esencialmente probabilística de la causalidad material se aprecia con toda claridad”

b) Que para adecuar el concepto de causalidad material empleado en la jurisprudencia española al principio de efectividad, es necesario que incluso para los daños emergentes y no sólo el lucro cesante, no se siga una postura determinista sino otra

menos exigente:

“parece evidente es que esta segunda posición del TS, abierta a entender acreditado el requisito de la causalidad a través de la prueba en términos de probabilidades, es la que exige el régimen de responsabilidad por daños derivados de la infracción antitrust. Ya hemos visto que el principio de efectividad prohíbe que el régimen de la acción de responsabilidad por daños se conciba de modo que el derecho al resarcimiento de las víctimas sea prácticamente imposible o excesivamente difícil (así lo reclama expresamente el art. 4 de la D 2014/104). Acabamos de comprobar igualmente que los análisis económicos que tenemos a nuestra disposición para determinar los efectos de las infracciones antitrust sobre el volumen de negocio y los precios en los mercados, únicamente ofrecen resultados en términos probabilísticos. Con estos dos condicionantes, resulta evidente que una concepción determinista de la causalidad impediría --o haría extraordinariamente difícil-- a los potenciales perjudicados obtener el resarcimiento de los daños, en contra de las exigencias del principio de efectividad”.

Descartada, por ser contraria al derecho europeo, la posición determinista, el problema que plantea la relación de causalidad en los daños por infracción antitrust no es ya si se puede probar con toda certeza si la conducta prohibida ha causado el daño (esto es evidente que no resulta posible con los mecanismos a nuestra disposición), sino: a) qué grado de probabilidad tendré que acreditar en un proceso para que el órgano jurisdiccional estime probada la relación de causalidad; y b) cómo influye el grado de probabilidad que haya conseguido acreditar en el montante de la indemnización (¿si pruebo que la probabilidad es del 70% tendré derecho a toda la indemnización o a solo el 70% de la misma?).

En el derecho de daños español, conocemos la respuesta que da la jurisprudencia a la primera pregunta: salvo en los casos de pérdida de oportunidad, la posición sustancialmente determinista que sostiene nuestro Tribunal Supremo produce como resultado que la probabilidad que tengo que probar para acreditar la causalidad es muy alta. Se trata, como hemos visto, de una probabilidad que desde el punto de vista de su descripción conceptual para los daños emergentes es total, y para los lucros cesantes (el tipo de daño más frecuente en este ámbito), que el alto tribunal (ES:TS:2011:5550) describe como «rayana

en la certeza», excluyendo la indemnización los denominados «sueños de ganancia». Este estándar teórico, obviamente nunca expresado en términos porcentuales, es traducido por algunos autores españoles al lenguaje probabilístico con una cifra que rondaría el 80% de probabilidades. Pese a que he descartado la posición determinista, por vulnerar el principio de efectividad, es conveniente tener en cuenta la postura del TS como punto de partida de un concepto de causalidad ajustado al derecho de la UE.

En cuanto a la segunda pregunta, la respuesta de la jurisprudencia española también es clara. Nuevamente dejando a un lado los casos de pérdida de oportunidad, la regla que aplica el Tribunal Supremo, en plena coherencia con la posición determinista es la de que, probada la causalidad en los términos que exige la jurisprudencia, se concede la indemnización en su totalidad. De no ser así, el perjudicado no tiene derecho a indemnización alguna, con independencia de las probabilidades que haya conseguido acreditar. A esta forma de entender la causalidad, se la conoce por el nombre de sistema de «todo o nada». O se supera el estándar probatorio del Tribunal Supremo (ese 80% que hipotéticamente exige el alto tribunal) y se obtiene la reparación integral del daño, o no se obtiene la más mínima indemnización, aunque las probabilidades de que el demandado haya causado el daño sean del 70%.

Asimismo en cuanto a la «relación de causalidad», interesa recordar lo señalado por el prof. QUIJANO GONZÁLEZ («Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial», en *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Velasco San Pedro/Alonso Ledesma/ Echebarría Sáenz y otros, Dirs.,Valladolid, 2011, pág. 487), antes anticipado:

“(…) una estimación razonable del nexo causal en este ámbito debería tener en cuenta consideraciones similares a las ya efectuadas en relación con los otros presupuestos: así, estando el daño probado, una reclamación de responsabilidad subsiguiente a una infracción de competencia ya declarada debería beneficiarse de una presunción de conexión causal entre el acto ilícito y el daño; más aún si el propio daño consiste en la repercusión de costes excesivos, objeto a su vez de presunción.”

Y es que, atendiendo a la relación existente entre los fabricantes de vehículos y los siguientes eslabones de la cadena de suministro (en su

caso importadores integrados en el grupo del fabricante, y concesionarios) antes de llegar a los compradores finales, no es creíble que los fabricantes hayan creado un cártel para que los costes excesivos los soporten sus propias filiales importadoras, o los concesionarios encargados de la distribución de los camiones.

En tal sentido, por ejemplo la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª), viene extendiendo la presunción iuris tantum de la existencia del daño, al nexo causal entre dichos daños y la conducta de los fabricantes infractores, de modo que en sus Sentencias de 28 de enero (ES:APO:2021:207) y 2 de febrero de 2021 (ES:APO:2021:130), ha declarado que *“admitida la presunción acerca de la existencia un resultado dañoso como consecuencia de*

la conductora infractora mantenida por los destinatarios de la Decisión durante un período de tiempo tan prolongado (la subida de los precios brutos incide necesariamente sobre la fijación de los precios finales en el mercado), unido a la aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria consagrados en el art. 217 LEC, conducen a entender aplicable una inversión de la carga probatoria en esta materia que desplaza sobre la parte demandada la tarea de demostrar la ausencia de los elementos caracterizados como el daño y la relación causal entre aquella conducta y este resultado”.

2.2.6.- Sobre la responsabilidad conjunta y solidaria de los causantes del daño.



La Decisión 2014/104 dispone en su artículo 11.1 que *“Los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada.”*

A raíz de las conclusiones alcanzadas en la Decisión de la Comisión de 10 de julio de 2016, la participación de los fabricantes fue conjunta, sin que fuese posible individualizar la proporción de participación en el cártel, respondiendo conjunta y solidariamente frente a los perjudicados, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2002 (ES:TS:2002:4410) nos encontraríamos ante una solidaridad tácita o impropia: *“(…) en el presente caso la solidaridad que se impone en la sentencia no es la denominada «propia», sino la «tácita» derivada de la naturaleza de la obligación de indemnizar los daños extracontractuales, establecida por criterios doctrinales y jurisprudenciales (...), cuando ésta se atribuye a varios sujetos, sin que sea posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de ellos en la causación del daño. Es ésta una solidaridad, que cabe llamar «procesal» pues se origina en la propia sentencia condenatoria y que no existía con anterioridad (...).”*

Por otra parte, el artículo 1144 C.C. prevé que *“El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.”*, por lo cual el afectado tendría la posibilidad de entablar la reclamación de forma individualizada respecto a las sociedades vinculadas a las marcas de los vehículos adquiridos por el afectado, o frente a todas las marcas infractoras de forma simultánea, siendo a mi entender más viable la primera opción por representar una menor complejidad.

2.2.7.-Sobre los distintos tipos de daños que pueden generar las conductas antitrust. Los intereses legales.

La Directiva 2014/104 en su artículo 3.2 dispone que: *“El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría*

estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.”

En relación con los distintos daños que puede generar las conductas anticompetenciales, estos se concretan en el parágrafo 128 de la Guía Práctica, que dispone que “En la medida en que una infracción da lugar a un aumento de precios de los productos en cuestión, se pueden distinguir dos tipos principales de daño causado por la misma: (a) el perjuicio resultante del hecho de que los clientes directos e indirectos de las empresas infractoras tienen que pagar más por cada producto que compran que si no existiera la infracción (el «coste excesivo»);(…); y (b) el perjuicio resultante del denominado «efecto volumen», causado por el hecho de que, debido al aumento de los precios, se compra menor cantidad de esos productos.(…)”

Acerca de los intereses, resaltar que este tipo de asuntos, con una prolongación temporal tan acentuada, no son baladíes. Al contrario, como ha advertido en la doctrina científica el profesor MARTÍ MIRAVALLS («Responsabilidad y plazos en el marco de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia », en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ruiz Peris, dir, Cizur Menor, 2016, págs. 324-325), *“el pago de intereses se configura como un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos, teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, exigiéndose desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización. Ello sin perjuicio de que (...) se tenga en cuenta el transcurso del tiempo como categoría independiente (interés) o como parte constitutiva de la pérdida experimentada o de la pérdida de beneficios”*.

Sobre los intereses, la Guía práctica dispone en su parágrafo 20 que *“La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición. La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre*

que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados.”

En efecto, sin perjuicio de lo dispuesto actualmente en la Directiva, con anterioridad la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido a declarar que en cuanto al daño y al principio de efectividad, su reparación debe incluir la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante y los intereses, declarando además que sería incompatible con el derecho europeo una norma que excluyese totalmente la reparación del lucro cesante o el pago de los intereses. En el apartado 31 de su Sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, Rec. p. I-4367(EU:C:1993:335)), advirtió que la concesión del derecho a percibir los intereses, según las normas nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la indemnización; algo reiterado en la Sentencia de 13 de julio de 2006, Manfredi (apdos 95, 97, 100 y fallo (EU:C:2006:461)).

La Sala 1ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de junio de 2021 (ES:TS:2012:5462) también se ha pronunciado sobre el abono de intereses como uno de los medios para acercarse a la íntegra reparación del daño, precisamente a propósito de los daños producidos por una infracción antitrust (cártel del azúcar):

“FD 18ª. La sentencia recurrida condenó a Acor Sociedad Cooperativa General Agropecuaria a entregar a cada una de las sociedades demandantes determinada suma de dinero, en concepto de indemnización por el daño que se derivó para ellas de los pactos colusorios. Siguió el Tribunal de apelación, en este extremo, las conclusiones del dictamen pericial repetido, en el que se incrementaron aquellas en la medida correspondiente a los intereses legales de cada cantidad, como medio no de sancionar un retraso en el pago, sino de actualizar la medida de la reparación del daño, producido doce años antes, atendiendo al valor del dinero.

En definitiva, el pago de los intereses legales no ha sido impuesto a la recurrente por el Tribunal de apelación por el hecho de haber incurrido en mora, sino por haber sido calificada su deuda indemnizatoria como de valor, en el sentido de directamente relacionada con el poder adquisitivo de la moneda.

Los intereses constituyen uno de los medios de corregir los rigores nominalistas y de acercarse a la íntegra reparación del daño

con la satisfacción determinada por la idea de una real equivalencia. Dicho criterio no es ajeno a la jurisprudencia - sentencias 601/1992, de 15 de junio, 1068/1998, de 21 de noviembre (RJ 1998, 8751) , 655/2007, de 14 de junio (RJ 2007, 5120) , entre otras -, que se ha servido de él para atender a las fluctuaciones del valor adquisitivo del dinero, incluso las producidas durante la tramitación del proceso.”

Igualmente se han pronunciado en el mismo sentido, varias Audiencias Provinciales, como la Valencia (Sección 9ª) en Sentencia de 16 de diciembre de 2019 (FD 11º)(ES:APV:2019:4152); la de Málaga (Sección 6ª) en Sentencia de 1 de julio de 2021 (ES:APMA:2021:1585); la de Barcelona (Sección 15ª) en Sentencia de 17 de abril de 2020 (FD 11º) (ES:APB:2020:2567), que señala que “procede estimar el recurso de la actora en el sentido que la cantidad fijada como sobreprecio, 4.582 euros, genere unos intereses legales desde la fecha de compra del camión así como la condena al pago de intereses legales de la cantidad resultante desde la interpelación judicial”; o la de Pontevedra (Sección 1ª), que en Sentencia de 14 de mayo de 2020 (ES:APPO:2020:715) afirma:

“ 52. La reparación íntegra del daño exige también el derecho a percibir la obligación accesoria de interés (asunto Manfredi, C-295/04 a 298/04, apartado 95), elemento indispensable de reparación, según la Guía Práctica (vid apartado 20). La deuda indemnizatoria se concibe como una deuda de valor, de manera que la obligación accesoria de interés presenta la misma finalidad de lograr la restitutio in integrum , y forma parte así de la finalidad del mecanismo de indemnización (criterio que luego recogerá el considerando 12 de la Directiva).

53. (...)el perjuicio se produjo cuando se fijó el precio respecto del cual se determinaba el coste económico del leasing, asumido por el demandante.”

2.2.8.- Sobre la cuantificación de los daños

La citada Guía práctica afirma en su parágrafo 12 que “La cuestión clave en la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones contrarias a la competencia es, por tanto, determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción”, no obstante, seguidamente matiza en su parágrafo 16 que “Es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubieran infringido los artículos 101 o 102 TFUE”.

Por ello, es necesario evitar que estas dificultades probatorias sean óbice a la efectividad del derecho al resarcimiento pleno de los compradores, reconocido con anterioridad la Directiva de Daños, correspondiendo los demandantes acreditar el importe de la compensación debida atendiendo a lo dispuesto en el artículo 217.2 LEC.

En relación a la cuantificación de los daños, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (ES:TS:2013:5819), concluye en su FD 7º:

“3. (...) En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada (...). Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado.”

Respecto a qué es exigible a un informe pericial que cuantifique los daños, a propósito del usado en el conocido como “cartel del azúcar”, ha declarado el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (ES:TS:2013:5819):

“3. (...) Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada.

Y califica como razonable el método clásico entonces utilizado (estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia examinando el periodo inmediatamente anterior, tomando en consideración los precios del azúcar en ese periodo inmediatamente anterior), que es uno de los previstos en la Guía Práctica mencionada:

“ 2. El informe pericial aportado con la

demandada parte de bases correctas (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utiliza un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia examinando el periodo inmediatamente anterior, tomando en consideración los precios del azúcar en ese periodo inmediatamente anterior al inicio de la actividad del cártel, modulándolos de acuerdo con las variaciones de los costes de producción a lo largo del periodo que duró la actuación del cártel (en concreto, el precio de la remolacha, que supone el 58% del precio total de producción del azúcar y la cotización de almacenamiento), no tomando en consideración otros costes por no considerarlos relevantes (por su inferior incidencia en el coste total de fabricación del azúcar), y compararlos con los precios cobrados por la demandada a cada demandante durante la actuación del cártel, dividido en los cuatro periodos determinados por las diferentes modificaciones concertadas de precios. El resultado sería el sobreprecio anticompetitivo cobrado por EBRO PULEVA a los demandantes”

Recordando lo expuesto anteriormente en el apartado 2.2.4, en los casos en los que se consideren insuficientes los informes periciales aportados, los juzgados pueden hacer uso de la facultad para estimar o calcular los daños, donde dependiendo del juzgado o audiencia en cuestión, se cuantifica el sobrecoste causado por el cártel entre el 5% y el 15% del precio de adquisición del vehículo, razón por la cual es de vital importancia que el informe pericial sea ajustado a lo señalado en la Guía práctica, pese a que la misma sea de carácter informativo y no vinculante para los tribunales nacionales.

Las diferentes posiciones de las Audiencias Provinciales sobre la estimación de los daños en supuestos como el presente, han sido sintetizadas últimamente por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), en la Sentencia de 1 julio de 2021 (ES:APMA:2021:1238), donde finalmente no hace estimación del daño, sino que a la vista de los elementos probatorios de ese caso, opta por la pericial de la parte actora.

La sentencia pone de manifiesto la existencia de diferentes posiciones en los Tribunales, destacando las posturas de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección

15º) en sus Sentencias (ES:APB:2020:201), (ES:APB:2020:58) y (ES:APB:2020:201), todas de 10 de enero; (ES:APB:2020:186), (ES:APB:2020:184), (ES:APB:2020:60), (ES:APB:2020:185), y (ES:APB:2020:698) todas de 13 de enero frente a las de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) en sus Sentencias (ES:APM:2020:2) y (ES:APM:2020:1), ambas de 3 de febrero.

La línea de la Audiencia Provincial de Barcelona parte de que los datos de los informes periciales son el material base para la estimación del tribunal en estos supuestos, declarando en su **Sentencia de 10 de enero (ES:APB:2020:201)** que *“Las periciales de las partes, a través de las cuales pretenden cuantificar el daño, no pueden cumplir una función que vaya más allá de suministrar al órgano jurisdiccional esas “máximas de la experiencia humana adquirida” a través de las cuales poder hacer lo más adecuadamente posible ese juicio de inferencia lógica a que nos hemos referido. Pero no sustituyen el juicio del juez por el del perito, sino que persiguen algo más modesto, ayudar a conformar el criterio que se ha de formar el juez, y que constituye en estos casos la esencia de su juicio”*

No obstante para la Audiencia Provincial de Madrid, la estimación judicial solo se puede llegar si los informes periciales suministrados por todas las partes no permiten llegar a hipótesis razonables o contrastables, siendo el perito y no el tribunal el que ha de utilizar *“un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales, formulando una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos (...) a falta de otra alternativa que conduciría a una directa estimación judicial del daño sobre bases que no somos capaces de sostener con objetividad y consistencia y que, en todo caso, se antojan más endebles que las que resultan del informe pericial”*.

Por otra parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 1 de julio de 2021 también hace referencia a otras dos importantes sentencias, la de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 30 de marzo de 2021 (ES:APZ:2021:273) y la de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª) de 8 de marzo de 2021 (ES:APPO:2021:413).

En la primera se estima que ante la falta de una prueba clara, expresa y vinculante derivada de un dictamen pericial, que, como estableció la

ya mencionada en varias ocasiones **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ES:TS:2013:5819)**, parta de *“bases correctas (la existencia del cartel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utiliza un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes”, de forma que “el tribunal ha de partir de una estimación del daño derivada, en primer lugar, de los datos suministrados por los peritos, cuya mayor preparación técnica les llevará a seleccionar los más relevantes y utilizando alguno de los métodos generalmente aceptados; (...).*

Pero, sean o no estos suficientes, serán los tribunales los que a la vista de las soluciones brindadas por el acervo comunitario y el Derecho nacional deberán dar una respuesta estimatoria del daño, pero alejada en todo caso de soluciones arbitrarias. Arbitrariedad que habrá de inferirse de la inexistencia de conexión alguna con la prueba, en su sentido más amplio, practicada en el proceso.”

Por su parte, la Sentencia de Pontevedra nos remite a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 9 de julio de 2020 (EU:C:2020:538)** al razonar que *“43.6.- Considerando todo ello y con los elementos probatorios que tenemos debemos optar por la pericial de la parte actora, conforme hemos dicho, partiendo de que conforme a la falta de normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos judiciales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. No obstante, esta regulación procesal no debe ser menos favorable que la aplicable a recursos similares de Derecho interno (principio de equivalencia) ni estar articulada de manera que haga en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (...) a efectos de garantizar el cumplimiento del principio de efectividad, si el juez nacional constata que imponer a una parte la carga de una prueba puede hacer imposible o excesivamente difícil la práctica de tal prueba debido en particular a que la misma versa sobre datos de los que esa parte no puede disponer, dicho juez tendrá el deber de hacer uso de todos los medios procesales que el Derecho*

nacional pone a su disposición, entre los que figura el de ordenar la práctica de las diligencias de prueba necesarias, incluida la aportación de un escrito o documento por una de las partes o por un tercero.”

En la misma línea, y por ser una sentencia dictada sobre el informe pericial de Addvalora anteriormente mencionado, interesa hacer referencia a la reciente **Sentencia nº 58/2021, de 14 de septiembre de 2021, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Granada**, destacando que opta por atender al caso concreto y al esfuerzo de la prueba pericial, sin seguir la línea de otros muchos tribunales consistente en una “solución salomónica” del 5%.

En la misma se pone de manifiesto el funcionamiento del informe pericial de Addvalora, el cual calcula el perjuicio derivado de la conducta colusoria sancionada por la comisión utilizando un método de comparación diacrónica del período del cártel con el periodo post-cártel implementada con un modelo de regresión, el cual estima el juzgado como acorde a los estándares mínimos exigidos en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (ES:TS:2013:5819)**, ya analizados anteriormente, unido a que parte dicho informe de uno de los métodos comparativos recomendados en la Guía de la

Comisión, declarando el juzgado que los datos analizados ofrecen solvencia tanto desde un punto de vista cuantitativo, dada la amplitud de la muestra utilizada, como desde un punto de vista cualitativo. En la sentencia en cuestión, se destaca como el informe pericial aportado por la demandada pone de manifiesto una serie de debilidades en las variables tomadas en consideración para la fórmula econométrica de regresión aplicada, pero sin concretar en qué medida la inclusión de dichas variables podría haber afectado a la diferente evolución de los precios en los dos mercados objeto de comparación, remitiéndose el juzgado a lo dispuesto en el artículo 217 LEC para desestimar sus alegaciones en atención a que las mismas se limitan a cuestionar el informe de la actora sin facilitar ningún elemento probatorio que permitiese moderar o sustituir por otros los resultados del análisis pericial de la actora, considerándose como insuficientes para desvirtuarlo.

Por último, reflexiona la sentencia acerca de la distorsión que produce el hecho de que en otros procedimientos al valorar el perjuicio derivado del ilícito antitrust se haya concedido por estimación un porcentaje de daños del 5% del sobreprecio, frente al porcentaje del 19,67% valorado en este caso: *“La ausencia de previsión normativa que permita ejercer*



acciones colectivas para este tipo de pretensiones obliga a analizar individualmente en cada procedimiento la prueba practicada y, en particular los dictámenes periciales aportados conforme a las reglas de la sana crítica, no siendo admisible, en aras a ofrecer una solución equivalente a todos los afectados, que se perjudicara a aquellos que aportan un intento de cuantificación del daño solvente y adecuado a los parámetros exigidos por la doctrina jurisprudencial aplicable. A la espera del desarrollo de la doctrina jurisprudencial hasta que la sala Primera del Tribunal Supremo permita ofrecer una respuesta uniforme, nos lleva a resolver las disfunciones apreciadas, con las herramientas sobre valoración probatoria y distribución de la carga de la prueba que nos ofrece el ordenamiento, atendiendo a los intereses en conflicto”.

2.2.9.- Prescripción de las acciones de responsabilidad civil por infracción de la normativa antitrust

Respecto al cómputo de los plazos de prescripción, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de marzo de 2021 (ES:APPO:2020:558), entre otras muchas, ha declarado que “El día a quo en las acciones de daños computa desde que lo supo el agraviado, en aplicación del art. 1968.2º del Código Civil. Este momento se identifica con aquél en el que el perjudicado contó con los elementos, fácticos y jurídicos, necesarios para la interposición de su acción; por tanto, con independencia de la fecha de la comisión de la infracción. En las acciones consecutivas a decisiones sancionadoras de las autoridades de competencia, resulta obvio que estos elementos tienen que identificarse con un momento ulterior al de la correspondiente decisión, pero no tienen por qué identificarse necesariamente con la fecha en que ésta resulta conocida, -no puede descartarse que se sigan produciendo daños-, pues la clave es atender al momento en el que el perjudicado conoce los elementos que permiten reclamar para la puesta en marcha del mecanismo indemnizatorio.”.

En ese sentido han pronunciado las Audiencias Provinciales, como la de Valencia (Sección 9ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2019 (ES:APV:2020:292)), la de Cáceres (Sección 1ª, Sentencias de 8 (ES:APCC:2021:334) y 9 de abril de 2021 (ES:APC:2021:333)), la de Valladolid (Sección 3ª, Sentencias de 16 (ES:APVA:2021:566) y 19 de abril de 2021 (ES:APVA:2021:567)), la de Pontevedra (Sección 1ª, Sentencia de 14 de mayo de 2020 (ES:APPO:2020:715), de 9 de abril de

2021 (ES:APPO:2021:699)), o la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª); esta última, en Sentencia de 17 de abril de 2020 (ES:APB:2020:2567), ha declarado:

“27. En el caso que nos ocupa, consideramos que el conocimiento pleno de la conducta constitutiva de la infracción, de la calificación de tal conducta como infracción del Derecho de la competencia nacional o de la Unión, la identidad del infractor o infractores y que tal infracción le ocasionó un perjuicio al afectado, no se produce hasta el momento de la publicación de la versión no confidencial de la Decisión CE el 6 de abril de 2017, donde en toda su extensión se concretan los diferentes extremos necesarios para iniciar una reclamación, no siendo suficiente con la nota de prensa de 19 de julio de 2016 donde en una extensión de tres páginas se resumen los datos más relevantes de la Decisión pero sin concretar extremos que pueden ser relevantes a la hora de diseñar una línea de reclamación, así no se detalla cómo se han llevado a cabo las prácticas colusorias, ni se concreta la participación de cada una de las empresas que han formado parte en el cártel, ni el entramado societario dentro de cada una de las multinacionales afectadas, de forma que el perjudicado carece de la totalidad de los datos que le permitirá ejercitar una reclamación y cuantificar su perjuicio, conocimiento completo que adquiere en el momento en el que se publica la versión no confidencial de la Decisión de la CE el 6 de abril de 2017.”

Esta interpretación coincide con la acogida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 28 de marzo de 2019 (EU:C:2019:263), que resuelve en relación a la compatibilidad de una norma nacional con el derecho de la Unión y con el principio de equivalencia que: “(...) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional, que, por una parte, establece que el plazo de prescripción de las acciones por daños empieza a correr a partir de la fecha en la que la persona perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a indemnización, aun cuando no se conociese el responsable de la infracción (...)”

Por último, debo de hacer mención a la cuestión prejudicial suscitada en el auto de la Audiencia Provincial de León (ES:APLE:2020:291A), la cual suscita importantes preguntas al cuestionar si debe interpretarse el artículo 101 TFUE y el principio de efectividad en oposición a una interpretación de la norma nacional que considera no aplicable el plazo de ejercicio de la acción de 5 años

que establece el artículo 10 de la Directiva de forma retroactiva, fijando la referencia de la retroactividad en la fecha de la sanción y no del ejercicio de la acción; o si la interpretación del efecto retroactivo y del artículo 22.2 de la Directiva debe ser en el sentido de que el artículo 10 de la misma es aplicable a demandas presentadas posteriormente a la entrada en vigor de la Directiva pero referida a hechos o sanciones anteriores; por último, cuestiona acerca de si debe interpretarse el artículo 17 de la Directiva a la hora de aplicar el artículo 76 de la LDC en el sentido de que se trata de una norma de naturaleza procesal que será aplicable al litigio principal, cuya acción se interpone con posterioridad a la entrada en vigor de la norma nacional de transposición.

En respuesta a esto, el Abogado General Rantos en el asunto C-267/20 Volvo y DAF Trucks en el comunicado de prensa nº 193/21 del TJUE señala que dicho plazo de 5 años previsto por la Directiva no es de aplicación por versar sobre hechos anteriores a su entrada en vigor. Igualmente, señala que la presunción de que las infracciones comprendidas en el marco de un cártel causan daños y perjuicios es de naturaleza sustantiva al estar directamente vinculada a la atribución de de responsabilidad civil extracontractual del autor de la infracción y por tanto afectando directamente a su situación jurídica, considerando respecto a las normas nacionales que trasponen la disposición, que la Directiva se opone a que éstas se apliquen a las infracciones cometidas antes de su entrada en vigor. No obstante, según el Sr. Rantos: *“las disposiciones nacionales de transposición adoptadas para dar cumplimiento a la disposición de la Directiva sobre la facultad de estimación judicial del importe del perjuicio son procesales, y pueden aplicarse a perjuicios sufridos por una infracción del Derecho de la competencia que ha cesado antes de la entrada en vigor de la legislación nacional de transposición en el marco de una acción por daños y perjuicios ejercitada después de la entrada en vigor de esta disposición.”*

2.3.- Breve reflexión sobre el cártel de los coches

Debido a la cantidad de potenciales reclamantes en el cártel de los coches, que podrían convertir a éste en el litigio antitrust de mayor envergadura de nuestra historia, actualmente son muy numerosos los despachos de abogados que han lanzado plataformas ofreciendo servicios de reclamación en los que se llega a prometer la posible compensación

de hasta el 15% del precio de adquisición más los intereses desde el momento de la compra del vehículo, opino que sería de interés hacer una breve comparación entre este cártel y el de camiones, partiendo de los blogs «¿Puede la CNMC calcular el daño causado por el «cártel de los coches»?» de 24 de noviembre de 2021 y «Daños causados por el 'cártel de los coches'» de 18 de noviembre de 2021, ambos del autor MARCOS FERNÁNDEZ, F., en la web almacenederecho.org, cuyos enlaces pueden consultarse en la bibliografía.

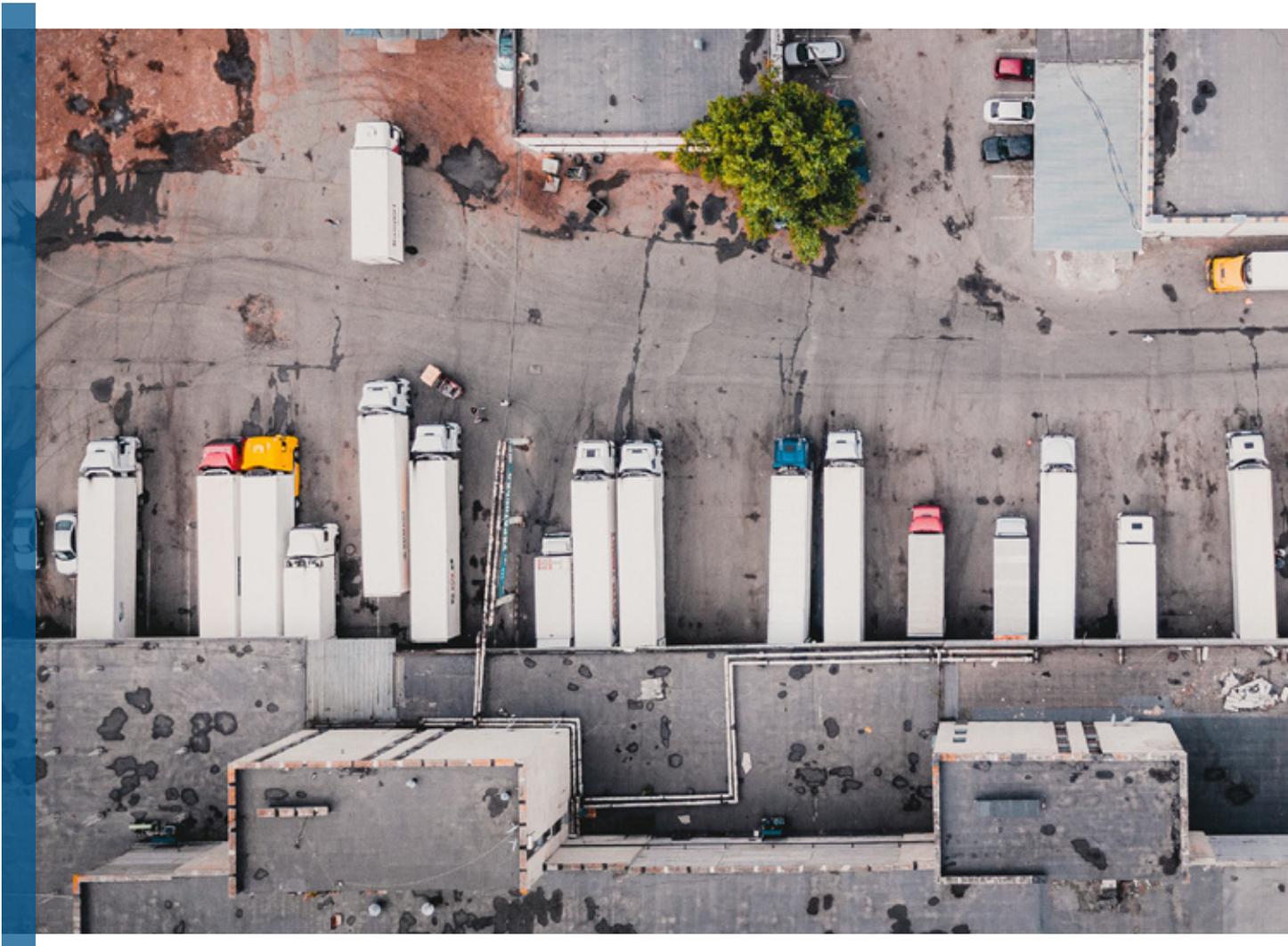
De acuerdo con el artículo 65.1 de la LDC, SEAT, S.A. presentó el 25 de junio de 2013 en la CNC una solicitud de exención del pago de la multa por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y distribuidoras de marcas de automóviles en España. El 23 de julio de 2015, la CNMC mediante la resolución S/0482/13 sancionó a 21 empresas fabricantes y distribuidoras de automóviles en España por prácticas restrictivas de la competencia por una infracción única y continuada lo dispuesto en los artículos 101 TFUE y 1 LDC consistiendo la infracción en un *“cártel de intercambio de información confidencial, futura y estratégica en las áreas de gestión empresarial, postventa y marketing”*. Estos intercambios de información confidencial abarcaban gran cantidad de datos, tales como *“(i) la rentabilidad y facturación de sus correspondientes Redes de concesionarios en total y desglosado por venta de automóviles y actividades de posventa; (ii) los márgenes comerciales y política de remuneración ofrecida por las marcas a sus Redes de concesionarios; (iii) las estructuras, características y organización de sus Redes de concesionarios y datos sobre políticas de gestión de dichas Redes; (iv) las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; (v) las campañas de marketing al cliente final; (vi) los programas de fidelización de sus clientes.”* (Pag. 26 del Expte. S/0482/13)

Este cártel, según la resolución S/0482/13 gozaba de una cuota de mercado conjunta cercana al 91% de la distribución de automóviles en España, lo que unido a las características y el contenido de los intercambios de información, llevaron a la CNMC a concluir que el objetivo de las empresas infractoras era *“reducir la incertidumbre y coordinar estrategias comerciales, distorsionando la competencia en beneficio de los partícipes en la conducta, lo cual constituye una infracción por objeto del artículo*

1 de la LDC, calificada como cártel conforme a la Disposición adicional cuarta 2 de la LDC.” (Pag. 50 del Expte. S/0482/13)

Tras esta resolución de la CNMC de 23 de julio, las acciones de reclamación de daños serían acciones consecutivas o *follow on*, beneficiándose del efecto vinculante de la mentada resolución, al igual que ocurrió con la Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2016. En relación a la identificación de los daños causado por el cártel y la estimación de su cuantía, son cuestiones vitales para las posibles reclamaciones por el perjuicio causado, y donde comienzan los problemas que restan viabilidad a las reclamaciones por daños relativas a este asunto. Esto es debido a que la resolución de la CNMC, no llega a probar la existencia de un acuerdo de reducción de los márgenes de los concesionarios, o de elevación de los precios de los recambios originales, al igual que tampoco concreta cómo se materializaría el eventual perjuicio en los adquirentes de vehículos, haciendo únicamente alusión a que

la infracción ha tenido incidencia “aguas abajo” en el mercado de distribución minorista, al repercutir toda o parte del daño sufrido por los concesionarios a los adquirentes de vehículos, convirtiéndose en perjudicados indirectos, lo que implica que sus reclamaciones por daños deban de acreditar cómo influyó el cártel sobre los concesionarios, a la vez que cuantificar el daño producido, siendo difícil probar no sólo quién fue verdaderamente el causante del daño sino también la cuantía del perjuicio. A diferencia de en el cártel de los camiones, donde el objeto de la colusión es directamente la fijación del precio del camión, en este supuesto es más difícil cuantificar el daño, dado que, en palabras de **MARCOS FERNANDEZ, F., en el blog ya citado:** “(...) en el cártel de los fabricantes de automóviles la distorsión de la competencia en el mercado se produce mediante el intercambio de información sobre diversos parámetros de la rentabilidad de sus respectivas redes de distribución. Si existió un efecto del cártel de fabricantes de automóviles en el mercado minorista, el cálculo del perjuicio



indemnizable requerirá una estimación de la diferencia existente entre el precio pagado en el mercado afectado por el cártel con el precio que hubiera hipotéticamente existido de no haber existido el cártel.”

En conclusión, a las dificultades puestas de manifiesto debemos de sumarle el panorama actual del cártel de camiones, donde en muchas ocasiones los jueces entienden no suficientes los informes periciales aportados, pese a seguir o mejorar lo dispuesto en la Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE, y recurriendo por tanto a la facultad de estimar los daños, por lo que, en consonancia con lo expuesto, el cártel de los coches requerirá de un arduo trabajo pericial para cuantificar el daño, especialmente al coincidir el periodo de duración del cártel con el de la crisis económica y financiera mundial que afectó severamente al sector de la automoción, razones por las que pienso que la reclamación del daño no será tan beneficiosa

como prometen las plataformas de afectados a las que me refería al comienzo del apartado. No obstante, habrá que observar cómo evoluciona la situación, ya que el autor del citado blog entiende que si sería posible una posible estimación del perjuicio partiendo del traslado al precio de venta final de los vehículos de los recortes en las ganancias de los concesionarios, así como la disminución de sus incentivos como consecuencia de las acciones del cártel, permitiendo calcular el sobrecoste causado a partir de las variaciones anómalas en los precios mediante su comparación con otros mercados, o dentro del mismo, estableciendo una evolución de los precios antes y después de la infracción.

III.- CONCLUSIONES

La primera conclusión que se puede extraer es la necesidad de enfocar las reclamaciones para resarcir los daños causados por un cártel mediante las acciones consecutivas o *follow on*, no recomendando el ejercicio de acciones *stand alone* dada la importancia de la existencia de una resolución administrativa que declare la existencia de un ilícito anti competencial y el beneficio de la presunción *iuris tantum* que produce el efecto vinculante de la Decisión, siendo únicamente necesario para la reclamación que concurren los otros dos requisitos: la acreditación del daño y la existencia de nexo causal entre la infracción de las normas de competencia ya declarada y el daño ocasionado, siempre a la luz de los principios de equivalencia y efectividad.

Como avanzaba en los comienzos de este artículo, resulta vital para la viabilidad de la acción la información recabada mediante los programas de clemencia, que a cambio de beneficiar con reducciones en la multa a los infractores, son la mejor forma de obtener la información interna que permita concretar el daño indemnizable que emana de la infracción.

Por otra parte, la Decisión constata la existencia de un ilícito concurrencial consistente en la coordinación de los precios brutos de ciertos vehículos, siendo dicha coordinación de carácter global y difuso, propagándose por todo el mercado haciendo que se establezca la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas participantes.

En relación con la causalidad en los daños causados por los ilícitos antitrust, la misma tiene un carácter esencialmente probabilístico, lo cual plantea un problema, dado que el derecho



de daños español salvo en los casos de pérdida de oportunidad, la posición sustancialmente determinista que sostiene nuestro Tribunal Supremo produce como resultado que la probabilidad que se necesita probar para acreditar la causalidad es muy alta, traducido por algunos autores españoles al lenguaje probabilístico con una cifra que rondaría el 80% de probabilidades. En cuanto a cómo influye el grado de probabilidad que haya conseguido acreditar en el montante de la indemnización, la respuesta de la jurisprudencia española también es, dejando a un lado los casos de pérdida de oportunidad, que probada la causalidad en los términos que exige la jurisprudencia, se concede la indemnización en su totalidad. De no ser así, el perjudicado no tiene derecho a indemnización alguna, con independencia de las probabilidades que haya conseguido acreditar.

En el Derecho antitrust, debido al tipo de conducta que sanciona, siempre se requiere del establecimiento de un escenario hipotético mediante el cual establecer una comparativa con la realidad para determinar si se ha causado o no un daño, así como la entidad cuantitativa del mismo.

La cuantificación del daño no requiere de una prueba exacta de la transcendencia cuantitativa del daño, admitiendo estimaciones aproximadas a diferencia del daño y la causalidad, sujetos a mayores exigencias probatorias. Es necesario tomar en cuenta todas las variables que afectan y cómo influyen para así recrear el escenario hipotético adecuado, donde se enjuicie su validez e idoneidad para acreditar el daño causado.

El informe pericial al que he aludido en varias ocasiones, perteneciente a Addvalora, utiliza una muestra de 6.312 camiones comprados en el periodo 1997-2019 y compara los precios de camiones similares en tara, mma, cilindrada, cv, fabricante y situación de demanda y de inflación en el momento de la compra. De esa forma, se puede diferenciar el efecto del cártel en los precios de compra del efecto de todas estas variables, realizando una comparativa mediante el método de comparación diacrónica del período del cártel con el periodo post-cártel implementada con un modelo de regresión, así como con mercados similares libres de la influencia de cárteles, poniendo de manifiesto como las actuaciones llevadas por los fabricantes infractores resultan en el incremento medio de los precios de los camiones en un 19,38%.

No obstante, en los casos en los que se consideren insuficientes los informes periciales aportados, los juzgados hacen uso de la facultad para estimar o calcular los daños, donde dependiendo del juzgado o audiencia en cuestión, se cuantifica el sobrecoste causado por el cártel entre el 5% y el 15% del precio de adquisición del vehículo, razón por la cual es de vital importancia que el informe pericial se ajuste a lo señalado en la *Guía práctica*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía básica

ALONSO SOTO, R., «Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia», artículo del Despacho Gómez-Acebo y Pombo, (2017). Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/nuevas-normas-reguladoras-de-las-acciones-de-danos-por-infracciones-del-derecho-de-la-competencia/>

CALVO CARAVACA, A. L., & SUDEROW, J., «El efecto vinculante de las resoluciones administrativas sancionadoras en el procedimiento civil». En: RUIZ PERIS, J.I., (coord.) *“La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE”*, 2016, Ed: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor. 131-132

CALVO CARAVACA, A. L., & SUDEROW, J., «El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust.» *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 2015. 7(2), 114-157.

CARRASCO PERERA, A., «Perjudicado, comprador indirecto y relación causal en daños por ilícitos competenciales» Artículo del Despacho Gómez-Acebo y Pombo, (2017). Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/perjudicado-comprador-indirecto-y-relacion-causal-en-danos-por-ilycitos-competenciales.pdf>

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Sobre algunas dificultades para la llamada «aplicación privada» de las normas de competencia en España», 53-74. En *“1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia”* Libro Marrón, Círculo de Empresarios, septiembre 2008; Disponible en: https://circulodeempresarios.org/app/uploads/2016/03/1989-2007.-Una-reflexion-sobre-la-politica-de-defensa-de-la-competencia_1.pdf

DÍEZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAY, C., «Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 2014. Wolters Kluwer, Núm. 15.

DÍEZ ESTELLA, F., y PEREZ FERNANDEZ, P., «La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos con especial referencia a los programas de clemencia: ¿La última gran revolución en el derecho de defensa de la competencia?» 2014. *Revista Unión Europea Aranzadi*, Núm. 7, 41-68

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición.» 2017. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 9(1), Marzo 2017, Vol. 9, Nº 1. 129-130.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «La responsabilidad civil en el conocido como cártel de los camiones», en “Responsabilidad civil, seguro y tráfico” ed. Sepín, 4º trimestre 2017, nº 60 , 19-24

- «Cártel de camiones: estado de la cuestión en las reclamaciones de daños», *Economist & Jurist*, Vol. 28, Nº. 239, 2020, 16-33

MARCOS FERNÁNDEZ, F., «Compensación de daños provocados por el Cártel del Azúcar» *Anuario de la competencia*. 2014. Núm. 1, 185-200

- «IDENTIFICACIÓN DEL PERJUICIO INDEMNIZABLE EN ACCIONES CONSECUTIVAS (FOLLOW-ON) EN CASO DE CÁRTELES: DE LA INFRACCIÓN (Y SANCIÓN) A LA COMPENSACIÓN DEL DAÑO (Identifying the Compensable Harm in Cartel Follow-On Actions: From Infringement (and Penalty) to Damages Compensation)» (May 25, 2021). Working Paper IE Law School, AJ8-263, 25-05-2021, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3860022> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3860022>

- «Cuantificación del daño causado por el cártel de fabricantes de camiones (I, II y III)», 5 de diciembre de 2020, publicado en:

<https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones>

<https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones>

<https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones-y-iii>

- «Daños causados por el ‘cártel de los coches’» 18 de noviembre de 2021, publicado en <https://almacenederecho.org/danos-causados-por-el-cartel-de-los-coches>

- «Estadísticas sobre acciones de daños causados por el cártel de fabricantes de camiones», 14 de junio de 2021, publicado en <https://almacenederecho.org/estadisticas-sobre-acciones-de-danos-causados-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones>

- «¿Puede la CNMC calcular el daño causado por el «cártel de los coches?»», 24 de noviembre de 2021, publicado en: <https://almacenederecho.org/puede-la-cnmc-calcular-el-dano-causado-por-el-cartel-de-los-coches>

MARTÍ MIRAVALLS, J., «Responsabilidad y plazos en el marco de las acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia» En: RUIZ PERIS, J.I., (coord.) “La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE”, 2016, Ed: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor. , págs. 324-325

PEÑA LÓPEZ, F., «*La responsabilidad civil por daños a la libre competencia. Un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia*», ed. Tirant Lo Blanch, 2018

QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial», en “*La aplicación privada del derecho de la competencia*”, Velasco San Pedro/Alonso Ledesma/ Echebarría Sáenz y otros, Dirs., Valladolid, 2011, 487- 488.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J., «Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo», en “*La aplicación privada del derecho de la competencia*”, Velasco San Pedro/Alonso Ledesma/ Echebarría Sáenz y otros, dirs., Valladolid, 2011, pág. 673.

ROMERO ILARDUYA, J. «Responsabilidad civil derivada de las infracciones del Derecho

de la competencia.», Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. 2018. Segundo Trimestre. Núm. 66, 33-56. Disponible en: <https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/wp-content/uploads/2018/07/WEB-RC-66.pdf>

TORRE SUSTAETA, V., «Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia. La tutela procesal del Derecho de la Competencia en el plano nacional español», Editorial Aranzadi, 2016

YZQUIERDO TOLSADA, M., «Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual», Dykinson, 2001

LEGISLACIÓN CITADA

A nivel europeo:

Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy 101 y 102 TFUE).

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Decisión de la Comisión, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE, de 19 de julio de 2016.

Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de junio de 2013.

Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Guía práctica: cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea, de 13 de junio de 2013.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas

por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, de 11 de junio de 2013, COM (2013).

Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, de 11 de junio de 2013.

Comunicación de la Comisión sobre las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, de 14 de enero de 2011.

Libro Blanco de la Comisión, Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 2 de abril de 2008, COM (2008).

Libro Verde de la Comisión, Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 19 de diciembre de 2005, COM (2005).

A nivel nacional:

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

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

Jurisprudencia referenciada

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de agosto de 1993 (EU:C:1993:335)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2001 (EU:C:2001:465)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2006 (EU:C:2006:461)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2011 (EU:C:2011:389)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2012, Caso Europeo Gemeenschap contra Otis NV y otros. (EU:C:2012:684)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso CDC Hydrogen Peroxide, (Sala Cuarta) Caso Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y Otros (EU:C:2015:335)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de marzo de 2019 (EU:C:2019:263)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de julio de 2019 (EU:C:2019:635)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 (EU:C:2020:538)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de julio de 2021 (EU:C:2021:594)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2021 (EU:C:2021:800)

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2003 (ES:TS:2003:2681)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2003 (ES:TS:2003:5705)

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2008 (ES:TS:2008:7354)

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2011 (ES:TS:2011:5550)

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (ES:TS:2012:5462)

Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2013 (ES:TS:2013:5819)

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2014 (ES:TS:2014:2941)

Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 2019 (ES:TS:2019:2140A)

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2021 (ES:TS:2021:5462)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 6 junio de 2016 (ES:APM:2016:5301)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 16 de diciembre de 2019 (ES:APV:2019:4152)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) de 10 de enero de 2020 (ES:APB:2020:201)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) de 10 de enero de 2020 (ES:APB:2020:58)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) de 10 de enero de 2020 (ES:APB:2020:201),

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) de 13 de enero de 2020 (ES:APB:2020:186)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) de 13 de enero de 2020 (ES:APB:2020:184)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) de 13 de enero de 2020 (ES:APB:2020:60)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) de 13 de enero de 2020 (ES:APB:2020:185)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15º) de 13 de enero de 2020 (ES:APB:2020:698)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) de 3 de febrero de 2020 (ES:APM:2020:2)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 28 de febrero de 2020 (ES:APPO:2020:471)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 17 de abril de 2020 (ES:APB:2020:2567)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 14 de mayo de 2020 (ES:APPO:2020:715)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, de 4 de junio de 2020 (ES:APBI:2020:265)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 8 junio de 2020 (ES:APV:2020:3508)

Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, de 12 de junio de 2020 (ES:APLE:2020:291ª)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 15 enero de 2021 (ES:APSS:2021:1)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 28 de enero de 2021 (ES:APO:2021:207)

Sentencia de la Audiencia Provincial Asturias (Sección 1ª) de 29 enero de 2021 (ES:APO:2021:129)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de febrero de 2021 (ES:APO:2021:130)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 marzo de 2021 (ES:APPO:2021:409)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª) de 8 de marzo de 2021 (ES:APPO:2021:413)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 30 de marzo de 2021 (ES:APPO:2021:558)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 30 de marzo de 2021 (ES:APZ:2021:273)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) de 8 de abril de 2021 (ES:APCC:2021:334)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 9 de abril de 2021 (ES:APPO:2021:699)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) de 9 de abril de 2021 (ES:APC:2021:333)

Sentencia de la Audiencia Provincial Valladolid (Sección 3ª) de 16 abril de 2021 (ES:APVA:2021:569)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) de 16 de abril de 2021 (ES:APVA:2021:566)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 17 de abril de 2020 (ES:APB:2020:2567)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) de 19 de abril de 2021 (ES:APVA:2021:567)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 14 de mayo de 2020 (ES:APPO:2020:715)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) de 1 de julio de 2021 (ES:APMA:2021:1585)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) de 1 julio de 2021 (ES:APMA:2021:1238)

Sentencia de 9 de octubre de 2019 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo (ES:JMO:2019:4633)

Sentencia de 14 de septiembre de 2021 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Granada (nº 58/2021, aún no publicado su ECLI).

Listado de abreviaturas

EEE: Espacio Económico Europeo

TCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

C.C.: Código Civil

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Daños materiales sufridos por el semirremolque por culpa del conductor de la cabeza tractora o camión-tractor. El TS fija como doctrina que dichos daños no están cubiertos por el seguro obligatorio del camión-tractor por asimilarse el semirremolque a las "cosas transportadas"

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 7 de octubre de 2021
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

PRIMERO.- Objeto del litigio y antecedentes relevantes para la decisión de esta sala

El presente recurso de casación se interpone en un litigio entre aseguradoras de cada uno de los elementos de un vehículo articulado (conjunto de vehículos integrado por semirremolque y cabeza tractora o camión-tractor) que sufrió un accidente de circulación consistente en la salida de la vía por culpa del conductor del camión-tractor. La aseguradora de los daños propios del semirremolque, después de indemnizar a su asegurada -que era arrendataria financiera del mismo- en el importe de los daños materiales sufridos por dicho vehículo enganchado cuando se produjo el siniestro, ejercitó la acción subrogatoria del art. 43 LCS contra la aseguradora del camión-tractor interesando el reintegro de lo pagado más sus intereses legales con cargo al seguro obligatorio de responsabilidad civil del camión-tractor. La demanda fue desestimada en primera instancia y estimada en apelación, reduciéndose la controversia a determinar si los daños materiales causados al semirremolque

están o no excluidos de la cobertura del seguro obligatorio de la cabeza tractora en virtud del art. 5.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante LRCSCVM), cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Los antecedentes relevantes para la decisión del recurso son los siguientes:

1. Se han declarado probados o no se discuten los siguientes hechos:

1.1.- A las 05:14 h del día 3 de abril de 2014, a la altura del punto kilométrico 47,600 de la autopista A-49, término municipal de Bollullos Par del Condado (Huelva), tuvo lugar un accidente de circulación en el que se vio implicado únicamente el vehículo articulado formado por el camión-tractor marca Iveco, modelo BA3C, matrícula portuguesa-UP-...., y el semirremolque marca Krone, matrícula K-....-KPL.

El accidente consistió en la salida de la vía y posterior volcado del vehículo articulado, siendo causa directa del mismo la distracción del conductor del camión-tractor (doc. 6 de la demanda).

1.2.- Como consecuencia del accidente el semirremolque sufrió daños materiales que fueron valorados en 36.909,68 euros. Además, en concepto de salvamento y remolque se ocasionaron daños por importe de 1.067,65 euros. Por tanto, la cuantía total de los daños ocasionados al semirremolque fue de 37.977,33 euros, IVA no incluido (informe pericial aportado como doc. 7 de la demanda).

1.3.- En el momento del siniestro el semirremolque era propiedad de Caixarenting S.A.U. y estaba arrendado en régimen de arrendamiento financiero a Primafrío S.L., empresa que tenía cubiertos los daños propios del citado vehículo mediante póliza NUM000, con garantía «Avería de maquinaria», suscrita con la entidad Ges, Seguros y Reaseguros S.A. (en adelante GES), con una franquicia de 3.000 euros (docs. 2, 3 y 4 de la demanda). La responsabilidad civil obligatoria del semirremolque por daños a terceros estaba asegurada por la entidad Seguros Bilbao (ajena a este litigio).

Por su parte el camión-tractor era propiedad de la entidad portuguesa Doctrans Transportes Rodoviaros de Mercadería LDA

(en adelante Doctrans), que tenía contratado el seguro obligatorio de responsabilidad civil con la compañía también portuguesa Acoreana, cuya representación en España correspondía a la entidad Van Ameyde España S.A. (Van Ameyde & Aficresa, S.A. según escritura de poder obrante al folio 85 y siguientes de las actuaciones de primera instancia, en adelante Van Ameyde).

Según el apdo. 4 del artículo 5 del condicionado general de la póliza del camión-tractor (folios 109 y siguientes de las actuaciones de primera instancia) quedaban excluidos de la garantía del seguro obligatorio de responsabilidad civil:

«a) Os daños causados no propio veiculo seguro» [Los daños causados en el propio vehículo de motor asegurado].

«b) Os danos causados nos bens transportados no veiculo seguro, quer se verifiquem durante o transporte quer em operações de carga e descarga» [Los daños causados a las mercancías transportadas en el vehículo asegurado, ya sea durante el transporte o en las operaciones de carga y descarga].

Tanto la empresa española arrendataria financiera del semirremolque como la portuguesa dueña del camión-tractor eran sociedades participadas como socio único (con un 100% del capital) por la mercantil Krone-Mur Servifrio S.L.

1.4.- Con fecha 4 de julio de 2014, GES abonó a Primafrío S.L. una indemnización por importe de 34.977,33 euros y, de conformidad con el art. 43 LCS, se subrogó en cuantos derechos y acciones pudieran corresponder a su asegurada frente a terceros responsables del siniestro hasta el límite de dicha suma (docs. 9, 10 y 11 de la demanda y folio 257 de las actuaciones de primera instancia).

1.5.- Las actuaciones penales seguidas por estos hechos (juicio de faltas n.º 363/2014 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de la Palma del Condado) fueron archivadas.

2. El 13 de marzo de 2015, GES interpuso contra Van Ameyde la demanda del presente litigio pidiendo que se condenara a la demandada al pago de los referidos 34.977,33 euros más intereses legales.

En lo que ahora interesa, se alegaba, en síntesis: (i) que una vez pagada la indemnización

a su asegurada, se subrogaba en virtud del art. 43 LCS en la acción directa del 76 LCS que correspondía a su asegurada -perjudicada- frente a la aseguradora del camión-tractor para reclamar la correspondiente indemnización por responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) del conductor del camión-tractor, único responsable del accidente; y (ii) que de acuerdo con la normativa vigente (Reglamento General de Vehículos aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, BOE 26 de enero de 1999, en vigor el 26 de julio de 1999, y Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, BOE 13 de septiembre de 2008, en vigor el 13 de octubre de 2008), el camión-tractor y el semirremolque eran vehículos independientes, sin que este último pudiera considerarse como parte integrante de la carga o de la cosa transportada por el primero (citaba la SAP Huesca, 284/2010, de 22 de diciembre, rec. 83/2010).

3. La demandada interesó la desestimación de la demanda alegando, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que según el art. 5.2. LRCSCVM, el seguro obligatorio no cubría los daños en los bienes sufridos por el propio vehículo asegurado, debiéndose entender por tal el conjunto formado por cabeza tractora y semirremolque habida cuenta que conformaban en el momento del accidente una «unidad funcional», sin que por ello el segundo elemento pudiera considerarse «tercero perjudicado» respecto de los daños ocasionados por el primero (se citaban y extractaban las SSAP Barcelona, 1.ª, de 13 de octubre de 2014, Palencia, 1.ª, de 11 de octubre de 2013, Valencia, 6.ª, de 12 de febrero de 2013, y Asturias, 5.ª, de 17 de octubre de 2013); y (ii) que según ese mismo precepto el seguro obligatorio de la cabeza tractora tampoco cubría los daños en las cosas transportadas por el vehículo asegurado, existiendo a este respecto un precedente (STS 1.ª, de 1 de abril de 1996) en el que se decidió que «lo transportado por la



cabeza tractora no es solo la carga contenida en el remolque, sino también este último, pues los dos (continente y contenido) forman a estos efectos, una sola cosa ...que es transportada o arrastrada por la cabeza tractora asegurada» (se añadía que esta doctrina jurisprudencial había sido seguida por las SSAP Jaén, 3.ª, de 24 de septiembre de 2002, Cáceres, 1.ª, de 23 de mayo de 2003, Castellón, 1.ª, de 25 de enero de 2000, y más recientemente, por la SAP Cáceres, 1.ª, de 6 de mayo de 2015, en un litigio que se decía «idéntico», también referido a un semirremolque de Primafrío, S.L.).

4. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda e impuso las costas a la demandante.

Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) no era aplicable al caso la exclusión de cobertura del inciso primero del art. 5.2 LRCSCVM, referido a los daños sufridos por el propio vehículo asegurado, porque «la unidad funcional» es un mecanismo para ampliar la protección a terceros, pero no define la posición relativa de los dos elementos -cabeza tractora y semirremolque- entre sí, que es de lo que se trata en el caso de autos»; y (ii) sí era aplicable al caso la exclusión del inciso segundo del art. 5.2 LRCSCVM referido a los daños que sufran los bienes transportados -y que implica la consideración del semirremolque como carga-, pues a pesar de existir al respecto jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, debía prevalecer el criterio favorable a excluir su cobertura por venir respaldado por la sentencia de esta sala de 1 de abril de 1996, según la cual el semirremolque es carga en tanto que esta no solo está conformada, por el contenido -lo que se transporta en el interior del semirremolque- sino también por el continente -el propio semirremolque, que, con su carga, es conjuntamente arrastrado por la cabeza tractora-.

5. La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la demandante, revocó la sentencia apelada y estimó íntegramente la demanda sin imponer las costas de las instancias a ninguna de las partes.

En lo que ahora interesa (cobertura del seguro obligatorio del camión-tractor), sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) existiendo dos posturas en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales con respecto a

si el semirremolque debe ser o no considerado como carga de la cabeza tractora, se opta por el criterio de que no es carga; (ii) esto se debe, en primer lugar, a que la dicción de la norma alude a «las cosas en él transportadas» pero no a las cosas «por él» transportadas, siendo este último caso donde tiene encaje el semirremolque al ser considerado por el ordenamiento como un vehículo, objeto de aseguramiento propio e independiente del camión-tractor, que es transportado «por» este, pero no «en él»; (iii) las sentencias invocadas en apoyo del criterio opuesto no son de aplicación al caso, bien por referirse a supuestos de daños causados a terceros, en los que el camión-tractor y el semirremolque eran una unidad y debían responder solidariamente, bien por no referirse al seguro obligatorio y a la interpretación del art. 5.2 LRCSCVM, sino al seguro voluntario y a la interpretación de una determinada cláusula de la póliza que excluía también los daños a las cosas transportadas «por» la cabeza tractora (STS 246/1996, de 1 de abril); y (iv) en segundo lugar, tampoco es aceptable otro de los argumentos que se suelen usar en apoyo de la tesis contraria, consistente en que el semirremolque influye en la conducción al dificultar la maniobra y contribuir a la pérdida de control y, por tanto, interfiriendo en la relación causal, pues también en un autobús, camión o turismo cargado la carga influye en la conducción y no por ello se ha de responsabilizar, por ejemplo, a las personas transportadas.

6. La demandada interpuso contra dicha sentencia recurso de casación por interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, compuesto de un solo motivo en el que, en síntesis, discrepa de la sentencia recurrida argumentando que sí es aplicable al caso la exclusión de cobertura del inciso segundo del art. 5.2 LRCSCVM.

La demandante-recurrida se opuso al recurso solicitando su desestimación, pero sin imposición de costas dadas la existencia de serias dudas de derecho.

7. Comprobada durante la deliberación para la votación y fallo del recurso la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la interpretación del art. 5.2 LRCSCVM y como quiera que la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, es materia armonizada

en el Derecho de la Unión, esta sala consideró pertinente, tras oír a las partes, dirigir al TJUE la siguiente petición de decisión prejudicial:

«¿Se opone al artículo 3, párrafo último, de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, en relación con el artículo 1 de la misma Directiva, una interpretación de la normativa nacional (artículo 5, apartado 2, de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor) 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?».

8.- El Tribunal de Justicia dictó sentencia el 10 de junio del corriente año (asunto C-923/19) declarando que:

«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».

9.- En trámite de alegaciones previo al nuevo señalamiento para votación y fallo del recurso, la parte demandante-recurrente interesó la estimación de su recurso al considerar que la sentencia del Tribunal de Justicia confirmaba «la plena adecuación a la normativa comunitaria» de sus argumentos, y la parte demandante-recorrida insistió en la procedencia de desestimar el recurso por no compartir el criterio del Tribunal de Justicia y sí, en cambio, el de las observaciones del Reino de

España presentadas durante la tramitación de la cuestión prejudicial, opuestas a la exclusión de cobertura de los daños del semirremolque.

SEGUNDO.- Decisión de la sala: exclusión de los daños del semirremolque de la cobertura del seguro obligatorio del camión-tractor

1.- Según el art. 5.2 LRCSCVM, «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».

2.- Limitado el único motivo del recurso a proponer la exclusión de los daños del semirremolque, debidos a la culpa del conductor del camión-tractor, de la cobertura del seguro obligatorio del propio camión-tractor, y despejada por el Tribunal de Justicia cualquier duda acerca de que tal exclusión pueda contravenir el Derecho de la Unión, esta sala considera que el art. 5 LRCSCVM debe ser interpretado en el sentido de que efectivamente excluye dicha cobertura porque el semirremolque se asimila a las «cosas transportadas» en el camión-tractor asegurado.

3.- Se reitera, así, el criterio de la sentencia de esta sala 246/1996, de 1 de abril, que aun referido a la interpretación de una cláusula de exclusión contenida en un seguro voluntario de responsabilidad civil y no a la norma en cuestión, considera, en términos perfectamente aplicables a la exclusión legal ahora examinada, que «la cabeza tractora que, por su propia estructura, no puede llevar sobre sí misma ninguna carga, tiene como única finalidad la de transportar o arrastrar remolques o remolques-cisterna, los cuales son los que llevan en su interior la carga, por lo que, en estricta y elemental lógica, ha de entenderse que lo transportado por la cabeza tractora no es sólo la carga contenida en el remolque cisterna, sino también éste último, pues los dos (continente y contenido) forman, a estos efectos, una sola cosa».

4.- En definitiva, al carecer los camiones-tractores de capacidad o aptitud propia para transportar «cosas», tanto el semirremolque, carente a su vez de tracción propia o independiente, como su carga, ha de considerarse, en casos como el presente, «cosas en él transportadas» a los efectos de la exclusión prevista en el art. 5.2 LRCSCVM.

TERCERO.- Consecuencias de la estimación del recurso

La estimación del recurso determina, conforme al art. 487.3 LEC, que proceda casar la sentencia recurrida para, en su lugar, confirmar la de primera instancia salvo en su pronunciamiento sobre costas, pues la propia tramitación del presente recurso revela la existencia de serias dudas de derecho que justifican asimismo, conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC, que no se impongan a ninguna de las partes las costas de las instancias.

También procede, conforme al mismo art. 487.3 LEC, fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: «El artículo 5.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor debe interpretarse en el sentido de que, en los casos de accidente de tráfico de un vehículo articulado debido a la culpa del conductor del camión-tractor, el seguro obligatorio de este no cubre los daños del semirremolque enganchado a él».

CUARTO.- Costas del recurso de casación y depósito

Conforme al art. 398.2 LEC no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, y conforme a la d. adicional 15.8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la demandada Van Ameyde España S.A. contra la sentencia dictada el 22 de diciembre de 2016 por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso de apelación n.º 911/2016.

2.º- Casar la sentencia recurrida para, en su lugar confirmar la de primera instancia salvo en su pronunciamiento sobre costas.

3.º- Fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: «El artículo 5.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor debe interpretarse en el sentido de que, en los casos de accidente de tráfico de un vehículo articulado debido a la culpa del conductor del camión-tractor, el seguro obligatorio de este no cubre los daños del semirremolque enganchado a él».

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas de las instancias ni las del recurso de casación.

5.º- Devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

6.º- Y remitir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea certificación de la presente sentencia indicando que se ha dictado en el recurso de casación en el que se formuló la petición de decisión prejudicial registrada con el n.º C-923/19.

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

Así se acuerda y firma.



Sentencia del pleno de la Sala 1ª que resuelve el histórico debate sobre la cobertura del seguro obligatorio de los daños causados al semirremolque en accidente del que es causante el conductor de la cabeza tractora, previo paso por el TJUE que resuelve con fecha 10 de junio de 2021 la cuestión prejudicial solicitada por el pleno de la Sala. Brillante en su exposición y relato de los antecedentes, algo escueta en los fundamentos finales, la sentencia confirma la exclusión por considerar que *el semirremolque se asimila a las “cosas transportadas” en el camión-tractor asegurado*.

Precisamente ese histórico debate se ve reflejado en las sentencias de instancia, habiendo sido desestimada la pretensión de la aseguradora demandante en primera instancia y estimada, por estimación del recurso de apelación, en segunda instancia.

La sentencia de primera instancia resuelve la controversia aplicando la exclusión del inciso segundo del art. 5.2 LRCSCVM, considerando al semirremolque como “carga”, al incluir el contenido y el continente, si bien desestima la aplicación del inciso primero del art. 5.2 LRCSCVM por entender que la unidad funcional es un mecanismo para ampliar la protección a terceros, pero no define la posición relativa de cabeza tractora y semirremolque.

“(…) La resolución del TJUE determinó que el art. 3 de la Directiva no se opone a una interpretación de la normativa nacional sobre la exclusión del art. 5.2 LRCSCVM (…)

Conviene, por tanto, recordar el texto de la Ley con el detalle de sus incisos.

Artículo 5. 2. *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.*

La Audiencia Provincial estimó el recurso de la aseguradora del semirremolque, estimando la demanda, al aplicar el criterio de que el semirremolque no es carga, fundamentado en base a la dicción de la norma que recoge “las cosas en el transportadas” y no “las cosas por él transportadas”. Niega también el argumento, no sabemos si alegado en este pleito o de forma genérica por los defensores de la unidad funcional, de exclusión porque el semirremolque influye en la conducción al dificultar la maniobra y contribuir a la pérdida de control.

El Tribunal Supremo consideró, como recientemente hizo con el supuesto de incendio de vehículo o, antes, con las vías aptas para circular donde también se debatía la posible exclusión del seguro obligatorio, dirigir al TJUE petición de decisión prejudicial, con

el argumento de que “la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, es materia armonizada en el Derecho de la Unión”. La petición fue: «¿Se opone al artículo 3, párrafo último, de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, en relación con el artículo 1 de la misma Directiva, una interpretación de la normativa nacional (artículo 5, apartado 2, de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor) 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?».

“...el semirremolque se asimila a las “cosas transportadas” en el camión-tractor asegurado.(...)”

La resolución del TJUE determinó que el art. 3 de la Directiva no se opone a una interpretación de la normativa nacional que lo excluya, quedando por tanto a resultas de la interpretación que el Tribunal Supremo ha dado a la posible exclusión del seguro obligatorio en el supuesto de daños en semirremolque causados en accidente del que es responsable el conductor de la cabeza tractora. Y la decisión del pleno ha sido admitir su exclusión por considerarlo “cosa transportada” en el camión cabeza-tractor.

Utilizando la fundamentación de la Sentencia 246/1996 de 1 de abril, aunque versaba sobre un seguro voluntario, llega a esta conclusión con dos argumentos:

- *la cabeza tractora que, por su propia estructura, no puede llevar sobre sí misma ninguna carga, tiene como única finalidad la de transportar o arrastrar remolques o remolques-cisterna, los cuales son los que llevan en su interior la carga, por lo que, en estricta y elemental lógica, ha de entenderse que lo transportado por la cabeza tractora no es sólo la carga contenida en el remolque cisterna, sino también éste último, pues los dos (continente y contenido) forman, a estos efectos, una sola cosa.*
- *al carecer los camiones-tractores de capacidad o aptitud propia para transportar «cosas», tanto el semirremolque, carente a su vez de tracción propia o independiente, como su carga, ha de considerarse, en casos como el presente, «cosas en él transportadas» a los efectos de la exclusión prevista en el art. 5.2 LRCSCVM.*

Siendo sentencia del pleno y resolviendo algo tan concreto, puede parecer innecesario entrar en mayores fundamentos, pero volviendo a comentarios anteriores del debate histórico, no hubiera estado de más tratar algunos argumentos previos como el de “unidad funcional (o mixta)” que opera a los efectos de la responsabilidad civil frente a terceros cuando causan daños a otros vehículos, bienes o personas, respondiendo el seguro obligatorio de ambas unidades, que llevó al sector asegurador a crear un convenio de unidades mixtas para resolver las cuotas de cada unidad. O, también, analizando si el conductor de la cabeza tractora es responsable de los daños causados al semirremolque, con independencia de la exclusión del seguro obligatorio, que, por otro lado, desconocemos si se planteó su cobertura por el seguro voluntario. En conclusión, hubiera sido una buena oportunidad establecer si cabeza tractora y semirremolque son una única unidad cuando se encuentran enganchados y circulando.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se estima la acción de subrogación ejercitada por la aseguradora frente al responsable de un incendio y su aseguradora, en reclamación de las cantidades indemnizadas a su asegurado únicamente en concepto de los daños privativos ocasionados en el local asegurado donde se originó el incendio, el cual se encontraba arrendado. Se desestima la prescripción por cuanto se subroga en la acción de responsabilidad contractual que tenía el comunero/arrendador - y por tanto, asegurado- contra la misma arrendataria, por los daños producidos en el local arrendado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 22 de noviembre de 2021
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres

PRIMERO. - Resumen de antecedentes

1.- El 5 de febrero de 2010 se produjo un incendio en un bar sito en un bajo comercial de la calle Karabixa núm. 2 de Ermua (Vizcaya), que era explotado en arrendamiento por Natividad.

2.- En esa fecha, la comunidad de propietarios del inmueble tenía concertado un seguro con Zurich S.A. que, entre otros, cubría el riesgo de incendio en la totalidad del inmueble, es decir, tanto en los elementos comunes como en los privativos.

3.- Según los dictámenes periciales encargados por Zurich, el incendio se originó en el interior del bar y causó daños por valor de 30.594,45 € en el inmueble, de los que 24.074,52 € correspondieron al local.

4.- El 12 de julio de 2010, Zurich abonó a su asegurada (la comunidad de propietarios) una indemnización por importe de 30.594,45 €.

El 28 de julio de 2010, la comunidad de propietarios abonó al propietario del local donde estaba instalado el bar la suma 24.074,52 €, mediante ingreso en la cuenta de su abogado.

5.- Como quiera que el propietario del local no estaba conforme con la valoración de los daños, designó un perito para que realizara una valoración contradictoria. Finalmente, el 8 de noviembre de 2011 los peritos de ambas partes fijaron de común acuerdo la indemnización por los daños en el local en 39.240,60 €.

6.- El 12 de enero de 2012, Zurich abonó a la comunidad de propietarios 15.166,08 € (diferencia entre el primer pago de los daños del local y el importe pericialmente acordado)



y la comunidad hizo lo propio con el dueño del local. Es decir, finalmente, el propietario del local recibió de Zurich un total de 39.240,60 €.

7.- El 30 de diciembre de 2016, Zurich demandó a la Sra. Natividad y a Segur Caixa, en ejercicio de la acción subrogatoria del art. 43 LCS, por importe de 39.240,60 €.

8.- La demanda fue desestimada en ambas instancias, al apreciarse la excepción de prescripción, por transcurso del año previsto en el art. 1968.2º CC.

9.- Zurich ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Primer y segundo motivos de infracción procesal. Incongruencia omisiva y alteración de la causa de pedir. Resolución conjunta

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1. 2º LEC, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC, al no decidir la sentencia recurrida sobre todas las cuestiones objeto de litigio.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida resolvió sobre una acción de responsabilidad extracontractual entre la causante del incendio y la comunidad de propietarios que no fue ejercitada, sin tener en cuenta que la acción que se había ejercitado por subrogación era la de responsabilidad contractual que correspondía al dueño del local frente a su arrendataria.

2.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado conforme al art. 469.1. 2º LEC, denuncia la infracción 218.1 LEC, por alteración de la causa de pedir.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la Audiencia Provincial yerra y altera la causa de pedir al afirmar que la aseguradora demandante se subrogó en las acciones que competían a la comunidad de propietarios, cuando realmente lo hacía en las que correspondían al propietario del local en cuanto que arrendador.

3.- Como la propia parte reconoce en su formulación, ambos motivos están íntimamente conectados, por cuanto se refieren a una misma cuestión jurídica, relativa al tratamiento de la acción ejercitada en la demanda. Por lo que se resolverán conjuntamente para evitar inútiles reiteraciones.

Decisión de la Sala:

1.- La congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. Y para determinar si una sentencia es incongruente habrá de realizarse un proceso comparativo entre el suplico de la demanda y, en su caso, de la contestación o reconvenición, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito.

2.- Desde ese punto de vista, la sentencia no es incongruente, porque al relatarse en la demanda que la compañía de seguros hizo los dos pagos a la comunidad de propietarios y que ésta posteriormente hizo llegar al dueño del local la parte que le correspondía, la sentencia recurrida interpretó que la acción subrogatoria correspondía únicamente a la comunidad, en tanto que tomadora del seguro, y la calificó como responsabilidad extracontractual, con sus consecuencias sobre el plazo de prescripción.

3.- Es cierto que en la fundamentación jurídica de la demanda se dijo expresamente que, por la vía de la acción subrogatoria del art. 43 LCS, se ejercitaba la acción derivada de los arts. 1101 y 1563 CC en lo que se refiere a la responsabilidad del arrendatario por daños en la cosa arrendada. Y que también se hizo mención expresa a que podía haber una responsabilidad concurrente, de naturaleza contractual y extracontractual.

Pero que la Audiencia Provincial no se refiriese a esos extremos y considerase que la acción ejercitada en la demanda tenía naturaleza extracontractual, desestimando tácitamente la acción de responsabilidad

contractual (como se deduce de su auto de denegación de complemento de la sentencia) no es un problema de congruencia, sino de calificación jurídica de la acción subrogatoria como contractual o extracontractual, con las consecuencias que ello implica respecto del plazo de prescripción aplicable. Lo que es propio del recurso de casación y no del recurso extraordinario por infracción procesal.

Como declaramos en un supuesto muy semejante al presente, en la sentencia 661/2017, de 12 de diciembre:

“La sentencia, en definitiva, da respuesta a lo que se plantea en relación a la llamada unidad de culpa civil, que la aplica y la toma como presupuesto de su fallo, para entender que la acción ejercitada en la demanda no es otra que la extracontractual y no la contractual y sus conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la acción en función de los hechos alegados no tiene otro cauce revisorio que la del recurso de casación”.

4.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación

TERCERO.- Primer motivo de casación. Requisitos del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS)

Planteamiento:

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 43 LCS, en relación con las sentencias de 12 de junio de 2013 y 19 de noviembre de 2013.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la Audiencia Provincial atribuye la condición de perjudicado a quien no lo es, puesto que quien tiene dicha cualidad es quien ha sido indemnizado por la compañía de seguros; que, en este caso, fue el propietario y arrendador del local.

Decisión de la Sala:

1.- Como resume la sentencia 557/2021, de 23 de julio, conforme al art. 43 LCS, el crédito que adquiere la compañía de seguros es derivativo -proviene del asegurado- y es idéntico al que tiene el asegurado contra el tercero causante del daño, por lo que su ejercicio se encuentra

subordinado a las mismas exigencias legales que condicionan el derecho del asegurado frente al tercero. Y esta subrogación conlleva que las acciones que el asegurador puede ejercitar son las mismas que las que podía ejercitar el asegurado-perjudicado.

A su vez, el importe de la subrogación se corresponde con la cantidad abonada por la compañía, que puede ser inferior a la entidad del daño, dados los límites de la cobertura pactada, en cuyo caso cabe el ejercicio acumulado de la acción resarcitoria de la aseguradora, por la indemnización abonada, y por el asegurado, por la cantidad no cubierta del daño sufrido por parte de la compañía de seguros.

2.- El contrato de seguro concertado por la comunidad de propietarios del edificio donde se ubica el local en el que se produjo el siniestro incluía, dentro de los riesgos asegurados, el incendio, y cubría tanto los daños en los elementos comunes del inmueble como en los elementos privativos, es decir, también los producidos en el local donde tuvo lugar el incendio.

En consecuencia, el propietario del local, aunque no fuera el tomador de la póliza, tenía un interés económico sobre el bien objeto del seguro, en su doble cualidad de copropietario del inmueble (cotitular de los elementos comunes del edificio objeto de cobertura) y de dueño del local incendiado.

3.- Sobre esta base, los daños indemnizados por Zurich fueron tanto los producidos en los elementos comunes del inmueble como los ocasionados en el local. De ahí que deba entenderse que la compañía de seguros, conforme al art. 43 LCS, quedó subrogada en las dos acciones que derivaban del siniestro indemnizado: la de responsabilidad extracontractual que competía a la comunidad de propietarios contra la arrendataria del local y su aseguradora por los daños en los elementos comunes del inmueble (art. 1902 CC); y la de responsabilidad contractual que tenía el comunero/arrendador contra la misma arrendataria, por los daños producidos en el local arrendado (art. 1563 CC), que fue la que ejercitó en la demanda origen de estas actuaciones.

4.- Como consecuencia de lo expuesto, el primer motivo de casación debe ser estimado.

CUARTO.- Segundo motivo de casación. Plazo de prescripción

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 1964-2 CC, en relación con los arts. 1101 y 1563 CC; y las sentencias de 5 de julio de 1989 y 12 de noviembre de 1993.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente considera, resumidamente, que la acción en la que la aseguradora se subrogó, conforme al art. 43 LCS, era la de indemnización de daños y perjuicios en el objeto arrendado, que corresponde al arrendador frente al arrendatario.

Decisión de la Sala:

1.- La subrogación del asegurador en el crédito del asegurado no altera el régimen de prescripción de la acción que el asegurado tuviera frente al tercero responsable. De tal manera que el plazo de prescripción, el inicio de su cómputo y la posibilidad de interrupción dependerá de la naturaleza del crédito que da origen a la acción que el asegurado transmite al asegurador (sentencia 865/2008, de 1 de octubre y las que en ella se citan). Es decir, si el crédito era de naturaleza contractual, se aplicará el plazo de prescripción del art. 1964-2 CC -o de la norma especial que regule el concreto contrato-, y si era extracontractual, resultará aplicable el plazo previsto en el art. 1968.2º CC (sentencias 449/1999, de 25 de mayo; 1219/2006, de 7 de diciembre; y 293/2020, de 12 de junio).

2.- Para argumentar que la acción no estaba prescrita, la parte recurrente hace mención a la doctrina conocida como yuxtaposición de responsabilidades, a la que se refirieron, entre otras, las sentencias 850/1992, de 6 de octubre, 108/1997, de 18 de febrero, y 280/1999, de 8 de abril. Conforme a la cual, cuando un hecho dañoso constituye una violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, existe una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos; todo ello, en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

Sin embargo, esa doctrina ha sido matizada por la propia sala. Según la jurisprudencia más reciente, es aplicable el régimen de la

responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa entre el causante del daño y el perjudicado, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio, aunque hayan acaecido en su ejecución. Este principio, llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil, sólo es aplicable en supuestos de existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección (sentencia 1135/2008, de 22 de diciembre). En suma, la distinción que mantiene la jurisprudencia más reciente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual y el ámbito específico a que se reduce la aplicación de la teoría de la unidad de la culpa civil no permite su invocación con el fin de aplicar el régimen contractual a una responsabilidad nacida fuera del ámbito subjetivo del contrato (sentencia 355/2009, de 27 de mayo).

3.- Es por ello que, como aclara la sentencia 478/2015, de 14 de septiembre, cuando de un mismo hecho dañoso (aquí, el incendio), se deriva un concurso de acciones, en este caso por responsabilidad contractual con el propietario del local y por responsabilidad extracontractual con la comunidad de propietarios, cada acción tiene un plazo de prescripción diferente: el del art. 1964.2 CC para la contractual y el del art. 1968.2º CC para la extracontractual.

Y lo determinante en este caso es que en la demanda únicamente se ejercitó la acción subrogatoria derivada de la acción de responsabilidad contractual que competía al arrendador frente a la arrendataria, por lo que el plazo de prescripción es el de cinco años previsto en el art. 1964.2 CC.

4.- La subrogación no comporta una interrupción del plazo de prescripción propio de la acción de la que era titular el asegurado, por lo que el cómputo del plazo de la acción adquirida por el asegurador se inicia el día en que el asegurado pudo ejercitar la acción (sentencia 1219/2006, de 7 de diciembre). Como consecuencia de ello, dado que el incendio tuvo lugar el 5 de febrero de 2010, que se realizaron reclamaciones extrajudiciales los días 16 de septiembre de 2011 y 30 de mayo de 2016 y que la demanda se presentó el 30 de diciembre de 2016, resulta palmario que la acción no estaba prescrita, a tenor de los arts. 1964.2 y 1973 CC.

5.- Como consecuencia de lo expuesto, el segundo motivo de casación también debe ser estimado.

QUINTO.- Consecuencias de la estimación del recurso de casación

1.- La estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda. Al apreciar la prescripción de la acción ejercitada, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso.

2.- De ahí que, al no ser la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no haber sido estas enjuiciadas, el pronunciamiento de esta sala deba limitarse, como autoriza el artículo 487.2 LEC, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia, que no podrá ya apreciar la prescripción de la acción ejercitada en la demanda.

En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente.

SEXTO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que deban imponerse a la recurrente las costas por él causadas, según ordena el art. 398.1 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según establece el art. 398.2 LEC.

3.- Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso casación y la pérdida del prestado para el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Zurich Insurance PLC, Sucursal en España contra la sentencia núm. 339/2018, de 13 de septiembre, dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el recurso de apelación núm. 241/2018.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma recurrente contra la indicada sentencia, que casamos y anulamos.

3.º- Reponer las actuaciones para que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto por Zurich Insurance PLC contra la sentencia núm. 57/2018, de 28 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de

Durango, en el juicio ordinario núm. 7/2017.

Tanto el recurso de apelación como el eventual recurso de casación habrán de tramitarse con carácter preferente.

4.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.

5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso casación y la pérdida del prestado para el recurso extraordinario por infracción procesal.

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

En el número anterior de esta revista comentábamos una STS de 21 de julio de 2021, que trataba un supuesto similar al analizado en esta sentencia. Se trataba también de una acción de subrogación de una aseguradora de una comunidad de propietarios que, tras un incendio originado en una vivienda, se subrogaba en la posición de su asegurado -la comunidad- y reclamaba al propietario de la misma. En ese caso, aunque no estábamos de acuerdo en todo con la resolución judicial, la Sala consideró que el propietario de la vivienda donde se originó el incendio era asegurado de la póliza de la comunidad y, en consecuencia, la aseguradora de la comunidad no podía ejercitar dicha acción contra un asegurado. Decíamos que, a nuestro juicio, el propietario solo era asegurado en la póliza de la comunidad respecto a su coeficiente de participación y, por la misma razón, debe considerarse tercero a los efectos de la responsabilidad en todo, menos en su coeficiente de participación en los bienes comunes.

“...los daños indemnizados por la aseguradora fueron tanto los producidos en los elementos comunes del inmueble como los ocasionados en el local. De ahí que deba entenderse que la compañía de seguros, conforme al art. 43 LCS, quedó subrogada en las dos acciones que derivaban del siniestro indemnizado”

El caso que ahora analizamos es similar, si bien, el local donde se produce el incendio que origina daños comunes y daños al local, estaba alquilado. Por ello, la aseguradora de la comunidad reclama dichos daños, no al propietario, sino al arrendatario del mismo, el cuál, con respecto al contrato de seguro de la comunidad, se considera tercero y no asegurado.

En este caso, de debate se centra, esencialmente, en la naturaleza contractual o extracontractual de la acción de subrogación ejercitada por la aseguradora de la comunidad, por cuanto que la determinación de una u otra tiene que ver con el plazo de prescripción. Si se considera que la aseguradora se subroga en la posición de la comunidad de propietarios, la acción que se ejercita contra la arrendataria a su aseguradora es extracontractual; mientras que si se considera que se subroga en la posición del propietario del local -también asegurado en la póliza de la comunidad-, la acción sería contractual.

Tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial entendieron que nos encontramos ante una acción extracontractual, cuyo plazo de prescripción es de un año. Por ello, la demanda fue desestimada en ambas instancias, al apreciarse la excepción de prescripción por el transcurso del año previsto en el art. 1968.2º CC.

Por tal motivo, en su recurso por infracción procesal y casación, la parte recurrente aduce que la Audiencia Provincial yerra y altera la causa de pedir al afirmar que la aseguradora demandante se subrogó en las acciones que competían a la comunidad de propietarios, cuando realmente lo hacía en las que correspondían al propietario del local en cuanto que arrendador.

De este modo, la entidad aseguradora que había interpuesto la acción subrogatoria contra la arrendataria del local y su aseguradora, sostiene que dicha acción es contractual, subrogándose en el propietario del local -también asegurado en la póliza de la comunidad-, puesto que él era el perjudicado por dicho incendio. Así, la recurrente considera que la

COMENTARIO

Audiencia Provincial atribuye la condición de perjudicado a quien no lo es, puesto que quien tiene dicha cualidad es quien ha sido indemnizado por la compañía de seguros; que, en este caso, fue el propietario y arrendador del local.

La Sala, aludiendo a su sentencia nº 557/2021, de 23 de julio, señala que conforme al art. 43 LCS, el crédito que adquiere la compañía de seguros es derivativo -proviene del asegurado- y es idéntico al que tiene el asegurado contra el tercero causante del daño, por lo que su ejercicio se encuentra subordinado a las mismas exigencias legales que condicionan el derecho del asegurado frente al tercero. Y esta subrogación conlleva que las acciones que el asegurador puede ejercitar son las mismas que las que podía ejercitar el asegurado-perjudicado.

En tal sentido, la Sala entiende que el propietario del local, aunque no fuera el tomador de la póliza, tenía un interés económico sobre el bien objeto del seguro, en su doble cualidad de copropietario del inmueble (cotitular de los elementos comunes del edificio objeto de cobertura) y de dueño del local incendiado.

Sobre esta base, los daños indemnizados por la aseguradora fueron tanto los producidos en los elementos comunes del inmueble como los ocasionados en el local. De ahí que deba entenderse que la compañía de seguros, conforme al art. 43 LCS, quedó subrogada en las dos acciones que derivaban del siniestro indemnizado: la de responsabilidad extracontractual que competía a la comunidad de propietarios contra la arrendataria del local y su aseguradora por los daños en los elementos comunes del inmueble (art. 1902 CC); y la de responsabilidad contractual que tenía el comunero/arrendador contra la misma arrendataria, por los daños producidos en el local arrendado (art. 1563 CC), que fue la que se ejercitó en la demanda origen de estas actuaciones.

Así las cosas, el plazo de prescripción, el inicio de su cómputo y la posibilidad de interrupción dependerá de la naturaleza del crédito que da origen a la acción que el asegurado transmite al asegurador. Es decir, si el crédito era de naturaleza contractual, se aplicará el plazo de prescripción del art. 1964-2 CC -o de la norma especial que regule el concreto contrato-, y si era extracontractual, resultará aplicable el plazo previsto en el art. 1968.2º CC.

La Sala concluye que cuando de un mismo hecho dañoso (el incendio), se deriva un concurso de acciones, en este caso por responsabilidad contractual con el propietario del local y por responsabilidad extracontractual con la comunidad de propietarios, cada acción tiene un plazo de prescripción diferente: el del art. 1964.2 CC para la contractual y el del art. 1968.2º CC para la extracontractual. Y lo determinante en este caso es que en la demanda únicamente se ejercitó la acción subrogatoria derivada de la acción de responsabilidad contractual que competía al arrendador frente a la arrendataria, por lo que el plazo de prescripción es el de cinco años previsto en el art. 1964.2 CC.

En consecuencia, el Alto Tribunal admite el recurso de casación interpuesto por la aseguradora, resolviendo que la acción, al ser contractual y tener un plazo de cinco años, no está prescrita, si bien, no se pronuncia sobre el fondo del asunto, al entender que la casación no es un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate. Por ello, el pronunciamiento de esta sala deba limitarse, como autoriza el artículo 487.2 LEC, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia, que no podrá ya apreciar la prescripción de la acción ejercitada en la demanda.



Jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Índice en la obligación de medios y no de resultados en la medicina estética. No puede calificarse como daño desproporcionado el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en el marco de los riesgos típicos de una intervención de cirugía estética, siempre y cuando se haya cumplido con un mayor rigor en la formación del consentimiento informado, que el exigido en medicina necesaria.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 30 de Noviembre de 2021

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

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

Con la finalidad de resolver el recurso de casación interpuesto partimos de las siguientes circunstancias condicionantes:

1º.- A la actora, el 9 de marzo de 2006, se le practicó, en la clínica de la sociedad demandada, una intervención quirúrgica de aumento de mamas, mediante la implantación de dos prótesis, que tuvieron que ser sustituidas por deficiencias de fabricación posteriormente descubiertas, y presentar, además, una ptosis grado III y un desplazamiento de la prótesis derecha.

2º.- Esta segunda intervención se llevó a efecto en la misma clínica, con fecha 23 de febrero de 2011, en la que se procedió a la sustitución pautada y a la práctica de

una mastopexia. Una vez operada, la actora presentó asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas.

3º.- La demandante, varios días antes de esta segunda intervención, concretamente el 7 de febrero de 2011, firmó las hojas del consentimiento informado, en las que, con respecto a la retirada de los implantes mamarios, se le advertía como riesgos de la intervención:

“Cicatriz cutánea.- Aunque es de esperar una buena cicatrización después del procedimiento quirúrgico, pueden darse cicatrices anormales tanto en la piel como en los tejidos profundos. La cicatrización excesiva es infrecuente. Pueden necesitarse tratamientos adicionales incluyendo cirugía para tratar la cicatrización anormal.

Otros: Puede ocurrir asimetría mamaria después de la cirugía. Usted puede estar en desacuerdo con los resultados de la cirugía. Puede necesitar cirugía adicional para mejorar la forma de las mamas después de la retirada de los implantes. La cicatrización resultante de la retirada de las prótesis puede complicar una futura cirugía mamaria”.

NECESIDAD DE CIRUGÍA ADICIONAL

Si ocurren complicaciones puede ser necesaria la cirugía adicional u otros tratamientos. Aunque los riesgos y complicaciones son raros, los riesgos citados están particularmente asociados con la cirugía de retirada de implantes mamarios. Pueden ocurrir otros riesgos y complicaciones pero son todavía más infrecuentes. La práctica de la Medicina y la Cirugía no es una ciencia exacta y aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse”.

4º.- En relación con la práctica de la mamoplastia de aumento se hacía referencia, en el consentimiento informado suscrito, a que:

“La forma y el tamaño de las mamas previas a la cirugía pueden influir tanto en el tratamiento recomendado como en el resultado final. Si las mamas no tienen el mismo tamaño o forma antes de la cirugía, es poco probable que sean completamente simétricas después.

Cicatriz cutánea.- La cicatrización excesiva es infrecuente. En casos raros pueden darse cicatrices anormales. Las cicatrices pueden ser inestéticas o de diferente color al de la piel circundante. Puede necesitarse cirugía adicional

para tratar cicatrices anormales tras la cirugía.

Otros. Usted puede estar en desacuerdo con los resultados de la cirugía. Puede ocurrir asimetría en el emplazamiento de las prótesis, forma o tamaño de las mamas. Puede darse desplazamiento insatisfactorio o mala calidad de las cicatrices. Podría necesitarse cirugía adicional para mejorar los resultados”.

5º.- En relación con el documento relativo al consentimiento informado para la mastopexia y suscrito por la demandante, consta:

“Cicatriz cutánea.- Todas las cirugías dejan cicatrices, algunas más visibles que otras. Aunque es de esperar una buena cicatrización, después del procedimiento quirúrgico, pueden producirse cicatrices anormales en la piel en los tejidos profundos. Las cicatrices pueden ser inestéticas de diferente color al de la piel circundante. Existe la posibilidad de marcas visibles en la piel por las suturas. En algunos casos puede requerir revisión quirúrgica o tratamiento.

Asimetría.- Cierta grado de asimetría mamaria ocurre de forma natural en la mayoría de las mujeres, también pueden ocurrir diferencias en términos de forma de la mama del pezón, cambio o asimetría tras la cirugía. Puede necesitarse cirugía adicional para revisar una asimetría después de la mastopexia.

NECESIDAD DE CIRUGÍA ADICIONAL

Existen muchas condiciones variables que pueden influenciar los resultados a largo plazo de la mastopexia. Puede necesitarse cirugía secundaria para realizar un tensado adicional o una reposición de las mamas. Si ocurren complicaciones, puede ser necesaria la cirugía adicional u otros tratamientos. Aunque los riesgos y complicaciones son raros, los riesgos citados están particularmente asociados con la mastopexia. Pueden ocurrir otros riesgos y complicaciones, pero son todavía más infrecuentes. La práctica de la Medicina y la Cirugía no es una ciencia exacta, y aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse.

Si se diera el caso de tener que reintervenirse el paciente debido a cualquier motivo por causa ajena a la clínica o al cirujano, como contractura capsular, rotura de prótesis, infección, puntos abiertos, etc. el paciente podría pagar los gastos derivados de dicha reintervención (hospital y

anestesia) siendo que ni Dorsia, ni el cirujano cobrarán sus servicios adicionales”.

6º.- Formulada la correspondiente demanda, su conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante, que dictó sentencia en la que se estimó parcialmente la pretensión actora, con el argumento de que, si bien el consentimiento informado fue suscrito por la demandante, como expresamente reconoció, sin embargo, la demandada no demostró que le hubieran explicado debidamente los riesgos concretos de la intervención y que, por otra parte, nos encontrábamos ante un caso de medicina voluntaria, en la que la obligación del cirujano es de resultado, con cita de la STS de 11 de febrero de 2001.

7º.- Interpuesto recurso de apelación, por la entidad demandada, fue resuelto por sentencia dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante. En su decisión, el tribunal provincial razonó que la reclamación debe circunscribirse, exclusivamente, con respecto a la segunda cirugía llevada a efecto, dado que:

“[...] ha de darse la razón a la recurrente en el sentido de que no cabe establecer ningún otro tipo de responsabilidad por la primera intervención, toda vez que ni en el informe pericial del Dr. Justiniano (folios 52-60) ni en su ampliación en el acto del juicio se ha

determinado que en ella se hubiera incurrido en algún otro tipo de negligencia ni tampoco puede deducirse de la prueba que el estado que presentaba la paciente al tiempo de la segunda intervención supusiera una complicación no previsible y no advertida convenientemente en el consentimiento informado suscrito a tal efecto (folios 104 ss.)”.

No obstante, desestima el recurso puesto que, en la segunda intervención, “se ha constatado objetivamente su defectuoso resultado por asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas”. Imputa al cirujano dicho resultado mediante la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, dado que se causó un resultado de los que habitualmente no se producen salvo por el concurso de una acción negligente, y añade, en un último razonamiento, antes de proceder a la valoración del daño, que:

“En este orden de cosas, la Sala coincide con las apreciaciones del Juzgado en que los resultados apreciados por el perito y comprobables mediante las fotografías que obran al folio 253 de las actuaciones no son en absoluto aceptables en la práctica de esta modalidad de la medicina, no presidida por la necesidad y el fin curativo sino por la voluntariedad y el fin satisfactivo, cuyas diferencias desde el punto de vista jurídico han sido objeto también de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales de sobra



conocidos”.

En cualquier caso, se estima en parte el recurso de apelación con respecto al montante indemnizatorio, en tanto en cuanto, al no haberse apreciado ninguna negligencia en la primera intervención, y computar conjuntamente el perito los días improductivos y no improductivos de ambas operaciones, se reduce este concepto resarcitorio a la mitad; por todo ello, el importe de la condena impuesta queda determinado en la suma de 14.444,59 euros.

8º.- Contra dicha sentencia se interpone por la entidad demandada recurso de casación.

SEGUNDO.- Examen del primer motivo del recurso de casación

2.1 Fundamento y desarrollo del recurso de casación, la oposición de la actora

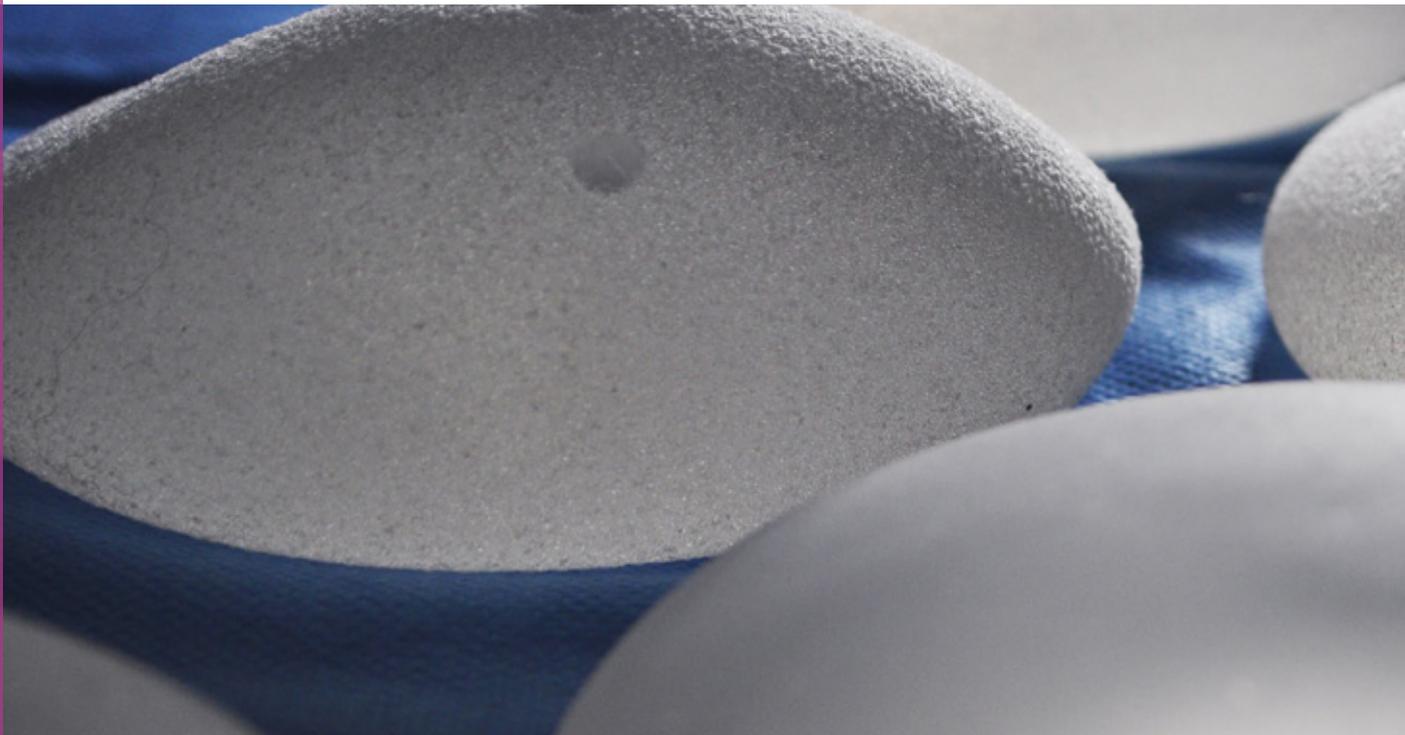
El recurso de casación es por interés casacional (art. 477.2 3º y 3 de la LEC). Se fundamenta en la vulneración de los artículos 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como, por infracción de los artículos 8, 11 y 12 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad de Valencia. Se cita como doctrina jurisprudencial

aplicable, que evidencia el interés casacional, las sentencias de 21 de octubre de 2005 (rec. 1039/1999); 15 de noviembre de 2006 y las que en ellas se citan; 21 de enero 2009 (rec. 1746/2003); 22 de septiembre 2010 (rec. 1004/2006) y 20 de enero de 2011 (rec. 1565/2007), respecto a la aplicación de la normativa reguladora del consentimiento informado y consecuencias derivadas de los riesgos consentidos.

En la sentencia 758/2005, de 21 de octubre, se estima el recurso y se condena, dado que no se había advertido, en el caso de una intervención de cirugía estética, la posibilidad de que se sufriera una cicatriz queloide.

En la sentencia, 2/2009, de 21 de enero, se desestima la demanda, dado que medió consentimiento informado, no se apreció negligencia en la actuación médica, siendo el resultado producido un riesgo típico de la intervención.

En la sentencia 567/2010, de 22 de septiembre, se absuelve, puesto que existió consentimiento informado, aunque no viniera amparado por la firma de la paciente: “La prestación sanitaria por el anestesista se ejecutó en cumplimiento de una obligación de medios, no de resultado, y el daño sufrido por el paciente no puede ser tratado sino como la materialización de uno de los riesgos que



comporta la aplicación de la anestesia, razón por la cual no es posible prescindir del elemento subjetivo de culpa causalmente vinculado al daño para imputar responsabilidad en la prestación asistencial". En esta resolución se descarta, también, la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado.

La sentencia 1/2011, de 20 de enero, desestima el recurso de casación dado que: "En el caso, la información se proporcionó a la paciente de una forma escrita y suficientemente expresiva de la intervención que se iba a llevar a cabo (elevación mamaria -mastopexia-), así como de sus riesgos, incluidos los de la anestesia, siguiendo el protocolo preparado por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética". Igualmente descarta la aplicación del daño desproporcionado.

En el desarrollo de su recurso, la demandada señala que no se incumplió la *lex artis ad hoc*, que la demandante fue debidamente informada de la intervención, que se le iba a practicar, así como de sus riesgos con sujeción al protocolo de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética. Se argumentó que, además, con la misma información, ya había sido intervenida previamente en marzo de 2006. Incluso que, en el informe de evaluación, se hace constar "mejoría, puede que solo necesite rectificar las areolas". En definitiva, se concluye que la paciente resultó correctamente

informada de los riesgos que podían derivarse de cualquiera de las intervenciones quirúrgicas contratadas y no cabe apreciar ninguna infracción a la *lex artis*, conforme a la jurisprudencia recogida.

La parte recurrida se opone a este motivo de casación, bajo la alegación que hace supuesto de la cuestión, dado que la sentencia de la Audiencia respeta los hechos determinados por el juzgado de primera instancia, por cuanto no contradice, ni fija otros distintos; por consiguiente, se debe considerar que no hubo explicación verbal y detallada de los riesgos que podrían derivarse de la intervención, más bien lo contrario porque se le garantizó el resultado, y la recurrente no tenía constancia de haber suscrito el consentimiento informado.

Como señalan las sentencias 484/2018, de 11 de septiembre y 2/2019, de 8 de enero:

"Los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión)".

Y, por su parte, la sentencia 5/2009, de 14 de enero, precisa que:

"[...] ha reiterado esta Sala en innumerables Sentencias, -entre otras, de 22 de marzo y 3 de julio de 2006, de 9, 27 de mayo, y 21 de diciembre de 2007, y de 22 de enero de 2008-, que no puede fundamentarse un recurso de casación en la comparación argumental entre los razonamientos de la sentencia de primer instancia y los de la sentencia de apelación [...] pronunciándose en el mismo sentido la sentencia de 3 de julio de 2006, citada en la de 22 de enero de 2008: "la resolución recurrida en casación es la de apelación sin que quepa fundamentar su impugnación a través de un juicio comparativo con la de primera instancia, por lo que las únicas apreciaciones de interés, cuando son disconformes, son las de la sentencia de la Audiencia".

Pues bien, en este caso, la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, no fundamenta la desestimación del recurso



de apelación interpuesto en defectos en el consentimiento informado, que no aprecia, ni refleja en su motivación. Es más, considera que la demandante fue debidamente ilustrada de los riesgos de la primera intervención, que son los mismos de la segunda operación realizada. Tampoco deja constancia de que acepte los fundamentos de derecho del juzgado, lejos de ello, cuando los comparte, lo señala expresamente. Considera que hubo negligencia mediante la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, a la que no se refiere ni alude al juzgado en su fundamentación, y que los resultados no son en absoluto aceptables en la práctica de esta modalidad de la medicina, no presidida por la necesidad y el fin curativo, sino por la voluntariedad y el fin satisfactivo; lo que constituye un concreto extremo en el que sí se señala que “en este orden de cosas, la Sala coincide con las apreciaciones del Juzgado”. No cabe pues rescatar argumentos, no aceptados por la sentencia de la Audiencia, que no construye el fallo condenatorio sobre defectos en el consentimiento informado.

2.2 Sobre el consentimiento informado

Durante muchos años el ejercicio de la medicina respondió a una concepción paternalista, conforme a la cual era el médico quien, por su experiencia, conocimientos y su condición de tercero ajeno a la enfermedad, tomaba las decisiones que, según su criterio profesional, más le convenían al estado de salud y al grado de evolución de la enfermedad de sus pacientes, con la unilateral instauración de tratamientos e indicación de intervenciones quirúrgicas.

No obstante, frente a dicho paternalismo, se ha consagrado normativamente el principio de autonomía de la voluntad del paciente, concebido como el derecho que le corresponde para determinar los tratamientos en los que se encuentran comprometidos su vida e integridad física, que constituyen decisiones personales que exclusivamente le pertenecen.

Desde esta perspectiva, se produce un cambio radical en el rol de las relaciones médico - paciente, limitándose aquél a informar del diagnóstico y pronóstico de las enfermedades, de las distintas alternativas de tratamiento que brinda la ciencia médica, de los riesgos que su práctica encierra, de las consecuencias de no someterse a las indicaciones pautadas, ayudándole, en definitiva, a tomar una decisión, pero sin que ninguna injerencia quepa en la integridad física de cualquier persona sin su

consentimiento expreso e informado, salvo situaciones límites de estado de necesidad terapéutico, en las que no es posible obtener un consentimiento de tal clase.

Como explica la sentencia 101/2011, de 4 de marzo: “La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses”.

Únicamente cuando el enfermo, con una información suficiente y una capacidad de comprensión adecuada, adopta libremente una decisión con respecto a una actuación médica, se puede concluir que quiere el tratamiento que se le va a dispensar. En este sentido, la sentencia 784/2003, de 23 de julio, señala que: “la información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención quirúrgica”.

En este sentido, la STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que el art. 15 CE comprende: “decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal [...] Ahora bien para que esta facultad de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento”. En definitiva, la privación de información equivale a la privación del derecho a consentir.

Especial importancia adquiere en el contexto europeo el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el uno de enero de 2000, que pretende armonizar las distintas legislaciones europeas sobre la materia, y que se asienta en tres pilares fundamentales: a) el derecho de información del paciente; b) el consentimiento informado y c) la intimidad de la información.

Con evidente inspiración en este Convenio y con antecedente normativo en la Ley General de Sanidad de 1986, se dictó la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La mentada Ley tiene la condición de

básica, de conformidad con lo establecido en el art. 149.1. 1ª y 16ª de la Constitución, por lo que el Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de dicha norma.

Pues bien, en este caso, se consideran infringidos por su indebida aplicación los arts. 8 y 10 de la precitada ley 41/2002, de 14 de noviembre. El primero de los mentados preceptos proclama que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Dicho consentimiento se prestará por escrito en el caso de las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

El segundo de los precitados preceptos, impone la obligación al facultativo de proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica, entre otros extremos sobre: “b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y d) las contraindicaciones”.

2.3 El consentimiento informado en los casos de medicina voluntaria o satisfactiva

La diferencia existente entre la denominada medicina voluntaria o satisfactiva y la necesaria o terapéutica, tiene repercusiones en la obligación del médico, derivada de la prestación de la *lex artis ad hoc*, de obtener el consentimiento informado de sus pacientes.

En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado un mayor rigor en los casos de la medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético, controlar la natalidad, colocar dispositivos anticonceptivos, llevar a efecto tratamientos odontológicos o realizar implantes capilares entre otras manifestaciones, en contraste con los casos de la medicina necesaria, asistencial o terapéutica, en los que se actúa sobre un cuerpo enfermo con la finalidad de mantener o restaurar la salud, todo ello con las miras puestas en evitar

que prevalezcan intereses crematísticos a través de un proceso de magnificación de las expectativas y banalización de los riesgos, que toda intervención invasiva genera.

De esta forma, se quiere impedir que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una exigencia relativa, toda vez que no sufre un deterioro en su salud que haga preciso un tratamiento o intervención quirúrgica, con fines terapéuticos de restablecimiento de la salud o paliar las consecuencias de la enfermedad.

O dicho en palabras de la sentencia 250/2016, de 13 de abril:

“Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención ...”.

En definitiva, se exige un mayor rigor en la formación del consentimiento informado en los supuestos de medicina voluntaria por las razones expuestas (sentencias 583/2010, de 27 de septiembre; 1/2011, de 20 de enero; 330/2015, de 17 de junio y 89/2017, de 15 de febrero).

TERCERO.- Estimación del primer motivo del recurso de casación y asunción de la instancia

3.1.-La materialización de un riesgo típico informado y consentido no es fuente de responsabilidad civil, salvo concurrencia de culpa o negligencia

Pues bien, en este caso, nos encontramos con que la asimetría y las cicatrices conforman riesgos típicos de la intervención, que figuran expresamente descritos en el consentimiento informado suscrito por la demandante y que, además, ya habían sido advertidos previamente en la anterior operación, que se le había

practicado, como así figura en la sentencia de la Audiencia; por lo tanto, si son conocidos y asumidos, su imputación jurídica al médico tratante sólo es posible si se hubiera apreciado una mala praxis en la ejecución de la técnica quirúrgica.

En el informe médico aportado con la demanda no consta ni se describe deficiencia alguna en la prestación de la técnica quirúrgica dispensada, que pudiera implicar una falta de diligencia por parte del cirujano actuante, cuya cualificación profesional tampoco fue cuestionada, simplemente constata un resultado de asimetría y cicatrices.

En las circunstancias expuestas, la materialización de un riesgo típico de una intervención quirúrgica debidamente informado, que fue asumido consciente y voluntariamente por la actora, a la cual no se le garantizó el resultado, no es fuente de responsabilidad civil.

En el caso de la sentencia 1/2011, de 20 de enero, en un supuesto que guarda cierta identidad con el que nos ocupa, se desestimó la demanda, toda vez que se proporcionó a la paciente información suficientemente expresiva de la intervención que se iba a llevar a cabo (elevación mamaria -mastopexia-), así como de sus riesgos, incluidos los de la anestesia, siguiendo el protocolo preparado por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética.

En definitiva, como concluye la sentencia 250/2016, de 13 de abril:

“La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala”.

3.2.-La obligación de los facultativos tanto en la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, como en la necesaria o curativa, es de medios y no de resultados

Esta sala se ha cansado de repetir que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice (SSTS 544/2007, de 23 de mayo; 534/2009, de 30 de junio, 778/2009, de 20 de noviembre, 20/11/2008 y 517/2013, de 19 de julio, 18/2015, de 3 de febrero); pues, en ambos casos, el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en cuanto



no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados.

En el sentido expuesto, nos hemos pronunciado, entre otras, en la sentencia 250/2016, de 13 de abril, en la que expresamente advertimos:

“[...] Una cosa es que la jurisprudencia no sea vinculante y que motivadamente puedan los tribunales apartarse de la misma y otra distinta que el tribunal de instancia la ignore, y se resuelva en contra de ella, como ocurre en este caso.

La sentencia de 7 de mayo de 2014, que reproduce la más reciente de 3 de febrero de 2015, con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013, en un supuesto similar de medicina voluntaria, dice lo siguiente: “La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)”.

3.3.-No es daño desproporcionado el

previamente advertido y que constituye riesgo típico de la intervención practicada, sin perjuicio de la responsabilidad del médico si incurrió en mala praxis debidamente constatada

En la sentencia 240/2016, de 12 de abril, señalamos con respecto a la doctrina del daño desproporcionado que:

“[...] la doctrina del daño desproporcionado o enorme, entendido como aquel suceso no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del profesional médico que le obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “onus probandi “ de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan).

Siendo así, no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 19 de octubre 2007; 30 de junio 2009; 28 de junio 2013)”.

En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia 698/2016, de 24 de noviembre, en los términos siguientes:

“El daño desproporcionado - STS de 19 de julio de 2013- es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche

de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el onus probandi “de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009, rec. 222/2005; 27 de diciembre 2011, rec. num. 2069/2008, entre otras), sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico”, “sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (res ipsa loquitur)” (STS 23 de octubre de 2008, rec. num. 870/2003)”.

No puede calificarse como daño desproporcionado el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en el marco de los riesgos típicos de una intervención de cirugía estética, debidamente informados y consentidos por la paciente, como son la asimetría de las mamas y las cicatrices inestéticas.

No nos hallamos ante un resultado excepcionalmente anómalo o clamoroso, manifiestamente inesperado en relación con la concreta intervención quirúrgica dispensada, que evidencie, por tal circunstancia, la presunción racional de que algo ha fallado (res ipsa loquitur: los hechos hablan por sí mismos), y que sea de entidad tal, que implique una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano que practicó la operación sobre las causas del resultado producido, cuando previamente se advirtió de la posibilidad de que, pese a una adecuada técnica quirúrgica, unas disfunciones de tal clase se pueden producir, toda vez que no cabe garantizar el resultado, como así igualmente se reflejó, de forma expresa, en la información suscrita.

Esta sala, al asumir la instancia, procedió a examinar las fotos obrantes en autos, y bajo concepto alguno puede deducir constituyan una constatación gráfica de un resultado clamoroso, que hiera los sentidos, sino que acreditan una cierta asimetría o el reflejo de unas cicatrices tolerables, no descaradamente llamativas o que resulten ostensiblemente peyorativas.

La estimación del primero de los motivos de casación determina que devenga innecesario entrar en el examen de los otros dos motivos formulados, máxime además cuando son necesariamente tratados, al acogerse el primer ellos y asumir la instancia, con obligación y posibilidad de valorar lo actuado.

Por consiguiente, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y a la absolución de la entidad demandada.

CUARTO.- Costas y depósito

La estimación del recurso de casación trae consigo que no se haga especial condena en costas (art. 398 LEC).

La estimación del recurso de apelación conlleva a que tampoco se haga especial pronunciamiento en costas (art. 398 LEC).

La desestimación de la demanda implica la condena en costas de primera instancia a la parte actora por preceptiva aplicación del art. 394 LEC.

Con respecto a los depósitos constituidos para recurrir procede, por aplicación del régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8 LOPJ, a su devolución a la demandada recurrente.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 15 de mayo de 2018, dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación n.º 868/2017, sin imposición de las costas correspondientes y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Casar la referida sentencia, y, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante, de 4 de septiembre de 2017, y desestimamos la demanda, con imposición de las costas de primera instancia a la actora, y sin hacer especial condena sobre las devengadas en 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 **Gonzalo Iturmendi Morales**
Abogado

El recurso de casación lo interpuso por interés casacional la entidad demandada contra la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de octubre de 2018, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, de 4 de septiembre de 2017, revocando dicha sentencia en el sentido de reducir el principal importe de la condena a la entidad demandada apelante a la suma de 14.444,59 euros, dejando sin efecto la condena en costas impuesta a la entidad demandada apelante, y confirmando la sentencia en cuanto a sus demás pronunciamientos sin hacer declaración sobre las costas causadas en la apelación.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante dictó sentencia en la que estimó parcialmente la pretensión de la actora, con el argumento de que, si bien el consentimiento informado fue suscrito por la demandante, como expresamente reconoció, sin embargo, la demandada no demostró que le hubieran explicado debidamente los riesgos concretos de la intervención y que, por otra parte, nos encontrábamos ante un caso de medicina voluntaria, en la que la obligación del cirujano es de resultado, con cita de la STS de 11 de febrero de 2001.

La Audiencia Provincial de Alicante consideró que la reclamación debe circunscribirse exclusivamente a la segunda cirugía llevada a efecto, dado que: “[...] *ha de darse la razón a*

“(...) no es necesario retrotraer el procedimiento para nueva tramitación de la reclamación y se resuelva sobre el fondo, debiendo el tribunal resolver la reclamación al existir elementos suficientes para hacerlo...”

la recurrente en el sentido de que no cabe establecer ningún otro tipo de responsabilidad por la primera intervención, toda vez que ni en el informe pericial del Dr. Justiniano, ni en su ampliación en el acto del juicio se ha determinado que en ella se hubiera incurrido en algún otro tipo de negligencia ni tampoco puede deducirse de la prueba que el estado que presentaba la paciente al tiempo de la segunda intervención supusiera una complicación no previsible y no advertida convenientemente en el consentimiento informado suscrito a tal efecto”. No obstante desestimó el recurso, puesto que, en la segunda intervención, “se ha constatado objetivamente su defectuoso resultado por asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas”, y responsabilizó al cirujano de dicho resultado mediante la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, dado que se causó un resultado de los que habitualmente no se producen salvo por el concurso de una acción negligente, y añadió, en un último razonamiento, antes de proceder a la valoración del daño, que: “En este orden de cosas, la Sala coincide con las apreciaciones del Juzgado en que los resultados apreciados por el perito y comprobables mediante las fotografías que obran en las actuaciones no son en absoluto aceptables en la práctica de esta modalidad de la medicina, no presidida por la necesidad y el fin curativo sino por la voluntariedad y el fin satisfactivo, cuyas diferencias desde el punto de vista jurídico han sido objeto también de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales de sobra conocidos”.

En cualquier caso, se estimó en parte el recurso de apelación con respecto al montante indemnizatorio, al no haberse apreciado ninguna negligencia en la primera intervención, y computar conjuntamente el perito los días improductivos y no improductivos de ambas operaciones, se redujo este concepto resarcitorio a la mitad; por lo que el importe de la condena quedó determinado en 14.444,59 euros.

COMENTARIO

En el desarrollo de su recurso de casación, la entidad demandada señaló que no se incumplió la *lex artis ad hoc*, que la demandante fue debidamente informada de la intervención que se le iba a practicar, así como de sus riesgos con sujeción al protocolo de la Sociedad Española de Cirugía Plástica Reparadora y Estética. Además argumentó que con la misma información, ya había sido intervenida previamente en marzo de 2006. Incluso que en el informe de evaluación, se hizo constar “mejoría, puede que solo necesite rectificar las areolas”. En definitiva, concluyó que la paciente resultó correctamente informada de los riesgos que podían derivarse de cualquiera de las intervenciones quirúrgicas contratadas y no cabía apreciar ninguna infracción a la *lex artis*.

Con relación al consentimiento informado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre 2021 que estamos comentando, consideró en este caso infringidos por su indebida aplicación, los artículos 8 y 10 de la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. El primero de los mentados preceptos proclama que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Dicho consentimiento se prestará por escrito en el caso de las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. El segundo de los preceptos impone la obligación al facultativo de proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica, entre otros extremos sobre: “b) *Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente*; c) *Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención* y d) *las contraindicaciones*”.

La diferencia entre la medicina voluntaria o satisfactiva y la necesaria o terapéutica, tiene repercusiones en la obligación del médico, derivada de la *lex artis ad hoc*, de obtener el consentimiento informado de sus pacientes. En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado un mayor rigor en los casos de la medicina voluntaria o satisfactiva, en los



que se actúa sobre un cuerpo sano, en contraste con los casos de la medicina necesaria, asistencial o terapéutica, en los que se actúa sobre un cuerpo enfermo con la finalidad de mantener o restaurar la salud. En definitiva, se exige un mayor rigor en la formación del consentimiento informado en los supuestos de medicina voluntaria (sentencias 583/2010, de 27 de septiembre; 1/2011, de 20 de enero; 330/2015, de 17 de junio y 89/2017, de 15 de febrero).

Pues bien, en este caso, la asimetría de las mamas y las cicatrices inestéticas conforman riesgos típicos de la intervención, expresamente descritos en el consentimiento informado suscrito por la demandante, y que además, ya habían sido advertidos previamente en la anterior operación, que se le había practicado, como así figura en la sentencia de la Audiencia Provincial. Por lo tanto, sí son conocidos y asumidos, su imputación al cirujano sólo es posible, si se hubiera apreciado una mala praxis en la ejecución de la técnica quirúrgica. En el informe médico aportado con la demanda no consta ni se describe deficiencia alguna en la técnica quirúrgica dispensada, que pudiera implicar una falta de diligencia por parte del cirujano, cuya cualificación profesional tampoco fue cuestionada, simplemente constata un resultado de asimetría y cicatrices inestéticas.

En las circunstancias expuestas, la materialización de un riesgo típico de una intervención quirúrgica debidamente informado, que fue asumido consciente y voluntariamente por la actora, a la cual no se le garantizó el resultado, no es fuente de responsabilidad civil.

La obligación de los facultativos tanto en la denominada medicina voluntaria o

“La doctrina de la “res ipsa loquitur” es un mecanismo utilizado con el fin mitigador de la carga de la prueba para determinar tanto la imputación de la culpa como la realidad de los daños y perjuicios, acudiendo al juego presuntivo en aquellos casos en los que el resultado sea clamorosamente desproporcionado.”

satisfactiva, como en la necesaria o curativa, es de medios y no de resultados. como concluye la sentencia 250/2016, de 13 de abril: *“La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala”*.

La distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice (SSTS 544/2007, de 23 de mayo; 534/2009, de 30 de junio, 778/2009, de 20 de noviembre, 20/11/2008 y 517/2013, de 19 de julio, 18/2015, de 3 de febrero); pues, en ambos casos, el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos.

No es daño desproporcionado el previamente advertido y que constituye riesgo típico de la intervención practicada, sin perjuicio de la responsabilidad del médico si incurrió en mala praxis debidamente constatada. No puede calificarse como daño desproporcionado el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en el marco de los riesgos típicos de una intervención de cirugía estética, debidamente informados y consentidos por la paciente, como son la asimetría de las mamas y las cicatrices inestéticas.

La sentencia 240/2016, de 12 de abril del Tribunal Supremo, señaló con respecto a la doctrina del daño desproporcionado que:

“[...] la doctrina del daño desproporcionado o enorme, entendido como aquel suceso no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del profesional médico que le obliga

COMENTARIO

a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “onus probandi” de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan).”

Siendo así, no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 19 de octubre 2007; 30 de junio 2009; 28 de junio 2013).”

En el mismo sentido, se pronunció la sentencia 698/2016, de 24 de noviembre, en los términos siguientes:

“El daño desproporcionado -STS de 19 de julio de 2013- es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el onus probandi “de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009, rec. 222/2005; 27 de diciembre 2011, rec. num. 2069/2008, entre otras), sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico”, “sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (res ipsa loquitur)” (STS 23 de octubre de 2008, rec. num. 870/2003).”

No nos hallamos ante un resultado excepcionalmente anómalo o clamoroso, manifiestamente inesperado en relación con la concreta intervención quirúrgica dispensada, que evidencie, por tal circunstancia, la presunción racional de que algo ha fallado, aplicando la doctrina del “*res ipsa loquitur*” -los hechos hablan por sí mismos-, y que sea de entidad tal, que implique una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano que practicó la operación sobre las causas del resultado producido, cuando previamente se advirtió de la posibilidad de que, pese a una adecuada técnica quirúrgica, unas disfunciones de tal clase se pueden producir, toda vez que no cabe garantizar el resultado, como así igualmente se reflejó, de forma expresa, en la información suscrita.

La doctrina de la “*res ipsa loquitur*” es un mecanismo utilizado con el fin mitigador de la carga de la prueba para determinar tanto la imputación de la culpa como la realidad de los daños y perjuicios, acudiendo al juego presuntivo en aquellos casos en los que el resultado sea clamorosamente desproporcionado. Ahora bien, no puede calificarse como daño desproporcionado el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en los riesgos típicos de una intervención debidamente informados al paciente, pues en tales casos no nos hallamos ante daños desproporcionados, clamorosos o impensables, sino posibles e inherentes a la intervención médica a la que la paciente fue sometida.¹

Por consiguiente la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre 2021 estimó el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, casando la sentencia de 15 de mayo de 2018, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, y, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante, de 4 de septiembre de 2017, y desestimó la demanda, con imposición de las costas de primera instancia a la actora.

¹ V. Seoane Spiegelberg, José Luis, “Justificación de la responsabilidad civil ante los tribunales. la carga de la prueba del daño y su cuantificación”, XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Libro de ponencias, Editorial jurídica SEPIN,SL, 10 junio de 2012, páginas 243 y siguientes.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Deber de declaración del riesgo: ocultación de patologías traumatológicas sin relación causal con la enfermedad cardíaca (cardiopatía isquémica crónica) diagnosticada varios años después y determinante de la invalidez permanente absoluta por la que se reclama. El empeoramiento de la salud no es circunstancia que agrave el riesgo sino el riesgo mismo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 2 de diciembre de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan

PRIMERO.- El presente litigio versa sobre la reclamación del asegurado contra su compañía de seguros para el cumplimiento del contrato de seguro de vida con cobertura de invalidez que se encontraba en vigor al producirse el siniestro, consistente en la declaración de incapacidad permanente absoluta (IPA) del asegurado, reduciéndose la controversia en casación a determinar si infringió o no su deber de declarar el riesgo cuando cumplimentó la declaración de salud por el hecho de ocultar antecedentes de salud previos a la suscripción de la póliza que, en contra del criterio del tribunal sentenciador, la aseguradora-recurrente considera que sí tuvieron relación causal con las patologías determinantes de dicha invalidez, así como a determinar si el asegurado vulneró su deber de comunicar cualquier circunstancia ulterior sobre su salud determinante de una agravación del riesgo inicial.

Los antecedentes relevantes para la decisión del recurso de casación son los siguientes:

1. Se han declarado probados o no se discuten estos hechos:

1.1. El 3 de marzo de 2004, D. Luis Antonio suscribió con Santa Lucía S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros, una póliza de seguros anual renovable (póliza n.º NUM000) que, además del riesgo de fallecimiento, cubría el complementario de invalidez permanente absoluta con una suma asegurada inicial de 60.000 euros (docs. 3 de la demanda y 2 de la contestación).

1.2. En el documento “de solicitud de seguro y cuestionario” (doc. 2 de la contestación, folios 95 y 95 vuelto de las actuaciones de primera instancia) se incluyó una declaración del estado de salud del asegurado que no se discute fue cumplimentada con las respuestas de este y que tenía el siguiente contenido:

1.3. Además, en las condiciones particulares de la póliza (pág. 4) se estableció como causa de exclusión de la garantía de invalidez (“Artículo 4.º RIESGOS EXCLUIDOS”):

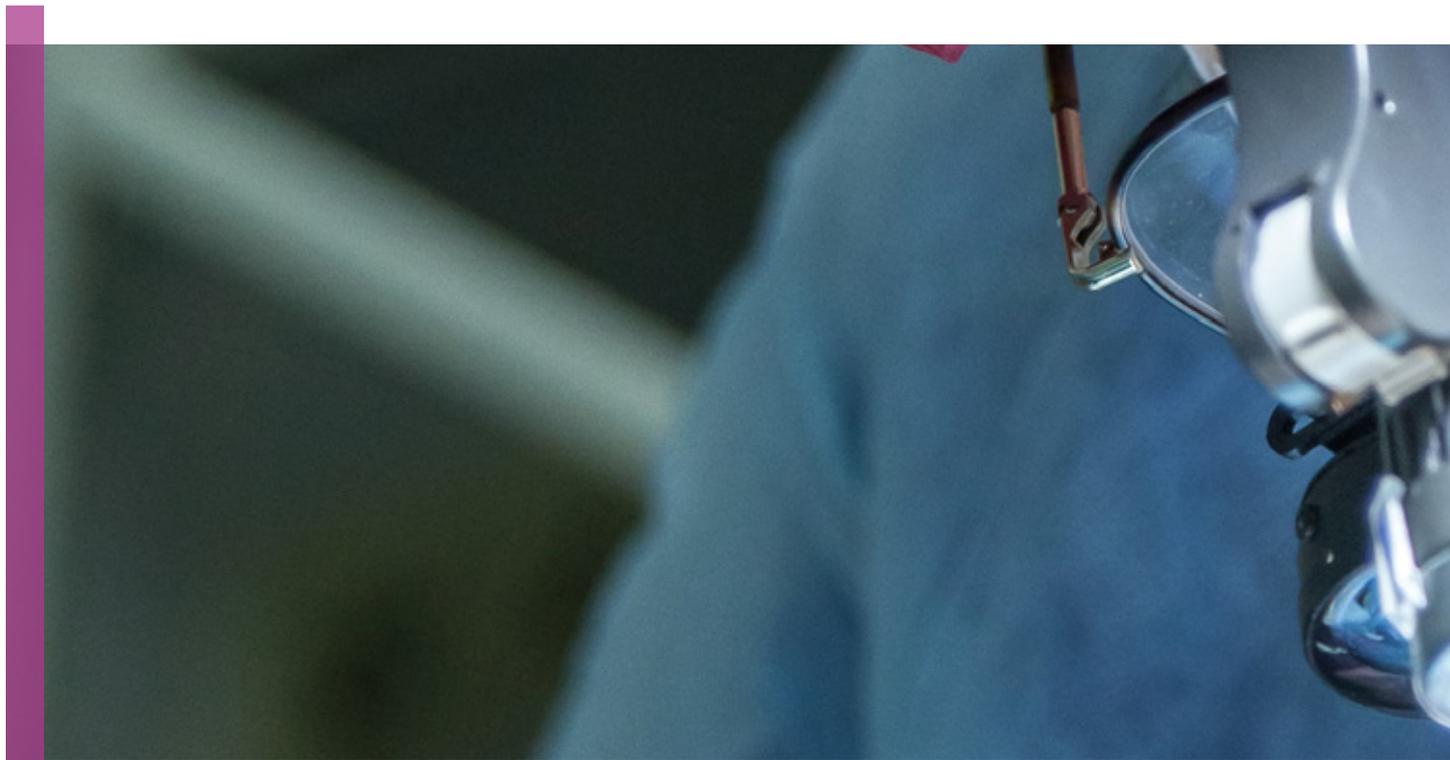
“[...]”

“g) Las consecuencias de enfermedad o accidente originados con anterioridad a la entrada en vigor de este seguro”.

1.4. Del contenido de la citada declaración

resulta que el asegurado, tras ser expresamente preguntado, negó haber padecido o padecer de “los huesos o las articulaciones” (pregunta 1.2 a), haber estado de baja laboral por un plazo superior a 15 días en los últimos 5 años (pregunta 1.3) y haber sido operado alguna vez (pregunta 1.5), todo ello pese a que la documentación médica aportada a las actuaciones y el informe pericial médico-forense reflejan que en diciembre de 2002, tras caerse de un camión, sufrió fractura del 1/3 medio del fémur derecho y del escafoides carpiano izquierdo y fue operado por la rotura del fémur; que por retraso en la consolidación de la fractura en el fémur precisó de nueva cirugía en mayo de 2003; que a resultas de un accidente laboral ocurrido en julio de 2003 sufrió lesiones diagnosticadas como “disociación escapulotorácica izquierda parcial” y fractura de su clavícula izquierda que precisaron tratamiento quirúrgico con osteosíntesis y posterior rehabilitación; y que en noviembre de ese mismo año 2003 se le diagnosticó “pseudoartrosis séptica de clavícula izquierda” que requirió de nueva cirugía.

1.5. En enero de 2012 fue diagnosticado de cardiopatía isquémica crónica. A propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de la Dirección Provincial del INSS de Lugo, con fecha 15 de junio de 2012 este organismo resolvió revisar la incapacidad en grado de permanente total (IPT) que le había sido anteriormente reconocida (en junio de 2004) y



reconocer al Sr. Luis Antonio una IPA a causa de enfermedad común (doc. 5 de la demanda, folios 24 y 25 de las actuaciones de primera instancia) que, según el EVI, tenía su causa en el siguiente cuadro clínico:

“Antecedentes de fractura de clavícula izquierda en 2004, actualmente presenta en enero- 2012 cardiopatía isquémica (STENT en DA proximal), insuficiencia cardiaca aguda, edema agudo de pulmón resuelto, disfunción sistólica conserva, implante de DAI bicameral en marzo-2012. Propuesta trasplante cardiaco”.

1.6. En esa fecha (junio de 2012) el capital revalorizado para la garantía de IPA era de 74.112, 60 euros (folio 23 de las actuaciones de primera instancia).

1.7. A principios de julio de 2012 el asegurado comunicó el siniestro a la aseguradora (doc. 6 de la demanda, folio 26 de las actuaciones de primera instancia), pero esta lo rechazó por carta de fecha 12 de abril de 2013 (doc. 5 de la contestación, folio 99 de las actuaciones de primera instancia) por considerar que la IPA traía causa de problemas de salud preexistentes a la firma del contrato (en concreto, los referidos traumatismos en fémur y clavícula izquierda que precisaron intervención quirúrgica con la consiguiente baja laboral) que el asegurado le había ocultado.

1.8. La aseguradora giró recibo para el cobro de la prima correspondiente a la anualidad marzo 2013-marzo 2014, esto es, la siguiente a la del año en que se produjo el siniestro (doc. 7 de la demanda, folio 29 de las actuaciones de primera instancia).

2. A comienzos de mayo de 2014 el asegurado promovió el presente litigio contra su compañía de seguros reclamando el cumplimiento del contrato y, en consecuencia, pidiendo con carácter principal que se condenara a la demandada al pago de 74.112,60 euros más los intereses del art. 20 LCS. Subsidiariamente solicitó la cantidad de 60.000 euros o la que resultara de la aplicación de la regla del infraseguro, en todo caso con los referidos intereses de demora.

En apoyo de sus pretensiones alegó, en síntesis, que la aseguradora debía hacerse cargo del siniestro porque la IPA era una de las garantías cubiertas por el seguro suscrito y el asegurado en ningún momento ocultó a la aseguradora antecedentes de salud causalmente relacionados con las patologías de tipo cardiaco determinantes de su invalidez.

3. La aseguradora demandada se opuso a la demanda alegando, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que el asegurado había infringido el art. 10 LCS, por dolo o al menos culpa grave, al contestar negativamente a las preguntas del



cuestionario, ocultando con ello que antes de firmar la póliza ya sufría problemas de salud de tipo traumatológico (en concreto, una fractura de fémur y otra de clavícula izquierda, por las que hubo de ser operado en más de una ocasión, por las que estuvo de baja y que, en el caso de la lesión de clavícula, le dejaron secuelas) que no podía desconocer y que tuvieron incidencia en la declaración de su IPA; y (ii) que el asegurado también había infringido los arts. 11 y 12 LCS, porque fueron esas patologías previas ocultadas y sus secuelas las que dieron lugar a que antes de que transcurriera un año de la contratación del seguro se reconociera al asegurado una IPT que no fue comunicada a la compañía pese a implicar un incremento del riesgo asegurado, lo que exoneraba de pago a la aseguradora.

4. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó en costas a la demandada.

Razonó, en síntesis, que la única cuestión controvertida era la relativa a si el asegurado-demandante había infringido o no el art. 10 LCS y que los hechos probados (en especial, el informe forense emitido por D.^a Eloisa) impedían apreciar dicha infracción, pues la IPA traía causa de unos problemas de salud de tipo cardiaco que no tenían relación causal con los traumatismos que padeció el asegurado en fecha anterior a la firma de la póliza (según la forense, “la fractura del 1/3 medio del fémur derecho y la fractura de escafoides carpiano, así como el traumatismo de hemicintura escapular izquierda no tienen ninguna relación con la cardiopatía isquémica crónica. A la vista de la documentación clínica aportada, no figura secuelas derivadas de los traumatismos, que pudieran ocasionar una invalidez permanente absoluta”).

5. La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación de la aseguradora demandada, confirmó la sentencia apelada con imposición de costas a la apelante.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) aunque el asegurado fue intervenido quirúrgicamente por traumatismos en fémur y clavícula con anterioridad a firmar la póliza y contestar al cuestionario, “encontrándose de baja al tiempo de la contratación, se trata sin embargo de omisiones o inexactitudes al responder al cuestionario de salud que no consta acreditado que hayan incidido en la posterior dolencia que motivó la declaración de invalidez permanente absoluta contratada

en la póliza”; (ii) según la jurisprudencia, las meras inexactitudes en que pueda incurriarse al contestar al cuestionario “que no son causales con el motivo de la declaración de invalidez no pueden considerarse como dolo o culpa grave”; (iii) la aseguradora tiene la carga de probar la relación causal entre los antecedentes de salud ocultados y la enfermedad determinante de la IPA, y en este caso no ha probado dicha relación causal, pues aunque la resolución del INSS menciona como antecedente la fractura de clavícula, “sin embargo, lo que creemos que motivó la declaración de invalidez absoluta (y no rebatido por la aseguradora) fue que en enero de 2012 presentaba el mismo cardiopatía isquémica, insuficiencia cardiaca aguda, edema agudo de pulmón resuelto, disfunción sistólica, implante de DAI bicameral en marzo de 2012. Y propuesta de trasplante cardiaco”, conclusión que comparte la forense al desvincular los traumatismos en fémur y clavícula de la patología cardiaca determinante de la invalidez; (iv) con respecto a la supuesta infracción de los arts. 11 y 12 LCS, sobre lo que nada razonó la sentencia apelada y que debería haber llevado a la aseguradora a solicitar el complemento de la sentencia (lo que no hizo), por ser posible resolver en apelación sobre dicha cuestión tras haberse dado a las partes plazo de alegaciones acerca de la posible nulidad de la sentencia apelada, no se aprecia infracción alguna de los mencionados preceptos porque el art. 12 LCS exige mala fe del asegurado y esta no se ha probado, porque en este caso lo que se reprocha es la no comunicación al asegurador de la IPT de fecha 24 de junio de 2004, pese a lo dicho sobre la falta de relación causal entre los padecimientos que dieron lugar a dicha invalidez y los que dieron lugar a la IPA por la que se reclama, porque en ningún momento el asegurador consideró relevante para determinar el riesgo asegurado y contratar el seguro el hecho de que el asegurado fuera a solicitar algún tipo de pensión a la SS y, en fin, porque el art. 11 LCS ha sido reformado por la d. final 1.2. de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (no aplicable ratio tempore) en el sentido de acoger el criterio de parte de los tribunales de relativizar el deber de comunicar las circunstancias agravantes del riesgo en el ámbito de los seguros de personas, dado que “el empeoramiento de la salud es un hecho consustancial al riesgo y previsible por la aseguradora”; y (v) como argumento dialéctico pero ilustrativo, pese a conocer la aseguradora la existencia del siniestro consta en autos que emitió un nuevo recibo de prima con vigencia

del 3 de marzo de 2013 al 3 de marzo de 2014 y capital revalorizado.

6. La demandada interpuso recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre infracción del deber de declarar el riesgo (motivo primero) y del deber de comunicar la agravación del riesgo (motivo segundo), interesando la desestimación de la demanda.

7. En su oposición al recurso el demandante-recurrido ha solicitado su desestimación, tanto por causas de inadmisión como de fondo, con imposición de costas a la recurrente.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso se funda en infracción del art. 10 LCS y en su desarrollo argumental se alega, en síntesis: (i) que al cumplimentar el cuestionario el asegurado ocultó patologías que afectaban al núcleo esencial del riesgo complementario de invalidez objeto de cobertura, las cuales, de haberlas conocido la aseguradora, habrían influido en su decisión de contratar; (ii) que esas patologías determinaron que al suscribir la póliza llevara un año de baja y que poco después de contratar el seguro solicitara y se le reconociera una IPT; (iii) que para apreciar la infracción del art. 10 LCS es irrelevante que los antecedentes de salud ocultados tuvieran o no relación con la cardiopatía isquémica crónica que sirvió de base para solicitar posteriormente la revisión del grado de invalidez y que determinó que se le reconociera la IPA; (iv) que conforme a la jurisprudencia (se citan y extractan las sentencias de esta sala de 4 de octubre de 2017, 12 de diciembre de 2016, 17 de febrero de 2016, 2 de diciembre de 2014 y 4 de diciembre de 2014), “lo verdaderamente importante a la hora de entenderse infringido el deber de declaración es que la discordancia sea relevante...entendiéndose jurisprudencialmente la existencia de dolo o culpa grave cuando queda marcada una reticencia en la omisión de hechos, influyentes y determinantes para la conclusión del contrato”; y (v) que la sentencia recurrida se opone a esta doctrina jurisprudencial al despojar de importancia a las ocultaciones por su falta de relación causal con la enfermedad que determinó la IPA, y no tomar en cuenta a este respecto que tanto el informe médico de síntesis como el dictamen propuesta del EVI que sirvieron de base a la revisión del grado de invalidez aludían como causa a la existencia de una IPT por fractura de clavícula izquierda complicada con pseudoartrosis y lesión del nervio supraescapular izquierdo, todo lo cual

significa que el asegurado ocultó patologías previas y un periodo prolongado de baja por las que fue preguntado y que a la postre fueron las que determinaron el reconocimiento de la IPT que sirvió de base a la definitiva IPA.

El motivo segundo se funda en infracción de los arts. 11 y 12 LCS, y en su desarrollo argumental se alega, en síntesis: (i) que no se discute que el asegurado ocultó a la aseguradora una IPT que le fue reconocida a los tres meses de suscribir el seguro con base en patologías que ya padecía al contratarlo, teniendo esa IPT una influencia notable en el riesgo asegurado; (ii) que, por tanto, el asegurado vulneró el deber que le impone el art. 11 LCS y la jurisprudencia que lo interpreta (se citan y extractan las sentencias de 18 de julio de 2012, 4 de enero de 2008 y 20 de julio de 2000) de comunicar a su compañía de seguros, en el plazo de un año contado desde la suscripción de la póliza, lo que sin duda constituía no un mero deterioro posterior de su salud, sino un verdadero agravamiento del riesgo asegurado; y (iii) que según el art. 12 LCS, la consecuencia de haberse infringido el art. 11 LCS es que la aseguradora quede exonerada de pago y que, por tanto, deba desestimarse la demanda.

El demandante-recurrido se ha opuesto a ambos motivos alegando, en síntesis: (i) que son inadmisibles por inexistencia de interés casacional, dado que la controversia se plantea al margen de los hechos probados, de manera que lo que realmente encierran los motivos es la mera disconformidad de la recurrente con la valoración probatoria; y (ii) que en todo caso los motivos deben ser desestimados, en cuanto al motivo primero porque la sentencia recurrida aplica correctamente la jurisprudencia sobre el art. 10 LCS a los hechos probados, cuya revisión es lo único que se pretende, ya que los antecedentes de salud omitidos “no mantienen un nexo causal con el resultado indemnizable, que ha sido una invalidez como consecuencia de “cardiopatía isquémica, insuficiencia cardiaca aguda”, y en cuanto al motivo segundo porque la jurisprudencia sigue el criterio (finalmente acogido por la reforma del art. 11 LCS de 2015) de relativizar el deber de comunicación de las circunstancias agravantes del riesgo en el ámbito de los seguros de personas dado que el empeoramiento del estado de salud es entendido como algo consustancial al riesgo y previsible por la aseguradora, porque el cuestionario no contenía ninguna pregunta sobre la incapacidad permanente, de modo que su falta de concreción debe operar en perjuicio de la aseguradora, pues esta debe soportar las

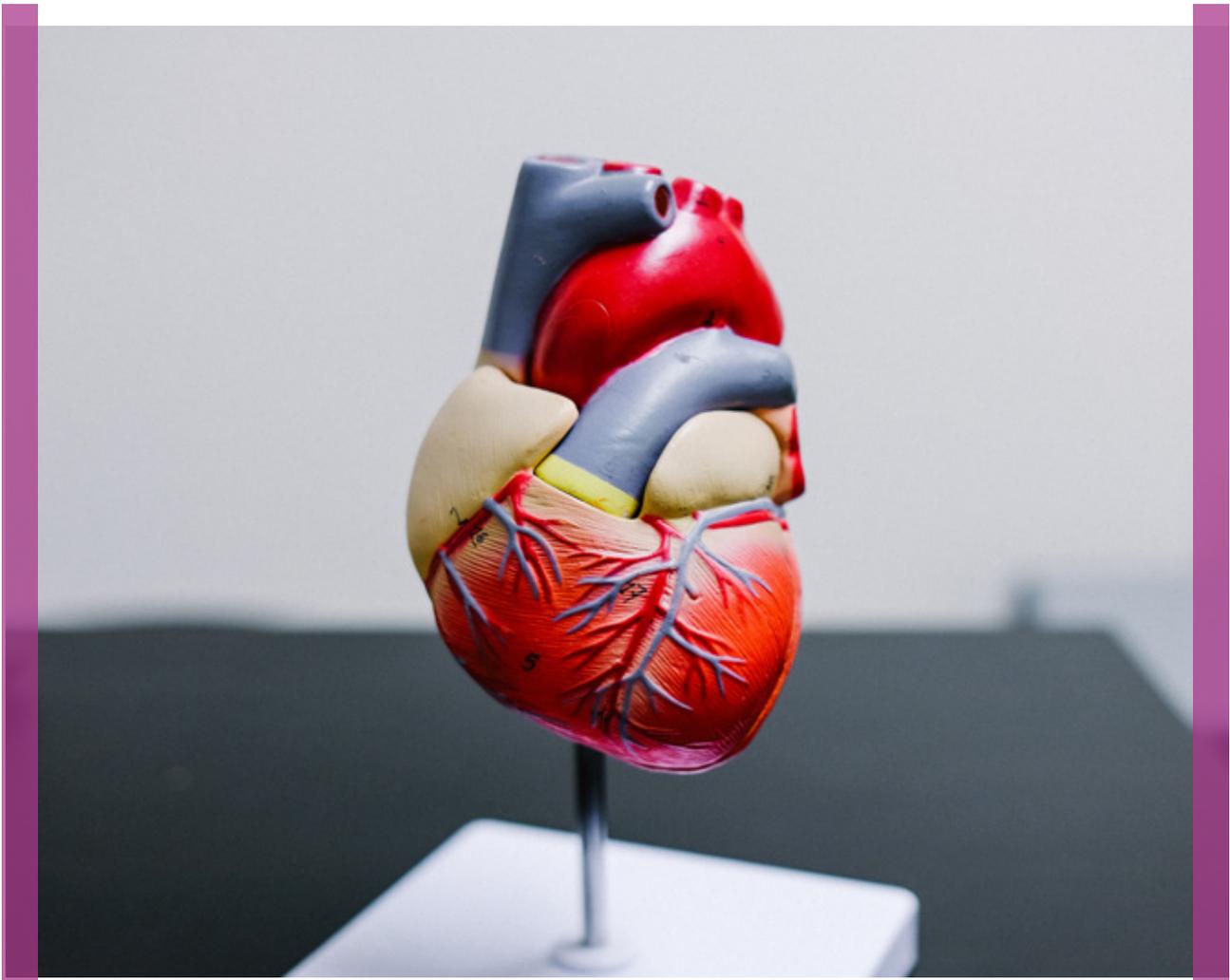
consecuencias de un cuestionario ambiguo o genérico, y porque además la aseguradora giró recibo para el cobro de la prima después de conocer la existencia del siniestro.

TERCERO.- No concurren los óbices de admisibilidad alegados por la aseguradora porque, como ha reiterado esta sala en recursos sobre el art. 10 LCS y su jurisprudencia (p.ej. sentencias 235/2021, de 29 de abril, 108/2021, de 1 de marzo, 661/2020, de 10 de diciembre, y 639/2020, de 25 de noviembre), puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso partiendo del respeto a los hechos probados, requisitos que se cumplen en este caso porque lo que se plantea fundamentalmente en casación, con cita de las normas aplicables a la controversia y pleno respeto a los hechos probados, son dos cuestiones exclusivamente jurídicas consistentes en la existencia de nexo causal entre las patologías ocultadas y la determinante

de la IPA por la que se reclama, y en la apreciación o no de circunstancias determinantes de la agravación del riesgo inicial que obligaran al asegurado a su comunicación a la aseguradora, todo lo cual ha permitido a esta sala identificar dichos problemas jurídicos y a la parte recurrida oponerse a ambos motivos del recurso.

CUARTO.- Sobre el deber de declarar el riesgo del art. 10 LCS y su infracción, la citada sentencia 235/2021 (como se dirá, dictada en un caso sustancialmente semejante) recuerda con valor de síntesis jurisprudencial lo siguiente:

“De la muy copiosa jurisprudencia de esta sala sobre la interpretación del art. 10 LCS (p. ej., sentencias 661/2020, de 10 de diciembre, 647/2020, de 30 de noviembre, y 639/2020 y 638/2020, estas dos últimas de 25 de noviembre, y 611/2020, de 11 de noviembre) resulta especialmente de interés para el presente recurso lo siguiente: (i) el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además



recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; y (ii) lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando o silenciando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro.

“La sentencia 611/2020, con cita de las sentencias 333/2020, de 22 de junio, y 345/2020, de 23 de junio, reitera, en primer lugar, que del art. 10 LCS resulta claramente que lo determinante de la liberación del pago de la prestación a cargo del asegurador no es la mera inexactitud en las respuestas del asegurado sino el dolo o la culpa grave, es decir, “la inexactitud intencionada o debida a una culpa o negligencia de especial intensidad”, y en segundo lugar, en cuanto a la relevancia de la relación causal entre el dato omitido y el riesgo cubierto, que como resulta de la 345/2020, y de las sentencias 562/2018, de 10 de octubre, 307/2004, de 21 de abril, y 119/2004, de 19 de febrero, el incumplimiento del deber de declaración leal del art. 10 LCS precisa que concurren los requisitos siguientes:

“1) que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante; 2) que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa; 3) que el riesgo declarado sea distinto del real; 4) que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración; 5) que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento; y 6) que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto”.

En cuanto a la interpretación jurisprudencial del art. 11 LCS, según redacción vigente a la fecha del siniestro (anterior a su reforma de 2015), en cuya virtud el tomador o el asegurado tienen el deber de comunicar “todas las circunstancias 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”, del cuerpo de doctrina sentado por las sentencias 757/2000, de 20 de julio (citada por la 53/2019, de 24 de enero), 469/1997, de 31 de mayo, y 1373/2007, de 4 de enero de 2008 (estas dos últimas citadas por la 515/2012, de 18 de julio), resulta, en lo que ahora interesa: (i) que el fundamento de dicho deber es que el estado de cosas existente al tiempo del contrato que condicionan su configuración puede verse alterado por circunstancias de diversa índole que pueden implicar un aumento de los riesgos y con ello desequilibrar, en perjuicio del acreedor, la situación inicialmente prevista, estando obligado el tomador o el asegurado a hacérselas saber al asegurador, dado que no hacerlo así posibilita, según el art. 12 LCS, que este quede liberado de su obligación de pago, si concurriera mala fe, o que pueda reducir proporcionalmente la indemnización a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiere aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo (sentencia 757/2000); (ii) que ha de tenerse en cuenta la clase de seguro para determinar cuáles son las circunstancias agravatorias del riesgo (sentencia 469/1997), pues, p.ej., el deber que impone el art. 11 LCS está sometido en el seguro de vida a determinadas limitaciones -no abarca el agravamiento de la salud del asegurado y ha de tratarse de circunstancias que determinen un incremento del riesgo, por tanto de circunstancias no concurrentes en el momento de la perfección del contrato - (sentencia 1373/2007); y (iii) que por esta razón, en el seguro de vida para caso de fallecimiento, si el riesgo cubierto es la muerte del asegurado por cualquier causa, no estableciéndose en el clausulado de la póliza ninguna excepción, “la posterior aparición o descubrimiento en el asegurado de una enfermedad con resultado letal, no puede considerarse como circunstancia que agrava el riesgo asegurado, “el fallecimiento por cualquier causa”, al tratarse de un seguro de vida para caso de muerte; otra cosa iría contra el propio contenido contractual ya que en todos los supuestos de enfermedad más o menos grave del asegurado se concedería al asegurador una facultad de modificación del contrato o de rescisión del mismo, con lo que se frustraría, en perjuicio del asegurado, la finalidad del contrato que no fue otra sino que la de cubrir el riesgo de muerte “por cualquier causa” en los términos pactados” (sentencia 469/1997, de 31 de mayo, citada a su vez por la sentencia 481/2007, de 11 de mayo, que en la

misma línea y con cita también de la sentencia 128/2005, de 4 de marzo, declara que “el estado de salud debe declararse por el asegurado al formular su solicitud si lo exige el asegurador, y entonces la enfermedad posterior no sería ya agravación del riesgo sino el riesgo mismo”).

Este tratamiento distinto del deber de comunicar la agravación del riesgo en los seguros de personas, fundado en que el empeoramiento del estado de salud del asegurado no constituye una agravación del riesgo, ha dado lugar a que en 2015 se reformara el art. 11 LCS pasando a tener la siguiente redacción:

“2. En los seguros de personas 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”.

QUINTO.- De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta a los motivos del recurso se desprende que deben ser desestimados por las siguientes razones:

1.ª) En cuanto al motivo primero, porque aunque existió ocultación de patologías de tipo traumatológico (esencialmente fracturas de fémur y clavícula) y de sus consiguientes cirugías y periodos de baja, por las que el asegurado fue expresamente preguntado y cuya realidad conocía o no podía razonablemente desconocer al haber sido diagnosticadas años antes, lo relevante para excluir la infracción del art. 10 LCS es que dichas patologías no fueron la causa de la cardiopatía isquémica crónica que se diagnosticó al asegurado casi ocho años después de suscribir la póliza y que fue la razón de que se revisara el grado de invalidez y de que se le reconociera la absoluta. Este fue el criterio seguido en un caso semejante por la citada sentencia 235/2021, al descartar que los antecedentes de salud no declarados (de hipertensión arterial y colesterol) tuvieran relación causal con la cardiopatía isquémica (como en este caso, no diagnosticada cuando se suscribió la póliza) que provocó su fallecimiento. A estos efectos conviene puntualizar que en los informes clínicos de 16 de mayo de 2003 y 21 de septiembre de 2004, relativos a los padecimientos traumatológicos del demandante y próximos a la fecha de suscripción de la póliza, se reseñó “No enfermedades de interés”.

2.ª) En cuanto al motivo segundo, porque la sentencia recurrida es conforme con la jurisprudencia que interpretaba el art. 11 LCS

para los seguros de personas en su redacción aplicable al caso. En este sentido: (i) la póliza cubría el riesgo complementario de invalidez permanente absoluta del asegurado por el que se reclama, cualquiera que fuera su causa y sin otra excepción que la exclusión de invalideces causadas por enfermedades o accidentes originados con anterioridad a la entrada en vigor del seguro, lo que no puede afirmarse de la cardiopatía, porque su diagnóstico fue muy posterior; (ii) en estas circunstancias, la posterior aparición de una enfermedad invalidante como lo fue la cardiopatía isquémica no puede considerarse como circunstancia que agravase el riesgo asegurado sino como un empeoramiento del estado de salud inicial constitutivo del riesgo mismo asegurado; y (iii) además, la falta de comunicación a la aseguradora de la IPT carece de la relevancia que le atribuye la recurrente porque, como razona el tribunal sentenciador, ni aquella invalidez ni las patologías que la determinaron guardan relación causal con la enfermedad cardíaca determinante de la IPA.

SEXTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la recurrente, que además perderá el depósito constituido (d. adicional 15.ª.9 LOPJ).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la demandada Santa Lucía S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros contra la sentencia dictada el 15 de octubre de 2018 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo en el recurso de apelación n.º 672/2017.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- E imponer las costas a la recurrente, que perderá el depósito constituido.

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

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

Así se acuerda y firma.

Por **Pedro Torrecillas Jiménez**
Abogado

Con esta nueva sentencia, el ponente, Marín Castán, viene a clarificar, aún más si cabe, la doctrina jurisprudencial del T.S. respecto a la aplicación de los arts. 10 y 11 de la L.C.S.

Estamos ante un seguro de vida, donde por una IPA, tanto en Primera Instancia como en Apelación se condenó a la entidad aseguradora, y ésta presentó un Recurso de Casación alegando dos motivos: infracción del art. 10 de la L.C.S. e infracción de los arts. 11 y 12 de la LCS.

Por el primer motivo, infracción del art. 10 de la LCS la aseguradora alegó que existían patologías que afectaban al núcleo esencial del riesgo complementario de invalidez objeto de cobertura, las cuales de haberlas conocido la aseguradora, habrían influido en su decisión de contratar y que para apreciarla infracción del art. 10 de la LCS era irrelevante que los antecedentes de salud ocultados tuvieran o no relación con la cardiopatía isquémica crónica que sirvió de base para solicitar posteriormente la revisión el grado de invalidez y que determinó que se reconociera la IPA. Hay que tener en cuenta que cuando se contrató

(...) “... damos por sentado que el propio T.S. ha considerado, sin ningún tipo de dudas, que la IPA ha sido motivada, exclusivamente, por la cardiopatía isquémica, y para el grado de incapacidad no han tenido influencia alguna las patologías previas.” (...)

la póliza el asegurado ya llevaba un año de baja por distintas patologías, y cuando no había transcurrido un año desde la contratación de la póliza, le concedieron la IPT. Dichas circunstancias no fueron declaradas en el cuestionario de salud, porque, al parecer, no se les preguntó por ellas, sin embargo, la revisión de IPT a IPA se produjo ocho años después y por una nueva patología que surgió con posterioridad a la contratación del seguro.

La segunda cuestión planteada por la aseguradora se refería a la aplicación de los arts. 11 y 12 de la L.C.S., alegando que no se discutía que el asegurado ocultó a la asegurador una IPT que le fue reconocida a los tres meses de suscribir el seguro en base a la patología que ya padecía al contratarlo, teniendo esa IPT una influencia notable En el riesgo asegurado, y que el asegurado vulneró el deber que le imponía el art. 11 de la LCS y la jurisprudencia que lo interpreta de comunicar a su compañía de seguro, en el plazo de un año contado desde la suscripción de la póliza, lo que constituía, a juicio de la aseguradora, un agravamiento del riesgo asegurado y debía exonerar de responsabilidad a la misma.

El T.S. confirma la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, corroborando el fallo dictado, al considerar que no ha existido vulneración jurisprudencial alguna, toda vez que se han aplicado de forma correcta los criterios marcados y esgrimidos por el propio T.S. en situaciones similares a las que se han resuelto en este supuesto.

En cuanto al primer motivo, considera que no hubo ocultación de patologías previas al contestar el cuestionario, al menos que tuvieran relación causal con la enfermedad que ha originado y motivado la revisión de la incapacidad de total a absoluta. Resultó probado que ocho años después de contratar la póliza el asegurado sufrió una cardiopatía isquémica crónica que fue la causa de la IPA, y para nada influyeron las patologías previas que habían

COMENTARIO

originaron la declaración de IPT que se le concedió tres meses de dicha contratación.

El T. S. en numerosas sentencias, algunas de las cuales vienen reseñadas en la resolución que comentamos, considera que para que exista incumplimiento del deber de declaración leal del art. 10 de la LCS es necesario que concurren las siguientes circunstancias: 1) que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante; 2) que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa; 3) que el riesgo declarado sea distinto del real; 4) que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debería haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración; 5) que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento; 6) que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto.

Por lo anterior, el T. S. no acoge las pretensiones de la entidad aseguradora al considerar que la última circunstancia exigida por la jurisprudencia no se da en el caso que nos ocupa. No existe relación causal ente las patologías previas a la contratación de la póliza con la enfermedad que motivó la declaración de IPA. Otra cosa distinta es que, sin profundizar en cuestiones médicas, por desconocer el contenido de los correspondientes informes periciales, se pudiera pensar que cuando un asegurado, antes de la contratación de la póliza llevaba más de un año de baja, y tres meses después es declarado afecto de una IPT, dicho estado, de alguna manera, pudiera haber influido o complementado a la enfermedad sufrida posteriormente para que, conjuntamente, hubieran producido la declaración de IPA, y de haberlo conocido la aseguradora no hubiera efectuado contratación alguna.

Según la valoración anterior, damos por sentado que el propio T.S. ha considerado, sin ningún tipo de dudas, que la IPA ha sido motivada, exclusivamente, por la cardiopatía isquémica, y para el grado de incapacidad no han tenido influencia alguna las patologías previas.

Finalmente, el T.S. resuelve el segundo motivo del recurso, menos controvertido que el anterior, aplicando también la no relación de causalidad entre la cardiopatía con las patologías previas.

La póliza cubría el riesgo complementario de invalidez permanente absoluta del asegurado, cualquiera que fuese su causa y sin otra excepción que la exclusión de invalideces causadas por enfermedades o accidentes originados con anterioridad a la entrada en vigor del seguro, lo que no se le aplica a la cardiopatía porque su diagnóstico fue muy posterior, y su aparición no puede considerarse como circunstancia que agravase el riesgo asegurado; y además, la falta de comunicación a la aseguradora de la IPT carece de la relevancia que le atribuye la aseguradora porque, ni aquella invalidez ni las patologías que la determinaron guardan relación causal con la enfermedad cardiaca determinante de la IPA.

El T.S. ha desestimado este último motivo del recurso en base a la no relación de causalidad, porque el siniestro fue anterior al año 2015, habida cuenta que en la reforma que hubo se modificó el contenido del art. 11 de la L.C.S. y a partir de entonces en los seguros de personas el tomador o el asegurado no tienen la obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado, que en ningún caso se considerarán agravación del riesgo.





jurisprudencia

Tribunal
Supremo
RESPONSABILIDAD CIVIL

Accidente aéreo. Resarcimiento pleno del lucro cesante padecido por la incapacidad permanente absoluta de un pasajero gravemente lesionado. Resarcimiento del daño psíquico sufrido por la madre y por la hermana de dicho pasajero como consecuencia de sus gravísimas lesiones

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 21 de diciembre de 2021
Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Como ya hemos declarado en anteriores recursos de los que ha conocido esta sala que tenían por objeto la reclamación de indemnización de daños corporales causados en el mismo accidente de aviación, el 20 de agosto de 2008, hacia las 14:23 horas, se produjo un accidente de aviación en el aeropuerto de Barajas. Cuando estaba iniciando la maniobra de despegue, el avión MD82 matrícula-YWM, de la compañía Spanair, que realizaba el vuelo NUM000 de Madrid a Las Palmas de Gran Canaria, cayó al suelo y explotó. En el siniestro fallecieron ciento cincuenta y cuatro personas y resultaron heridas otras dieciocho.

Sin perjuicio de otras posibles concausas, el accidente se produjo como consecuencia de la inadecuada configuración de la aeronave

para realizar esa maniobra, imputable al piloto y copiloto de la misma.

2.- La responsabilidad civil del transportista aéreo por los daños que pudieran sufrir los pasajeros de la aeronave siniestrada estaba asegurada por la compañía Mapfre Global Risks Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros S.A. (en lo sucesivo, Mapfre) en una póliza que cubría también los daños sufridos por la aeronave y la responsabilidad frente a terceros. La responsabilidad del asegurador, frente a terceros y frente a pasajeros, tenía un límite de mil quinientos millones de dólares USA por acaecimiento y aeronave.

3.- Varios supervivientes del accidente y familiares de víctimas del accidente interpusieron una demanda contra Mapfre, aseguradora de la responsabilidad civil de la aeronave siniestrada, en la que ejercitaron la acción directa prevista en el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro y le reclamaron diversas indemnizaciones por el fallecimiento de sus familiares o por los daños y perjuicios sufridos por ellos mismos, así como los intereses del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

4.- El Juzgado Mercantil estimó en parte la demanda y condenó a Mapfre a indemnizar a los demandantes en las cantidades resultantes de aplicar dicho baremo con el incremento del 50%, que devengaría el interés del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro, cantidades que serían reducidas con los anticipos pagados por Mapfre.

5.- La sentencia del Juzgado Mercantil fue apelada por ambas partes. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó en parte ambos recursos, modificó la cuantía de las indemnizaciones declaradas en favor de algunos de los demandantes y precisó que el interés del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro dejaría de devengarse respecto de las cantidades consignadas desde la fecha de su consignación.

6.- Contra la sentencia de la Audiencia Provincial los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido en su totalidad, y un recurso de casación basado en nueve motivos, respecto del que se ha admitido el motivo noveno y se han inadmitido los demás. Mapfre ha interpuesto un recurso de casación basado en cuatro motivos, respecto del que han sido admitidos los dos últimos motivos e inadmitido los dos primeros.

Recurso de casación de Mapfre

SEGUNDO.- Desestimación del motivo tercero del recurso por concurrir causas de inadmisión

1.- Los demandantes han alegado la concurrencia de una causa de inadmisión, consistente en la falta de cita de la norma sustantiva infringida en el encabezamiento del motivo, que, en este momento procesal, debe llevar a la desestimación del tercer motivo del recurso de casación interpuesto por Mapfre.

2.- El encabezamiento del motivo del recurso tiene este contenido:

“Vulneración de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo según la cual nuestro ordenamiento positivo se inspira en el principio “tempus regit actum” o de irretroactividad. La referida vulneración de doctrina jurisprudencial por obra de la Sentencia recurrida se realiza al aplicar, so capa de su utilización meramente orientativa y como mera referencia, del Nuevo Baremo, que introduce con efectos desde 1 de enero de 2016 el artículo único, nº 7 de la Ley 25/2015. Con esta aplicación, a la vez indebida y retroactiva, se infringe la doctrina jurisprudencial en materia de aplicación temporal de las normas jurídicas”.

3.- La formulación de este motivo incurre en el mismo defecto en que incurrieron los recursos interpuestos por Mapfre, sobre el mismo accidente, y resueltos en nuestras sentencias 461/2019, de 3 de septiembre, 681/2019, de 17 de diciembre, 624/2020, de 19 de noviembre, 630/2020, de 24 de noviembre, 85/2021, de 16 de febrero, 135/2021, de 9 de marzo, y 559/2021, de 22 de julio, que desestimaron, por causa de inadmisión, el motivo defectuosamente formulado.

4.- Según hemos declarado reiteradamente (por ejemplo, en sentencias 108/2017, de 17 de febrero, 91/2018, de 19 de febrero, y 330/2019, de 6 de junio), el recurso de casación, conforme al art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. Y, como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida en el encabezamiento del motivo de casación.

5.- Como afirmamos en la sentencia



399/2017, de 27 de junio:

“Constituye una exigencia mínima de la formulación de los motivos de casación, como hemos recordado recientemente en el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, que se identifique con claridad la norma infringida. No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara”.

6.- Ello responde a que en un recurso extraordinario como es el de casación, no es posible que sea la Sala la que, supliendo la actividad que la regulación de tal recurso atribuye a la parte, investigue si el agravio denunciado deriva de la infracción de una norma sustantiva, identifique la norma vulnerada y construya la argumentación del recurso a fin de precisar en qué y por qué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso.

7.- De ahí que esta sala haya venido insistiendo en que es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación, y más concretamente, en su encabezamiento (sentencias 121/2017, de 23 de febrero, 645/2017, de 24 de noviembre, 293/2018, de 22 de mayo, y 330/2019, de 6 de junio).

8.- En concreto, en las sentencias 487/2018, de 12 de septiembre, y 518/2018, de 20 de septiembre, hemos declarado:

“Hemos interpretado los arts. 481.1 y 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de que la indicación precisa de la norma infringida ha de realizarse en el encabezamiento de cada uno de los motivos en que se funde el recurso, sin que sea suficiente que pueda deducirse del desarrollo de los motivos y sin que tenga que acudirse al estudio de su fundamentación”.

9.- Solo es admisible que se cite exclusivamente como infringida la jurisprudencia de la sala cuando la regla jurídica haya sido enunciada exclusivamente por la jurisprudencia, lo que no es el caso. Cuando la norma jurídica infringida viene enunciada en un precepto legal, es necesario que se cite este precepto, en cuyo caso la cita de la jurisprudencia infringida solo sirve para justificar el interés casacional en el caso de que el acceso al recurso se haga por la vía del art. 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

10.- La referencia a la existencia de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sirve para justificar el interés casacional, pero no es propiamente el motivo del recurso, sino un presupuesto del mismo. El verdadero motivo debe estar en el “conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso” (entre otras, sentencias 220/2017, de 4 de abril, 338/2017, de 30 de mayo, y 380/2017, de 14 de junio). La norma a que se hace referencia (“el artículo único, nº 7 de la Ley 25/2015”) no sería la norma infringida, pues la infracción vendría referida a la retroactividad en su aplicación.

11.- Como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 19 de diciembre de 1997 (asunto 155/1996 774/975, Brualla Gómez de la Torre contra España), los requisitos de admisibilidad de un recurso de casación pueden ser más rigurosos que los de un recurso de apelación, siendo compatible con el Convenio un mayor formalismo para el recurso de casación (parágrafos 37 y 38).

12.- La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

13.- El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que “la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos” (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

TERCERO.- Formulación del cuarto motivo

1.- El encabezamiento de este motivo es del siguiente tenor:

“Infracción del artículo 1106 del Código Civil.

“ Infracción por la sentencia recurrida, en

relación con la indemnización concedida a D. Teodoro, de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que interpreta el artículo 1106 del Código Civil y que establece, dentro del ámbito de la valoración de daños en supuestos derivados de responsabilidad civil, que las cantidades indemnizatorias que eventualmente se concedan a favor del concreto perjudicado en concepto de lucro cesante en ningún caso pueden suponer un incremento de más del 75% sobre la cantidad que corresponda percibir a dicho perjudicado como indemnización básica”.

2.- En el desarrollo del motivo, Mapfre argumenta que la indemnización por lucro cesante fijada a favor de D. Teodoro supera el 75% de la indemnización básica que le corresponde por la incapacidad temporal y las lesiones permanentes o secuelas. Al actuar así, la jurisprudencia habría vulnerado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que limita el incremento correspondiente al lucro cesante al 75% de las cantidades concedidas como indemnización básica.

CUARTO.- Decisión del tribunal: aplicación del criterio de plena indemnidad en la indemnización del lucro cesante derivado de las lesiones personales sufridas en un accidente de aviación

1.- La responsabilidad civil de la compañía Spanair por el fallecimiento y las lesiones sufridas por los pasajeros del vuelo siniestrado, cubierta por el seguro concertado con Mapfre, estaba regulada por el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (en adelante, CM) y por el Reglamento (CE) n.º 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje.

2.- El Reglamento (CE) n.º 2027/1997, tras la modificación operada por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, de 13 de mayo de 2002, hace extensiva la aplicación de las disposiciones del Convenio de Montreal “al transporte aéreo en el interior de un Estado miembro” (art. 1) y a la regulación de la responsabilidad de las compañías aéreas comunitarias en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje (art. 3.1). Este Reglamento (CE) n.º 2027/1997 desarrolla también alguno de los preceptos del CM, como es el caso de los pagos adelantados a que hace referencia el art. 28 CM, que el Reglamento (CE) n.º 2027/1997, reformado también en este punto por el Reglamento (CE)

n.º 889/2002, regula en su art. 5.

3.- El art. 17 CM establece:

“El transportista es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó la muerte o lesión se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque”.

4.- El anexo que Reglamento (CE) n.º 889/2002 del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, añade al Reglamento (CE) n.º 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, establece:

“No hay límite económico fijado para la responsabilidad en caso de lesiones o muerte del pasajero”.

Esta regla se introduce en los considerandos 4 y 6 del Reglamento, que declaran:

“(4) El Convenio de Montreal prevé un régimen de responsabilidad ilimitada en caso de muerte o lesión de un pasajero del transporte aéreo”.

“(10) Un sistema de responsabilidad ilimitada en caso de muerte o lesión del pasajero resulta adecuado en el contexto de un sistema de transporte aéreo moderno y seguro”.

5.- En consecuencia, el sistema instaurado en el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, y en el Reglamento (CE) n.º 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, modificado por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, de 13 de mayo de 2002, responde al criterio de la total indemnidad en la indemnización de la muerte y lesiones corporales de los pasajeros causados en accidente producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque.

6.- Dado que la Audiencia Provincial ha declarado probado que el lucro cesante sufrido por el referido pasajero como consecuencia de las gravísimas lesiones que sufrió en el accidente de aviación del avión de Spanair es el fijado en el informe pericial

actuarial, y ha fijado la indemnización de dicho lucro cesante en el importe determinado en el citado informe pericial, la pretensión de Mapfre de reducir dicha indemnización por debajo del importe real del lucro cesante es contraria al principio de indemnidad plena a que responde el sistema instaurado en el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, y en el Reglamento (CE) n.º 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, modificado por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, de 13 de mayo de 2002, y debe ser rechazado.

7.- La doctrina contenida en la sentencia de esta sala de 25 de marzo de 2010, recurso 1741/2004, no es aplicable al presente caso. Dicha sentencia se dictó en relación con un accidente de circulación de vehículos de motor, al que es plenamente aplicable el régimen legal de responsabilidad civil por daños causados en la circulación, concretamente el sistema de valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación contenido en el anexo 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.

8.- En esa sentencia, este tribunal apreció la existencia de una antinomia entre la consagración del principio de la íntegra reparación para la determinación y la cuantificación de los daños causados a las personas en accidente de circulación de vehículos de motor, por una parte, y la cuantificación para la indemnización de lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima que resulta de la aplicación de los factores de corrección, por otra parte. También declaramos en esa sentencia que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible de ser resarcido íntegramente con arreglo al sistema de valoración [del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre], pero sí de ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa



relevante por parte del conductor.

9.- Esas limitaciones al principio de reparación íntegra del perjuicio pueden estar justificadas en el caso del lucro cesante derivado del accidente de circulación de vehículos de motor por la existencia de una previsión legal expresa que responde a las especiales características concurrentes en la circulación de vehículos de motor, y así se apreció en esa sentencia. Pero no está justificada su extrapolación a otros campos en los que no concurren esas circunstancias, justamente por faltar ese fundamento legal a la limitación de la plena indemnidad reparatoria del lucro cesante.

10.- No debe olvidarse que la utilización del baremo del anexo 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 la fijación de las indemnizaciones en otros sectores de la responsabilidad civil, no es una aplicación analógica, sino orientativa, no vinculante, que tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima. Su utilidad radica en que permite estructurar la indemnización de daños de contenido no patrimonial en los supuestos en que dichos daños coincidan con alguna de las previsiones del baremo, y ayuda a superar la dificultad de establecer criterios indemnizatorios dotados de una cierta racionalidad y previsibilidad.

11.- El carácter orientativo del baremo en

otros campos ajenos a la responsabilidad por el uso y circulación de vehículos de motor ya ha sido puesto de relieve por esta sala en anteriores sentencias. Por ejemplo, en la sentencia 269/2019, de 17 de mayo, declaramos que la utilización del baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no supone que solo puedan considerarse perjudicados los considerados como tales en la normativa que establece el citado baremo. Tratándose de sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor que es objeto de dicha ley, la fijación de un determinado círculo de perjudicados en la normativa reguladora del mencionado baremo no resulta vinculante, y el tribunal puede, justificadamente, considerar como perjudicadas a otras personas y acordar a su favor una indemnización que tenga en cuenta los criterios indemnizatorios que en la normativa reguladora del baremo se establecen para los perjudicados con los que puedan guardar mayores analogías.

12.- En conclusión, dado que el sistema de indemnización de muerte y lesiones corporales establecido en el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (en adelante, CM) y el Reglamento (CE) n.º 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, modificado por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, de 13 de mayo de 2002, responde al principio de plena indemnidad de la víctima, sin que proceda establecer límites a dicha indemnización, no puede

aceptarse la pretensión de Mapfre de reducir la indemnización del lucro cesante por debajo de su importe real, fijado con base en las pruebas practicadas. Tal limitación pretende basarse en la aplicación del sistema de valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación contenido en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que, como se ha expuesto, no viene impuesta por la ley y que solo procede utilizar de forma orientativa para facilitar la valoración de los daños de carácter personal, atendiendo las circunstancias del caso y con respeto del principio de plena indemnidad.

Recurso de casación interpuesto por la representación de D.^ª Vanesa y D.^ª Marí Juana

QUINTO.- Formulación del motivo

1.- Del recurso de casación formulado por los demandantes solo ha sido admitido el motivo noveno, en el que se impugnan los pronunciamientos de la sentencia que afectan a D.^ª Vanesa y D.^ª Marí Juana.

2.- En el encabezamiento del motivo, las recurrentes denuncian la “[i]nfracción de los artículos 17.1 y 21 del Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para unificación de ciertas reglas del transporte internacional, aplicables por remisión del actual artículo 3.1 del artículo 1.4) del Reglamento (CE) nº 2027/1997, en relación con la indemnización concedida en la Sentencia impugnada a D.^ª Vanesa y D.^ª Marí Juana, la cual no contempla compensación alguna por los daños morales sufridos por éstas y que no son consecuencia del daño corporal por ellas sufrido. Infracción igualmente del principio de “indemnidad” de la víctima que informa los artículos 1.106 y 1.902 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial que ordena la reparación efectiva del daño causado y la íntegra indemnidad del perjudicado”.

3.- En el desarrollo del motivo, sintéticamente, las recurrentes alegan que aunque la sentencia recurrida reconoce que el daño moral o psicológico que sufrieron estas demandantes como consecuencia del siniestro en el que resultó gravemente lesionado D. Teodoro, hijo y hermano, respectivamente, de las recurrentes, fue la causa previa y determinante de sus lesiones corporales, la indemnización que se les reconoce no contempla la compensación de este daño moral previo e intenso, pues solo se les ha indemnizado el daño corporal y el daño moral derivado de ese daño corporal. Al resolver en estos términos, la sentencia

recurrida habría infringido la doctrina contenida en la sentencia 232/2016, de 8 de abril.

4.- Mapfre ha limitado su escrito de oposición al motivo a plantear diversas causas de inadmisión del motivo, como la cita de diversas infracciones en un único motivo, plantear una cuestión de hecho y pretender una nueva valoración de la prueba, que carecen de fundamento porque el motivo no incurre en tales defectos casacionales.

SEXTO.- Decisión del tribunal: sufrimiento psicológico de los familiares del accidentado que les ha provocado daños corporales

1.- Las recurrentes son, respectivamente, madre y hermana de D. Teodoro, que sufrió gravísimas lesiones en el accidente de aviación como consecuencia las cuales estuvo 145 días hospitalizado, 1751 días de curación con incapacidad, 220 días de curación sin incapacidad y le quedaron unas secuelas físicas funcionales valoradas en 68 puntos y estéticas valoradas en 25 puntos.

2.- En la sentencia recurrida se reconoce que D.^ª Vanesa, madre del accidentado, sufrió, como consecuencia del siniestro en que resultó gravemente lesionado su hijo, un cuadro de ansiedad que tardó en curar 331 días, durante los que estuvo incapacitada para sus ocupaciones habituales, y le quedó como secuela un trastorno neurótico valorado en tres puntos. Afirma la sentencia que “el cuadro padecido por la demandante tiene relación directa y causal con el accidente en tanto que es consecuencia de las lesiones y secuelas padecidas por su hijo con ocasión del accidente aéreo”. La sentencia recurrida fijó en su favor una indemnización de 31.900,62 duros por los días de baja y de 3.768,68 euros por las secuelas, tomando como orientación las cuantías previstas en la tabla V del baremo, incrementadas en un 50%, respecto de la primera partida, y las previstas en las tablas III y IV, también incrementadas en un 50%, respecto de la segunda.

3.- Respecto de D.^ª Marí Juana, hermana de D. Teodoro, la sentencia reconoce que sufrió un cuadro de ansiedad que tardó en curar 58 días, durante los que estuvo incapacitada para sus ocupaciones habituales, también como consecuencia directa del accidente en tanto que tiene relación causal directa con las gravísimas lesiones padecidas por su hermano en el accidente aéreo. Le fue reconocida una indemnización de 5.589,84 euros por los días de baja, tomando como orientación las

cuantías previstas en la tabla V del baremo, incrementadas en un 50%.

4.- En ambos casos, la sentencia recurrida afirma que “la indemnización por las lesiones comprende el daño moral padecido por la perjudicada”.

5.- Queda fuera del ámbito de discusión para resolver este motivo la cuestión de si la responsabilidad civil por los daños cuya indemnización han solicitado las ahora recurrentes se encuentra incluida en el ámbito del art. 17.1 del Convenio de Montreal. La sentencia recurrida los considera incluidos en el ámbito de esta norma y las recurrentes parten de esta base, sin que, por tanto, pueda negarse tal premisa por cuanto que, de hacerlo, se incurriría en una reformatio in peius. Por las mismas razones no puede discutirse la relación de causalidad directa entre el accidente y los daños sufridos por estas recurrentes, relación de causalidad directa que es fijada en la sentencia de la Audiencia Provincial.

6.- Las recurrentes alegan que la indemnización que en su favor ha acordado dicha sentencia no respeta el principio de

indemnidad porque no se indemnizan la totalidad de los daños sufridos por ellas. Argumentan que los daños corporales que han sido indemnizados (causantes de una incapacidad temporal para sus ocupaciones habituales en ambas recurrentes, y de secuelas en una de ellas) fueron la consecuencia del daño moral y psicológico que les produjo el hecho de que su familiar sufriera gravísimas lesiones en el accidente aéreo. Y que el principio de indemnidad de la víctima exige que se indemnicen no solo los daños corporales (y los daños morales que son consecuencia de estos daños corporales) sino también el daño moral, consistente en el sufrimiento psicológico que fue causante de esos daños corporales.

7.- Aunque las recurrentes plantean la cuestión como la aplicación por la sentencia recurrida de una limitación a la indemnidad de la víctima, en realidad solo se habría producido esa limitación si se hubiera dejado de indemnizar un daño sufrido por tales víctimas. Pero, como cuestión previa, hay que decidir si la indemnización acordada por la Audiencia Provincial con base en una aplicación orientativa del baremo del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, cubre



la indemnización de todos los daños sufridos por las demandantes o si, por el contrario, hay daños que han quedado sin indemnización. Más en concreto, si el sufrimiento psicológico que provocó el cuadro de ansiedad de ambas recurrentes y el trastorno neurótico a una de ellas ha de indemnizarse separadamente de ese cuadro de ansiedad y ese trastorno neurótico.

8.- Para resolver el motivo, ha de partirse de una premisa fáctica: los daños sufridos por las recurrentes consisten, en ambos casos, en el cuadro de ansiedad que determinó distintos periodos de incapacidad para sus ocupaciones habituales en una y otra recurrente, y la secuela del trastorno neurótico, valorado en tres puntos, en una de ellas. Y que tales daños tienen una relación causal directa con las gravísimas lesiones padecidas por su hijo y hermano, respectivamente, en el accidente aéreo. No pueden tomarse en consideración otros daños distintos de los fijados en la instancia.

9.- En la sentencia 232/2016, de 8 de abril, afirmamos que, si bien cuando se aplica el sistema de valoración incorporado en el baremo del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por estar incluido el siniestro en el ámbito de su aplicación, la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al mismo; sin embargo, cuando el baremo del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, es utilizado de forma orientativa, porque el siniestro no está incluido en su ámbito de aplicación imperativa, no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal, requisito, este último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral.

10.- Ahora bien, en el caso objeto de aquella sentencia, el supuesto de hecho era muy distinto. Los demandantes que reclamaban eran pasajeros del crucero que naufragó, esto es, eran víctimas directamente involucradas en un accidente de naturaleza excepcional. Todos ellos padecieron graves daños morales como consecuencia de la angustia y zozobra sufrida durante el naufragio del crucero en el que viajaban. Y algunos de ellos, además, padecieron lesiones corporales causadas en el naufragio, ajenas a ese padecimiento psíquico. Por tal razón, la sentencia de esta sala que resolvió aquel recurso consideró que indemnizar separadamente unos y otros no

suponía la doble indemnización por el mismo daño moral.

11.- En el presente caso, los daños corporales fueron la manifestación del sufrimiento psíquico sufrido por las recurrentes como consecuencia de que su familiar directo resultó gravemente lesionado en el accidente de aviación. Ellas no fueron víctimas directas, en el sentido de que no eran pasajeras del avión siniestrado, y no sufrieron un padecimiento psíquico intenso por verse involucradas en el accidente y, además, unos daños físicos derivados del desplome del avión al despegar.

12.- Consideramos que, en el caso de las recurrentes, no puede hacerse una diferenciación entre daño moral y daños corporales como la que pretenden en este motivo del recurso, de modo que constituyan dos conceptos indemnizables diferentes. Los daños corporales son la manifestación externa del sufrimiento psíquico padecido por las demandantes y, por tal razón, no hay conceptos indemnizables diferentes, sino una sola realidad lesiva en la que aprecia una causa (el sufrimiento psíquico) y unas consecuencias o manifestaciones externas (unos daños corporales que provocan incapacidad temporal y secuelas), que debe ser indemnizada conjuntamente.

13.- Así lo ha hecho la Audiencia Provincial, que ha declarado expresamente que la indemnización fijada en favor de cada una de estas recurrentes por sus lesiones “comprende el daño moral padecido por la perjudicada”.

14.- La consecuencia de lo expuesto es que al utilizar como criterio indemnizatorio la aplicación orientativa del baremo del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, e indemnizar el periodo de curación con incapacidad para sus ocupaciones habituales y las secuelas efectivamente provocadas por el sufrimiento psíquico que las gravísimas lesiones sufridas por su hijo y hermano, respectivamente, produjeron a las recurrentes, la Audiencia Provincial no vulneró el principio de indemnidad en la indemnización de los daños y perjuicios ni aplicó limitaciones a la indemnización por muerte o lesiones corporales, incompatibles con el sistema del Convenio de Montreal y el Reglamento (CE) n.º 2027/1997, modificado por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, de 13 de mayo de 2002.

SÉPTIMO.- Improcedencia de plantear cuestión prejudicial

1.- Los términos en los que han quedado planteadas las cuestiones objeto del recurso que ha de ser resuelto por la sala hacen innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial.

2.- La única cuestión que tendría alguna relación con los motivos que han sido resueltos sería la tercera postulada por los demandantes recurrentes en su escrito, y sobre esta cuestión la sala considera que no es dudoso que el régimen indemnizatorio de los daños corporales producidos en accidentes aéreos que resulta del Derecho de la UE es incompatible con el establecimiento de límites indemnizatorios, consecuencia de la aplicación de un sistema de baremo que no tiene carácter imperativo en este sector de la responsabilidad civil, que reduzcan la indemnización del lucro cesante por debajo del importe real del mismo que ha resultado fijado por las pruebas practicadas.

3.- Por tanto, es improcedente plantear al TJUE las cuestiones propuestas por los demandantes recurrentes puesto que su resolución no es necesaria para la resolución de los recursos.

OCTAVO.- Costas y depósitos

1.- Procede condenar a D.^a Visitacion y los demás demandantes recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que ha sido inadmitido y del recurso de casación que ha sido desestimado; y procede condenar a Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros S.A. al pago de las costas de su recurso de casación que ha resultado desestimado; de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por D.^a Visitacion y otros demandantes, y se acuerda la pérdida del depósito constituido por Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros S.A. para la interposición de su recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.^o- Desestimar los recursos de casación interpuestos por D.^a Visitacion, D. Mauricio, D.^a Amanda, D.^a Araceli, D.^a Azucena, D. Rodolfo, D. Ruperto, D. Saturnino, D. Torcuato, D. Rubén, D.^a Estrella, D.^a Fermina, D. Jesús Luis, D. Jose Pablo, D. Ángel Jesús, D. Agustín, D.^a Martina, D.^a Mónica, D.^a Reyes, D. Dionisio, D.^a Ángeles, D. Eulogio, D.^a Benita, D. Fermín, D.^a Alejandra, D. Gines, D.^a Dolores, D. Iván, D.^a Carmela, D. Leon, D.^a Debora, D. Matías, D.^a Estefanía, D.^a Fátima, D.^a Gabriela, D.^a Inocencia, D. Sergio, D.^a Marcelina, D.^a Mercedes, D.^a Paloma, D.^a Rafaela, D.^a Rosario, D.^a Sara, D. Adolfo, D. Alfonso, D. Anibal, D. Argimiro, D.^a Elisenda, D.^a Adolfinia, D.^a Amalia, D. Cesar, D. Daniel, D.^a Camino, D. Epifanio, D.^a María, D. Gerardo, D. Héctor, D.^a Florinda, D. Jacobo, D.^a Milagrosa, D.^a Laura, D.^a Lucía, D. Javier, D.^a Sabina, D.^a Natividad, D. Plácido, D.^a Raquel, D. Salvador, D. Teodoro, D.^a Vanesa, D.^a Marí Juana, de una parte, y por Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros S.A., de otra, contra la sentencia 5/2018 de 8 de enero, dictada por la Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 79/2016.

2.^o- Condenar a D.^a Visitacion y los demás demandantes recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que resultó inadmitido y del recurso de casación que ha sido desestimado; y condenar a Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros S.A. al pago de las costas del recurso de casación que ha resultado desestimado.

3.^o- Acordar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y de los recursos de casación.

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

El Excmo. Sr. magistrado D. Juan María Díaz Fraile votó en sala pero no pudo firmar, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo.

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

Así se acuerda y firma.

Por **Mariano Medina Crespo***Abogado
Doctor en derecho*

La desestimación del motivo casacional articulado por la demandada, aseguradora de la responsabilidad de la transportista aérea.

Uno de los pasajeros supervivientes del accidente aéreo de autos resultó con gravísimas lesiones que tardaron en curar al cabo de casi 2.000 días, restándole secuelas determinantes de una incapacidad laboral permanente de alcance absoluto.

La sentencia recurrida le reconoció una indemnización cifrada en una cantidad próxima a 1.700.000 € por todos los daños y perjuicios padecidos, correspondiendo una o dos de sus partidas al lucro cesante, cuantificado de conformidad con el dictamen actuarial aportado al efecto. No consta en la sentencia casacional el concreto importe reconocido por tal concepto perjudicial y, por tanto, no consta en ella si ese importe separaba el lucro frustrado por las lesiones temporales y por las lesiones permanentes; y no he tenido ocasión de acceder a la sentencia apelatoria.

(...) La madre y la hermana del anterior lesionado sufrieron un cuadro de ansiedad del que curaron, respectivamente, a los 331 y 51 días, restándole a la primera una secuela consistente en un trastorno neurótico al que se adjudicaron 3 puntos de acuerdo en el Baremo de Tráfico....(...)

La aseguradora condenada articuló un motivo de casación en el que denunciaba que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial interpretativa del art. 1106 del C.c. para supuestos de responsabilidad civil, la indemnización por lucro cesante derivado de una incapacidad laboral permanente no puede sobrepasar el 75% del importe de la indemnización básica reconocida, refiriéndose al criterio sentado por las sentencia plenarios de 25 de marzo de 2010, en relación con el reformado Baremo de Tráfico de 1995.

El TS desestima el motivo con base en dos afirmaciones jurídicas emitidas por la sentencia recurrida y aceptadas por él, ambas de una importancia fundamental: primero, que, de acuerdo con la regulación aplicable a este supuesto de responsabilidad civil aérea (Convenio de Montreal de 1999 y Reglamento de la Comunidad Europea de 1997, reformado en 2002), tal responsabilidad está sometida de modo efectivo al principio de la reparación íntegra; y, en segundo lugar, que el Baremo de Tráfico de 1995 y, en concreto, el texto vigente en la fecha del accidente de autos (al igual que sucede con el Baremo de 2015, añadido yo) se acomoda a un principio de reparación parcial, de la que es expresión precisamente la doctrina jurisprudencial señalada.

De acuerdo con ello, dando la sentencia recurrida por probada la existencia y la cuantía total del lucro cesante padecido por el lesionado y habiéndose atendido al principio de indemnidad consagrado en la regulación legal aplicable al caso, con la consiguiente exclusión de la aplicación del Baremo en este punto, el TS desestimó con toda razón el motivo casacional, sin perjuicio de reconocer que procede valerse de dicha regulación para estructurar la indemnización correspondiente a los perjuicios no patrimoniales (personales) tipificados en él.

La desestimación del motivo de casación articulado por la madre y por la hermana del lesionado

La madre y la hermana del anterior lesionado sufrieron un cuadro de ansiedad del que curaron, respectivamente, a los 331 y 51 días, restándole a la primera una secuela consistente en un trastorno neurótico al que se adjudicaron 3 puntos de acuerdo en el Baremo de Tráfico.

La sentencia recurrida afirma que esas lesiones psíquicas se produjeron como “consecuencia directa” de las gravísimas lesiones del accidentado, por lo que, tomando como orientación las cuantías del Baremo de Tráfico, pero con un incremento del 50%, reconoció a la madre del lesionado una indemnización cifrada en 35.669'30 €, y a su hermana una de 5.589'84 €, estando incluido en tales indemnizaciones el daño moral.

Para resolver el motivo, el TS aclara previamente que queda fuera de discusión que los perjuicios resarcidos se encuentran dentro del ámbito de la regulación legal aplicable, sin que pueda cuestionarse esta premisa, pues, de estimarse que no, se incurriría en

(...) “En mi concepto, la Sala realiza una mezcla de dos planos distintos y maneja una terminología equívoca, al igual que habían hecho las recurrentes, pues cuando ésta se refieren al “sufrimiento psicológico” que fue causante de los “daños corporales”...(...)”

una *reformatio in peius* que sería improcedente. Se trata de una advertencia llamativa que permite sospechar que, para la Sala, era improcedente el reconocimiento de las indemnizaciones señaladas, por situarse al margen de la responsabilidad civil prevista en la expresada regulación.

Las dos demandantes articularon un motivo de casación en el que aducían que las indemnizaciones establecidas no se ajustaban al principio de indemnidad porque la sentencia impugnada no había tenido en cuenta que los daños corporales resarcidos (los cuadros de ansiedad) fueron consecuencia de un sufrimiento “moral y psicológico” que, como tal daño, tendría que haberse resarcido también.

Para resolver el recurso, el TS puntualiza que “no pueden tomarse en consideración otros daños distintos de los fijados en la instancia” y que, utilizado el Baremo de Tráfico con carácter orientador, éste establece que la indemnización por daños morales se encuentra incluida en el resarcimiento previsto en él, aunque, cuando se está fuera del tránsito motorizado, no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del daño corporal padecido, estándose ante perjuicios distintos cuyo resarcimiento acumulado no supondría una duplicidad indemnizatoria por el mismo concepto perjudicial, tal como se hizo en el caso del naufragio de la nave Costa Concordia resuelto por la sentencia de 8 de abril de 2006, invocada por el TS.

Pero la Sala resalta la diferencia existente entre la cuestión planteada en el recurso y la resuelta en aquella sentencia, porque en un caso sufrieron los daños dos personas

que no eran pasajeros del avión siniestrado, por lo que no fueron víctimas directas del accidente, mientras que en el otro caso los perjudicados fueron víctimas directamente involucradas en él, sin que en el caso de autos puedan separarse los daños corporales y los morales inherentes, como si fueran conceptos perjudiciales y resarcitorios diferenciados.

En mi concepto, la Sala realiza una mezcla de dos planos distintos y maneja una terminología equívoca, al igual que habían hecho las recurrentes, pues cuando ésta se refieren al “sufrimiento psicológico” que fue causante de los “daños corporales” y cuando la Sala se refiere a la inexistencia de un “padecimiento psíquico” ajeno a los “daños corporales padecidos”, parece que quieren referirse a un padecimiento anímico, pues un sufrimiento psicológico o psíquico es de por sí un daño corporal.

En el caso del Costa Concordia todos los pasajeros sufrieron un daño personal extracorporal (daño estrictamente personal), pero algunos de ellos sufrieron, además, un daño personal corporal (un daño psíquico). En el caso de autos, la madre y la hermana del lesionado sufrieron solo un daño personal corporal (un daño psíquico), con el daño moral inherente, sin que proceda desglosar dos daños distintos.

El que sufrieron las recurrentes fue un duelo patológico (daño personal corporal, no físico, sino psíquico encausado en las gravísimas lesiones del pariente querido) y el sufrimiento anímico al que se refieren es un componente de dicho duelo que podía haber sido normal, pero que degeneró en enfermizo. Ese sufrimiento anímico (duelo normal) fue de tal intensidad que se hizo mórbido o nosológico (duelo patológico), constituyendo un daño corporal que puede enquistarse y hacerse permanente (secuela), habiéndose de resarcir como tal con el inseparable daño moral que le es inherente.

El problema a abordar en este caso es que ese duelo patológico era indirecto y no directo, siendo consecuencia indirecta y no directa del accidente acaecido. Tal duelo no se debió directamente al siniestro, sino a las gravísimas lesiones del hijo de una de las recurrentes y hermano de la otra, pues ellas no estuvieron involucradas en el accidente, ya que no eran pasajeras del avión, ni lo presenciaron con la vivencia que su contemplación genera fácilmente. La involucración convertiría el duelo patológico en daño corporal directo, mientras que la falta de involucración lo convierte en indirecto o reflejo. Las recurrentes no fueron víctimas primarias del siniestro, sino víctimas secundarias.

La cuestión que suscitaba el Baremo de Tráfico vigente en la fecha del siniestro estribaba en que los daños corporales reflejos causados por las lesiones de otro quedaban sustraídos a sus previsiones resarcitorias (al igual que hace el Baremo de 2015, con la salvedad miniconcesiva de resarcir seis meses de gastos de asistencia psicológica o psiquiátrica, de acuerdo con la sólita técnica de las concesiones restringentes, para las que lo que verdaderamente cuenta no es lo que se resarce, sino lo que se impide resarcir, es decir, el daño corporal en sí y sus diversas consecuencias perjudiciales, personales y económicas).

Al utilizar con un carácter orientativo el Baremo, la AP se encontraba con que esos daños corporales reflejos quedaban al margen de él. Pero, guiada correctamente por el principio de la plenitud resarcitoria, al que tenía que atenerse de acuerdo con la regulación aplicable al caso, sostuvo su resarcibilidad, pero, para justificar su decisión, pese a que podía perfectamente prescindir de la previsión excluyente del Baremo (como hizo respecto del resarcimiento del lucro cesante del lesionado), optó por afirmar que la lesión psíquica de las demandantes constituía una consecuencia perjudicial directa del siniestro, lo que suponía que ellas habían sido víctimas directas o primarias del mismo, marginando la realidad de que eran secundarias o reflejas.

COMENTARIO

Aunque no lo explicita así, la consideración indirecta de aquellos daños corporales queda insinuada por el TS, dando la sensación de que, para él, el resarcimiento pleno de los daños corporales que sufren los parientes del lesionado no incluye los indirectos, pero se abstiene de pronunciarse al respecto porque ello se traduciría en que tendrían que suprimirse las indemnizaciones reconocidas, lo que no era factible porque ello daría lugar a una reforma peyorativa de la sentencia recurrida que, naturalmente, le estaba vedada, dado que la aseguradora demandada no las había impugnado con la formulación de un motivo de casación que se hubiera admitido y, finalmente, estimado.

(...) "Considero por ello que la AP acertó al resarcir el duelo patológico de las demandantes recurrentes, aunque lo hizo con un fundamento causal desviado, puesto que ese daño corporal no era directo, sino indirecto"...(...)

Téngase en cuenta que el art. 17.1 del Convenio de Montreal, invocado por las recurrentes y citado por el TS afirma la responsabilidad civil del transportista aéreo por el daño causado en caso de muerte o de lesión temporal de los pasajeros, con un alcance ilimitado de acuerdo con el art. 21.2 (dada la culpa acreditada del piloto y del copiloto del avión), con lo que, en principio, no queda claro que esa responsabilidad civil se extienda a los daños corporales indirectos de los familiares del pasajero lesionado. Pero el art. 20 del Convenio parece que prevé el resarcimiento de quien no sea pasajero, por razón de la muerte o de la lesión de quien lo sea.

Considero por ello que la AP acertó al resarcir el duelo patológico de las demandantes recurrentes, aunque lo hizo con un fundamento causal desviado, puesto que ese daño corporal no era directo, sino indirecto, pero suficientemente próximo como para reconocerle relevancia resarcitoria. Ese duelo patológico tenía que resarcirse, salvo que el lesionado lo hubiera sido por un accidente de circulación, pues en este caso la parcialidad cualitativa del Baremo lo impediría, al igual que su parcialidad cuantitativa impediría el incremento que justificadamente se adoptó. Y acertó el TS al desautorizar la duplicidad resarcitoria que pretendían las recurrentes porque los perjuicios morales aducidos habían quedado resarcidos con la indemnización que se les había reconocido por el padecimiento del daño psíquico.





perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

Se ha escrito con profusión acerca del alcance, fiabilidad e interpretación judicial de los informes biomecánicos, del Delta V, de la capacidad- o no- de producir lesiones de una colisión de baja intensidad, la lucha contra el fraude en el tráfico rodado, el Art 135 LRCSCVM, las lesiones a cuya reclamación no acompaña una prueba diagnóstica...hasta el punto de que hay quienes quieren ver la cuestión como decidida, y superada a favor del damnificado que acciona legalmente. Sin embargo, la realidad judicial se obstina en ceñirse a la prueba y a las normas que la rigen en la LEC. Al respecto, la Sentencia nº 631/2121, de 8 de octubre, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª- Ponente Excmo. Sr Pinazo Tobes -:

estimarse tiene potencialidad suficiente para originar las lesiones reclamadas, pues en muchas de ellas la relación causal no se entiende desde la experiencia común, sin que resulte explicable donde solo hay un encuentro de vehículos de mínima violencia, sin contundencia relevante, reveladora de producir un movimiento brusco determinante de un daño cervical.

Como también es conocido y notorio, la rectificación cervical, pudiendo tener múltiples orígenes no puede sin más atribuirse al accidente que nos ocupa, siendo lo cierto que tras la primera asistencia, solo, cabe establecer que el diagnóstico de cervicalgia se realiza por las manifestaciones subjetivas del actor, sin que entonces se detecte ningún mareo ni contractura, que solo es apreciada cuando el demandante acude a tratamiento relacionado con el accidente, en clara conexión con sus perspectivas de obtención de la cantidad reclamada en la demanda. Resulta revelador, que sin apreciarse contractura alguna por la sanidad pública en la primera asistencia, ni tampoco en la de 15 de marzo de 2019, donde ni siquiera se detecta

“La cuestión aquí no es la de la culpa exclusiva de la víctima, la carga de la prueba, o la valoración del parte amistoso, como en determinados apartados establece el recurso, sino si en el traumatismo cervical menor examinado, concurre el requisito de intensidad, sin plantearse en la demanda.

No es fácil discernir, cuando la lesión de tráfico de la que se parte es la de cervicalgia, las situaciones que obedecen a un origen real.

Es cierto que, en pequeños impactos, como el que nos ocupa, no cabe descartar la presencia de

lesiones, por la escasa incidencia de los daños materiales causados en los vehículos implicados, conociendo este Tribunal, por su frecuencia, los numerosos y contradictorios estudios existentes. También es conocido que estas colisiones afectan también de modo diferente, en atención al sexo y edad de los ocupantes y a su carácter sorpresivo. Pero ello no significa que colisiones livianas, como parece estimar el recurso, forzosamente y en cualquier caso, causen siempre lesiones, siendo exigible en tales casos una prueba convincente de la vinculación causa-efecto, de modo que la entidad del accidente al menos pueda

ninguna lesión cervical, solo se aprecien con ocasión del inicio del tratamiento rehabilitador, donde la mayor incidencia del cuadro lesional, como es público y notorio, redunda en una mayor percepción económica, sin que en cualquier caso tampoco podamos estimar que exista prueba suficiente para atribuir las contracturas musculares detectadas al accidente objeto del litigio, apareciendo puntualmente, el 6 de marzo y en octubre de 2019, pero no el 25 de febrero el 15 de marzo, o el 8 de mayo de 2019.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 217.1 LEC: “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan

inciertos y fundamenten las pretensiones”, deberá desestimar la demanda y siendo este el caso, sin que el actor haya probado, artículo 35 de LRSCVM, e “la justificación, de los criterios empleados para cuantificar las indemnizaciones asignadas según sus reglas”, sin que podamos establecerlo en atención al criterio poco riguroso de la pericial acompañada con la demanda, elegido por la parte entre un amplio abanico de posibilidades para obtener el mayor beneficio económico en su reclamación judicial, que establece una secuela que no resulta de ningún informe médico y que no toma en cuenta en su dictamen, como se desprende de su contenido, el accidente que también había sufrido el demandante, en agosto de 2019, con afectación también cervical.

Por tanto, el recurso del actor no debe prosperar, confirmando la desestimación de la demanda”

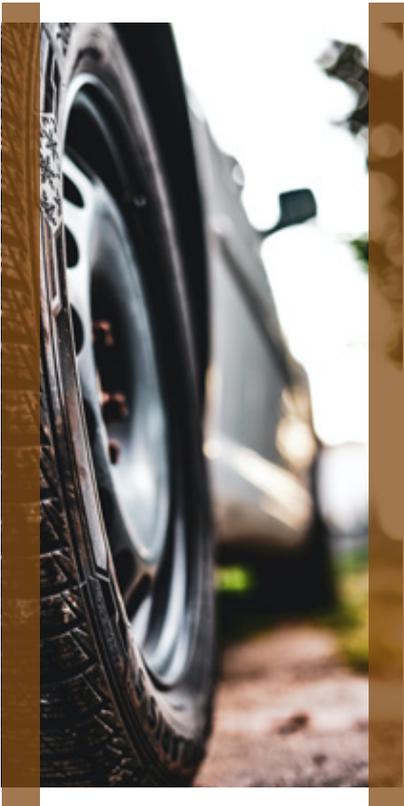
La pandemia que asola el mundo ha colocado en un relevante primer plano jurídico la - por otro lado nada novedosa- cláusula rebus sic stantibus con motivo de la Covid-19, ejemplo de ello es la Sentencia de 30 de diciembre de la Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de Badajoz, dictada en el Recurso civil número 345/2021:

SEXO. El cierre forzoso de la actividad sí justifica, en este caso y al menos en parte, la aplicación de la cláusula rebus.

Antes de nada, tenemos que salir al paso de las objeciones formales planteadas por la parte arrendadora. En línea con la sentencia de instancia, “Confecciones M, SL” descarta la aplicación de la cláusula rebus porque no se cumplen los requisitos previstos por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Esta norma, sin embargo, solo se limita a reconocer una moratoria para reducir los costes de algunas pequeñas empresas y, en modo alguno, deja sin efecto la cláusula rebus, ni tampoco la regula. El legislador ha querido dar facilidades de pago a pequeños empresarios y autónomos, como remedio a las dificultades económicas generadas por esta situación tan difícil. Pero la norma no cierra puertas desde un punto de vista jurídico a la eventual aplicación de la cláusula rebus. Ni siquiera pretende acotarla o definirla. Nada se recoge en su articulado. Su sola alusión en la exposición de motivos tampoco puede llevar a nadie a engaño. Primero porque las exposiciones de motivos no tienen carácter normativo y, segundo, porque realmente el legislador pretende ampararse en esta figura para justificar su intromisión en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Dicho con otras palabras, busca en esa cláusula el fundamento de su decisión. Su norma, viene a decir literalmente, está en línea con la cláusula rebus. Si esa disposición está en línea es porque resulta similar a tal cláusula. Esto es, son cosas distintas: tienen en común que son un remedio para modular las obligaciones contractuales.

En consecuencia, el hecho de que “B Inversiones,



SL” incumpla los requisitos para acogerse a esa moratoria no le impide accionar con fundamento en la cláusula rebus. Es más, la imposibilidad de acogerse a esos aplazamientos, por no tener la parte arrendadora la condición de gran tenedora, agrava la situación de “B Inversiones, SL”.

En segundo lugar, no se ha discutido por las partes, ni tampoco condiciona necesariamente la suerte de este procedimiento el hecho de cuál de los hoy litigantes debe soportar el riesgo del cierre de la actividad por motivos sanitarios. En el ámbito jurídico, es público que insignes civilistas han debatido de forma entusiasta y con argumentos de peso sobre esta interesante cuestión. Aun siendo un aspecto relevante, no nos parece decisivo de cara al resultado del presente procedimiento. Y en la medida en que la cláusula rebus solo tiene como fin revisar o reajustar el desequilibrio de las prestaciones, podemos dejar para mejor ocasión su estudio.

Hechas estas acotaciones y como ya hemos adelantado, debemos reconocer que la situación vivida con motivo de la pandemia producida por la Covid-19 sí puede justificar la aplicación de la cláusula rebus. Como es lógico, dependerá de las circunstancias de cada negocio. Es obvio que hay muchos contratos cuyas bases no se han alterado con motivo de la crisis.

En este supuesto concreto, entendemos que el cierre forzoso operado entre el 14 de marzo y el 21 de mayo de 2020 constituye un episodio que se enmarca en el ámbito de la cláusula rebus. Fue un acontecimiento por

completo extraordinario. La entidad arrendataria se vio de pronto impedida para ejercer su actividad comercial en el local, como franquiciada de la marca M. Vio paralizada su actividad económica. Nadie discute que no pudo vender nada, pues su comercio era de carácter presencial. En ese periodo se produjo un claro caso de desequilibrio de las prestaciones. El local dejó de ser útil para “B Inversiones, SL”, pues, por disposición legal, no podía abrirlo al público. No facturó nada. Ese cierre, cuando las partes suscribieron su contrato en 2005, era no ya imprevisible, sino inimaginable. Por supuesto, ninguno de los contratantes tuvo culpa de nada. Y está probado que “B Inversiones, SL” negoció con “Confecciones M, SL” para buscar una solución, formulando hasta dos propuestas distintas. Es evidente que el cierre convirtió en excesivamente oneroso para “B Inversiones, SL” el cumplimiento de la obligación contractual tal cual se pactó con “Confecciones M, SL”. Durante esos días se produjo una desproporción exorbitante entre las obligaciones de los contratantes. En ese periodo, se rompió desde luego el equilibrio de las prestaciones. La conmutabilidad del contrato desapareció y se frustró la finalidad económica del contrato.

En cuanto a la mora en que se encontraba la entidad arrendataria al tiempo del cierre, apuntar que no debe ser impedimento para aplicar la cláusula rebus. Es verdad que, en derecho comparado, con carácter general, la posibilidad de alterar los términos del contrato está vedada a quien se encuentra en mora. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, se prescinde de tal requisito. Y no podemos

identificar el descubierto con la mala fe.

La cláusula en litigio, como ya hemos apuntado y entre otras cosas, se apoya en la buena fe (art. 1258 CC).

Asimismo, los deudores pueden ser de mala o de buena fe. Y aquí “B Inversiones, SL” aparentemente ha obrado de buena fe. No solo por la presunción legal, sino también por sus actos propios. Ella llevó a cabo negociaciones para evitar su concurso y, cuando resultaron infructuosos los tratos habidos, solicitó un concurso voluntario. Asimismo, el hecho de estar en tal situación, no la puede hacer de peor condición.

En cuando a los efectos de la aplicación de la cláusula, entendemos equitativo que se reparta el riesgo representado por el cierre de las actividades entre ambos contratantes por partes iguales, de modo que se reduzca la renta a la mitad durante los días en que el local estuvo cerrado por imperativo legal.

En cambio, una vez que ya se levantó el cierre y “B Inversiones, SL” abrió su tienda, consideramos que el contrato del arrendamiento debe volver a su ser. Las posibles oscilaciones en las ventas, aunque se hayan visto afectadas por la pandemia de un modo u otro, no son alteraciones excepcionales. Se habla de una caída de ventas del 43% en los primeros diez meses del año 2020, pero ese porcentaje, en buena medida es consecuencia del cierre ya aludido. A la sociedad recurrente le incumbía la carga de probar cumplidamente que, tras la apertura de los comercios, seguía subsistiendo una situación económica que alteraba de forma

extraordinaria y grave las prestaciones del contrato. La sola reducción de las ventas en un periodo concreto, incluso con carácter acusado, no puede justificar la aplicación de la cláusula rebus. Tal situación no puede tacharse de imprevisible.

Como recoge la doctrina del Tribunal Supremo, una cosa es que las crisis económicas de efectos profundos y prolongados supongan una variación importante de las circunstancias y puedan alterar las bases del negocio y cosa distinta es que llegue a operar la cláusula rebus. En efecto, su aplicación no se produce de forma generalizada, ni de un modo automático. Además de la crisis, es necesario que concurra una excesiva onerosidad. Se exige una incidencia relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. De ahí que un circunstancial desplome de ventas no pueda justificar ya la aplicación de la cláusula. A diferencia del cierre que es una circunstancia objetiva e impeditiva de la actividad, las ventas tienen un componente claramente aleatorio, que entra de lleno en los riesgos normales del contrato.

No podemos afirmar que se haya frustrado la finalidad económica del contrato.

...Declaramos que, respecto del contrato de arrendamiento en litigio y por aplicación de la cláusula rebus, durante los sesenta y nueve días que fueron del 14 de marzo hasta el 21 de mayo de 2020 la renta a pagar por "B Inversiones, SL" a favor de "Confecciones M, SL" quedó reducida a la mitad."

La Sentencia núm. 636/2021, de 27 de septiembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, -Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán- aborda la cuestión de si la cobertura adicional de defensa jurídica incluida en una póliza de un seguro de automóvil, cubre los gastos de la reclamación judicial del tomador contra la propia aseguradora ante las discrepancias surgidas entre las partes del contrato de seguro, acerca de la cuantía que debe abonar la aseguradora por los daños al propio vehículo en un caso de siniestro total cubierto por la póliza.:

“En el caso que juzgamos, el objeto del anterior pleito seguido entre las partes, y en relación con el cual la tomadora solicita el reembolso de los gastos de abogado y procurador, versaba sobre el cumplimiento del propio contrato de seguro, en particular como consecuencia de las discrepancias acerca de la cuantía de la indemnización que debía pagar la aseguradora por razón del siniestro total del vehículo. No estamos ante un riesgo cubierto por el seguro de defensa jurídica.

Por el seguro de defensa jurídica, «el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial

derivados de la cobertura del seguro» [art. 76.a) LCS]. El seguro de defensa jurídica requiere alteridad en el litigio cuya defensa o cuyos gastos deben ser asumidos por el asegurador.

El seguro de defensa jurídica no tiene por objeto cubrir los gastos de los profesionales a los que recurre el asegurado con el fin de exigir el cumplimiento de las prestaciones pactadas por las partes en el contrato de seguro. La asignación de los gastos generados por un procedimiento seguido contra la aseguradora y en el que se discute el ámbito del contrato de seguro o su cumplimiento vendrá fijada en cada caso por el resultado del procedimiento seguido y, en particular, por el criterio que se adopte en la sentencia en materia de costas.

La interpretación contraria sostenida por la recurrente no se puede sostener. No solo carece de sentido que la aseguradora pudiera asumir la defensa jurídica de una reclamación entablada por el asegurado contra ella para exigir el cumplimiento de otros capítulos de la póliza (como sucede en el caso con el siniestro total), sino que tampoco sería razonable concluir que, por estar ínsito en tal reclamación un conflicto de intereses entre las partes, la aseguradora siempre debería hacerse cargo de los gastos en que incurriera el asegurado para entablar reclamaciones contra ella. Basta pensar que, de ser así, se llegaría al absurdo de que la aseguradora debería reintegrar al asegurado los gastos incluso cuando, por desestimación íntegra de la demanda, hubiera sido condenado en costas.

Por estas mismas

razones, la exclusión del seguro de defensa jurídica de los gastos por las reclamaciones contra la misma aseguradora no restringe los derechos del asegurado ni desnaturaliza la cobertura esperable, sino que acota y define el riesgo de manera coherente con el objeto propio de este seguro, que se refiere a la protección jurídica o la cobertura de los gastos por reclamaciones frente a terceros. Por ello, no puede considerarse limitativa de derechos y basta para su inclusión en el contrato con una aceptación genérica. En el caso, por lo demás, en la póliza que consta en las actuaciones no solo se recoge la mencionada exclusión, sino que en la descripción que se contiene de la cobertura de protección jurídica consistente en la reclamación de daños causados al vehículo asegurado se hace expresa referencia a la reclamación frente a los terceros responsables como consecuencia de un accidente de circulación, lo que no tiene nada que ver con el objeto del litigio precedente cuyas costas se reclaman ahora.

Finalmente, cumple observar que las sentencias citadas por la recurrente no son en absoluto semejantes al caso presente y que la sentencia recurrida no contraviene la doctrina de esta sala. En la sentencia 1221/2001, de 19 de diciembre, el asegurado designó abogado para defenderse en un proceso penal en el que su propia aseguradora, para excluir su responsabilidad por los daños causados a terceros, atribuía al asegurado la conducción en estado de embriaguez. En el caso de la sentencia 426/2006, de 9 de mayo, se reclaman las costas de un proceso en el que la aseguradora de la comunidad demandada por un tercero no asumió su defensa jurídica

porque negaba la cobertura de la póliza. En ambas, por tanto, los gastos reclamados a la aseguradora proceden de procedimientos en los que los asegurados se han visto enfrentados a terceros y los intereses contrapuestos de la aseguradora y asegurada eran respecto de la postura mantenida en el procedimiento seguido con ese tercero (aunque no estuviera asegurado por la misma compañía)."

que habría dolo eventual cuando el autor acepta la eventualidad del resultado y a pesar de ello actúa y habría culpa consciente cuando el autor no acepta el resultado o confía en su no producción. La doctrina también ha desarrollado la llamada teoría de la indiferencia según la cual hay dolo cuando la actitud del sujeto es de plena indiferencia hacia los resultados de su conducta.

Acerca de los conceptos de fiable/creíble, la Sentencia núm. 721/2021 de 24 de septiembre de la Sala 2ª del Tribunal Supremo - Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco- citaba "En cuanto a la fiabilidad de su testimonio, hemos de recordar con la STS núm. 103/2021, de 8 de febrero que la atribución de valor probatorio reconstructivo a la información testimonial no debe venir determinada solo por lo creíble que resulte el testigo sino por lo fiable que resulte aquella. Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentido, por lo tanto, más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero -lo fiable- exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo -lo creíble- favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales -vid. STC 75/2013-."y concluye distinguiendo entre el dolo eventual y la culpa consciente:

"...la doctrina ha venido utilizando dos criterios. La teoría de la representación, a partir del elemento intelectual del dolo, estima que habría dolo cuando el autor se representa el resultado como probable o muy probable. Si la representación fuera una mera posibilidad habría culpa consciente. En cambio, la teoría del consentimiento aborda la distinción a partir del elemento volitivo, de forma

Esta Sala ha adoptado un criterio que combina los criterios anteriores que no son incompatibles. Como señala la STS 452/2017 de 21 de junio, que condensa un criterio jurisprudencial constante, «(...)existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la

teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota, esto es el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la inidoneidad de los medios para causarlos (...).

Esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del «aceite de colza» o «del síndrome tóxico»), ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el

autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal, pese a lo cual sigue adelante con la ejecución de su conducta.

Sin embargo, ello no quiere decir que se excluya en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento.

Más bien debe entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema (STS 69/2010, de 30 de enero) ya que si se acredita.

De modo que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo o aceptando ese resultado, o que, cuando menos le resulta indiferente el menoscabo que probablemente va a generar con su conducta.”

“El actual art. 954.1. de la LECrim dispone que habrá lugar al recurso de revisión contra sentencia firme, entre otros supuestos, apartado d). «Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.».

Es clásica la jurisprudencia de esta Sala que conceptúa el recurso de revisión como un procedimiento extraordinario y autónomo, para rescindir sentencias firmes. En la medida en que doblega la cosa juzgada representa una medida excepcional. Solo es admisible en supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena. En un Estado Social y Democrático de Derecho el valor «seguridad jurídica» no puede prevalecer sobre el valor «justicia» determinando la inmodificabilidad de una sentencia penal de condena que se evidencia a posteriori como injusta. Supone la revisión, así pues, una derogación para el caso concreto del principio preclusivo de la cosa juzgada que persigue mantener, en la medida de lo posible, el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y las de la seguridad jurídica (SSTS 1013/2012, de 12 de diciembre; 1007/2012, de 21 de diciembre; y 285/2013, de 8 de abril). Por otra parte, también tiene dicho esta Sala que el recurso de revisión no es el procedimiento idóneo para una nueva valoración de la prueba (Auto TS de 5 de mayo de 2005), tarea que correspondió a quienes ya juzgaron el caso en primera y en segunda instancia. El recurso de revisión no constituye pues una tercera instancia



La Sentencia núm. 703/2021 16 de septiembre Sala 2ª del Tribunal Supremo -Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta- en un supuesto de delito contra la seguridad vial por carecer de permiso de conducción, muestra cual es la vigente concepción del recurso de revisión como representación del triunfo de la verdad material frente a la verdad formal, amparada por los efectos de la cosa juzgada y búsqueda del necesario equilibrio entre la seguridad jurídica que reclama el respeto a la cosa juzgada y la exigencia de la justicia en que sean anuladas aquellas sentencias condenatorias de quienes resulte posteriormente acreditado que fueron indebidamente condenados, sin que se exija la novedad del hecho o de la prueba:

La actual redacción del precepto (art. 954.1.d LECrim, texto de 21 de septiembre de 2015) ha suprimido de la redacción precedente la referencia a la novedad del hecho o de la prueba, exigiendo, ahora, que sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.

La prescindibilidad del requisito de que los hechos o los elementos de prueba sean «nuevos» ya se venía aplicando de facto en la práctica, pues no era nada inusual que el documento o el hecho en que se sostenía la admisión a trámite del recurso fueran anteriores a la sentencia revisable.

Lo que sí se ha considerado siempre relevante es que el conocimiento fuera sobrevenido, es decir no formara parte del proceso, y, de forma especial, que la prueba o el hecho resultaran de por sí evidenciadores de la inocencia del condenado, ahora, «determinado la absolución o una condena menos grave». Ambos requisitos los sigue exigiendo inquestionablemente la nueva redacción del art. 954.1.d LECrim. El termino sobrevenido

indica que debe tratarse de un instrumento de acreditación no conocido con anterioridad por el órgano de enjuiciamiento definitivo, es decir, tiene que incorporarse al proceso con posterioridad a la firmeza de la sentencia, pues no es una revaloración de la prueba. La expresión «determine la inocencia», debe ser entendida como hechos o elementos de prueba acreditativos de un error en la conformación del hecho probado de tal naturaleza que acredite un dato fáctico erróneo, o un dato penal relevante. Debe acreditar la inocencia de forma «determinante», esto es, que por sí mismo, sin necesidad de valoración, acredite el hecho que la revisión pretende, la inocencia o una condena menor. En definitiva, a la manera de nuestra clásica jurisprudencia sobre la interpretación de la vía impugnatoria del art. 849.2 de la ley procesal, el error de hecho en la valoración de la prueba, que por sí mismo, (autarquía demostrativa), demuestre el error sin que entre en colisión, ni resulten contradichos con otros elementos probatorios.

SEGUNDO.- Después de una tramitación complicada con reiterados oficios al Consulado en Madrid del Reino de Marruecos, a la

embajada del mismo país, las autoridades requeridas han certificado la realidad del argumento expuesto en el recurso de revisión: el acusado por un delito contra la seguridad vial por carecer de permiso de conducción lo tenía efectivamente, aunque por las razones que expresa no pudo exhibirlo cuando fue requerido para ello, sin que constara en ningún registro su licencia.

La certificación aportada por la embajada del Reino de Marruecos permite acreditar su tenencia y supone un hecho nuevo desconocido en el proceso que evidencia la absolución del acusado respecto del delito de conducción sin permiso de conducir”

La lucha permanente contra la inexorable prescripción se muestra particularmente “cruenta” cuando se trata de determinar el dies a quo a partir del cual los padres de un niño que sufre el origen de sus perjuicios en el propio parto, por hipoxia, pues no se hallan en condiciones de reclamar mientras no se produce un conocimiento real y efectivo del daño sufrido, al respecto Sentencia nº 279/2020, de 10 de junio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo -Ponente Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg -:

“En primer lugar, no cabe identificar el proceso causal desencadenante del daño corporal sufrido por el menor ,que se produjo durante el parto en el que padeció una D , es decir un cuadro clínico caracterizado por secuelas

motoras y neuropsicológicas secundarias a la falta de oxígeno por cese de flujo sanguíneo cerebral, con la determinación del día inicial del cómputo del plazo del año para el ejercicio de la acción, lo que requiere la determinación definitiva de las secuelas, como presupuesto necesario para postular la indemnización correspondiente, que ha de ser condigna con el daño real y efectivo padecido para garantizarla indemnidad de la víctima.

Pues bien, es obvio que una patología de tal clase puede causar una gama amplísima de discapacidades por afectación de distintas funciones, con diferentes intensidades y variable duración, tanto en el terreno motor, sensorial, conductual, cognitivo, emocional, de integración social, etc., con la presentación de una posible pluralidad de trastornos motores, parálisis cerebral, de la alimentación, del lenguaje, visuales, pérdida auditiva, D, entre otros, susceptibles de manifestarse con el desarrollo del menor.

Es, por ello, que la determinación de las secuelas es difícil de establecerla en los primeros meses de la vida del niño, puesto que la medicina nos enseña, como máxima de experiencia científica, que pueden ser objeto de una progresiva manifestación. En cualquier caso, el seguimiento del menor es pauta indeclinable a tales efectos.

La resolución de este recurso nos exige determinar, bajo las premisas antes expuestas, si, al tiempo de ejercitarse la presente acción, la misma debe ser reputada prescrita, cuestión jurídica que hemos de contestar negativamente.

En efecto, obtener la conclusión de que el cuadro patológico del menor no se había estabilizado, sino que se encontraba en proceso evolutivo resulta de la evaluación llevada a efecto por la comisión de valoración de invalideces de la Junta de Andalucía, de fecha 15 de abril de 2010, que fijó un grado de minusvalía del menor del 40%; mientras que, en su dictamen de 27 de abril de 2012, se reconoció un nuevo grado de discapacidad del 65%.

La complicación alimenticia del menor, como consecuencia de una D, fue diagnosticada el 27 de octubre de 2011, antes se había presentado una dificultad para la deglución el 15 de marzo de dicho año, cuyo reflejo en el historial clínico del menor determinaba el interés asistencial de seguir su evolución. No se le diagnóstica en este momento, sino posteriormente. Es por ello, que hemos de concluir que el primer diagnóstico de este importante trastorno es de octubre de 2011, lo que se ratifica en la revisión del servicio de Rehabilitación del HOSPITAL000, el 19 de marzo de 2012, en que consta pauta de comida triturada.

Siendo así las cosas como así son, la acción no habría prescrito, en tanto en cuanto, en el mes de marzo de 2012 se formula una reclamación extrajudicial y, en el mes de abril siguiente, unas diligencias preliminares, cuya finalidad no era otra que la preparación del presente juicio (art. 256.1 de la LEC), precisamente para ello se interesó el historial clínico del menor del hospital en el que se desarrolló el parto. Ya



nos hemos referido al efecto interruptivo de la prescripción, que se atribuye a dichas diligencias, conforme a la jurisprudencia de este tribunal antes reseñada.

Es por ello que, si el diagnóstico de la DO se produjo el 27 de octubre de 2011, la acción se podría ejercitar hasta el 27 de octubre de 2012. Comoquiera que, antes de transcurrir el fatal plazo del año del art. 1968.2 CC, la prescripción se interrumpió el 24 de abril de 2012, al haberse ejercitado la presente acción judicial el 20 de marzo de 2013, la misma no se encontraba prescrita.

Por otra parte, se sostiene que la D ya era conocida en el 2009, en que se pauta tratamiento fenobarbital, utilizado en clínica para tratar convulsiones en niños pequeños, ahora bien, surgen dudas sobre su consolidación como secuela y su entidad, toda vez que no consta en el dictamen posterior de la comisión de valoración de invalideces de 2010, siendo precisamente el 23 de enero de 2012, cuando ingresa con clínica epiléptica generalizada, que precisamente motiva además la concesión de un mayor nivel de discapacidad que pasa del 40 al 65%.

Las circunstancias expuestas permiten concluir que el cuadro clínico del menor se encontraba en evolución, las secuelas no se habían estabilizado, por lo que la demora, en el ejercicio de la acción judicial, se encontraba justificada en aras al conocimiento real y efectivo del daño sufrido.”

En definitiva, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, la doctrina reflejada en la jurisprudencia

antes citada, estimamos, con acogimiento del recurso de casación interpuesto, que la acción ejercitada con respecto a las dolencias del menor no puede considerarse prescrita.”

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

Inciendo nuevamente sobre el instituto de la prescripción, vuelve el anterior ponente en la Sentencia nº 275/2021, de 10 de mayo, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo para fijar el criterio en el caso en que se produce el alta en una fecha y el posterior informe médico pericial de estabilización en fechas anteriores al alta, y si ello repercute, o no, en la fecha para el inicio del cómputo del año de prescripción - en responsabilidad civil extra contractual- retrotrayéndola a la consolidación pudiendo provocar que la reclamación se halle prescrita:

“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).

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 pautada, 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."

particular esquema operativo con el que el dolo interviene en el marco de responsabilidad diseñado por la LCTTM.

En efecto, a diferencia de su esquema general en el Derecho de obligaciones, en donde incide como criterio de agravación de la responsabilidad derivada, (artículo 1107, párrafo 2º del Código Civil), el dolo en la normativa citada no comporta que el transportista venga obligado directamente al resarcimiento integral de los daños ocasionados sino, en principio, a que no le resulten aplicables los límites indemnizatorios previstos en la norma (artículos 52 a 57 LCTTM), esto es, opera a modo de excepción respecto de los límites de la indemnización

desarrollado por la citada sentencia de esta Sala, que la formulación alternativa al dolo que introduce el artículo 62 LCTTM , («Con infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción»), responde a una clara finalidad de objetivar la significación usual del dolo como comportamiento consciente e intencionado de perjudicar a otro. De forma que el concepto de dolo se abre o resulta comprensivo del daño ocasionado como consecuencia lógica o necesaria de la infracción de un deber jurídico conscientemente cometido por el deudor, sin necesidad de «animus» o

Desgraciadamente son más frecuentes de lo que conoce la opinión pública -no así nuestros tribunales- los robos de mercancía perpetradas a camiones de transporte cuando han de realizar detención fuera de su base de operaciones, en medio del trayecto en sitios que suelen tener que escoger atendiendo al tiempo de conducción máxima autorizado, incidiendo el grado de protección ofrecida por el lugar en la consideración o no de negligente de la conducta del conductor para que, en caso de robo, logre cobertura de la compañía aseguradora en cuestión, al respecto, la Sentencia nº 210/2020 de 30 de diciembre , del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona- Ponente Dª Maria Jose Llanes del Barrio- en la cual su ponente, reconoce que " una búsqueda simple en internet, se advierte que se da con cada vez mayor frecuencia de unos años hasta ahora" planteando quien lo sufrió" la utilización de algún tipo de gas introducido a través de los sistemas de ventilación de la cabina, yhaber sufrido en dos ocasiones un robo de similar naturaleza, método que además, la propia perito afirmó conocer":

"la STS de 10 de julio de 2015; en ella, el TS se pronunciado sobre esta materia, consolidando como jurisprudencia aplicable la siguiente: « En este contexto ,se deben resaltar dos aspectos conceptuales que vienen estrictamente ligados a la mejor comprensión de la cuestión planteada.

El primero de ellos guarda relación con el

inicialmente previstos por la norma, y no como criterio de agravación, propiamente dicho, de la responsabilidad derivada por la culpa o negligencia del transportista.

Un segundo aspecto, guarda relación con la noción o significado del dolo como desencadenante de la excepción señalada. En este sentido, debe tenerse en cuenta, en la línea de lo

intención de perjudicar (dolo eventual)».

Por tanto, como ya se ha dicho anteriormente, el TS aprecia la existencia de dolo en la concurrencia de las siguientes circunstancias: estacionamiento en lugar peligroso, accesible y no vigilado, débil protección de la mercancía en un remolque cubierto por una lona y ausencia de vigilancia por el

conductor.

De la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial, y de la valoración de la prueba teniendo en cuenta los hechos que a través de la misma resultan probados, que los hechos sobre los que la parte demandante hace descansar su pretensión no han quedado suficientemente probados, suscitándose por las razones expuestas, dudas suficientes que permiten apreciar desestimada su pretensión, toda vez que la no se ha probado negligencia en la conducta del conductor de camión: sin acreditar que el conductor hubiese abandonado vehículo y carga y, por tanto, su vigilancia permanente, directa y personal, en un lugar que si bien no contaba con medidas adicionales de vigilancia y tampoco estaba especialmente habilitado para la pernocta con camiones- no se ha probado que este tipo de espacios existieran cerca de la zona -, tampoco puede considerarse como un lugar genuinamente peligroso o aislado.

Por todo lo expuesto, en el presente caso no existe ninguna circunstancia que permita calificar la conducta del conductor del camión contratado por el demandado de negligente, razón por la cual han de ser desestimados íntegramente los pedimentos de la demanda, absolviendo al demandado."



Precedido por un procedimiento seguido en el Juzgado de Primera instancia nº 9 de Madrid entre R y Dña. Mari T con motivo de un siniestro acaecido con el vehículo del que la primera sería aseguradora y la segunda tomadora, finaliza este con sentencia estimando parcialmente la demanda y condenó a R a pagar a la Sra. Mari T una cantidad algo inferior a la solicitada más intereses ex art. 20 LCS.

Ahora en la instancia lo que se pretendió por Dña. Mari T, y el Grupo H (como asegurado/propietario del vehículo siniestrado), fue la condena a la aseguradora del pago de cantidad derivada de los gastos de defensa y representación asumidos por la parte actora correspondientes al anterior procedimiento arriba referido, en base a la póliza de seguros de automóviles que tiene suscrita con R y que contemplaría también una póliza de protección jurídica independiente. Con cobertura de asistencia jurídica por la que la aseguradora debe cubrir los gastos de representación y defensa ocasionados en un procedimiento judicial. Se valora en Sentencia nº 329/ 2018, de veintiuno de septiembre, de la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial Civil de Madrid -Ponente Excm. Srª Maria Paz Garcia Aburuza- si en realidad se da aquí un supuesto de cobertura por defensa jurídica o no y en qué términos. Y si fuera así, si hay una cláusula limitativa de derechos o una cláusula delimitadora del riesgo cuando la cobertura de tal defensa se fija como máximo en 1.500 euros:

"TERCERO. Atendiendo a la póliza que consta en autos ésta contiene que existe una cobertura de defensa y representación jurídica, con la postulación procesal que le señale la aseguradora en procedimientos penales, pudiendo el asegurado (tomador, propietario, conductor) designar él mismo a abogado y procurador para que se le represente en un procedimiento, en aquellos casos en los que la participación de los mismos sea necesaria para la correcta defensa de sus intereses. De esta manera, el procedimiento a seguir que se contempla en este caso es que en principio la reclamación la llevará a cabo la aseguradora corriendo con los gastos correspondientes. Teniendo no obstante el asegurado derecho a elegir a los profesionales que hayan de

defenderle en cualquier tipo de procedimiento, siendo el capital asegurado aquí el relativo a los honorarios que establezcan los respectivos Colegios Profesionales hasta los 1.500 euros. También tendrá derecho a designar a los profesionales en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato.

Conteniéndose además que quedaría excluido de la cobertura las reclamaciones frente a la aseguradora.

Por consiguiente, cabe tanto la defensa del asegurado ejercitada por R como que el primero designe profesionales para ello para lo que se limita la cantidad cubierta, siendo un supuesto específico de nombrar abogado y procurador la existencia de conflicto de

intereses, siendo esencial determinar el alcance de ello.

Ya que es claro que en este caso habría intereses contrapuestos, hay que ver si ello se subsumiría o no en el concepto que recoge la póliza de «conflicto de intereses» (art. 76 d) LCS).

CUARTO. Así, el art. 1 LCS contiene que por el contrato de seguro el asegurador se obliga a cubrir un eventual riesgo dentro de los límites pactados, estableciendo el art. 74 LCS que el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza. Consistiendo el seguro de defensa jurídica en que el asegurador se haga cargo de los gastos en los que pueda incurrir el asegurado a consecuencia de su intervención en un procedimiento judicial o administrativo.

Con todo lo dicho, y tanto lo contenido en los preceptos señalados como en la póliza, sería factible pensar que no parece posible pretender que la entidad aseguradora forme parte del núcleo generador del riesgo objeto de la cobertura por la propia aseguradora. Parece que el art. 76 a) LCS se refiere a la defensa del asegurado en litigios frente a terceros, no en relación con la propia compañía derivados de la misma póliza (SAP Alicante 4-2-00). De tal que el seguro de defensa jurídica no cubriría los gastos de reclamaciones dirigidas contra la aseguradora, pues obligaría a poner sus servicios jurídicos (o abonar los de otros profesionales se entiende) en contra de sus propios intereses, ventilándose el coste procesal de ello según la decisión judicial sobre la condena en costas (SAP Jaén 3-12-01).

Además la póliza aquí contendría como excluido de

la cobertura las reclamaciones contra R, y la sentencia que decidió sobre el seguro de circulación estimó parcialmente la demanda y no estableció expresa condena en costas a ninguno de los litigantes.

De tal forma que no habría aquí conflicto de intereses, pues éste no se entendería tanto como intereses contrarios (como sería en este caso), sino como aquellas circunstancias en las que se presenta como oportuno una defensa distinta como por ejemplo cuando hubiese un tercero implicado en el accidente asegurado en la misma compañía que la víctima. Pero ello exigiría que hubiera participación externa en la producción del accidente, cosa que aquí no ocurrió porque el accidente se produjo por un choque contra un quitamiedos por el propio conductor del vehículo asegurado sin intervención de nadie más. Sería el supuesto contemplado por la STS 14-7-16 sobre limitación de libre designación de abogado en caso de conflicto de intereses en accidente de tráfico, incidiendo en la diferencia entre cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo ex. Art. 3 LCS. Debido a que el accidente se provoca por un tercero asegurado en la misma compañía, con lo que nombrar abogado por el asegurado sería de forma involuntaria y obligado por el conflicto de intereses.

Pero tal conflicto se predica no tanto porque la aseguradora tenga un especial interés propio en el asunto en el que su interés personal y privado esté involucrado, sino sólo con ocasión de ser la aseguradora de los dos implicados en el accidente. Con este planteamiento, se hace un análisis de cláusulas delimitadoras y de cláusulas limitativas, entendiendo que éstas últimas son aquéllas lesivas

para el asegurado porque reduce desproporcionadamente su derecho hasta dejarle vacío de contenido, frustrando de este modo las expectativas razonables del mismo para contratar. Esas cláusulas restringen, modifican o condicionan el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo se ha producido, requiriendo una aceptación específica por el mismo y una especial incorporación al contrato (STS 76/2017, de 9-2). Debiendo resaltarse y resultar entendidas (STS 402/2015, de 14-7).

Las cláusulas delimitadoras por su parte, son aquéllas que acotan o dibujan el propio objeto del contrato de seguro en base a la autonomía de la voluntad, estableciendo qué riesgo, qué cuantía y qué plazo, bastando una aceptación genérica en las condiciones generales (STS 9-2-17, de 14-9-16, de 25-11-13 o de 20-7-11). En este sentido, establecer un límite a la cuantía a abonar en relación a los gastos de defensa, supondría una delimitación de la cobertura, y sería lícito establecer una cantidad límite como objeto de la propia cobertura, o remitirse a las normas de los Colegios profesionales. Por ello, establecer un límite de 1.500 euros (como se hace aquí), sería delimitar la cobertura pero no limitar derechos del asegurado (STS 14-7-16).

Además, también sería aquí cláusula delimitadora del riesgo en los términos expuestos, la contenida en la póliza (anteriormente mencionada) sobre la exclusión de la cobertura de las reclamaciones contra la aseguradora.

Con ello hay estimación total del recurso por no existir cobertura en este caso."

La atenuante de reparación del daño tiene gran significación e importancia en el ámbito penal, lo cual provoca que cada vez sea más utilizada, no en vano hay pocos instrumentos que de modo análogo,- por un pago material- permitan bajar de grado la pena; -Artículos 21.5ª; 21.7ª y 66 del CP-. Al respecto es una aportación de interés la Sentencia núm. 721/2021 de 24 de septiembre de la Sala 2ª del Tribunal Supremo - Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco-; señera en cuanto que abre, o supera restricciones precedentes en la aplicación de la atenuante, al revocar la sentencia precedente que la inaplicó sobre la base de que -antecediendo las transferencias reconocidas a las víctimas- las perjudicadas no ejercieron acusación particular y el ministerio Fiscal no incluyó acción civil en su escrito de acusación - lo que impedía correlacionar el daño y la reparación- , los ingresos los había realizado uno una persona no identificada, y otro el abogado defensor, lo cual impedía conocer si el acusado acopió el dinero y valorar el esfuerzo que ello le supuso;

“Para la resolución de la queja conviene citar la doctrina constante de este Tribunal, de la que es exponente la reciente STS 179/2018, de 12 de abril, en la que se afirma que «[...] la jurisprudencia de esta Sala ha asociado el fundamento material de la atenuante de reparación a la existencia de un actus contrarius mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr.SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante «ex post facto», que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho,

sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre).

Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras) [...]».En la STS 2/2207, de 17 de enero, se dice que «(...) cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación

moral o incluso de la reparación simbólica (sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante (...)».Y en la STS 1346/2009, 29 de diciembre, se subraya que «(...) cuando la reparación o disminución tiene un contenido económico, ésta debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre , 1474/1999 de 18 de octubre , 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 1 de julio). Pero, en todo caso, debe acreditarse que el delincuente ha hecho un esfuerzo, un sacrificio reparador, aunque sea parcial para merecer la rebaja penológica (...)».Esta atenuante, por más que tenga un sentido más amplio que la reparación civil a que alude el artículo 110 del Código Penal, está indisociablemente única a la realización de algún acto que conlleve una reparación a la víctima y por tal razón en la STS 545/2012, de 22 de junio,

se afirmó que la atenuante estaba ligada a la naturaleza del delito cometido y que sólo es aplicable a los delitos de resultado, porque sólo en ellos es posible una reparación del daño y una disminución de los efectos del delito y que, por lo mismo y con cita de la STS 1013/2002, de 31 de mayo, resulta de muy difícil aplicación a los delitos de peligro. 17. La doctrina expuesta nos conduce a la estimación de la queja. La atenuante de reparación del daño, aplicable en los delitos de resultado, requiere un acto reparador que va más allá de la mera indemnización civil y que, de consistir en una cuantía económica, tiene que ser suficientemente significativa.

En este caso la acción del autor produjo unos resultados dañosos que han servido para determinar los tipos penales aplicables. Las víctimas resultaron lesionadas y el hecho de que hayan renunciado a la reparación de los daños y perjuicios causados no significa que éstos no se hayan producido. La atenuante de referencia no puede depender de que las víctimas reclamen o no por los perjuicios sino que dependen de la voluntad restaurativa del autor. Por lo tanto, si bien es necesario reparar un daño que efectivamente se haya producido, para la apreciación de la atenuante es irrelevante que ese daño sea reclamando en el propio proceso mediante la oportuna acción civil. La prueba practicada en el juicio, singularmente el reconocimiento de los pagos efectuados por las víctimas, junto con los documentos acreditativos de las transferencias bancarias acreditan la realidad de los pagos. Frente a estas evidencias, durante el proceso se han ofrecido distintos argumentos para negar

la existencia del esfuerzo reparador. La sentencia de instancia dudó de la existencia del pago de las cantidades porque los documentos aportados no acreditaban la titularidad de las cuentas en las que se ingresaron los fondos. Sin embargo, la sentencia de segunda instancia argumentó que no era admisible cuestionar la realidad de los pagos al haber reconocido las víctimas su recepción, afirmando que lo contrario sería una intolerable presunción contra reo». En contradicción con ese planteamiento, el tribunal de apelación cuestionó que fuera el recurrente quien realizara los pagos, porque en los impresos de transferencia no venía su nombre, dado que en uno de los documentos no se identificaba el autor y en el otro figuraba el nombre del abogado defensor. Y, llegados a este punto, el Ministerio Fiscal ha argumentado en su informe que, dado que los pagos se produjeron antes de que el Fiscal cuantificara la responsabilidad civil, no puede determinarse si las cifras abonadas se corresponden con que las que se hubieran solicitado y tampoco puede determinarse el esfuerzo que supone el pago en relación con la cantidad exigible. No compartimos estos argumentos. Tanto el tribunal de instancia como el de apelación han extremado el rigor en la valoración de la prueba sin tener en cuenta tres datos que evidencian la realidad de los pagos: Se han aportado los documentos acreditativos de las transferencias, las víctimas han reconocido haber

recibido esos pagos y no hay una explicación alternativa que permita suponer que los pagos hayan sido realizados por terceros.

Por otra parte, si se atiende a los daños causados, que constan descritos en el factum de la sentencia, se constata sin necesidad de grandes esfuerzos argumentales que las cantidades recibidas por las víctimas son relevantes y constituyen un esfuerzo de reparación significativo. A tal fin basta establecer una correspondencia entre los daños causados y la indemnización que podría corresponder según el Baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, que se utiliza por analogía y con habitualidad para el cálculo de las lesiones causadas dolosamente, con las correcciones oportunas, para comprobar que el esfuerzo reparador es relevante. Una de las víctimas sufrió lesiones que precisaron 10 días no impeditivos para su curación y la otra, sufrió lesiones sufrió lesiones que tardaron en curar 15 días, 7 de ellos impeditivos, y perjuicio estético a lo sumo moderado. Acudiendo al citado baremo, parece que las cantidades entregadas podrían cubrir por completo o en una parte relevante las indemnizaciones que podrían haberse reclamado, lo que evidencia un esfuerzo reparador significativo, de ahí que la atenuante de reparación del daño debería haber sido apreciada.”



Sobre los accidentes que acaecen en las “piscinas de bolas”, y su entorno, la Sentencia N° 402/2017, de veintiocho de junio, de la Sección: 1 de la Audiencia Provincial de Jaén – Ponente Excmo. Sr. Rafael Morales Ortega- resuelve sobre un supuesto de lesiones de un menor al pisar una bola en un campo de fútbol próximo en un centro con licencia y permisos de apertura, y homologación de todos los materiales, partiendo de que un parque no es una guardería, ni un Colegio en los que se aplica el Art 1903.5 CC.:

“efectivamente, por más que se insista por la apelante no se puede equiparar el parque el que se produjo la caída a una guardería o colegio, supuestos en los que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1903.5 cc., en los que la responsabilidad de los titulares de un centro docente se fundamenta en la transferencia de responsabilidad que hacen los padres o tutores encargados de la guardia y custodia del menor a su favor, al dejarlo bajo su custodia, siguiendo esta responsabilidad según la doctrina mayoritaria, el criterio de imputación cuasi-objetiva, por la cual se atribuye la carga probatoria, por medio de la inversión de la misma, al centro educativo, siendo éste quien ha de probar que actuó con la diligencia debida en el tiempo y en el lugar, y sin omitir deberes objetivos de cuidado.

No obstante, sí sería transmutable para la determinación de la falta de diligencia que se debe acreditar, la atención a tres criterios de actuación esenciales: a) al tipo de juego o de actividad desarrollado por el menor, diferenciando si se trata de un juego o actividad brusca o de riesgo o si se trata de una actividad o juego inocuo sin riesgo; b) a la edad de los menores,

debiendo incrementar la diligencia en la vigilancia en la medida que disminuye la edad y; c) la naturaleza de la acción u omisión determinante del daño, diferenciando si es una actuación rápida o sorpresiva o si es una actuación que no podía preverse...

Cumplidas pues las previsiones normativa y atendiendo a la dinámica en que se produjo el accidente, sobre la que no existe discusión, esto es, cuando el menor de dos años encontrándose en el recinto destinado a campo de fútbol, apto para todo tipo de edades, pisó una bola cayendo y causándose las lesiones, se hubiera podido evitar de haber estado presente la Sra. II, monitora titulada, que a su vez regenta el local con su cónyuge, el demandado Sr. B, que según consta acreditado por su propio reconocimiento en dicho momento había abandonado el recinto de juego para atender a una familia -22:10-.

Es cierto que como la misma también admitió, sus funciones como monitora, consisten en estar vigilando a los menores en el recinto de juego para que observen un comportamiento adecuado y cuidar del uso adecuado de los distintos elementos, de modo

que habría de entenderse que entre dichos cometidos está el que no se produzcan accidentes evitables en el desarrollo de los juegos, de modo que habremos de atender a las circunstancias personales, de tiempo y lugar concretas en que se produjo el evento para poder concluir no ya si se observó la diligencia debida atendiendo a la edad del menor, sino más concretamente si aun habiéndose observado la especial diligencia que se pretende, el accidente hubiera sido evitable, y la respuesta a la vista del resultado de la prueba habrá de ser como en la instancia necesariamente negativa.

Para justificar dicha afirmación habremos de tener en cuenta según resulta de todos los testimonios vertidos, que en el momento en que se produjo la caída escasamente había entre 6 y 8 niños, al parecer de edades muy similares a los hijos de la actora, pues eran los hijos de las madres que con aquella se habían reunido para preparar la fiesta de otoño del colegio; que el menor se encontraba disfrutando de una actividad que en principio y salvo imponderables, no revestía ningún especial peligro, máxime atendidas las características del recinto de fútbol, con suelo de goma o material flexible para amortiguar las caídas, rodeado de redes, con porterías pequeñas adaptadas a los menores ancladas y forradas para evitar cualquier golpe como se observa precisamente en las fotografías dos y tres aportadas con la demanda; que las madres tienen acceso desde la cafetería del local para acceder directamente al recinto de juegos y poder comprobar el estado de sus hijos, sin que se justifique como se pretende

que no les corresponda ningún tipo de control por más que se pague una entrada, pues reiteramos ni se justifica, ni se puede entender a la vista del tipo de negocio, que lo contratado sea un servicio de guardería; que en el momento del accidente se había ausentado momentáneamente la monitora, lo cual implica la admisión de que efectivamente la misma se encuentra en el recinto de juego cumpliendo su función de vigilancia.

Pues bien, atendiendo a dichas circunstancias y la rapidez con que se hubo de producir la caída si el origen de la misma fue el pisar una de las bolas esparcidas, habrá de convenirse por un lado, que aun habiendo estado presente la Sra. I en tal momento, difícilmente hubiera podido evitar aquella, salvo que se pretenda indebidamente que hubiera un monitor al cuidado de cada niño, lo que se niega en el escrito de apelación, es más ni siquiera parece exigible por tanto que la monitora estuviera dentro del concreto recinto de juego, sino normalmente en el pasillo central que se describe como existente entre las distintas zonas de juego, y; por otro, tampoco el hecho de que

habitualmente haya alguna bola de la piscina en el suelo porque los niños las sacan constantemente para jugar con ellas, aunque se ocupen de volverlas a meter en su lugar, como explicó la Sra. I -21:40- , puede venir a constituir la falta de diligencia a la que se trata de imputar el siniestro, pues además de que su aparición pudo ser momentánea, igualmente pudo producirse la caída por pisar alguna de las pelotas que de distintos tipos y tamaños están en el recinto por ser propias del juego que se desarrollan.

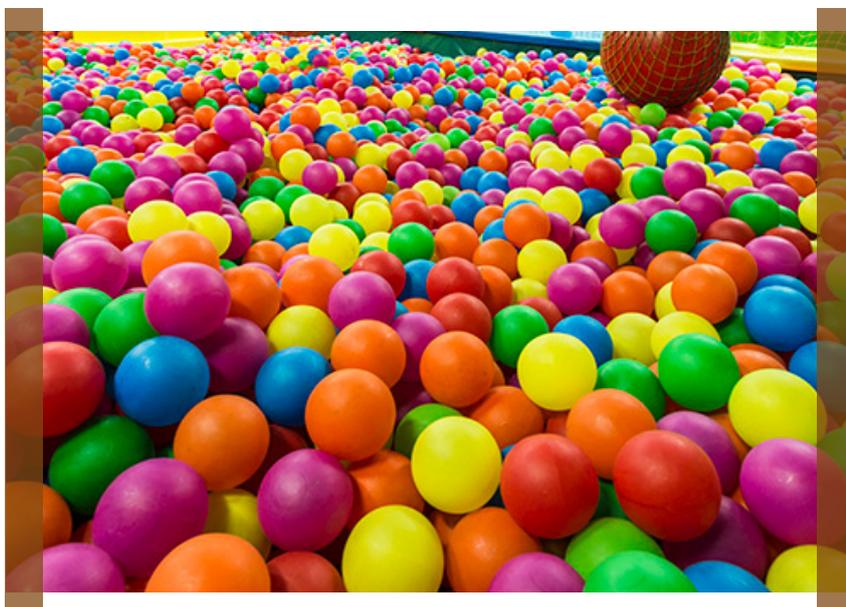
En resumen, habrá de concluir como en la instancia, que el carácter fortuito del suceso a virtud del cual se reclama, como un riesgo general de la vida de los que se deben de asumir o soportar en cualquier actividad de la vida, sin que puedan imputarse por ello a un tercero.

En el mismo sentido se pronuncia en supuestos similares al presente, por citar alguna, la SAP de Almería, Secc. 3ª de 20-11-13 , que igualmente determinó la inexistencia de responsabilidad en la caída de un menor al subir unas pequeñas escaleras

de tres peldaños forrados para acceder a la piscina de bolas también en un parque infantil, fracturándose el brazo.

También la SAP de Murcia Secc. 5ª de 4-7-06 , tras preguntarse para determinar si existió o no responsabilidad, si la presencia de un vigilante hubiera evitado dicho accidente, en un supuesto en el que al caer un menor sobre otro en la zona de juegos causándole lesiones, responde negativamente, argumentando que nadie puede controlar la actividad de los niños en una zona de juego destinada a los mismos y añade, que cualquiera que haya estado en una de estas zonas de ocio es conocedor de la forma en la que se comportan los niños, así como los continuos choques o golpes de mayor o menor intensidad que se dan como consecuencia de los juegos que desarrollan, algo que no es en modo alguno imputable al propietario del centro, de modo que concluye que el accidente no hubiera podido ser evitado por estar causado por la propia actividad de los niños en el interior de la zona de juegos, por lo que ningún vigilante hubiera podido impedir la caída del niño sobre la pierna de la pequeña...».

Finalmente, la SAP de Málaga, Secc. 6ª de 12-3 2-08, también desestimó la demanda en un supuesto en que una menor de 3 años, al jugar en una piscina de bolas de un parque infantil cayó fracturándose el codo, argumentando que el accidente no fue imputable ni a la instalación, ni a la vigilancia de los empleados del centro de ocio, pues ni siquiera la misma madre, que la vigilaba atentamente pudo evitar la caída que le ocasionó la fractura.”



Ante la disyuntiva de si una entidad como Sanitas, SegurCaixa – Adeslas, DKV... es responsable por los resultados dañosos de la actuación profesional de los facultativos incluidos en su cuadro médico, en este caso traumatólogo que realizó la intervención, en su condición de facultativo incluido en el cuadro médico de la entidad demandada, se pronuncia la Sentencia Nº 353/2019 de treinta de abril, de la Sección Nº 1, de la Audiencia Provincial de Córdoba

“El problema que se presenta es si la responsabilidad que corresponde, aún extracontractual, a la entidad demandada alcanza no sólo la prestación de los servicios médicos correspondientes, en este caso por profesional con la titulación y capacitación profesional adecuada, sino a aquellos daños que se deriven de la actuación profesional de los facultativos a los que acude el beneficiario de la prestación sanitaria por estar incluidos en el cuadro médico que ofrece en virtud del concierto suscrito contrata una póliza con similares prestaciones a las que se recogen en los conciertos con ISFAS, MUFACE, entre otros, y el beneficiario de ésta que elige a esa entidad gestora, no necesariamente aseguradora como antes hemos dicho, y que se obliga en un caso y en otro a prestar un servicio sanitario con los profesionales de su cuadro médico y los centros propios o concertados, pero como prestación que asume como propia al tiempo de firmar el concierto correspondiente, como lo hace en el contrato que puede hacer con un asegurado normal. La relación será extracontractual, en este caso, porque no hay vínculo jurídico entre beneficiario y aseguradora, pero evidentemente aquél tiene derecho a exigirle que la segunda le preste la asistencia sanitaria en los términos

incluidos en el concierto de su mutualidad, con el mismo nivel de exigencia que un particular que ha suscrito una póliza. No hay causa que justifique diferencias, siempre dentro de las mismas prestaciones pactadas en convenio o en la póliza, y, entendemos, el mismo régimen de responsabilidad, y en este sentido es claro que ese servicio lo puede prestar la aseguradora bien con personal propio o con el que tenga cualquier tipo de acuerdo, vía arrendamiento de servicios o el que corresponda. Tanto en uno como en otro caso se trata de la salud de las personas, de consumidores en este caso de servicios sanitarios, que merecen un alto régimen de protección, también cuando resultan perjudicados por errores o mal funcionamiento de esos servicios sanitarios que se les deben y pueden exigir, de ahí el rango constitucional del derecho a la protección a la salud (artículo 43) correspondiente “ a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”.

Tras una adscripción obligatoria por razón de su profesión, entre otros, los miembros de la Guardia Civil y los familiares o asimilados a su cargo, al Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (artículo

3 y 8), están protegidos ante la necesidad de asistencia sanitaria y tienen derecho, entre otras prestaciones, a la asistencia sanitaria (artículos 8 y 9.1 a) del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio). Aquélla se prestará a través de los conciertos que el ISFAS a través de distintas entidades aseguradoras, centros médicos o entidades públicas, y tienen derecho los beneficiarios a exigir que se le preste dentro de la cartera de servicios incluido en el concierto con cada compañía, entre ellos, en el caso enjuiciado la intervención quirúrgica a que fue sometida en su día del tunel carpiano de la mano izquierda. Por lo tanto, en esta situación del mismo modo que el beneficiario del ISFAS tiene derecho a exigir, la entidad sanitaria tiene la obligación de prestar esa asistencia sanitaria en los límites del concierto, y, entendemos, responderá de su inadecuada prestación, pues a lo que se obliga es a prestar ese servicio, no a reembolsar el importe que proceda y está cubierto por póliza o concierto. Esto es, el asegurado con póliza individual o colectiva, se encuentra en la misma situación que el beneficiario de este tipo de conciertos, que puede decirse que responden a un servicio público (la asistencia sanitaria conforme al artículo 43 CE) cuya prestación, no mera gestión, se le encomienda a esas entidades, y que en tanto gestores, también tienen su responsabilidad en caso de problemas que puedan surgir en el desenvolvimiento de ese servicio de asistencia sanitaria, y que van más allá de la culpa in eligendo o in vigilando , lo que hace que no juegue la exención de responsabilidad que recoge el último párrafo del artículo 1903 del Código Civil .

Por lo tanto, y coincidiendo con la sentencia apelada le alcanza a la entidad demandada la responsabilidad por daños causados a esos beneficiarios por la deficiente prestación sanitaria que puedan haberle prestado a estos los profesionales de su cuadro de facultativos”

posibles graves lesiones, y en concreto con el lamentable fallecimiento de la menor.

SÉPTIMO.- La propia norma invocada se encarga de recordar que «Tanto el objetivo del requisito básico «Seguridad de utilización y accesibilidad», como las exigencias básicas se

2. Para satisfacer este objetivo, los edificios se proyectarán, construirán, mantendrán y utilizarán de forma que se cumplan las exigencias básicas que se establecen en los apartados siguientes.

3. El Documento Básico DB-SUA Seguridad de utilización y accesibilidad específica parámetros objetivos y procedimientos cuyo cumplimiento asegura la satisfacción de las exigencias básicas y la superación de los niveles mínimos de calidad propios del requisito básico de seguridad de utilización y accesibilidad».

En desarrollo de ello, y respecto de los comentarios, incluso es razonable lo expuesto por la perito... cuando en el informe se hace ver que «De este modo entendemos que el riesgo que pudiera derivarse de la colocación de un pasamanos excesivamente alto, que niños y personas de altura reducida no pudieran asir con comodidad, podría ocasionar desequilibrios y caídas durante el uso previsto de las instalaciones», lo que les hace recordar que el uso que hizo la menor no estaba entre los previstos.

A su vez, aunque no es objeto del recurso, se discutió entre las partes por la presencia en la escalera de la faldilla inclinada (la faldilla estaría siempre dentro de los límites previstos), que obviamente no está pensada para facilitar el escalamiento, sino precisamente para no facilitar acercarse a la balaustrada, y por ello debe entenderse que se diseña inclinada.

Pero llegados a este punto, es evidente que el desarrollo de unas escaleras mecánicas exentas, en el

Todos quisiésemos que no fuesen infrecuentes sino inexistentes, pero estos accidentes de menores con resultados luctuosos acaecen desgraciadamente. En la Sentencia, Nº. 197/20 veintinueve de julio, de la Sección Sexta Audiencia Provincial de a Coruña - ponente Excmo. Sr Ponente: Eduardo Fernandez-Cid Tremoya- se resuelve sobre el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual solicitando indemnizaciones en favor de los padres y de la hermana de una menor de 8 años fallecida en lamentable accidente ocurrido el 30 de diciembre de 2012, cuando cayó por un hueco de la escalera mecánica que las partes han venido calificando como exenta, al no estar pegada a paramento alguno, por lo que aunque la escalera salva un desnivel de 6 metros entre el piso superior e inferior, otro tramo de escalera sirve para comunicar con el piso inmediatamente inferior, de manera que en el tramo donde cayó la niña, el desnivel era de 12 metros.

“... es procedente apreciar una concurrencia de culpas, considerando que aunque es loable en el ejercicio del derecho de defensa el esfuerzo de todas las partes por sostener o no la infracción de normas reglamentarias a la hora de calificar la concurrencia de una imprudencia, una vez descartada con toda lógica la vía penal, en este ámbito siempre el debate debió reconducirse a la influencia causal de la conducta de la menor en el lamentable resultado producido. También en relación con la capacidad de los demandados de haber desarrollado alguna conducta más cuidadosa tendente en general a evitar resultados tan desproporcionados como los surgidos, cuando una menor cae por un hueco al vacío, con el resultado en abstracto de

establecen en el artículo 12 de la Parte I de este CTE y son los siguientes:

Artículo 12. Exigencias básicas de seguridad de utilización y accesibilidad (SUA)

1. El objetivo del requisito básico «Seguridad de utilización y accesibilidad» consiste en reducir a límites aceptables el riesgo de que los usuarios sufran daños inmediatos en el uso previsto de los edificios, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento, así como en facilitar el acceso y la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los mismos a las personas con discapacidad.

sentido de libre de paramentos laterales que dejan huecos al vacío como el que dio lugar al accidente que nos ocupa, es una instalación claramente peligrosa, que debe animar a los responsables del centro comercial no sólo al cumplimiento exacto de la normativa reglamentaria, sino a extremar las precauciones hasta el agotamiento de la diligencia esperable para evitar riesgos en el fondo perfectamente previsibles, y entre ellos, el uso indebido por menores, usuarios de instalaciones públicas, como la propia normativa prevé. No está en modo alguno defendiéndose que la solución de colocar unas simples estructuras de metacrilato, como se hizo posteriormente tras apreciar similar estructura en otro centro (P según se dijo), fuese desde la normativa aplicable una estructura exigible, aunque con toda lógica el auto de archivo del procedimiento penal aplaudiese la medida.

Pero es evidente que entre los servicios esperables del Centro Comercial, de la misma manera que cuenta con personal de seguridad, es esperable que desarrolle estructuras tendientes a minimizar accidentes previsibles como el que nos ocupa, lo que llama a un cierto grado de responsabilidad, no en los técnicos demandados a través de las empresas instaladoras, ni en los arquitectos del proyecto y firmantes del certificado final de obra que cumplieron con sus funciones desarrolladas en cumplimiento de las normas exigibles, pero sí en la empresa que de manera diaria explota el centro comercial donde se produjo el accidente, que conocedora de las conductas inadecuadas en el uso de las instalaciones, no obstante

debe velar en el día a día por la seguridad de sus clientes, y en concreto en cuanto a los menores, que son objeto de protección incluso desde la normativa de seguridad de las instalaciones.

En cuanto a la conducta de la menor, como ya se ha hecho ver, finalmente en el motivo de apelación se reconoce como obvia su influencia causal en el accidente.

Pero después se invoca que los demandados no han acreditado ni han llamado a declarar más que a una tía que testificó diciendo que desde una terraza del Burger K próxima, vigilaban a los menores, terminando por tener que reconocer que para verlos era necesario levantarse, y que a su vez, lo sucedido ocurrió en un muy breve instante.

No procede ahondar en la responsabilidad de los cuidadores, pero sí poner de manifiesto hasta qué punto surgen exigencias de responsabilidades ajenas, sin revisar las propias; en un supuesto en el que el nivel de influencia de la conducta de la menor en el resultado es tan serio, que si no es posible hablar de culpa exclusiva de la víctima, si lo es para fijar una cuota de contribución causal claramente mayor que la del centro comercial, y que el Tribunal pondera y resuelve señalándola en un 60%.

El convencimiento es el de que para el supuesto de que la víctima fuese también un menor, pero con más capacidad de control por edad más próxima a los 18 años, y ni que decir tiene que en caso de suceder los hechos con un mayor de edad, la contribución causal de la conducta de la víctima sería tan relevante,

que se habría considerado un caso de culpa exclusiva de la víctima.

Que en el desgraciado accidente, que podría haberle sucedido a cualquiera en el cuidado de los propios menores, tuvo decisiva influencia causal la conducta de la menor que nada menos que se subió en el pasamanos con la cabeza hacia abajo, es una obvedad reconocida, desarrollándose un evidente uso incorrecto que de no producirse no habría dado lugar al accidente, pero en cambio hay un olvido a la hora de valorar las consecuencias.

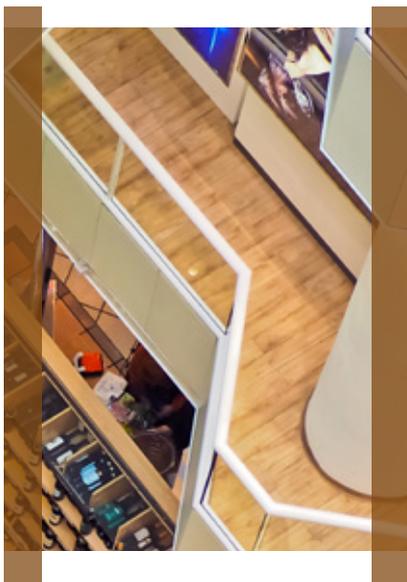
Sin embargo, es posible descubrir en la normativa aplicable no sólo la previsión del uso indebido por menores, sino la valoración del concreto riesgo de escalamiento, presente en el accidente que ahora nos ocupa. Ejemplo de ello lo es que la normativa establece lo siguiente precisamente en relación con las faldillas ahora analizadas:

«3.2.3 Características constructivas

1 En cualquier zona de los edificios de uso Residencial Vivienda o de escuelas infantiles, así como en las zonas de uso público de los establecimientos de uso Comercial o de uso Pública Concurrencia, las barreras de protección, incluidas las de las escaleras y rampas, estarán diseñadas de forma que:

a) No puedan ser fácilmente escaladas por los niños, para lo cual:

- En la altura comprendida entre 30 cm y 50 cm sobre el nivel del suelo o sobre la línea de inclinación de una escalera no existirán puntos de apoyo, incluidos salientes



sensiblemente horizontales con más de 5 cm de saliente.

- En la altura comprendida entre 50 cm y 80 cm sobre el nivel del suelo no existirán salientes que tengan una superficie sensiblemente horizontal con más de 15 cm de fondo.

Desde luego, no se aprecia responsabilidad en el codemandado Sr. Edmundo empleado de la empresa D3 vendedora e instaladora de la escalera mecánica, que certifica la adecuación de la escalera a la normativa comunitaria, lo que está fuera de dudas.

Respecto de los técnicos demandados, en los términos de lo expuesto al contestar al motivo primero, no se aprecia infracción de normas de seguridad.

El título de imputación que la sentencia ahora dictada realiza, es el correspondiente al seguimiento de la seguridad a diario por la mercantil responsable de la explotación del centro comercial, profesional del negocio, que no obstante estar en presencia de un centro comercial nuevo, no

puede desconocer la necesidad de vigilancia y control de elementos o instalaciones aceptadas legalmente, pero potencialmente peligrosas, incluso por encima de la corrección de la instalación encargada a los profesionales, sobre todo cuando las normas prevén el uso por menores o discapacitados, y resulta que en el lugar, al menos está pensada una zona de ocio próxima para tales usuarios.

En definitiva, procede estimar el recurso, con estimación parcial de la demanda por concurrencia de responsabilidades, pero sólo respecto de la mercantil D responsable del centro comercial,"

El Auto nº102/2021, de cinco de Julio de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1 ,- Ponente Excmo. Sr Miguel Juan Covián Regales- , es tan explícito que muestra por sí mismo la corrección por las Audiencias de una práctica que plantea mejorable, evitable; "un plazo judicial, pero no legal, que no puede suponer la preclusión de las posibilidades que la ley concede al ejecutante":

"PRIMERO.- La adecuada resolución del presente recurso aconseja exponer resumidamente los antecedentes del caso, que resultan del examen de las actuaciones en lo que resulta de interés para el caso:

1º.- Por diligencia de ordenación de fecha 16 de marzo de 2021, dictada en los presentes autos de ejecución,

se acordó hacer entrega a la parte actora de la cantidad de 10,72 euros en concepto de resto de principal, requiriendo a la parte actora «a fin de que en el plazo de cinco días, inste lo que a su derecho convenga, bajo apercibimiento de archivo para el caso de no verificarlo dentro de dicho plazo».

2º.- No cumplimentando la parte ejecutante dicho requerimiento, se dicta decreto, de fecha 16 de abril de 2021, declarando terminado el procedimiento de ejecución, alzar todos los embargos, devolver el sobrante al ejecutado y archivar el procedimiento, con fundamento en lo previsto en el artículo 570 de la LEC.

3º.- Frente a dicho decreto, se interpuso por la parte ejecutante recurso de revisión, que es desestimado por auto de fecha 7 de mayo de 2021, que confirma la resolución recurrida. Se razona en esta resolución que no se entiende que el decreto incurra en infracción de precepto legal alguno, ajustándose al contenido de la diligencia de ordenación de fecha 16 de marzo de 2021 y a la inactividad de la parte.

Frente a este auto se interpone recurso de apelación por la parte ejecutante, insistiendo en lo ya manifestado en la instancia: infracción de lo previsto en los artículos 22 y 570 de la LEC y que, en el caso de autos, no ha tenido lugar la satisfacción de sus pretensiones, pues no se ha procedido a practicar la liquidación de intereses y tasación de costas; y, de otro lado, infracción de lo previsto en los artículos 1964 CC, en relación con el 24 CE, entendiéndose que el plazo otorgado es un plazo para acelerar la tramitación, pero

sin que su evacuación pueda impedir que se realice la tasación de costas. Con base en lo expuesto, se interesa se revoque la resolución dictada en la primera instancia y se les emplace para proceder a la tasación de costas.

SEGUNDO.- Así delimitado el objeto de este recurso, conforme pasa a razonarse, esta Sala considera procedente su estimación.

El artículo 570 de la LEC dispone que «la ejecución forzosa solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, lo que se acordará por decreto del Letrado de la Administración de Justicia, contra el cual podrá interponerse recurso directo de revisión». En el caso de autos no es discutido que tal completa satisfacción del acreedor ejecutante no ha tenido lugar, por estar pendiente al menos la tasación de costas, por lo que tal precepto ha de considerarse infringido y no resulta de aplicación.

No se desconocen las razones de índole práctico ni el deber de impulso de oficio que incumbe al Letrado de la Administración de Justicia (artículo 179.1 de la LEC), que pueden informar el contenido de la diligencia de ordenación de fecha 16 de marzo de 2021 dictada en estos autos y, tampoco, la falta de diligencia de la ejecutante. Pero, por una parte, en el concreto supuesto que nos ocupa: el plazo concedido a la ejecutante, cinco días, es exiguo; el requerimiento no es claro - no se ha requerido a fin de que se presente liquidación de intereses y tasación de costas; y, tampoco se ha reiterado el apercibimiento en modo alguno, lo que resultaría prudente. Y, por otra parte, el plazo que se concede es un

plazo judicial, pero no legal, que no puede suponer la preclusión de las posibilidades que la ley conceda al ejecutante. En consecuencia, más razonable resultaría, en su caso, proceder a un archivo provisional de los autos y también al alzamiento de las medidas de garantía que puedan venir acordadas sobre el ejecutado, en tanto la parte ejecutante no instase lo procedente, pero sin que pueda considerarse de aplicación lo previsto en el artículo 570 de la LEC.

En suma, de conformidad con lo expresado, es procedente estimar el recurso, dejar sin efecto el auto recurrido y, estimando el recurso de revisión interpuesto contra el decreto de fecha 16 de abril de 2021, acordar se requiera a la parte ejecutante para que presente la correspondiente tasación de costas, tal y como la misma interesa en el recurso.”

encargo de la Administración a quien le viene obligada su prestación, ha generado problemas a nivel legislativo, a nivel de la propia actividad de la Administración y ejercicio de las pretensiones por los particulares. Se deja constancia de esa confusión la sentencia del Tribunal Supremo 2295/2016, dictada en el recurso de casación 2537/2015.

La responsabilidad de la sanidad pública se extiende a la responsabilidad derivada de la actividad u omisión de sus centros sanitarios u hospitalarios, bien propios o bien concertados, esto es, sujetos al contrato de gestión de servicios públicos en forma de concierto o convenio equivalente. En este sentido, la STS de 20 de Septiembre de 2011 (rec. 4461/2007), advirtió que: «la existencia de tal concierto, tratándose

Sobre la interesante problemática de la responsabilidad de la administración sanitaria por los centros concertados, los supuestos en que la responsabilidad patrimonial surja por la prestación de un servicio público por un particular, pero por cuenta y encargo de la Administración a quien le viene obligada su prestación, que ha generado problemas a nivel legislativo, a nivel de la propia actividad de la Administración y ejercicio de las pretensiones por los particulares, la Sentencia nº314/2019, de 27 de junio, de la Sección 14, de la Audiencia Provincial de Barcelona - Ponente Excm. Srª Dª Montserrat Sal Sal - afirmaba - curiosamente- “Pese a que ninguna de las partes nos ofrecen suficientes datos sobre los anteriores extremos, basta acudir a Wikipedia para constatarlos, así se indica en dicha página web: «El HOSPITAL000 es un centro hospitalario ubicado en la ciudad española de DIRECCION000, en la provincia de Valencia. Pertenece a la red de hospitales de la Generalidad Valenciana.”:

“Referido el debate a esos supuestos en que la responsabilidad patrimonial surja por la prestación de un servicio público por un particular, pero por cuenta y

de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre

que concurren los requisitos configuradores de aquella».

La responsabilidad de la administración sanitaria por los centros concertados no es automática ni necesaria, sino que serán llamados todos ellos como codemandados al proceso contencioso-administrativo pero bajo una singularidad. Si la reclamación de indemnización dirigida a la administración sanitaria no recibe respuesta expresa, o recibe respuesta expresa desestimatoria pero sin identificar como responsable exclusivo al hospital concertado, esta pasividad o tácita connivencia, comporta la posibilidad de que la eventual sentencia condenatoria recaiga exclusivamente sobre la administración sanitaria autonómica, sin perjuicio de que pueda ésta ejercer acción de repetición si hubiere mérito para ello frente al ente concertado. En cambio, si la administración sanitaria da respuesta expresa desestimatoria de la reclamación e identifica como responsable a la entidad concertada, en caso de que el interesado plantee la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa, podrá condenarse a la vista del resultado probatorio, exclusivamente a la Administración Valenciana, exclusivamente al centro concertado o incluso a ambos si existe corresponsabilidad.”

“Ahora bien, aunque cueste entender las razones, el legislador ha suprimido su contenido del articulado de las Leyes 39/2015 y 40/2015. La normativa que se incorpora sobre la responsabilidad de los concesionarios y contratistas puede generar dudas que hasta ahora había sido posible disipar con el apoyo que ofrecía la DA duodécima de la

Ley 30/92.

La quiebra de la unidad del régimen de responsabilidad ya se había producido en el ámbito sanitario en relación con las reclamaciones por la asistencia sanitaria prestada a los pacientes que reciben su cobertura sanitaria por las mutualidades de funcionarios MUFACE e ISFAS a través de centros concertados. En estos casos la jurisprudencia venía entendiendo que la reclamación podía dar lugar a la responsabilidad de la Administración y así lo afirmó en diferentes sentencias (STS 20 de febrero de 2007 , 24 de mayo de 2007 y 3 de julio de 2003), considerando que, al tratarse de una asistencia sanitaria prestada en el ámbito de un concierto, no excluía la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración y además entendía que la DA duodécima de la Ley 30/92 venía a sujetar a la revisión de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de manera unitaria, las reclamaciones por daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria en el ámbito del SNS. Sin embargo, el hecho de que la LCSP del año 2007 estableciese en su DA vigesimotercera que los conciertos que tuviesen por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebrasen la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrían la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de

cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público (con el mismo contenido se recoge ahora en la DA vigésima del TRLCSP), llevó a que la jurisprudencia reconsiderase su posición. Así, en las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011, 9 de marzo de 2011 , 4 de mayo de 2011, 15 de junio de 2011, 24 de octubre de 2011, 10 de diciembre de 2014, se señala lo siguiente: «Con esta disposición (la DA vigesimotercera de la LCSP), el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y A, al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación [artículo 253.a) de la nueva Ley y artículo 156.c) de la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , figurando entre las obligaciones del contratista la de «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración» (artículo 256 .c) de la nueva Ley y artículo 161 .c) de su precedente). Esta idea, que ya se deducía de la normativa anterior, se hace ahora explícita, cobrando todo su vigor el sistema de responsabilidad al que se acaba de aludir, de manera que «la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración [...], modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista

que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración».

Por tanto, no resulta tan claro en este momento, tras la vigencia de las leyes 39 y 40 /2015 (de reforma de la ley 30/1992 RJAYPAC) y de la LCSP, que no pueda exigirse responsabilidad al ente privado que gestiona el servicio público de salud en el ámbito de la jurisdicción civil y con arreglo a tal normativa, por lo que la legitimación ad causam de su aseguradora resulta igualmente indiscutible.

Pero aun sosteniendo que la responsabilidad de tales entes deba sustanciarse en la vía administrativa tampoco resulta descabellado admitir la legitimación ad causam de su aseguradora en la vía civil (art. 76) en cuanto estaríamos ante una responsabilidad solidaria del ente público y de la entidad gestora privada.

La equiparación que formula el letrado con la responsabilidad del médico

que presta sus servicios en el SNS no es acertada, pues en ningún caso se permite dirigir la demanda de responsabilidad civil frente al facultativo (excepción de la vía penal) lo que no ocurre con el ente que gestiona un servicio público de salud, que puede ser demandado en la vía contencioso administrativa junto con la Administración sanitaria.

Por último, si es admisible que se ejercite acción directa en la vía civil frente a la aseguradora del ente público sanitario no alcanzamos a entender cuáles son las razones que, a juicio de la demandada, justifican que no se aplique la misma regla para la aseguradora del ente privado que gestione aquel servicio. Es más, ningún argumento se contiene en su escrito exculpando de responsabilidad a su asegurado porque fuera o pudiera, en su caso, ser imputable a la Administración o al personal a su servicio.

Por lo expuesto, debemos desestimar este motivo del recurso y considerar legitimado ad causam a la entidad aseguradora SC en cuanto, con arreglo a la póliza, si bien el tomador del seguro en la UTE la R S II, departamento de salud de la R, a) aparece como asegurado además de dicha UTE , el personal sanitario, facultativo y no facultativo y no sanitario incluido el personal directivo, funcionario, personal laboral, y por contrato específico, en el ejercicio de sus funciones

por cuenta de la R de S II ; entendiéndose incluido en esa condición al personal en formación en prácticas y acogidos a algún decreto de fomento al empleo, así como cualquier personal sanitario facultativo y no facultativo, y no sanitario contratado por el tomador del seguro que preste sus servicios en los centros sanitarios, así como al personal que depende funcionalmente de R S II UTE al prestar sus servicios en un centro sanitario y en el ejercicio de sus funciones por cuenta de la R de S II UTE Departamento de S de la R. b) Aparece como actividad asegurada la prestación de servicios sanitarios y/o sociosanitarios a las personas conforme a la regulación que de esta actividad establece la legislación vigente. C) Se asegura no solo la responsabilidad civil sino la patrimonial del Tomador del Seguro, derivada de cualquier actuación y omisión cometida por su personal asegurado en el ejercicio de su actividad, sujeto a las exclusiones, límites , términos y condiciones que se determinan.

Por tanto, con arreglo a dicha póliza, la entidad aseguradora de la actividad desarrollada por el personal sanitario y facultativo del hospital que prestó la asistencia sanitaria a la reclamante tiene legitimación ad causam para responder de los daños que se hubiesen podido ocasionar por la inadecuada prestación de asistencia sanitaria de los facultativos o del centro sanitario.”





Puesta al día internacional

Responsabilidad civil: Colaboración e impulso de juristas en el ámbito iberoamericano.

por Jorge Fuset Domingo
Abogado

1.- INTRODUCCIÓN.-

La responsabilidad civil y el derecho de daños es una rama del derecho que define en muchos casos la configuración de sociedad y estado de derecho del que se han dotado los ciudadanos de cada país.

Desde un punto de vista de asunción de responsabilidades, una sociedad se define, entre otros aspectos importantes, por la manera de imputar responsabilidades e indemnizar a los perjudicados, pero también, por la concepción de los mecanismos normativos de responsabilidad civil en su función preventiva del daño.

El presente artículo quiere reconocer los esfuerzos que juristas iberoamericanos de ambos lados del Atlántico vienen realizando para confrontar el derecho comparado de los diferentes países que integran el vasto territorio iberoamericano en su afán de encontrar puntos en común y extraer principios y tendencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad civil en el área iberoamericana.

En ese sentido, apuntaremos algunos de los esfuerzos recientes realizados y de la cristalización de diferentes iniciativas recientes a todos los niveles que pueden ser la base de futuros proyectos que inspiren cierta homogeneidad e inspiración de principios en el ámbito iberoamericano en relación a la materia de responsabilidad civil y seguro.

2.- EL INSTITUTO DE DERECHO IBEROAMERICANO.-

Como se desprende de su página web www.idibe.org : El “Instituto de Derecho Iberoamericano” es una asociación, sin ánimo de lucro, que surge como una iniciativa de académicos y profesionales del Derecho, para fomentar el desarrollo jurídico y el intercambio de ideas en el ámbito iberoamericano.

El Instituto promueve la publicación de artículos doctrinales, de comentarios jurisprudenciales, de comentarios legales y de crónicas jurisprudenciales sobre los ordenamientos jurídicos de nuestro mismo entorno cultural, teniendo como cauce ordinario de expresión la Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana.

Promueve la organización de cursos, seminarios, congresos, certámenes y actividades de todo género relacionadas con los fines propios del Instituto.

De acuerdo con lo previsto en sus Estatutos, mantiene relaciones y colaboraciones con la administración, organismos de carácter nacional e internacional, instituciones, entidades públicas y privadas, universidades españolas y extranjeras, así como con empresas de ámbito nacional e internacional, asociaciones, federaciones y confederaciones.

3.- REUNIONES IBEROAMERICANAS EN EL MARCO DE LOS CONGRESOS NACIONALES (DE ESPAÑA) DE DERECHO SANITARIO.-

Destacar la celebración, en el marco del XXVI congreso nacional (de España) de Derecho Sanitario celebrado en Madrid los días 17, 18 y 19 de octubre de 2019, de la III Reunión Iberoamericana en la materia de derecho sanitario.

En referida reunión se analizaron entre otros aspectos la **cobertura sanitaria** en países como Argentina, Chile, Perú y Costa Rica, así como la vinculación del marco normativo y las prácticas médicas.

4.- BOLETINES DE DERECHO COMPARADO.-

Debe señalarse el esfuerzo que los diferentes boletines y revistas de derecho comparado se realizan desde los diferentes países del área iberoamericana.

Véase a modo de ejemplo el **Boletín mexicano de derecho comparado** que en su volumen 52 número 154 ene./abr. 2019 analiza *los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado*, siendo su autora **Gisela María Pérez Fuentes**, Profesora investigadora de tiempo completo en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.



El artículo se refiere a una dudosa aplicación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la figura de los daños punitivos que sería ajena en principio al derecho mexicano, de forma que se habría importado para el caso juzgado en la sentencia sin ni siquiera aplicar los principios que en Estados Unidos sirven para determinar la condena y difuminando en el caso que le ocupa la condena por reparación y los daños punitivos.

En ese sentido la autora establece su crítica a la sentencia por favorecer la discrecionalidad judicial, por dejar abierta a futuro la cuestión de si se debe siempre reconocer en sentencia el concepto de daños punitivos, por confundirse en el importe concedido el concepto resarcitorio del punitivo al no estar desglosados y por entender que puede favorecerse con ese precedente el enriquecimiento sin causa y la indefensión del responsable.

5.- PRIMER CONGRESO IBEROAMERICANO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, MADRID 28 Y 29 DE OCTUBRE DE 2019.- EL GRUPO IBEROAMERICANO DE DERECHO DE DAÑOS.

Destacamos por su calidad en las ponencias el **I Congreso Iberoamericano de Responsabilidad Civil**, que fue iniciativa del Master de Responsabilidad civil de la Universidad Carlos III de Madrid en colaboración con el Grupo de Trabajo para el Derecho de daños en Iberoamérica y el Instituto Brasileño de Estudios de la Responsabilidad civil (**IBERC**).

La idea de organizar el congreso surgió en Chile, en la Universidad de Talca, donde se creó el **Grupo Iberoamericano de derecho de daños**, siendo pues el congreso su primer fruto.

El congreso ofreció una visión actual de problemas relativos a la responsabilidad civil desde la perspectiva de los distintos ordenamientos iberoamericanos.

Se promovió así un foro de encuentro y debate entre juristas iberoamericanos, con el fin último de crear un grupo de expertos que pudiera abordar, partiendo de diferentes sistemas jurídicos que tienen raíces comunes, la elaboración de unas líneas o principios generales de Derecho de Daños en el ámbito iberoamericano.

El esfuerzo del contenido científico del congreso fue cristalizado en la obra **Nuevos retos del derecho de daños en iberoamérica, publicado por tirant lo blanch, valencia**

2020, del que se desprende que, en general, sus autores profundizaron en temáticas ciertamente en boga de la responsabilidad civil en cada uno de sus países de origen, con un esfuerzo de estudio de derecho comparado en algunos de los trabajos, en algunos casos incluso más allá del área iberoamericana.

Se organizó la obra en diversos bloques de interés científico, siendo el primero de los mismos el del daño en la responsabilidad civil: nuevas perspectivas.

El bloque y la obra se inaugura con lo que fue la ponencia del catedrático de derecho civil de la Universidad de Salamanca **Eugenio Llamas Pombo**. El autor denuncia el abuso de la utilización del concepto de daño moral utilizado como comodín o disfraz de soluciones ajenas a tal concepto: desde los daños punitivos, pasando por mecanismos legales que en realidad obedecen a un concepto de restitución del enriquecimiento injustificado o de reintegración al patrimonio del titular del contenido de un derecho subjetivo lesionado o de la llamada pérdida de oportunidad entre otros.

La aportación que realizaría el autor a la doctrina iberoamericana sería la de advertir del deber de deslindar con claridad los distintos intereses en el concepto de daño moral: distinguir en definitiva con claridad lo que es el daño al patrimonio, del daño a la persona y en esta categoría distinguir el llamado perjuicio corporal del daño moral en sentido estricto y sus diferentes categorías secuenciales, o “daño moral puro” que es el irrogado al ser humano en sus valores más íntimos y personales afectando al espíritu y los derechos de personalidad. El autor llega a señalar como insuficiente el reconocimiento e indemnización del daño moral puro en las compensaciones recogidas por el baremo de indemnización español para víctimas de tráfico. Referida crítica no le exime de propugnar el despreciar como no indemnizables las lesiones de intereses que no presenten una relevancia significativa y el valorar separadamente aquellas partidas que sí resultarían merecedoras de una compensación.

Al hilo de lo anterior, señalamos el estudio que del *daño moral a las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena* realiza el profesor de derecho civil de la Universidad de Concepción (Chile) **Cristián Andrés Larrain Páez**, que critica la última tendencia jurisprudencial del Alto Tribunal Supremo, que otorga indemnización por daño moral a personas jurídicas, incluso

las de carácter lucrativo, siendo esto último criticado por el autor.

Resulta de especial interés la ponencia sobre la *valoración y cuantificación del derecho moral en el derecho argentino* del profesor **Leonardo Marcellino** de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), que vendría a ser una explicación del criterio legal asumido en el código civil argentino de 2015 en su artículo 1741, que supondría la adhesión legal a la teoría de los placeres compensatorios. En definitiva, supone que ante un daño no patrimonial, o daño moral en sentido estricto, se trataría de que el derecho reconociera una satisfacción placentera o mitigadora del damnificado, y ello mediante los eventuales bienes que este puede obtener y servicios que se puede procurar con dicha indemnización. Este “precio del consuelo” viene a significar no que el dinero sea la finalidad última perseguida mediante dicha indemnización, sino que es el medio de que se valdría el derecho para producir el consuelo o mitigación del padecimiento espiritual experimentado.

Creemos que la vía que inicia el código argentino es audaz, creativa y da en el clavo como una solución a las dificultades de

configurar y cuantificar el daño moral en todo el ámbito iberoamericano.

Nos parece igualmente de interés, a efectos de toda el área iberoamericana, el trabajo de la profesora **Andrea Macía Morillo** sobre *los requisitos del daño por pérdida de oportunidad y su aplicación al contexto del diagnóstico genético preimplantacional erróneo*. En referido trabajo, configura la pérdida de oportunidad como mecanismo de excepción y de aplicación subsidiaria centrándose en establecer los requisitos por los que se debería reconocer la compensación por pérdida de oportunidad predicable de los casos tanto de falso negativo (se identifica como sano un embrión que realmente es portador de una afección genética o se identifica como histocompatible con el tercero potencial beneficiario) o un falso positivo (se identifica erróneamente como portador de la afección genética un embrión que realmente está sano o se le identifica erróneamente como no histocompatible).

Carmen Sánchez Hernández, profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho en la Universidad de Málaga estudia *la pérdida de oportunidad en el supuesto de un fallecimiento de un bebé en una guardería*,



IDIBE ▾ NOTICIAS LEGALES JURISPRUDENCIA ▾ TRIBU

sirviendo para abundar en los criterios configuradores de la pérdida de oportunidad y de la valoración a efectos de indemnización, criterios que resultan válidos para establecer una futura doctrina iberoamericana al respecto.

A nivel de ensayo teórico al margen del derecho de un Estado en concreto, el juez federal brasileño **Arthur Nogueira Feijó** realiza un esfuerzo por analizar *la incidencia y cálculo de la indemnización punitiva en su función preventiva*, dando pautas o criterios para su cálculo.

En el bloque de la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad, destaca desde una perspectiva comparada el trabajo de **Miquel Martin- Casals**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona que abre el debate de *los diversos enfoques culturales y jurídicos de la causalidad, los conceptos fundamentales en torno a la causalidad y los principales problemas en materia de casualidad práctica*, todo ello desde el derecho comparado europeo. **Lilian C San Martín Neira**, profesora asociada de la Universidad Alberto Hurtado de Chile analiza *la causalidad y sus problemas en este caso del Estado de Chile a raíz del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2020*. En el ámbito chileno

la causalidad en una acción alternativa por daño a la propiedad industrial es estudiada por el profesor de la Universidad de Concepción **Ricardo Concha Machuca**.

La relación de causalidad en el ámbito de la responsabilidad por medicamentos defectuosos es estudiada por **Mónica Navarro-Michel**, profesora agregada de la Universidad de Barcelona en el ámbito europeo y español.

Otros trabajos destacados fueron los de la causalidad por omisión en el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, del abogado **Frank Yurlian Torres**, y una propuesta de solución causal a las demandas en contra del Estado de Chile por el terremoto y tsunami del 2010, del académico **Ignacio Rios Erazo**.

Otro bloque de temas de la obra fue el criterio de imputación en la responsabilidad civil, tratándose los *criterios de imputación en la jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo Español*, artículo de la magistrada del Tribunal Supremo y catedrática de Derecho Civil **María Angeles Parra Lucán**, *la imputación objetiva de la prohibición de regreso a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo 124/2017*



de 24 de febrero, trabajo realizado por el investigador predoctoral **Felipe Oyarzún Vargas** de la Universidad Carlos III de Madrid, *la responsabilidad civil extracontractual del conservador de bienes raíces chileno*, de la profesora de Derecho Civil de la Universidad de los Andes **Yasna Otárola E.**, *el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres por los daños ocasionados a sus hijos menores de edad desde el punto de vista del ordenamiento jurídico chileno*, de **Lucía Rizik Mulet**, profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Chile, *la responsabilidad civil del socio incapacitado de la sociedad de responsabilidad limitada en Brasil*, de las autoras **Aline France Campos** y **Luciana Fernandes Berlini**, *el sustrato fáctico de negligencia en la responsabilidad civil aquiliana*, trabajo del profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa **João Marques Martins**, *la responsabilidad civil del Estado por actos de los notarios y registradores*, de **Oswaldo José Gonçalves de Mesquita Filho** y **Bernard Korman Kuperman**, *los problemas en torno a la motivación en el marco de los accidentes de tránsito en el ordenamiento peruano*, de **Richard Villacencio Billinghamurst**.

El bloque de *responsabilidad extracontractual y enriquecimiento injustificado* fue estudiado en diferentes por **Nelson Rosenvald**, el profesor de derecho civil de la Universidad Católica de la Santísima Concepción (Chile), como en sus respectivos trabajos **Carlos Céspedes Muñoz**, **Rodrigo de Guía Silva**, **Marta Pantaleón Díaz**, **Pedro del Olmo** y **Lorena Arismendy Mengual**.

La responsabilidad civil de y las relaciones familiares en el derecho español fue analizada por la profesora de Derecho Civil **Alma María Rodríguez Guitián** de la Universidad Autónoma de Madrid, en el derecho brasileño por **Luciana Fernandes Berlini** y en derecho colombiano por **Yadira Elena Alarcón Palacio**, profesora asociada de la Universidad Pontificia Javeriana.

La responsabilidad médica como bloque fue tratada igualmente desde el punto de vista del derecho portugués en cuanto al *consentimiento informado*, por **André Gonçalo Días Pereira** profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra (Portugal), como desde el punto de vista del derecho chileno en cuanto a *la pérdida de oportunidad* por **Darío Parra Sepúlveda**, profesor de Derecho Civil de la Universidad Austral de Chile, como también una perspectiva conceptual y de derecho comparado del profesor brasileño **Adriano**

Mateleto Gordinho de la Universidad Federal de Paraíba (UFPB) acerca de *la autodeterminación de los pacientes de responsabilidad por la violación de su consentimiento*, y finalmente fue objeto de estudio el programado *baremo sanitario a partir del baremo de circulación*, de **Antonio Javier de la Cruz Martínez**.

Las nuevas tecnologías no escaparon al estudio por parte de autores como **Idoia Elizalde Salazar** (*responsabilidad de vehículos autónomos*) **José Miguel Torres Pineda** (*responsabilidad de productos elaborados en impresoras láser*), **Valentina Manzur Toro** (*responsabilidad de daños causados por robots*), las abogadas **Luisa Gárate Rivera** e **Italo Sotomayor Medina** (*fake news y responsabilidad de las plataformas*)

El último bloque de la obra se dedica a la responsabilidad contractual, siendo estudiados *el criterio de imputación de responsabilidad por mora de la ley española 3/2004 de lucha contra la morosidad en operaciones mercantiles*, del profesor de derecho de la Universidad de Piura (Perú) **Victor Herrada Bazán**, *el principio de la previsibilidad y la responsabilidad civil contractual en la jurisprudencia salvadoreña*, de **Javier Antonio Tobar Rodríguez** y *la ley aplicable a la responsabilidad civil del árbitro* de **Peter A Barna**.

6.- LOS RETOS DEL DERECHO IBEROAMERICANO.-

Es por tanto una realidad los foros de derecho iberoamericanos, también en el ámbito de la responsabilidad civil, pero también es cierto que, hasta el momento, no constan esfuerzos reales de poner en común principios y mecanismos jurídicos para inspirar con fuerza los derechos nacionales del ámbito iberoamericano, siendo el estudio del derecho comparado que se viene realizando en el área de responsabilidad civil, condición necesaria pero no suficiente si se quiere avanzar en normativas con principios análogos.

Cierto es que, efectivamente, estamos ante culturas, sociedades y niveles de desarrollo muy diversos, pero la globalización acelera la necesidad de un derecho compartido siquiera en el nivel de los principios, categorías y conceptos jurídicos; siendo que también se construye así un espacio iberoamericano más cohesionado y con más seguridad jurídica para facilitar las inversiones y la interrelación social que se persigue en el área iberoamericana.

ACTA DE ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, CELEBRADA EN GRANADA EL DÍA 12 DE NOVIEMBRE DE 2.021

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 12 de noviembre de 2.020, correspondiente al XX Congreso Nacional, en Madrid.

A continuación, por **José María Hernández-Carrillo Fuentes**, Secretario de Actas-Tesorerero de la A.E.A.E.R.C y S, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en el pasado 14 de noviembre de 2.020 en Madrid que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º.- Informe de actividades y gestión.

Por el presidente de la A.E.A.E.R.C.y S, **Sr. López y García de la Serrana**, y el secretario General **Don Jose Manuel Vilar Calabuig** se da cuenta asimismo de la celebración y/o asistencia durante el ejercicio 2020 y 2021 a Congresos y Jornadas, -así como el trabajo desarrollado en la Comisión de Seguimiento del “Baremo”, -. mencionándose la necesaria adaptación al formato digital y de Webinars, destacando el último Congreso celebrado en Madrid por su excepcional calidad técnica, y la calidez de elaboración en plató de la grabación de los ponentes presenciales. Por las limitaciones del COVID-19 la vocalía de Málaga decidió no desarrollar su Jornada -que anualmente aguardamos expectantes-.

El Presidente, Sr. **Lopez y Garcia de la Serrana** participó representando a la Asociación en las siguientes jornadas o congresos:

- Ponente en la XII Jornada sobre Responsabilidad Civil y Seguro “El Seguro y la responsabilidad civil después del Covid-19: Últimas sentencias”, organizado por Mutua Madrileña, celebrado el día 21 de octubre de 2021.

- Ponente en la Jornada, sobre “Guías de buenas prácticas e Informe razonado del baremo de autos”, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, celebrado el día 7 de octubre de 2021

- Ponente en la Jornada, sobre “Cobertura de daños por el consorcio de compensación de seguros”, organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de La Palma y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, celebrado el día 6 de octubre de 2021 en modalidad online.

- Ponente en la Jornada El denominado “Baremo de tráfico” (aplicación y alcance), sobre “Guías de buenas prácticas e Informe razonado”, organizado por el Ilustre Colegio de la Abogacía Alavesa, celebrado el día 30 de septiembre de 2021.

- Ponente en el curso, sobre “Colisiones de escasa entidad en accidentes de circulación”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, celebrado los días 1 y 2 de junio de 2021.

- Ponente en el XXXVII Congreso de Derecho de la Circulación en Madrid, sobre “El acceso al mercado laboral de menores de treinta años. La necesidad de adecuación de la vivienda y el incremento en los costes de movilidad. Su determinación según los últimos acuerdos de la Guía de Buenas Prácticas”, organizado por INESE, celebrado los días 27 y 28 de mayo de 2021.

- Ponente en la Jornada telemática, sobre “El seguro de defensa jurídica y otras cuestiones de derecho de seguros”, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz, celebrado el día 20 de mayo de 2021.

- Ponente en las Jornadas, sobre oratoria jurídica y liderazgo, “El profesional 3.0 La importancia de hacer equipo para el éxito en la abogacía”, organizada por la Universidad de Granada, Facultad de Derecho, celebrado los días 25 y 26 de marzo de 2021 en modalidad online.

- Ponente en curso on-line, sobre “Reclamación del lucro cesante durante el estado de alarma”, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, celebrado el día 18 de marzo de 2021.

- Ponente en la Jornada, sobre “Las responsabilidades derivadas de la Covid-19 y su posterior aseguramiento”, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, celebrado el día 16 de marzo de 2021.

- Ponente en la sesión del “Foro Derecho y Covid -19”, en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Granada y la Fundación de Estudios y Prácticas Jurídicas, con la ponencia titulada “Las responsabilidades derivadas de la Covid-19 y su eventual aseguramiento”, celebrada el día 10 de febrero de 2021.

Conforme consta en el acta de la Asamblea General de 2020 en Madrid, se acordó dirigir comunicación al Director General de Seguros a fin de que, las conclusiones y recomendaciones alcanzadas en el “Informe razonado” elaborado por la Comisión de Seguimiento puedan tener plasmación legal mediante su incorporación - o reforma- a la actual legislación del sector, se realizó la comunicación verbal, y las labores encaminadas a incorporarlas a la Ley ya estaban en curso, por lo que en el año 2021 se han celebrado varias reuniones para implementar (redactar) las propuestas.

En el mes de octubre se concluyeron los trabajos, cumplido lo cual el compañero **Jose Perez Tirado** dimitió de su cargo en la Comisión -en representación de diversas Asociaciones de víctimas y Lesionados-

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la Revista (ya en el número 75) y su alta valoración por la comunidad doctrinal, jurisdiccional, y en general de juristas, de España, así como de la versatilidad del portal, o la agilidad que proporciona nuestra presencia en redes sociales como LinkedIn o Facebook.

3º.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año de materialización in situ de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta **Don José María Hernández-Carrillo Fuentes**, es de un año a otro delegada por este en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente entregadas ,constan detalladas en la zona privativa de los socios en la página Web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general. Son no obstante detalladas por el secretario general, así como los resultados positivos derivados del Congreso de Madrid, y aprobadas por unanimidad, haciendo constar expresamente la felicitación del colectivo a los organizadores del Congreso.

4º.- Presupuesto de 2.022.

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

5º.- Congreso del próximo año, y años venideros;

Juan Antonio Armenteros (miembro del ICACoruña) y **Celestino Barros Pena**, nuestro vocal en A Coruña postulan a A Coruña para el Congreso de la Asociación de 2023, siendo aprobada la propuesta por unanimidad para los días 9-10- y 11 de noviembre.

A continuación, la organización del próximo Congreso en Barcelona 2022, **Xavier Coca Verdaguer, Diego Callejón Muzelle, y Jorge Fuset Domingo** hacen una prometedora presentación del mismo, aglutinado, unificado con el propio del ICAB, muestra de una generosidad ejemplar que como tal es destacada y agradecida por el Presidente de la Asociación **Don Javier Lopez y Garcia de la Serrana**.

Finalmente, y con miras al futuro 2024 representante de las Islas Canarias apuntan su intención de postularse la cual es acogida con agrado.

6º.- Renovación de cargos.

Jose Perez Tirado, expone su decisión irrevocable -por motivos personales- de dejar su cometido,- en realidad todas las numerosas actividades que desarrollaba -,proponiendo **Javier Lopez y Garcia de la Serrana** su nombramiento como miembro de honor de la Asociación, siendo aprobada la propuesta por aclamación calurosa, agradeciéndole su dedicación y desvelo. Al par se propone a **Xavier Coca Verdaguer** como vocal para Cataluña en sustitución del compañero Perez Tirado, siendo aprobado unánimemente, con la enhorabuena de los presentes.

7º.- Ruegos y Preguntas. -

Jose Perez Tirado agradece a todos los presentes las muestras de cariño y aprecio que siempre ha recibido.

Asimismo, se exhorta a los asistentes a que promuevan de magistrados, docentes, juristas en general, la redacción de artículos sobre materias de interés para la revista de la asociación.

Terminado lo cual, por el **Sr. Presidente Sr Lopez y Garcia de la Serrana**, se da por concluida la XX Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros.



XXI CONGRESO NACIONAL ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro celebró la XXI edición de su Congreso Nacional durante días **11 y 12 de noviembre** en la sala García Lorca del Palacio de Congresos de Granada, un reencuentro tras la pandemia de los miembros de la Asociación procedentes de la mayoría de ciudades españolas, más de 400 abogados especialistas en la materia en una cita de referencia para los profesionales de la Responsabilidad Civil y Seguro.

El Congreso contó con un programa excepcional, tanto por la calidad de sus ponentes, como por el contenido científico que englobó la problemática más actual de una de las materias de nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad civil y el derecho de seguros, más compleja y versátil, muy presente en la vida de los ciudadanos y con mayor trascendencia de casos en Tribunales.

Dirigido por **Javier López y García de la Serrana**, presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, así como por **José Manuel Villar Calabuig**, secretario general de la misma, las distintas intervenciones se centraron en las cuestiones más relevantes y novedosas de la responsabilidad civil y el derecho de seguros, contando con la presencia de los siguientes ponentes, por orden de intervención:

D. Alberto Tapia Hermida. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

D^a. Esperanza Alcaín Martínez. Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada.

D^a María del Carmen García Garnica. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada.

D. Fernando Peña López. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña.

D. Mariano Medina Crespo. Abogado. Doctor en Derecho. Presidente de Honor de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro.

D. Javier López y García de la Serrana Abogado. Doctor en Derecho. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro.

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.

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.

Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile. Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg. Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

La Clausura del Congreso, previa a la Cena de Gala, tuvo lugar en la tarde del día 12 de noviembre a cargo del **Excmo. Sr. D. Leandro Cabrera Mercado**, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, quedando la mañana de la tercera jornada para realizar una visita a la Alhambra, Palacios Nazaríes y a los Jardines del Generalife.

Inauguración del Congreso



"Inauguración del Congreso con la intervención de la presidenta del Consejo General de la Abogacía Española y el presidente del TSJ de Andalucía"

**1ª 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



2ª 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.

**3ª 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

Recepción y cena cóctel en el Carmen de los Martires.
Con la intervención del Alcalde de Granada



Actuación del Coro del Colegio de Abogados de Granada





4ª 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



5ª 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



6ª 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

**7ª 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





8ª 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.



9ª 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.





10ª 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.



Cocktail cena de Gala - Clausura del Congreso





CENA DE GALA



CENA DE GALA



CENA DE GALA



CENA DE GALA



CENA DE GALA





**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



Nuestra prioridad
es saber cuál es la tuya.
Hablar nos acerca.

pelayo[®]

pelayo.com



SAVE THE DATE / 10,11 y 12 de noviembre de 2022

Barcelona

XXII CONGRESO NACIONAL

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO



ORGANIZA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO



PATROCINA



COLABORA

