

nº 81

Primer Trimestre. Año 2022



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**Estudio sobre la
responsabilidad
civil de los
abogados**

**Breve aproximación
doctrinal y
jurisprudencial
sobre los
fundamentos
básicos de la RC en
el deporte**

**Evolución y
seguimiento de la
ayuda por tercera
persona de la Ley
35/2015**

**Piensa en
todo lo bueno
que puede
pasar**



www.grupocatalanaoccidente.com

La confianza hace tu vida mejor

En el Grupo Catalana Occidente damos confianza.
Porque la confianza nos hace pensar en todo lo bueno que
puede pasar. Porque confiar es llegar más lejos.



nº81

Primer Trimestre. Año 2022



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 81

EDITORIAL

- ¿Hasta dónde llega la responsabilidad *In vigilando* del empresario?

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

DOCTRINA

- Estudio sobre la responsabilidad civil de los abogados

Sergio García-Valle Pérez.....11

- El deporte como actividad humana de riesgo. Breve aproximación doctrinal y jurisprudencial sobre los fundamentos básicos de la responsabilidad civil en el deporte. El fenómeno deportivo y la posible causación de daños.

Nader Subuh Falero.....37

- Evolución y seguimiento de la ayuda por tercera persona de la Ley 35/2015. Repercusiones Jurídicas y propuestas de actualización. Especial referencia al Informe Razonado en cuanto a la ayuda de tercera persona.

M^a José Moreno Toscano.....69

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 20 de enero de 2022.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: Accidente de circulación. Procede indemnizar a la demandante los 24 puntos correspondientes a nuevas secuelas psicofísicas que no fueron evaluadas en el anterior procedimiento y que no exceden del límite de 100 puntos. Los puntos por perjuicios estéticos se pueden sumar a los puntos por secuelas psicofísicas, aunque se supere el límite de 100 puntos establecido en el anexo del RD Leg. 8/2004.....81

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 1 de febrero de 2022

RESPONSABILIDAD CIVIL: Documento suscrito por las partes que ponía fin a la reclamación extrajudicial de indemnización comprometiéndose la asegurada a no iniciar en el futuro ninguna otra reclamación. Invalidez de la renuncia a los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro contenida en el documento suscrito por las partes que pone fin a la reclamación extrajudicial, pues la asegurada tenía la cualidad legal de consumidora, por lo que la renuncia a reclamar unos intereses legales impositivos de oficio debe considerarse nula, conforme al art. 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios.....93

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de febrero de 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Seguro de incendio. El proceso penal en trámite, que versa sobre el mismo siniestro objeto de cobertura, y en el que intervenían ambas partes litigantes como perjudicadas, impide la prescripción de la acción civil contra la compañía por la cantidad pendiente de pago. Voto particular103

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 2 de marzo de 2022

RESPONSABILIDAD CIVIL: Se desestima la reclamación por daños personales causados en un accidente de circulación, al considerar no acreditado de modo concluyente que concurran los criterios de causalidad genérica de exclusión y de intensidad, consistente en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, requeridos para la indemnización por traumatismos cervicales menores en el art. 135.1 del TR de la LRCSCVM.....111

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*121

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

En torno a la relación entre la historia reciente de la responsabilidad civil y los accidentes de tráfico hoy, cuando intervienen vehículos de distintas nacionalidades.

Por *Ubaldo González Garrote*147

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 Moratino, 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

¿Hasta dónde llega la responsabilidad *In vigilando* del empresario?

por Javier López y García de la Serrana
Director

Para ninguno de nosotros es desconocida esta figura, la responsabilidad *in vigilando* del empresario, pero sin embargo creo que pocas veces nos detenemos a analizar la amplitud de sus efectos y sobre todo la excepción que supone frente a los criterios generales que imperan nuestro sistema de responsabilidad civil tal y como actualmente lo conocemos. Me refiero al criterio de imputación por culpa, pues tal y como tiene establecido de forma pacífica nuestra doctrina y jurisprudencia, para que exista responsabilidad civil, salvo en determinados supuestos excepcionales, es necesaria la prueba sobre la culpa o negligencia directa del agente en la producción del hecho dañoso respecto al que se le está reclamando, sin que baste o esté permitida la imputación sin la existencia de esta culpa directa. Sin embargo el artículo 1903 del Código Civil establece un tipo de responsabilidad distinta al determinar que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1902 del mismo cuerpo legal será exigible no sólo por los actos u

omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder; señalando entre otros ejemplos de estos supuestos, a la responsabilidad que nace para los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Se trata así de un tipo de responsabilidad por hecho ajeno, la cual da lugar al nacimiento del deber de responder frente al daño causado a quien no ha sido el causante del directo del mismo. Lo que se establece es una presunción de responsabilidad civil siempre que concurre una de las conductas que fija la ley, siendo el empresario el obligado a desvirtuar esa presunción. Estamos por tanto ante la también llamada responsabilidad vicaria, donde no es necesario acreditar previamente la insolvencia del trabajador o empleado por el que el empresario debe responder, si no que podrá exigirse dicha obligación de reparar directamente a este último, con la agilidad procesal que ello conlleva.

No obstante lo anterior, (aunque esto es precisamente lo que trataremos de analizar) es requisito imprescindible que se pruebe la culpa del empresario para que pueda entrar en juego su responsabilidad directa por los actos

de sus empleados, pero como veremos más adelante este requisito es tratado de forma contradictoria por nuestra jurisprudencia; como dice **MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**¹ *“El resultado es, en nuestro Código civil, un sistema de presunción de culpa, que ha de ceder, en teoría, ante una prueba de diligencia que se permite al empresario en el párrafo final del artículo. No se trata así de un modelo de responsabilidad vicaria “a la italiana”, en el que la obligación de responder nace de la idea de representación del empresario por sus empleados (“qui facit per alium facit per se”). No se trata, aparentemente, de un esquema en el que la atribución de responsabilidad se configure como algo inexcusable, sobre la base indiscutida de que el empleador prolonga su propia actuación a través de sus subordinados. Antes bien, el criterio del legislador civil español se sitúa en el pretendido enlace existente entre el daño producido por el empleado y la falta de cuidado y vigilancia debidos por el principal. De ahí que la jurisprudencia civil no se canse de insistir en que el fundamento de la responsabilidad del empresario está en la culpa in vigilando o in eligendo”*. Pero como antes anunciábamos, esta exigencia de culpa en la obligación *in vigilando* del empresario respecto a la actuación de sus empleados recibe un tratamiento muchas veces no uniforme por nuestra jurisprudencia, pues mientras hay sentencias que parecen exigir un plus de actuación protectora de los empresarios respecto a sus trabajadores, hay otras que analizando a fondo el asunto en cuestión son capaces de discernir hasta dónde es razonable exigir la obligación de vigilancia al empresario para con ello establecer si realmente existió una falta de diligencia o no por su parte, aplicando criterios de lógica material, pues se hace inviable la exigencia de una vigilancia constante en el tiempo y en el espacio, debiéndose considerar también cuál ha sido la actuación del trabajador en la causa del accidente.

En este sentido se pronuncia la **sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2019**, ponente **JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, en la que aplicando los anteriores criterios de imputación considera la inexistencia de culpa en el empresario: *“En apoyo de esta solución pueden citarse los artículos 4-2, 12-A y 16, números 1 y 2 del Convenio 155 de la OIT que nos dicen que deben tomarse medidas “razonables y factibles”. Pues bien, dado que en el presente caso el siniestro*

acaeció cuando se sustituía una torre de un tendido eléctrico la pregunta es si era razonable y factible que el empresario (persona jurídica) estuviese allí controlando la operación, al igual que en otros lugares donde se estuvieran realizando actividades peligrosas o bastaba con haber enviado a realizar esa misión a personal formado y suficientemente cualificado con un jefe de servicio igualmente cualificado y con un protocolo de actuación conocido por todos. La respuesta es que no es razonable y factible esta exigencia, solución apuntada y seguida por la sentencia recurrida, porque sería diabólico exigir al titular de la empresa el don de la ubicuidad para estar presente en todos los lugares en que se desarrollan actividades de peligro. La LPRL no establece expresamente esa obligación, salvo aparentemente en su artículo 17, que no parece que se violara en el presente caso usando los equipos adecuados y personal formado, sin que conste infracción alguna de lo dispuesto en los Reales Decretos 1215/1997, de 18 de Julio, sobre equipos de trabajo y 773/1997, de 30 de mayo, sobre equipos de protección”.

Este mismo magistrado también fue el ponente de la **sentencia** dictada por la **Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016**, en la que tampoco se estimó que existiera culpa *in vigilando* del empresario ante la caída de su trabajador en accidente de trabajo, considerando que se habían cumplido con todas las exigencias en materia de seguridad en el trabajo y que no existía por tanto motivo para la imputación del resultado a una actuación culposa de la empresa: *“resulta que, según los hechos declarados probados en el supuesto contemplado por la sentencia recurrida consta que la empresa había puesto a disposición del trabajador los elementos que para trabajos en altura requiere el Anexo IV, parte C-3 del R.D. 1627/1997, de 24 de octubre (escaleras homologadas al efecto, andamio tubular homologado, plataforma elevadora o torre móvil homologadas), elementos de los que no hizo uso el trabajador. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste no consta que esos elementos de seguridad se pusiesen a disposición del trabajador, cual evidencia el tenor literal de la sentencia de contraste que en su fundamento de derecho tercero refiere los medios de seguridad alternativos que la empresa pudo haber facilitado al trabajador. Pero existen más diferencias relevantes, pues la sentencia de contraste funda su fallo condenatorio en que la empresa; no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba previsto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles...: Esos argumentos no son*

¹ En su manual *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*.

trasladables al caso de la sentencia recurrida en el que si consta que la empresa proporcionó los medios de seguridad establecidos para trabajos en altura y que había en la obra dos encargados de seguridad”.

Por el contrario, encontramos otras resoluciones que aplican este tipo de responsabilidad de una forma mucho más estricta, convirtiendo la responsabilidad del empresario en una responsabilidad cuasi objetiva (por no pecar de exagerado y calificarla prácticamente de objetiva) entendiendo que la carga de la prueba sobre la falta de su responsabilidad corresponde en exclusiva al empresario y que sólo cederá en supuestos de fuerza mayor o culpa exclusiva y no exonerable de la víctima. Citamos aquí a modo de ejemplo la **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), de 18 de noviembre de 2021** que establece: *“Por consiguiente, es el empresario quien debe probar que obró con la diligencia que le era exigible y que el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad de sus empleados no le era imputable, pues así se deriva de lo dispuesto en los preceptos citados y en el art. 1183 del Código Civil, donde se establece la presunción “iuris tantum” de que si la cosa se pierde en poder del deudor se presume que el incumplimiento de la obligación se debe a la culpa del deudor, presunción que el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en Sentencia de 2 de octubre de 1995, extiende al incumplimiento de las obligaciones de hacer. Lo que es lógico, ya que el daño prueba la realidad del incumplimiento imputable al deudor mientras no acredite lo contrario, esto es, que hizo todo lo posible para cumplir con su obligación. Estas ideas son las que han motivado la sentencia de la Sala 4ª de 30 de junio de, dictada en Sala General. En ella, sobre la base de que el empresario es deudor de seguridad, se concluye que estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual, lo que conlleva, conforme al art. 217 de la L.E.C. y al 1.183 del Código Civil, que sea el empresario quien deba probar que actuó con toda la diligencias que le era exigible, quedando exento de responsabilidad, como en esta sentencia, se dice “cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario argumentando los arts. 1105 CC y 15.4 LPRL, pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los*

términos cuasi objetivos en que la misma está concebida legalmente».

Vemos por tanto como se aplica un criterio de interpretación totalmente distinto, partiendo de la idea de que el daño de por sí prueba la existencia de culpa en el empresario, (presunción de carácter genérico) por lo que la exigencia de prueba sobre el cumplimiento de sus obligaciones va a ser mucho más exigente que en cualquier otro supuesto de responsabilidad civil; la diligencia del empresario deber cumplir un plus y en base a este principio gira esta línea jurisprudencial. Y en el mismo se pronuncian las **sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sala de lo Social), de 24 julio de 2020 y la del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (sala de lo Social), de 24 de julio de 2020.**

Pero si ya la responsabilidad exigida al empresario en estos supuestos por incumplimiento del deber de cumplir con las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo para sus empleados pueden resultarnos, en ocasiones, una responsabilidad que, muchas veces, se aparta de los criterios generales de imputación por culpa, más aun se hace ver en aquellos casos donde la responsabilidad *in vigilando* surge por el deber de responder por los actos no ya negligentes sino dolosos de sus empleados, por los que se ha causado daño a otro trabajador o incluso a un tercero. Son aquellos supuestos donde el trabajador realiza una conducta dolosa dentro de su horario de trabajo, en su centro de trabajo o fuera del mismo, pero con ocasión de su puesto de trabajo, causando daños por los que finalmente deberá responder el empresario; el empresario no responde aquí por la falta de adopción de medidas de seguridad para sus trabajadores, sino que responde ante un acto intencionado de sus empleados por el mero hecho de haber sucedido dentro del marco laboral de la empresa o con ocasión del puesto de trabajo del empleado.

Dice nuestra jurisprudencia que esta obligación de asunción de responsabilidad del empresario tiene también su fundamento en su obligación de elección y vigilancia sobre la actuación de sus empleados, pero sin duda alguna veremos que en muchos supuestos resulta complicado poder llegar a comprender la argumentación jurídica que justifica esta atribución de responsabilidad. En este sentido nuestro Tribunal Supremo llega a reconocer incluso que en los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria del ilícito penal cometido un

trabajador, el empresario debe responder por su calidad de titular de la explotación o negocio dentro del cual o como consecuencia del cual se ha producido el ilícito penal, pues quien se beneficia de una actividad debe también responder de los perjuicios que se derivan de ella. Acogiendo la literalidad de la **sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2010**, ponente **JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA**, *“ciertamente, en una primera fase, el origen de la responsabilidad civil subsidiaria de los principales por los actos delictivos cometidos por sus empleados, se justificaba en una falta in vigilando in eligendo, lo que suponía un fundamento culposo de la misma, poco a poco esta fundamentación fue abonándose y hoy ya es general y pacífica la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria encuentra en la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado, y ello, incluso se ha declarado cuando la actividad desarrollada por el infractor no le reporte ningún beneficio al principal”*. Es una proclamación clara y contundente de la existencia de responsabilidad por riesgo y nada más. Veamos un ejemplo de la aplicación de esta doctrina en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de**

enero de 2019 en la que se resuelve sobre el robo cometido por un empleado de hogar en la vivienda donde estaba prestando sus servicios, resultando responsable civil subsidiaria la empresa a través de la cual dicho empleado fue contratado por los propietarios de la misma, y ello aunque no existía como tal una relación de dependencia entre el autor de robo y la empresa, pues también en este punto la jurisprudencia es flexible, indicando que basta una cierta relación *pro damnato* en virtud de la cual se haya puesto en contacto al trabajador con los demandantes del servicio para que con ello deba responder por los actos ilícitos de aquel. Dice la sentencia que *“Precisar que la citada disposición no limita el alcance de la responsabilidad civil a la existencia de una relación laboral con el sujeto activo, sino que se refiere a “empleados o dependientes”, lo que en adecuada hermenéutica a fin de tratar de amparar a los perjudicados, irradiada del principio “pro damnato”, y, conforme a la teoría jurisprudencial del aprovechamiento conjunto del riesgo -quiénes se benefician de la actividad de una persona debe asumir el perjuicio que de la misma se derive, a salvo del derecho de repetición cuando proceda-, le resulta oponible el deber de resarcimiento, es decir, la inmunidad de que goza el perjudicado.”*

Es también interesante la declaración de responsabilidad de la aseguradora del empresario en el supuesto de una pelea entre



sus empleados dentro del local propietario de aquel, pues nuevamente en virtud de su deber *in vigilando* o *in eligendo*, el empresario debe ser responsable por no haber transmitido a sus empleados unas determinadas pautas de comportamiento en el desarrollo de sus funciones, y por tanto su aseguradora del mismo modo debe responder de los daños reclamados aunque en este caso el empresario no hubiera sido llamado al procedimiento, pues el perjudicado ejercita la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro. Dice la sentencia: *“Y en ese caso ha sido parte en el procedimiento la aseguradora del establecimiento donde sucedieron los hechos, sin que sea necesario denunciar también al titular del mismo, tomador del seguro, que ex lege, por el artículo 1903 antes transcrito, deviene responsable de las consecuencias de los actos cometidos por sus empleados cuando estaban en sus funciones como es el caso, en el que D. Isidro estaba como encargado del Bar y camarero del mismo, y ello bien por “culpa in vigilando”, bien por culpa “in eligendo” del titular del negocio.”* En el mismo sentido se pronuncia la **sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 2 de febrero de 2010**, con ocasión de la pelea de un portero de discoteca con unos de los clientes que pretendían acceder al mismo, la cual justifica su fallo bajo la siguiente argumentación: *“pues no cabe duda que el agresor al desempeñar su trabajo de portero en la discoteca Cesar’s, ya sea como empleado de la explotadora, ya de otra empresa, debía seguir las pautas, instrucciones y directrices de la explotadora Stringfella’s, responsabilidad directa se establece en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.”*

Es evidente por tanto que en estos supuestos podemos concluir que se prescinde del criterio de imputación por culpa, aunque en los principios que regulan la figura de la responsabilidad civil *in vigilando* del empresario venga establecido como requisito imprescindible para su determinación, pues nuestra jurisprudencia ha priorizado el interés de protección del perjudicado, (como en algunas otras ocasiones), buscando la interpretación jurídica que permita como objetivo primordial que los daños causados no queden sin ser indemnizados. Es lo que **SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA**² califica como

la culpa social. Un claro ejemplo es la **sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2022**, ponente **ANDRÉS PALOMO DEL ARCO**, en la que haciéndose eco de otra anterior de 19 de julio de 2021, condena a una entidad bancaria como responsable civil subsidiaria a raíz de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida, cometido por uno de sus agentes financieros, reconociendo expresamente lo siguiente: *“Esta Sala admite, como expresa la sentencia núm. 647/2021, de 19 de julio (RJ 2021, 3876) , que “nos movemos en un terreno en que aparecen en tensión dos líneas de fuerza enfrentadas: la necesidad de condenar civilmente al empresario que ha autorizado genéricamente a una persona para realizar una actividad que le reporta beneficio, lucro o utilidad; y el sentir común de que sería injusto hacerlo responsable por absolutamente todos los actos realizados por sus dependientes”; pero a su vez precisa que “en nuestro derecho prima la protección a la víctima aunque no de manera absoluta, naturalmente. La presunción es que el empleado o subordinado obra en el ejercicio de sus funciones. Solo cuando puede afirmarse con claridad y ha quedado así acreditado que la acción era ajena o totalmente extraña al ejercicio de sus funciones por cuenta de otro, se cancelará esa responsabilidad civil subsidiaria. La jurisprudencia de esta Sala ha tendido a interpretar el art. 120.4 C.P. de forma expansiva, posibilitado a que estamos ante una cuestión de responsabilidad civil que consiente interpretaciones extensivas a diferencia de las materias de responsabilidad penal; por ende sólo cuando la conducta objeto de consideración presente rasgos de una abierta o radical heterogeneidad, es decir cuando el vínculo con el principal no existe o la conducta delictiva fuere absolutamente ajeno a las funciones desarrolladas para aquel, deja de operar a responsabilidad civil subsidiaria”.*

Cuesta comprender esta conjunción de principios que señala la sentencia, pues nos indica que el derecho de protección a la víctima no puede considerarse de forma absoluta, cuando difícilmente podemos compartir que las soluciones llevadas a cabo por las sentencias analizadas no estén conduciendo a una defensa absoluta del derecho de indemnización a la víctima por encima y con sacrificio de otros principios jurídicos; pues sinceramente, a la vista de las resoluciones que encontramos en estos supuestos, cuesta comprender cuándo se considerará que la conducta delictiva fuere absolutamente ajena a las funciones desarrolladas para aquel.

² En su manual *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*.

Con todo ello podemos considerar que quizás resultaría más conveniente, y esclarecedor para todo agente jurídico, reconocer abiertamente que cuando hablamos de la figura de la responsabilidad *in vigilando* del empresario el requisito de la existencia de culpa ha desaparecido, y que, tal y como dice alguna de estas sentencias, nos encontramos ahora ante una responsabilidad por riesgo, donde la existencia del daño justifica de por sí la declaración de responsabilidad del empresario. Podremos estar de acuerdo o no con esta conclusión, pero no podemos discutir que es una realidad que se desprende de nuestra jurisprudencia actual.

Y es que en esta ocasión, como en algunas otras, nuestra jurisprudencia aplica e interpreta determinadas figuras jurídicas en atención al fin perseguido, en este caso la total indemnización de la víctima, desdibujando los requisitos propios que configuran dicha figura, pues se trata de conseguir el objetivo marcado aunque para ello haya que prescindir de los presupuestos básicos que le son propios. La crítica que quizás podemos hacer ante esta realidad es que nuestra jurisprudencia no determine de forma clara que las reglas del juego han cambiado, y que en el caso de la responsabilidad *in vigilando* del empresario la culpa ya no juega como uno de los límites esenciales para su aplicación, o como diría **MIGUEL PASQUAU LIAÑO** -con ocasión de la crítica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prescripción y su interpretación restrictiva-, ya no estamos jugando vinculados por las líneas dibujadas en el campo, sino que aunque las mismas existan nuestros tribunales se permiten en algunos casos pasarlas por alto en favor de la víctima; añadiendo yo parafraseando a

MIGUEL DE CERVANTES, que no por el peso de la dádiva sino por el de la misericordia.

Otra carga más para quien realmente crea empleo en nuestra sociedad actual, el empresario, ya sea pequeño, mediano o grande. Pero ¿quién defiende al empresario? No me refiero a quien defiende sus intereses o a quien lo representa, ni siquiera a quien le procura herramientas o leyes que faciliten o contribuyan a su labor. Me estoy refiriendo a quien defiende su imagen, deteriorada por años de demagogia en los que se le ha tachado de interesado, especulador y hasta explotador. Esa imagen que quizás sea la responsable de que haya desaparecido el requisito de la culpa para que pueda ser condenado por los actos, impredecibles en muchos casos y dolosos en otros, de su empleados, sustituyéndose su responsabilidad *in vigilando* por una responsabilidad por riesgo; el que asume por ayudar al desarrollo social creando puestos de trabajo y riqueza. Lo veremos más claro si ponemos como ejemplo una situación que nos pueda resultar mucho más cercana, como sería la responsabilidad que de forma, algo absurda, surgiría para el titular de un despacho de abogados en el que dos de sus letrados se han visto inmersos en una pelea entre ellos con ocasión de los comentarios vertidos por uno de ellos; el titular de ese despacho se vería obligado a tener que indemnizar por los daños sufridos, sin que sea necesario ningún tipo de imputación por culpa sino tan solo por el hecho de haber elegido a los mismos para que forman parte de su equipo, algo que cuanto menos resulta difícil de comprender, a la vez que injusto, a mi parecer.

ABRIL 2022



Estudio sobre la responsabilidad civil de los abogados

Sergio García-Valle Pérez
Abogado

SUMARIO

I.- INTRODUCCION

II.- NATURALEZA JURIDICA Y FUENTES DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ABOGADOS

1.- Naturaleza Juridica

2.- Fuentes

III.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS

1.- Tipos

2.- Obligacion De Medios No De Resultado

3.- Elementos De La Responsabilidad Civil De Los Abogados

IV.- EL DAÑO CAUSADO POR LOS ABOGADOS Y CRITERIOS DE SU VALORACION

1.- La perdida de oportunidad como juicio de probabilidad del exito de la accion

2.- La perdida de oportunidad como daño moral

3.- Criterio actual

V.- CONCLUSIONES

1.- En relacion con la jurisprudencial actual

2.- Presente y futuro proximo de los supuestos de responsabilidad civil de abogados

3.- Sobre la aplicacion del texto refundido ley general para la defensa de los consumidores y usuarios

VI.- BIBLIOGRAFIA

I.- INTRODUCCION

Que un abogado pueda causar un daño a un tercero, ha dejado de ser una idea sorprendente de otros tiempos a una realidad muy cierta. Se ha pasado de la idea romántica de agradecer al abogado su actuación mediante un regalo, sea cual sea el resultado, a analizar con una lupa clínica su actuación para preguntarse si fue diligente en su actuar y si es posible una reclamación e indemnización.

Cualquier abogado en el ejercicio de su profesión puede causar un daño a un tercero y, actualmente, el cliente es plenamente consciente de que puede reclamar a un abogado si considera que no ha hecho bien su trabajo y su actuación le ha ocasionado daños y perjuicios, por lo que las reclamaciones se han visto incrementadas notablemente en los últimos tiempos y cada vez es más normal que este tipo de daños se sometan a enjuiciamiento por nuestros tribunales.

El abogado desde el momento que inicia su camino profesional está expuesto, como cualquier profesional, a causar un daño a un tercero, bien sea al propio cliente bien sea a otro tercero ajeno a esa relación profesional durante el curso de sus actuaciones.

La casuística en los asuntos de responsabilidad civil en los que se puede ver inmerso un abogado es innumerable, siendo necesario, como en el derecho en sí, la aplicación de las normas y jurisprudencia al caso concreto (ponerse en la situación exacta en que se encontraba el abogado) para realizar determinados pronunciamientos sobre la existencia de su responsabilidad y la valoración de la indemnización correspondiente.

Cuestiones tan importantes como el secreto profesional que nos afecta (caso de los Papeles de Pandora), la información que deben dar los abogados a sus clientes (el posible consentimiento informado que debe hacer un abogado), el derecho al honor que puede vulnerar el abogado en su libertad de expresión en el ejercicio de la abogacía y la valoración y cuantificación del daño que causa un abogado, se han puesto, junto a una gran casuística de casos que afectan a los abogados, en alza y el tela de juicio en los últimos tiempos.

El Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, José María Alonso Puig, en su discurso de fecha 04/11/2021, en la entrega de los diplomas conmemorativos a los abogados

que hacían 25 y 50 años de ejercicio, destacó la labor social de los abogados en "*tiempos difíciles*" como los actuales de los que estamos "*llamados para auxiliar*"¹

Asimismo, el Magistrado del Tribunal Constitucional José Antonio Xiol Ríos en el Congreso Nacional de la Asociación de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro celebrado en Valencia en noviembre del año 2013, en un discurso de clausura memorable, dejó de lado la ponencia escrita que había preparado sobre la responsabilidad civil de los abogados y se centró en su intervención oral en ensalzar principalmente la labor social que realizan los abogados en el ejercicio de su profesión.²

La profesión de abogado es una de las más importantes que existen dado el papel social que desempeñan y las personas buscan el auxilio de estos profesionales para asesorarse o que defiendan sus intereses. A su vez, el principio de no dañar a otro es uno de los principios más importantes del derecho, y base del conocido derecho de daños- sin daño no hay responsabilidad- y el elemento fundamental en el que se estructura cualquier tipo de responsabilidad civil.

Por tanto, este principio fundamental de no dañar al otro no es ajeno a la profesión de abogado, y si se causa un perjuicio a alguien durante el ejercicio de su profesión se debe responder, y dicho principio está más presente y cuestionado que nunca.

Mediante este estudio, hacemos un análisis lo más actualizado y práctico posible de la responsabilidad civil por la que se puede ver afectado un abogado, desde la naturaleza y fuentes de sus obligaciones, los tipos de responsabilidad civil que puede causar, los requisitos que hacen nacer esta responsabilidad, las tendencias en la cuantificación y valoración del daño causado, y la última jurisprudencia que se ha dictado sobre la materia.

¹ Discurso del Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ALONSO PUIG, JM de fecha 04/11/2021, en el acto de entrega de diplomas a los abogados con 25 y 50 años de ejercicio. El término abogado proviene del latín "*advocatus*", que a su vez está formada por "*ad* y *vocatus*" que es la contracción de "*ad auxilium vocatus*"; el llamado para auxiliar.

² Ponencia de Clausura de fecha 15/11/2013 del Magistrado del Tribunal Constitucional XIOL RÍOS, JA en el Congreso Nacional de la Asociación de abogados especializados en responsabilidad Civil y seguro celebrado en Valencia.

Corren nuevos tiempos en el ejercicio de la profesión de abogado, con nuevas normativas de aplicación -Estatuto general de la Abogacía del año 2021 y Código deontológico de la abogacía del año 2019- y por ende para el análisis de la posible responsabilidad civil que le afecta, que no para de avanzar y adaptarse, la palabra “DILIGENCIA” en mayúsculas debe ser el máximo estandarte de cualquier abogado en el ejercicio de su profesión y en esa labor social fundamental que realiza para evitar causar un daño a tercero.

II.- NATURALEZA JURIDICA Y FUENTES DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ABOGADOS

1.- Naturaleza jurídica

Comienzo alejándome un poco de la doctrina tradicional sobre la naturaleza jurídica de la relación entre abogado y cliente (un contrato) para tratar, aunque sea someramente de inicio dos principios que considero deben ser el punto de partida de la actuación del abogado.

La naturaleza jurídica de la relación entre el abogado y el cliente debe partir del principio de confianza y del principio de buena fe. Estos son dos axiomas y principios fundamentales del Derecho que deben priorizarse en la relación entre abogado-cliente durante todo el curso de la relación.

En cuanto a la confianza³, dada la labor

³ Respecto a la Confianza, señalamos: el Art 47.2 del Estatuto General de la Abogacía “*La relación del profesional de la Abogacía con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza*” y el art 51.1 “*El profesional de la Abogacía está obligado a no defender intereses en conflicto con aquellos cuyo asesoramiento o defensa le haya sido encomendada o con los suyos propios y, en especial, a no defraudar la confianza de su cliente.*”

Del Código deontológico, aprobado por el pleno del Consejo General de la abogacía española el 6 de marzo de 2019: Artículo 4. *Confianza e integridad 1. La relación con el cliente se fundamenta en la recíproca confianza y exige una conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente. 2. Es obligación no defraudar la confianza del cliente y no defender intereses en conflicto, sean propios o de terceros.* Artículo 12: “*Relaciones con los clientes:1. La relación del Abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza.*”

Del Código de Deontología de la Abogacía Europea, adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006, Artículo 2.2: “*Confianza e integridad Las relaciones de confianza dependen directamente de la inexistencia de cualquier duda sobre la probidad, la honradez, la rectitud o la integridad del Abogado. Para el Abogado, estas virtudes*

social que realiza el abogado, es el pilar fundamental que el cliente deposita en el abogado contratado. Confía en su sabiduría, en su buen hacer y en su Lex Artis⁴ para la llevanza del asunto, y sin la existencia de esta confianza se hace insostenible poder defender cualquier asunto, ya que “*la pérdida de confianza*” es la causa del fin de la relación.

La confianza debe ser mutua. Debe ser del cliente en cuanto al saber y buen hacer del abogado que le lleva el asunto, como debe ser del abogado hacia al cliente en cuanto a la información que le facilita para la buena defensa del caso que se le encomienda. Sin este requisito previo de confianza difícilmente se puede “*auxiliar*” a ningún ciudadano en el asunto que se trate.

Respecto a la buena fe, es un principio general del Derecho⁵ que debe también estar siempre presente en la actuación del abogado en la defensa de los intereses de su cliente y es un principio indiscutible en el ejercicio de la profesión.

Partiendo de estos dos conceptos fundamentales de confianza y buena fe, es constante la doctrina que señala que la naturaleza jurídica de la relación de un abogado con su cliente es un contrato de arrendamiento de servicios⁶, conforme la definición del art 1.544 del Código Civil: “*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.*”

Además de señalar con claridad que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios, el tristemente fallecido L. Fernando

tradicionales constituyen obligaciones profesionales.”

Pag 444 del libro PARRA LUCAN, MA/ REGLERO CAMPOS, LF/ “tratado de responsabilidad civil, tomo II, 5ª edición (2014) “*sustentado en la buena fe y, sobre todo en una relación de confianza entre abogado y cliente*”

⁴ Lex Artis es literalmente “*ley del arte*” y se refiere al conjunto de prácticas que le son propias del buen hacer del profesional.

⁵ Artículo 7.1 Código Civil: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*”

⁶ SALAS CARCELLER, A en el libro “*Responsabilidad Civil, aspectos fundamentales, 2ª edición*” pagina 457 y ss., “*La Responsabilidad Civil de los Abogados, Procuradores, notarios y registradores de la Propiedad*”

Reglero Campos, argumentaba que también puede aproximarse a un contrato de mandato, pero que *“debe calificarse como contrato de obra cuando la prestación del Abogado consista en la realización de un trabajo cuya conclusión depende de su exclusiva voluntad, tal como la redacción de determinados documentos, etc.”*⁷

Otros autores, como por ejemplo Adela Serra Rodríguez, nos indican que *“La calificación jurídica que merece la relación entablada entre el abogado y su cliente ha sido objeto de estudio por la doctrina y la jurisprudencia que han pretendido encajarla en distintas figuras: arrendamiento de servicios, contrato de obra, mandato, contratos mercantiles de gestión (mediación, agencia, comisión), llegando incluso a definirlo como contrato innominado o atípico”*.⁸

Si bien es claro que estamos ante un

arrendamiento de servicios, coincido con la doctrina mayoritaria, y bastara con analizar cuál era la concreta actuación del abogado para definir con claridad si en un concreto caso estamos ante un contrato de obra, como puede ser cuando un abogado sólo recibe el encargo de realizar un dictamen, o en su caso de arrendamiento de servicios que es lo habitual.

El que se defina y concrete en la práctica si estamos ante un contrato clásico de arrendamiento de servicios, más típico de la defensa de un asunto encomendado a un abogado o de obra (por elaborar un dictamen), puede tener trascendencia práctica al analizar la responsabilidad civil en la que incurre un abogado y los requisitos que la componen. Ya que se podrá defender que en el contrato de obra podemos estar ante una responsabilidad de resultado y no de medios⁹.

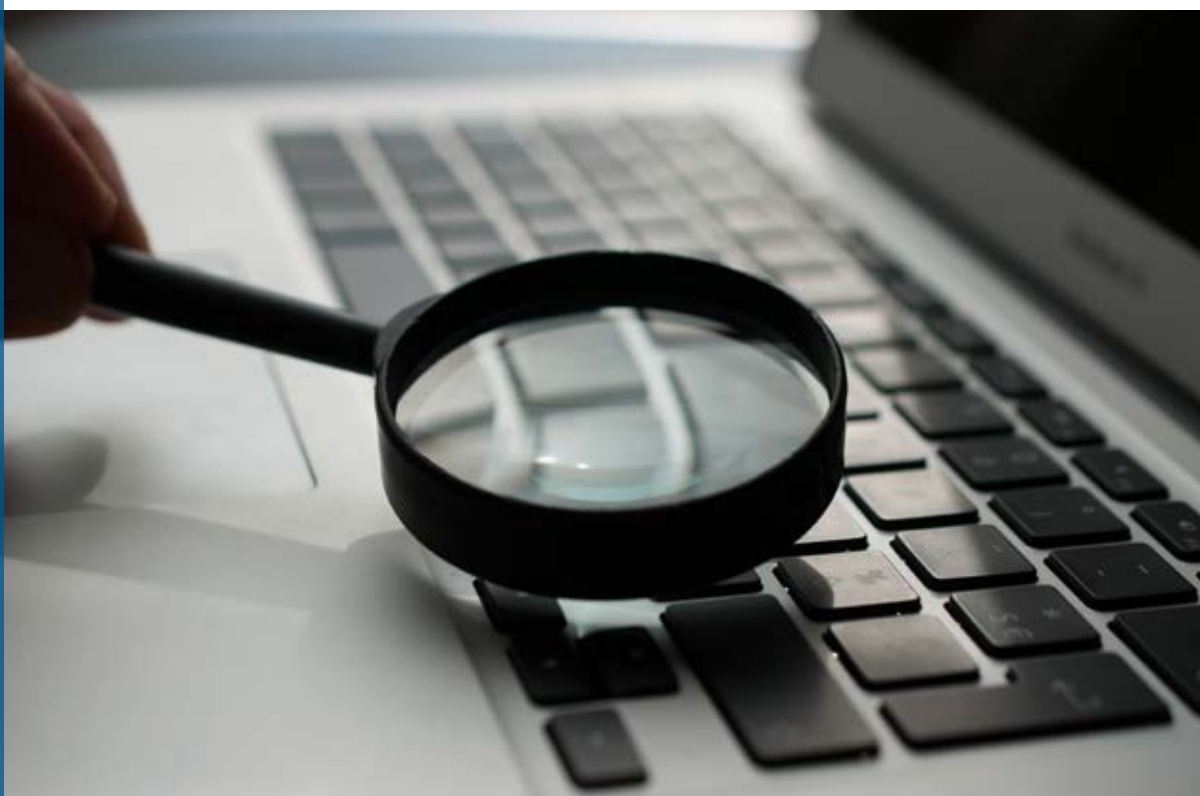
En cuanto a la naturaleza de las fuentes, considero también que es necesario hacer especial mención a estos 4 supuestos especiales:

1. ABOGADOS DE OFICIO: En el caso de los abogados de oficio se debe analizar

7 Artículo REGLERO CAMPOS, LF. Revista nº 21, primer Trimestre año 2007 de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, pagina 23 *“La Responsabilidad Civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*

8 SERRA RODRÍGUEZ, A Página 250, del Libro *“El trabajo profesional de los abogados”*, capítulo 8 *“La responsabilidad civil de abogados y Procuradores”*

9 La Responsabilidad civil del abogado se entiende por regla general que es de medios y no de resultado.



si el mismo cobra por sus servicios del cliente o si el mismo tiene derecho al beneficio de la asistencia jurídica gratuita. La diferencia es importante desde el punto de vista teórico. Si cobra por sus servicios es indiferente que sea abogado de oficio y se le aplicara la responsabilidad civil clásica de abogado igual que al resto. Si se tiene concedido el beneficio de justicia gratuita, y dado que lo que está haciendo es una función pública, si el abogado de oficio no actúa con diligencia y causa un daño, podemos estar ante una posible responsabilidad patrimonial y por tanto con los requisitos obligatorios de reclamación previa y competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa, si bien la administración podría realizar acción de repetición.¹⁰

No obstante, lo anterior, decimos solo desde el punto de vista teórico, ya que en cualquier caso existe responsabilidad directa del letrado de oficio por la posible negligencia cometida y la jurisdicción sería la civil. En la práctica no hemos encontrado ninguna sentencia que lo tratara en la jurisdicción contenciosa el tema desde la óptica de una posible Responsabilidad Patrimonial, y si por el contrario numerosas que tratan la responsabilidad directa del abogado de Oficio en la jurisdicción civil¹¹ por lo que parece más adecuada y sencilla esta vía para dirimir cualquier posible responsabilidad civil de un abogado de oficio, pese a lo dispuesto Ley 1/1996 sobre la Responsabilidad Patrimonial.

2. ABOGADOS SIN REMUNERACION: Aunque el encargo se realice por el

¹⁰ Ley 1/1996, Artículo 26 Responsabilidad patrimonial: “En lo que afecta al funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, los Colegios de Abogados y de Procuradores estarán sujetos a los mismos principios de responsabilidad patrimonial establecidos para las Administraciones públicas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

También conforme autora SERRA RODRÍGUEZ, A Página 255 y 256, del Libro “El trabajo profesional de los abogados”, capítulo 8 “La responsabilidad civil de abogados y Procuradores”

¹¹ AP Madrid, Sec. 9.ª, 211/2019, de 25 de abril, Recurso 29/2019. Ponente: MORENO GARCIA, JA. Resumen: En la fecha en que se designó al abogado de Oficio la acción para reclamar daños por una caída ya estaba prescrita, por lo que no hay negligencia del letrado.

abogado de manera gratuita sin cobrar nada por ello, no está exento de ser responsable civil. No puede ser de otra manera. Varias sentencias y autores en este sentido.¹²

3. ABOGADOS DE SOCIEDADES PROFESIONALES: De igual forma, se debe considerar cuando los servicios del abogado son prestados a través de un despacho profesional, siendo de aplicación en cuanto a la responsabilidad civil y su aseguramiento todo lo relativo a la Ley

¹² SERRA RODRÍGUEZ, A catedrática derecho civil en Universidad de Valencia, Página 256, del Libro “El trabajo profesional de los abogados”, capítulo 8 “La responsabilidad civil de abogados y Procuradores:

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

de Responsabilidades profesionales del año 2007¹³, y la controvertida a mi criterio responsabilidad solidaria que establece respecto a los actos profesionales que generen deudas de la sociedad y de todos los socios hayan o no llevado el asunto que ha dado origen a la posible reclamación por responsabilidad civil profesional, así como la obligación

¹³ Artículo 11 Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales (BOE del 16 de marzo):1. De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.2. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.3. Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.

de estipular un seguro que cubra la citada responsabilidad civil profesional (el seguro de responsabilidad civil profesional lo convierten en obligatorio, si bien es también discutible no se cuantifique económicamente su importe).

4. OTROS SUPUESTOS DE ABOGADOS POR CUENTA AJENA: Como puede ser el abogado que presta sus servicios indirectamente a través por ejemplo de un sindicato o una asociación sin que exista un contrato con el mismo. Se debe considerar que en todo caso la relación es contractual y que se puede exigir responsabilidad directa al mismo.¹⁴

2.- Fuentes

Son numerosas las fuentes a las que se puede acudir en el caso de los abogados cuando analizamos su diligencia en una actuación concreta y la posible existencia o no de su responsabilidad civil.

- LOPJ: Artículos 542 a 546, que trata de los Abogados y Procuradores: Destacamos el art 546.2: “Los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda.”
- CODIGO PENAL: En cuanto a los ilícitos penales que puede cometer un abogado en el ejercicio de su profesión que causen daño a un tercero. Desde los delitos de estafa o apropiación indebida, hasta los clásicos que puede cometer un abogado como el de deslealtad profesional.
- CODIGO CIVIL: Art 1583 y ss. sobre contrato de arrendamiento de servicios, artículos 1.542 ss. sobre contrato de mandato. 1101 Código Civil y ss. sobre la responsabilidad civil contractual, 1902 Código Civil ss. En los supuestos de

responsabilidad civil extracontractual. (También con la posibilidad de yuxtaposición de responsabilidades Contractual/Extracontractual)

- REAL DECRETO 135/2021, DE 2 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. EN VIGOR DESDE EL 1 DE JULIO DE 2021:

Artículo 47 Independencia y libertad del profesional de la Abogacía

3. En todo caso, deberá cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada, procurando de modo prioritario la satisfacción de los intereses de su cliente.

4. El profesional de la Abogacía realizará, con plena libertad e independencia y bajo su responsabilidad, las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto que le haya sido encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas y deontológicas adecuadas a la tutela jurídica del asunto.

Artículo 48 Deberes de información e identificación

1. El profesional de la Abogacía debe facilitar al cliente su nombre, número de identificación fiscal, Colegio al que pertenece y número de colegiado, domicilio profesional y medio para ponerse en comunicación con él o con su despacho, incluyendo la vía electrónica.

Cuando se trate de una sociedad profesional o despacho colectivo, deberá informar al cliente de su denominación, forma, datos de registro, régimen jurídico, código de identificación fiscal, dirección o sede desde la que se presten los servicios y medios de contacto, incluyendo la vía electrónica.

2. Cuando los servicios requeridos exijan la participación de diferentes profesionales de la Abogacía de una misma sociedad u organización, el cliente tendrá derecho a conocer la identidad de todos ellos, el Colegio al que pertenecen y, si se tratara de sociedades profesionales, si son o no socios, así como el profesional de la Abogacía que asuma la dirección del asunto.

3. El profesional de la Abogacía tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o

¹⁴ Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, Sentencia 454/2017 de 3 oct. 2017, Rec. 460/2017: No cabe distinguir entre la acción formulada frente al Letrado y la dirigida contra el Sindicato, pues ambas son de naturaleza contractual, siendo indiferente que el abogado haya sido designado por el sindicato, o que no haya cobrado directamente sus honorarios al cliente.

ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses.

4. Asimismo, le informará sobre los honorarios y costes de su actuación, mediante la presentación de la hoja de encargo o medio equivalente. También le hará saber las consecuencias que puede tener una condena en costas y su cuantía aproximada.

5. El profesional de la Abogacía deberá informar a su cliente acerca del estado del asunto en que esté interviniendo y sobre las incidencias y resoluciones relevantes que se produzcan. En los procedimientos administrativos y judiciales, si el cliente lo requiere, le proporcionará copia de los diferentes escritos que se presenten o reciban, de las resoluciones judiciales o administrativas que le sean notificadas y de las grabaciones de actuaciones que se hayan producido.

6. El profesional de la Abogacía solo podrá emitir informes que contengan valoraciones profesionales sobre el resultado probable de un asunto, litigio o una estimación de sus posibles consecuencias económicas, si la petición procede del cliente afectado quien, en todo caso, deberá ser el exclusivo destinatario, salvo que el cliente de manera expresa le autorice a darlo a conocer a un tercero.

7. Asimismo, el profesional de la Abogacía tiene derecho a recabar del cliente, manteniendo la confidencialidad necesaria, cuanta información y documentación resulte relevante para el correcto ejercicio de su función. En ningún caso el profesional de la Abogacía podrá retener documentación del cliente, sin perjuicio de que pueda conservar copia.

Artículo 52 Obligaciones en materia de reclamaciones

1. Los Profesionales de la Abogacía pondrán a disposición de sus clientes un número de teléfono, un número de fax, una dirección de correo electrónico o una dirección postal para que estos puedan dirigir sus reclamaciones o peticiones de información sobre el servicio prestado.

2. Los profesionales de la Abogacía deberán dar respuesta a las reclamaciones que se presenten en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de un mes contado desde que se hayan recibido.

- CODIGO DEONTOLOGICO, APROBADO POR EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EL 6 DE MARZO DE 2019:

“Artículo 12 Relaciones con los clientes

A. Normas generales

1. La relación con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza. Siempre que sea posible deberá intentarse la conciliación de los intereses en conflicto.

8. Se asesorará y defenderá al cliente con el máximo celo y diligencia asumiéndose personalmente la responsabilidad del trabajo encargado sin perjuicio de las colaboraciones que se recaben. Siempre se deberá intentar encontrar la solución más adecuada al encargo recibido, debiéndose asesorar al cliente en el momento oportuno respecto a la posibilidad y consecuencias de llegar a un acuerdo o de acudir a instrumentos de resolución alternativa de conflictos

B. Deberes de identificación e información

1. Es obligación de quien ejerce la Abogacía identificarse ante la persona a la que asesora o defiende, incluso cuando lo hiciere por cuenta de un tercero a fin de asumir las responsabilidades civiles y deontológicas que correspondan.

2. Se debe poner en conocimiento del cliente:

a. La opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y resultado previsible del asunto, procurando disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento.

b. El importe aproximado de los honorarios, o de las bases para su determinación, y las consecuencias que puede tener una condena en costas.

c. El derecho de solicitar la asistencia jurídica gratuita que le asistiría por sus circunstancias personales y económicas.

d. Todas aquellas situaciones que aparentemente pudieran afectar a la independencia, como relaciones familiares, de amistad, económicas o financieras con la parte contraria o sus representantes.

e. La evolución del asunto encomendado, resoluciones transcendentales, los recursos, las

posibilidades de transacción, la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o las soluciones alternativas al litigio. En los procedimientos administrativos y judiciales, si el cliente lo requiere y a costa de éste, le proporcionará copia de los diferentes escritos que se presenten o reciban, de las resoluciones judiciales o administrativas que le sean notificadas y de las grabaciones de actuaciones que se hayan producido

f. La cuenta detallada de los fondos que haya recibido del cliente o para el cliente, que deben estar siempre a su disposición. Este deber es exigible, aunque el cliente no lo solicite, cuando haya cesado la relación con éste o haya terminado el asunto encomendado.

g. El nombre, número de identificación fiscal, Colegio al que está incorporado como ejerciente y número de colegiación, domicilio profesional y medio para ponerse en comunicación con su despacho, incluyendo la vía electrónica. Cuando se trate de una sociedad profesional o despacho colectivo, deberá informarse al cliente de su denominación, forma, datos de registro, régimen jurídico, código de identificación fiscal, dirección o sede desde la que se presten los servicios y medios de contacto, incluyendo la vía electrónica. Cuando los servicios requeridos exijan la participación de diferentes integrantes de una misma sociedad u organización, el cliente tendrá derecho a conocer la identidad de todos ellos, el Colegio al que pertenecen y quien asumirá la dirección del asunto.

h. La inviabilidad fundada de la interposición de recursos u otras acciones contra las resoluciones que pongan fin, total o parcialmente, al proceso con plazo preclusivo. Esta comunicación deberá hacerse con tiempo suficiente para que el cliente pueda recabar otra opinión o encargar su defensa a un tercero.

i. Las condiciones de aseguramiento de su responsabilidad civil cuando el cliente así lo solicite.

j. Todo dato o hecho que le conste en relación con el asunto, siempre que no conlleve vulneración del secreto profesional y que pueda incidir en el resultado.

k. La posibilidad de solicitar la colaboración de otro profesional cuando las características o complejidad del asunto lo requiera.

Toda esta información deberá proporcionarse por escrito cuando el cliente lo solicite de igual manera, respetando

escrupulosamente la confidencialidad de las comunicaciones, conversaciones y negociaciones con otros profesionales de la Abogacía, salvo autorización de éstos.

3. En todo caso, se pondrá especial atención en efectuar las correspondientes advertencias al cliente en lo que respecta a la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales y la obligación de suministrar datos, en determinadas circunstancias, a las autoridades tributarias o las derivadas de la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

4. No debe aceptarse ningún asunto si uno no se considera apto para dirigirlo, a menos que se colabore con quien lo sea, informando al cliente, con carácter previo, de la identidad del colaborador.

Artículo 20. Cobertura de la responsabilidad civil

1. Se deberá tener cubierta la responsabilidad profesional en cuantía adecuada a los riesgos que implique.

2. La contratación de un seguro es obligatoria para las sociedades profesionales y en los demás casos que prevea la ley.

- OTROS CODIGOS DEONTOLOGICOS APLICABLES: Dependiendo de si el abogado está inscrito a un determinado colegio le serian de aplicación las normas del Colegio deontológico de su colegio profesional. Como ejemplo los Colegios de abogados de Madrid y Barcelona tienen también códigos deontológicos propios, muy similares al de la abogacía general.
- CODIGO DE DEONTOLOGICA DE LOS ABOGADOS EUROPEOS. DE LA ABOGACÍA EUROPEA, adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarios de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006:

“RELACIONES CON LOS CLIENTES

3.1.2. El Abogado asesorará y defenderá a su cliente rápida, **concienzudamente y con la debida diligencia**. Asumirá personalmente la responsabilidad de la misión que le ha

sido confiada. Deberá mantener a su cliente informado de la evolución del asunto del que ha sido encargado.

3.1.3. El Abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto si sabe o debiera saber que no posee la competencia necesaria para ocuparse de él a menos que colabore con un Abogado que tenga dicha competencia. El Abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto si se encuentra imposibilitado para Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea ocuparse de él con la debida rapidez, habida cuenta de sus otras obligaciones.

3.1.4. El Abogado que haga uso de su derecho a abandonar un asunto deberá asegurarse de que el cliente podrá encontrar la asistencia de un colega a tiempo para evitar sufrir un perjuicio."

También es necesario destacar de nuevo la **Obligación que se impone de tener un seguro de responsabilidad civil:**

"3.9. Seguro de responsabilidad profesional.¹⁵

3.9.1. El Abogado deberá tener en todo momento un seguro de responsabilidad profesional por una cuantía razonable, habida cuenta de la naturaleza y del alcance de los riesgos que asume en el desempeño de su actividad."

3.9.2. Si el Abogado se encontrara en la imposibilidad de contratar el seguro, deberá informar al cliente de esa situación y de sus consecuencias."

- LEY 2/2007 DE SOCIEDADES PROFESIONALES (BOE del 16 de marzo) Se debe considerar en relación a las obligaciones de un abogado lo dispuesto en su art.11 sobre la responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de su profesionales, ya que establece con claridad que de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales responderá solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado siéndoles de aplicación

¹⁵ Nuevamente con la Ley de Sociedades profesionales se impone la obligación de que un abogado tenga asegurada su responsabilidad civil profesional, si bien puede decirse que esta obligatoriedad del seguro es bastante desconocida entre los abogados.

las reglas sobre responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

- TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, en cuanto consideramos aplicable a la responsabilidad civil de los abogados como prestador de servicios, si bien en la práctica no hemos encontrado ninguna sentencia que utilice esta normativa para establecer una condena.¹⁶

III.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS

1.- Tipos

Al tratar la responsabilidad civil de abogados se pueden establecer 3 grandes apartados:

A) La responsabilidad civil que derive de la comisión de un delito.

B) La responsabilidad civil que derive de la actuación profesional que desarrolle el abogado vía contrato con el cliente por un daño que se le ocasione al mismo.

C) La responsabilidad civil extracontractual por causar un daño a un tercero no cliente.

También es posible que se dé una yuxtaposición de responsabilidades entre estos 3 tipos de responsabilidades.

A) Responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito

El abogado que ejerce su profesión puede cometer un delito durante su actuación, bien sea intencionadamente o no.

Son varios los artículos del código penal los que se recoge de manera expresa la figura del abogado:

Art 199.2 Código penal *El profesional (si bien no se hace mención expresa al abogado lo entendemos de aplicación) que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o*

¹⁶ Texto refundido ley de consumidores y usuarios, ver Art.8, letra c que contempla la indemnización de daños y perjuicios, y artículos 146 y 147 en cuanto al régimen de responsabilidad general y especial que establece.

reserva, divulgue los secretos de otra persona”

Art 463 Código penal, cuando el abogado no comparece sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral.

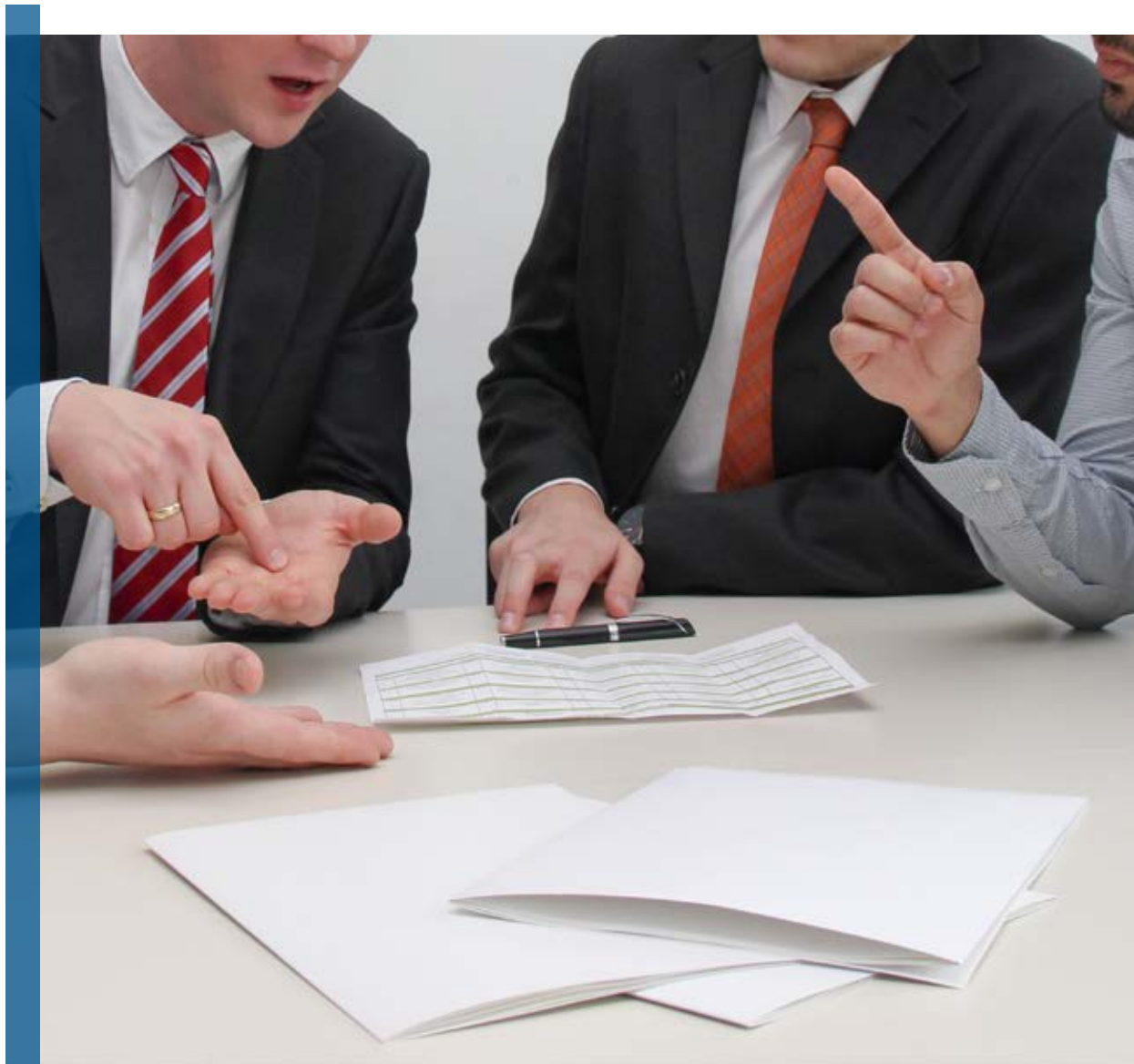
Art 465 del Código Penal del abogado que interviniendo en un proceso penal y con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos a actuaciones

Art 466 CP, cuando el abogado revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, siendo de aplicación analógica el del descubrimiento y revelación de secretos que señalan el artículo 197,199 y 200 del Código Penal, de aplicación *“al profesional”*

Art 467.1 que persigue al abogado que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defiende o representa en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios.

Art 467.2 que pena al abogado que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados.

Además de este tipo de delitos con mención expresa a la comisión por parte de un abogado, existe la posibilidad cierta de la comisión de otro tipo de delitos que recoge el código penal y que se aplicaría a los profesionales como los abogados.



Estaríamos ante delitos como, la falsificación de documentos públicos o privados art 390, 393,394.2 y 399.2, o la comisión de un delito de apropiación indebida o estafa del Art 250.7 y 253, de delitos societarios como administradores de hecho o de derecho de empresas del art. 290 s, de receptación y blanqueo de capitales del artículo 298, de cohecho del art 419, de tráfico de influencias del artículo 429, de encubrimiento de conductas delictivas del cliente del Art 451, de denuncia y acusaciones falsas del art 456, del antiguo desacato por desobedecer gravemente a la autoridad judicial o faltarle el respeto y consideración debida a la autoridad del Art 556., de amenazas frente al propio cliente, al contrario o algún tercero del Art 169 s, de delito de coacciones del 172 s. del delito de acoso del 172 ter, de injurias del art 208, de frustración de la ejecución del art 257, y de insolvencias punibles del art 259, o del que se hace pasar por abogado y comete intrusismo profesional del art 403.

Ciertamente su enumeración asusta a cualquier abogado en ejercicio, y la casuística puede ser interminable como cualquier delito que pueda cometer un particular con el agravante de que es el profesional el que lo comete. Asimismo, cuando el delito se cometa en ejercicio de la profesión puede llevar aparejada la inhabilitación.

En cuanto a los criterios de aplicación de la responsabilidad civil del abogado debemos acudir a la propia regulación del Código penal, artículos 109 a 122 del Código penal, sin olvidar que se puede reservar la acción civil si se considera más conveniente (art 109.2 C. P)

Destacamos de estos artículos:

- Debemos de partir de la máxima del Código Penal expuesta en su artículo 109.1 *“La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.”*
- En relación con la valoración y cuantificación de este tipo de responsabilidad civil el Artículo 110 del Código Penal:

La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1.º La restitución.

2.º La reparación del daño.

3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.

- Mención especial por su importancia merece las referencias expresas al seguro de responsabilidad civil profesional y las Cías. aseguradoras que dan cobertura a estos supuestos, y la existencia de una responsabilidad civil directa, como el importante derecho de repetición que consagra todo ello el art 117 del Código Penal al establecer: ***“Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.”***

El plazo de prescripción aplicable será el del tipo de delito que se cometa por el abogado. En su caso, desde el archivo del procedimiento penal o el plazo correspondiente al tipo de responsabilidad civil que se pretenda reclamar, de 1año si extracontractual, de 5 años si se considera contractual, y siempre desde que puedan ejercitarse, por mor del art 1.969 del Código Civil, fundamental para el computo de plazos en cuanto a la responsabilidad civil que se trate.

Si se acredita la comisión del delito por parte del abogado se podrán establecer y cuantificar los daños y perjuicios que ha ocasionado (Art 109 Código penal), si bien es cierto que pese a que el daño es único, y se debería cuantificar igual independientemente de la jurisdicción en la que nos hallemos, se suele valorar en numerosas ocasiones de manera distinta en la jurisdicción penal (Art 110 Código penal), por lo que ante una reclamación de este tipo (comisión de delito por parte de un abogado) considero que se debe reflexionar sobre si es más adecuado realizar expresa reserva de acciones civiles, o si no es clara la comisión del Delito acudir directamente a la vía civil (Art 109.2 Código penal)

En los últimos tiempos, lamentablemente son varias las sentencias que hemos encontrado de abogados que han sido condenados por la

comisión de delitos.¹⁷

B) Responsabilidad civil contractual:

La responsabilidad contractual del abogado es la más común conforme el contrato que firma con el cliente. Estaríamos ante una responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil.

Esta responsabilidad por lógica es la que más frecuente que se puede cometer por un abogado y es la que más casuística existe y sobre la que más desarrolla jurisprudencial se puede encontrar.

Es requisito en estos supuestos acreditar que el abogado no actuó bajo su *Lex Artis ad hoc*, y que no actuó con la diligencia debida de un buen profesional siendo necesario acreditar debidamente el error cometido. Se admite de manera unánime en la mayor parte de casos, que es una responsabilidad de medios y no de resultado (salvo en los contratos de obra).

En cuanto la prescripción, estaríamos ante un plazo de 5 años de las obligaciones contractuales recogido en el artículo 1964.2 Código Civil, que fue modificado por la Ley 42/2015 de reforma de la ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil, en vigor desde el 7 de octubre de 2015. Para errores cometidos con anterioridad deberíamos acudir al anterior plazo que establecía un periodo de 15 años.

C) Responsabilidad civil extracontractual o aquiliana

Riesgo de causar daño a un tercero que no es el cliente en el ejercicio de los intereses encomendados. Son supuestos en los que los daños se causan a un tercero que no es el cliente.

Es la responsabilidad civil clásica que nace cuando no existe ningún vínculo contractual. Aquí se trataría del daño causado a un tercero no cliente y del deber genérico de no causar un daño a otro ("*alterum non laedere*")

Estaríamos ante supuesto donde el abogado por ejemplo revela secretos que perjudican a terceros, o injuria a la parte contraria.

¹⁷ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo penal, núm. 444/2019, Recurso 1405/2018, de 3 de octubre de 2019, que condena abogado por Delito de Apropiación indebida. Sentencia Tribunal Supremo, núm. 137/2016, Recurso 1069/2015, de 24 de febrero de 2016, que confirma condena abogado por Delito deslealtad profesional.

El plazo de prescripción aplicable sería de 1 año conforme a lo previsto en el art. 1968.2º CC.

Estos son los tres grandes apartados en los que se puede dividir los riesgos de causar daño a un tercero en que puede incurrir un abogado en el ejercicio de su profesión.

Desarrollando estos tres grupos de responsabilidad se pueden encuadrar todos los errores posibles que pudiera cometer un abogado y la casuística es muy extensa y variada conforme la jurisprudencia dictada sobre la materia.

Yuxtaposición de responsabilidades

Destacamos que se puede dar en un solo supuesto los 3 tipos genéricos de responsabilidad civil en las que puede incurrir un abogado, como el abogado que no respeta la confidencialidad, que cause daño a su cliente y a un tercero, y a la vez cometa un delito de revelación de secretos de los apuntados anteriormente.

Existen por tanto supuestos de negligencias cometidas por abogados en los que es posible hablar de **yuxtaposición de responsabilidades**.

Si se para uno a pensar sobre los posibles errores que puede cometer un abogado en el ejercicio de su profesión, se puede apreciar la cantidad de supuestos en los que nos podemos encontrar, y la cantidad de fondo jurídico que le puede ser aplicable.

Este tipo de riesgos genéricos de causar daños por responsabilidad civil durante el ejercicio de la profesión de abogado, no debe ser en caso alguno confundida con la responsabilidad disciplinaria a la que también está sujeto el abogado y que tiene su tratamiento y regulación independiente.¹⁸

2.- Obligación de medios no de resultado

Genéricamente debe considerarse que la responsabilidad que asume un abogado respecto a su cliente es de medios y no de resultado.

Se entiende que el abogado debe poner todos los medios necesarios para alcanzar un resultado de conformidad a su *Lex Artis ad*

¹⁸ Se debe acudir a nivel disciplinario a la LOPJ y al estatuto General de la abogacía e incluso a la Ley de Enjuiciamiento civil.

hoc, pero que no lo puede garantizar ya que no depende sólo de su actuación sino de todas las circunstancias que pueden concurrir en un posible proceso, como por ejemplo la práctica de la prueba.

Este es el tipo de responsabilidad que asume el abogado al contratar con el cliente la prestación de los servicios, y en esto la doctrina es unánime, y reiterada al señalar que:

“la obligación del abogado no es de resultado, ni la de agotar el margen de incertidumbre propio del proceso judicial y ligado al carácter controvertido de las cuestiones jurídicamente discutibles, sino que su compromiso se extiende a actuar diligentemente en defensa de los intereses de su cliente» (SSTS de 28 de enero de 1998, 30 de marzo de 2006, 23 de mayo de 2006, 27 de junio de 2006, 26 de febrero de 2007, 18 de octubre de 2007, 15 de febrero de 2008). También sentencia TS 812/2008 de 01 diciembre, RJ 2009,1111.”

El abogado por tanto debe realizar su actuación con la diligencia debida, e intentar poner todos los medios a su alcance, pero no puede en modo alguno garantizar un resultado. El caso más habitual sería la defensa de un cliente en juicio. El abogado está obligado al poner todos los medios necesarios para defender el asunto conforme su Lex Artis, pero no puede garantizar el resultado, es decir no puede garantizar que el juicio se gane.

En contraposición, nos hallaríamos ante una obligación de resultado, cuando si depende de la voluntad del abogado, y el mismo se compromete con el resultado, a realizar el encargo que ha recibido. Ejemplo claro de este tipo de obligación cuando se le encarga exclusivamente la redacción de un documento.

Como se ha señalado, lo normal es que el tipo de responsabilidad que asume el abogado sea de medios, pero no quita que por seguridad jurídica se deba analizar caso por caso cual era el encargo inicial del abogado.

3.- Elementos de la responsabilidad civil de los abogados

La diligencia que le es exigible a un abogado es la media de un buen profesional, y se supone por tanto que tiene los conocimientos necesarios para aceptar el encargo. Todo ello conforme se dispone en el Art 1.104 C.C.¹⁹

Incluso el hecho mismo de aceptar un encargo sin tener los conocimientos necesarios ya puede ser presupuesto de existencia de responsabilidad civil al ser una fuente de las obligaciones del abogado, como preceptúa el art 12.B.4 Del Código Deontológico de la Abogacía.²⁰

Nacerá la responsabilidad civil del abogado cuando se acredite que esa diligencia que le era exigible no se ha producido y ha sido la consecuencia directa del daño causado.

La acción u omisión negligente que le será imputable en su caso al abogado va a depender en gran medida si nos hallamos ante una obligación de medios, que lo son en la mayoría de los casos, o una obligación de resultado, que por el contrario son mínimos los supuestos.

También va a depender si la responsabilidad es de medios y no de resultado la carga de la prueba que va a ser exigible para demostrar ese error o negligencia cometida por el abogado.

Se debe cumplir con lo previsto en el Art 217 de la LEC, y es **fundamental resaltar que, si la obligación asumida por el abogado es de medios, corresponde al que le imputa la negligencia la carga de la prueba.**

En palabras de Javier López y García de la Serrana *“como criterio que la responsabilidad derivada de la actuación profesional del letrado es una responsabilidad por culpa, no objetiva, y que la carga de la prueba sobre la actuación negligente del mismo, la producción del daño y su cuantificación corren a cargo de quien solicita la indemnización por tal concepto.”*²¹

Por tanto, deberá el cliente en una relación contractual clásica de prestación de servicios demostrar que el abogado ha incurrido en una falta de diligencia y probar que acción u

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 del lugar. 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.

20 4. *“No debe aceptarse ningún asunto si uno no se considera apto para dirigirlo, a menos que se colabore con quien lo sea, informando al cliente, con carácter previo, de la identidad del colaborador”.*

21 LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J Prologo Libro de Ponencias del XIII Congreso Nacional celebrado en Valencia de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, página 12 (2013)

19 Art 1.104 CC: La culpa o negligencia del deudor

omisión ha cometido que este en relación con el daño causado.

Se le aplica por tanto los presupuestos de la responsabilidad civil clásica sin que exista ninguna inversión de la carga de la prueba como en otro tipo de responsabilidades, como pueden ser las de responsabilidad por riesgo.²²

Por el contrario, si la obligación del abogado es de resultado, basta que el acreedor pruebe el encargo, y que el abogado no lo haya cumplido, siempre que se acredite los hechos constitutivos de la pretensión. Por ejemplo, un encargo de realizar un dictamen de un abogado, siendo un contrato de obra, y se demuestre que no se ha realizado en el plazo convenido.

En cualquier caso, el elemento de culpabilidad, o negligencia es el principio fundamental, sobre el que se inspira la responsabilidad civil contractual regulada en el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, como también en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual del Artículo 1.902 y ss. del Código Civil, siendo indiscutible en los casos de responsabilidad civil de los abogados que, para que realmente exista la culpa, y por ello nazca la obligación de indemnizar, debe existir una manifestación de la misma, pues solo así, puede generarse conforme a los principios generadores la responsabilidad civil.

Sea cual sea el tipo de obligación que se le impute al abogado, debe existir siempre dos puntos fundamentales para que se pueda señalar su existencia, el **nexo causal**, y el propio **daño** causado, que son elementos principales del Derecho de daños

En cuanto al nexo causal debe quedar patente, y sin ningún género de dudas que la actuación, o no actuación del abogado, ha sido lo que ha causado el daño. La relación de causalidad debe ser directa entre la acción u omisión que se imputa y el daño causado.

²² Se habla de responsabilidad por riesgo cuando al que se le imputa la causación del daño realiza una actividad que de por sí crea un riesgo para la sociedad de causar un daño, por lo que se le considera responsable incluso a pesar de que no haya actuado culposamente. Aplicable en el ámbito de los accidentes de circulación (Art. 1 LRCSVM) o a actividades industriales susceptibles de causar riesgo. En algunos supuestos existirá una clara responsabilidad objetiva impuesta por Ley como los accidentes de Tráfico y en otros se produce una inversión de la carga de la prueba debiéndose probar el actuar diligente. No se debe confundir con la teoría del riesgo, que señala que el que practica una actividad de riesgo debe sufrir las consecuencias del daño que sufra.

La relación de causalidad, como se establece en numerosas sentencias, no puede establecerse sobre la base de conjeturas o la existencia de determinados datos o pruebas que induzcan a pensar en una interrelación de acontecimientos, de tal forma, que es preciso la existencia de una prueba determinante relativa al nexo entre el causante (el abogado) y la producción del daño, de tal forma que quede patente la culpabilidad que obliga a repararlo, pues el cómo y el por qué se produjo la negligencia constituyen elementos indispensables para que se pueda hablar de responsabilidad civil de los abogados.

Conforme doctrina consolidada del Tribunal Supremo debe considerarse fundamental que, en el nexo causal entre la conducta del abogado y la producción del daño, ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo.

La causalidad, en los supuestos de abogados, es más bien problema de imputación, esto es, que los daños y perjuicios se deriven o fueren ocasionados por un acto imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar.

La prueba del nexo causal corresponde al perjudicado que ejercita la acción, puesto que es requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del posible responsable y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse, puesto que como hemos resaltado anteriormente el cómo y el por qué se produjo el error son elementos indispensables.

Respecto al daño debe resaltarse ya que es el elemento fundamental de la responsabilidad civil de abogados. Sin daño, no existe responsabilidad. El daño y su valoración es uno de los aspectos más complejos y problemáticos en lo concerniente a la responsabilidad civil de los abogados.

En relación con todo lo expuesto en este epígrafe, citamos por la claridad de su exposición, la Sentencia del TS 729/2007 de 21 de junio. RJ 2007,3783, que explica que corresponde probar al cliente perjudicado la prueba del daño, la culpa o negligencia del letrado en el cumplimiento de sus deberes profesionales y en nexo causal entre ambos:

(...) al respecto, es doctrina consolidada que la acción para exigir responsabilidad al abogado se construye en torno a los tradicionales elementos que caracterizan la responsabilidad subjetiva, daño, culpa y nexo causal, lo que hace necesario conocer las obligaciones propias del letrado cuyo incumplimiento negligente puede dar lugar a tal reclamación de responsabilidad, recayendo por supuesto en el cliente demandante la carga de probar, tanto la existencia de un daño indemnizable, como la falta de diligencia del letrado y finalmente, el vínculo causal entre aquel menoscabo y el comportamiento negligente, contrario a los deberes profesionales (...)

También se debe traer a colación respecto a los requisitos de la existencia de responsabilidad la Sentencia TS núm. 462/2010 de 14 de julio, RJ 2010,6045.

Asimismo, es necesario incluir y destacar que la Jurisprudencia del TS, al tratar los deberes y obligaciones en torno a la vulneración de la Lex Artis, lo hace como un catálogo abierto y no cerrado de todos aquellos deberes y obligaciones que pueden afectar a un abogado. Al respecto, como ejemplo de esta doctrina, citamos por todas, la Sentencias del TS de fecha 14 de julio de 2005, que señala:

“La responsabilidad civil profesional del abogado exige, en primer término, el incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la Lex Artis (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional de abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos”

Por último, es necesario destacar que, para realizar cualquier reclamación por responsabilidad civil a un Abogado, y como impone el Art 59.2 letra a) del Estatuto General

de la Abogacía, deberá Comunicar al Colegio la intención de interponer, en nombre propio o del cliente, una acción de responsabilidad civil o penal contra otro profesional de la Abogacía, derivada del ejercicio profesional (se debe distinguir con claridad la responsabilidad disciplinaria de la Responsabilidad civil pudiendo concurrir los dos tipos simultáneamente).

IV. EL DAÑO CAUSADO POR LOS ABOGADOS Y CRITERIOS DE SU VALORACION

Uno de los mayores problemas que ha suscitado la responsabilidad civil de los abogados es la valoración de daño causado al perjudicado. La valoración del daño ha tenido diversas interpretaciones jurisprudenciales y ha sido bastante cambiante.

Para llegar a este elemento fundamental que es el daño causado y su valoración pecuniaria, es necesario por lógica que ya esté probada la negligencia o error cometido por el abogado.

Se debe entender como daño todo perjuicio evaluable económicamente que se cause al tercero. Muchas sentencias y pese a quedar demostrado que el abogado cometió un error han desestimado la acción por no quedar acreditado la existencia de un daño patrimonial, sobre todo las dictadas en los últimos tiempos donde se exige una certeza de probabilidad de que el cliente estaba en una situación idónea de conseguir el resultado que proclamaba.

Se debe considerar, como punto esencial para entender como se ha venido valorado por la jurisprudencia el daño causado por la negligencia de los abogados, el concepto de pérdida de oportunidad, y que el daño ocasionado puede ser interpretado y analizado de dos maneras distintas:

1.- La pérdida de oportunidad como juicio de probabilidad del éxito de la acción

Una parte de la doctrina considera que la pérdida de oportunidad se debe basar en lo que denomina el juicio de probabilidad o el llamado juicio sobre juicio, que sería el daño causado por el abogado por su negligencia, y que lo que se debe hacer es verificar que posibilidades reales existían de que se hubiera obtenido un resultado favorable para el cliente.

Así, que lo que hace el juzgador es un juicio de prosperabilidad de la acción no entablada, es decir, un razonamiento que analiza que posibilidades de éxito había en las acciones que

no se llevaron a término por el error cometido por el abogado.

Esta doctrina, que se conoce como “juicio dentro del juicio”, entiende que no cabe atribuir al abogado, sin más, el resultado negativo del asunto confiado por el cliente. Para establecer la condena se basan en las posibilidades razonables de éxito de la pretensión que el cliente dice haberse frustrado debido al error del abogado.

Por ello, la determinación del daño concreto sufrido por el cliente como consecuencia de la negligencia o de la impericia del abogado señala a la necesidad de llevar a cabo un juicio dentro del juicio, pronunciándose, a modo de conjetura, sobre cuál habría sido el resultado del conflicto, o del encargo encomendado, de no haber mediado como señalamos una actividad profesional negligente.

Es un criterio donde la pérdida de oportunidad es una valoración sobre el hipotético resultado de lo que hubiera pasado sobre la base clara de que la reparación del daño causado es la pérdida económica sufrida.

2.- La pérdida de oportunidad como daño moral

Por el contrario, otro sector doctrinal identifica el daño con la pérdida de oportunidad de la privación de obtener una tutela judicial efectiva. El cliente ha perdido la oportunidad de acceder a la justicia debido al error que ha cometido el abogado, sin entrar a valorar las posibilidades de éxito de la acción, y su hubiera prosperado o no. Lo que se valorar es la pérdida de oportunidad de acceder a la tutela judicial efectiva (art 24 C.E), la oportunidad de obtener un pronunciamiento judicial que la negligencia del abogado ha privado al cliente.

La pérdida de oportunidad es en este caso un concepto que lo que resarce es estrictamente moral, por los padecimientos sufridos y se calcula bajo el arbitrio libre del juzgador valorando las circunstancias concurrentes, sin entrar en más consideraciones.

3.- Criterio actual

Durante años, se ha venido tratando de manera distinta por la jurisprudencia cual era el daño causado por un abogado por esa pérdida de oportunidad.

Así, existen Sentencias que consideran que se debía entender la pérdida de oportunidad sufrida por el cliente perjudicado, como el equivalente a la estimación económica de esa posible pretensión (se ha perdido lo que se hubiera concedido en ese hipotético juicio), debiendo entrarse para la cuantificación de ese daño causado en el proceso en el que se produjo el error- en el pleito del pleito-, y verificarse que hubiera pasado y si se hubiera obtenido algún tipo de cantidad, siendo la condena al abogado, el equivalente a esa hipotética cantidad, rechazándose responsabilidad si se llegaba al convencimiento de que hubiera perdido el juicio y no se hubiera obtenido ningún tipo de resarcimiento económico.

Por el contrario, existen otra doctrina, que considera que el daño causado es un daño moral, que proviene de la estimación que se considere y cuantifique el daño por la pérdida de la acción y haber perdido la oportunidad de obtener una tutela judicial efectiva, lo que se indemniza es esos padecimientos morales, zozobra, ansiedad, frustración que se entiende que padecen quien no ha podido tener acceso al pronunciamiento de los tribunales y a que se someta a enjuiciamiento su controversia.

También, se han dictado muchas Sentencias que unían ambos conceptos, el del daño Patrimonial ocasionado, y el del daño moral, y concedía ambos, citando por todas como referencia la Sentencia de la tragedia del camping de Biescas del TS de 20/05/2014.²³

Del estudio doctrinal llevado a cabo, se aprecia que las primeras sentencias dictadas sobre supuestos de abogados entendían la pérdida de oportunidad como un daño moral. No se entraba en modo alguno en el pleito del pleito dado que consideraban simplemente que se trataba de posibilidades de difícil verificación. Lo que se hacía es simplemente conceder indemnización al criterio del juzgador en función del daño moral que se considerara ocasionado en cada supuesto concreto.

A partir del año 2000, y durante todos estos años, se ha ido imponiendo el criterio de buscar las posibilidades de éxito de esa

²³ La Sentencia del TS de 20 de mayo de 2014, trata la tragedia del camping de Biescas y condena a un abogado por Responsabilidad Civil por haber prescrito la acción de sus clientes. Le conde a como perjuicio patrimonial a indemnizar en la cantidad que se dejó de obtener fruto de su negligencia, y también con 60.000 € más por el daño moral ocasionado por la zozobra que les supuso a los actores ver como otros perjudicados si habían cobrado.

acción, y que lo que se debe realizar es calcular las posibilidades de éxito para que se pueda acreditar el verdadero daño sufrido, que se entiende solo como perjuicio patrimonial, sin que exista daño moral alguno.

La doctrina más reciente de la Sala Civil del Tribunal Supremo dictada en los años 2020 y 2021 consolida del todo jurisprudencialmente que la probabilidad del resultado sirve para la cuantificación del error del abogado, y que la mayor o menor probabilidad del éxito en la estimación de la pretensión del cliente, es la indemnización que se debe abonar por el abogado a consecuencia de su error.

En palabras del propio TS, detallan cual ese el criterio actual, *«Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales»*

Como sentencia estandarte y de referencia de esta doctrina, a nuestro criterio es la STS de 27 de junio de 2006, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos. Esta sentencia es en puridad en las que se basan y trasladan su doctrina a las 3 sentencias recientes dictadas en el año 2020 y 2021, que son un reflejo claro de cuál es el criterio que se sigue en la actualidad por el Tribunal Supremo para entender el criterio de pérdida de oportunidad y de cuantificar las posibles negligencias cometidas por abogados.

- Sentencia nº 50/2020 del Tribunal Supremo, Sala Civil de fecha 22/01/2020, Recurso 3073/2017, Ponente José Luis Seaone Spiegelber:

(...)

No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales: SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006); pues, aunque ambos procedimientos resultan indispensables, dentro de las posibilidades humanas, para atender al principio *restitutio in integrum* [reparación integral] que constituye el quicio del Derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo.

«Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede

existir en esta privación, al menos en circunstancias normales. (...)

(...)

Esta naturaleza patrimonial del hipotético daño sufrido por el actor determina que la posibilidad de ser indemnizado no deba buscarse en una cantidad que, de forma discrecional, fijen los juzgadores como daño moral, sino que ha de ser tratada en el marco propio del daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades. (...)

La pérdida de oportunidad ha sido aceptada y reconocida por la jurisprudencia de esta Sala 1.ª Opera como paliativo del radical principio del todo o la nada a la hora de determinar la relación causal entre un hecho y un resultado acaecido, a modo de una imputación probabilística. El comportamiento que priva de una chance es un suceso que ha podido ser condición necesaria del daño, pero también no serlo.

La aplicación de tal doctrina, en el caso de demandas de responsabilidad civil de abogados y procuradores, por los daños patrimoniales sufridos por sus patrocinados, exige a los tribunales celebrar el denominado «juicio dentro del juicio» (trial within the trial); es decir, apreciar el grado de probabilidad o expectativas de éxito, que cabría racionalmente haber obtenido en el caso de haberse presentado la demanda o el recurso; en definitiva, de no haberse frustrado las acciones judiciales susceptibles de ser ejercitadas.

De manera tal, que, si las posibilidades de éxito de la acción no entablada fueran máximas o muy probables, la indemnización sería equivalente a la cuantía del daño experimentado; mientras que, por el contrario, si son muy escasas o muy poco consistentes, la demanda deberá ser rechazada. En los supuestos intermedios entre ambos niveles probabilísticos procederá el resarcimiento del daño en proporción a las posibilidades de que la acción no entablada por causa imputable al letrado prosperase, fijando de tal forma la cuantía del resarcimiento a que tiene derecho el perjudicado, mediante un juicio ponderativo y motivado que debe contener la resolución judicial que decida el litigio.

La carga de la prueba corresponde al demandante a quien compete demostrar la

seriedad de la oportunidad frustrada y su grado de probabilidad. El daño por pérdida de oportunidad es hipotético por lo que no procede el resarcimiento económico cuando no concurre una razonable certeza sobre la posibilidad de que la acción frustrada hubiera sido judicialmente acogida. Exige, por lo tanto, demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS 801/2006, de 27 de julio).

En definitiva en palabras, en esta ocasión, de la STS 123/2011, de 9 de marzo, es necesario «urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales: SSTs de 20 de mayo de 1996, RC n.º 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, RC n.º 110/2002, 3 de julio de 2008 RC n.º 98/2002, 23 de octubre de 2008, RC n.º 1687/03 y 12 de mayo de 2009, RC n.º 1141/2004)». (...)

- Sentencia nº 375/2021 del Tribunal Supremo, Sala Civil de fecha 01/06/2021, Recurso 2924/2018, Ponente José Luis Seaone Spiegelber:

(...) Con respecto a la determinación y cuantía del daño sufrido por la actuación del abogado, hemos declarado que cuando consista en la frustración de una acción judicial, como en el caso presente por caducidad de la acción deducida, el carácter instrumental, que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva, determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial, si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta clase (sentencias 801/2006, de 27 de julio; 157/2008, de 28 de febrero; 303/2009, de 12 de mayo; 250/2010, de 30 de abril; 123/2011, de 9 de marzo; 772/2011, de 27 de octubre; 739/2013, de 19 de noviembre; 583/2015, de 23 de octubre; 50/2020, de 22 de enero y 313/2020, de 17 de junio, entre otras y las citadas en ellas.

Esta naturaleza patrimonial del hipotético daño sufrido determina que la posibilidad de ser indemnizado no deba

buscarse en una cantidad que, de forma discrecional, fijen los juzgadores como daño moral, sino que ha de ser tratada en el marco propio del daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades. El daño por pérdida de oportunidad es hipotético, por lo que no procede el resarcimiento económico cuando no concurre una razonable certeza sobre la posibilidad de que la acción frustrada hubiera sido judicialmente acogida. Exige, por lo tanto, demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para la estimación de la acción frustrada (sentencias 801/2006, de 27 de julio y 50/2020, de 22 de enero).

En definitiva, en palabras de la sentencia 123/2011, de 9 de marzo, es necesario “urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción, que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades”, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales (sentencias de 20 de mayo de 1996, RC n.º 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, RC n.º 110/2002, 3 de julio de 2008 RC n.º 98/2002, 23 de octubre de 2008, RC n.º 1687/03 y 12 de mayo de 2009, RC n.º 1141/2004)”. (...)

- **Sentencia n.º 456/2021 del Tribunal Supremo, Sala Civil de fecha 28/06/2021, Recurso 3704/2018, Ponente José Luis Seaone Spiegelber:**

(...) Con respecto a la determinación y cuantía del daño sufrido por la actuación del abogado, hemos declarado que cuando consista en la frustración de una pretensión, como la presente de naturaleza patrimonial, determina que el hipotético daño sufrido no deba buscarse en una cantidad que, de forma discrecional, fijen los juzgadores como daño moral, sino que ha de ser tratada en el marco propio del daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades. El daño por pérdida de oportunidad es hipotético, por lo que no procede el resarcimiento económico cuando no concurre una razonable certeza sobre la posibilidad de que la pretensión no ejercitada, en este caso la retasación de las fincas, hubiera resultado beneficiosa para los demandantes. Exige, por lo tanto, demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para obtener un mayor precio en el expediente expropiatorio si se hubiera instado la retasación.

En definitiva, en palabras de la sentencia 123/2011, de 9 de marzo, es necesario “urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción, que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades” (sentencias de 20 de mayo de 1996, RC n.º 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, RC n.º 110/2002; 801/2006, de 27 de julio; 3 de julio de 2008 RC n.º 98/2002, 23 de octubre de 2008, RC n.º 1687/03; 12 de mayo de 2009, RC n.º 1141/2004 y 50/2020, de 22 de enero). Pues bien, al no resultar justificado, según los hechos declarados probados por la Audiencia, que el precio que hubieran podido obtener los actores, en el caso de haber instado la retasación al cobrar el justiprecio en los años 2005 a 2007, fuera superior al percibido, el recurso no puede ser estimado. (...)

Por tanto, se puede señalar que en las recientes sentencias dictadas sobre la materia que el TS fija como doctrina jurisprudencial que la indemnización en los casos de responsabilidad civil de abogados el concepto de pérdida de oportunidad debe ser equivalente al daño patrimonial sufrido.

Son varios los autores que han señalado que esta es la doctrina correcta señalando “la pérdida de oportunidad debe tener un contenido fundamentalmente patrimonial, pues de otra manera habría que indemnizar por pretensiones no ya escasas, sino con nulas probabilidades de éxito o manifiestamente infundadas”²⁴

Todo ello en contra de la doctrina que entendía la pérdida de oportunidad como daño moral, llegando incluso el Magistrado del TC Juan Antonio Xiol Ríos, a denominarlo “**la falacia del daño moral**” exponiendo que: “la utilización del concepto del daño moral para atender a situaciones de incertidumbre causal relativa distorsiona el concepto de daño moral y reviste los caracteres de una verdadera falacia”²⁵

²⁴ Pag 492 del libro REGLERO CAMPOS LF/ BUSTO LAGO, JM (coordinadores) tratado de responsabilidad civil, tomo II, 5ª edición (2014)

²⁵ XIOL RÍOS, JA Libro de Ponencias del XIII Congreso Nacional celebrado en Valencia de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, pagina 642. “La responsabilidad de los Abogados” apartado 2.3 “La falacia del daño moral” (2013)

Con esta doctrina, es indudable que corresponde al cliente, que debe probar la situación idónea en la que se encontraba en el proceso en el que se produjo el error, y a resultas de esa acreditación, y de la mayor o menor posibilidad de éxito, se fijara por los tribunales la cuantía de la indemnización, que es el equivalente al posible perjuicio patrimonial sufrido que se determine. En consecuencia, se debe estudiar caso por caso lo que hubiera acaecido en ese hipotético litigio analizando las posibilidades de éxito y en función de ese resultado se establece la existencia o no de responsabilidad civil.

El Tribunal Supremo, deja por tanto patente que actualmente es imprescindible probar la existencia del daño que ha podido causar un abogado realizando el juicio de prosperabilidad, y que si no existía posibilidad de éxito no hay responsabilidad civil alguna y por tanto tampoco daño. Se debe probar que existía una certeza del éxito de la acción donde acaeció la posible negligencia, y el daño por la pérdida de oportunidad solo puede ser económico y no moral.

V.- CONCLUSIONES

1.- En relacion con la jurisprudencial actual

El escenario que plantea el Tribunal Supremo es ciertamente propicio y tranquilizador para los abogados, ya que se puede concluir que para declarar su responsabilidad civil se tiene que analizar lo que hubiera pasado en ese hipotético juicio, si se hubiera realizado la actuación de manera diligente, y si se hubiera ocasionado o no un perjuicio económico al cliente.

No obstante, se da la disparidad, que un abogado puede ser claramente negligente de cara a terceros, por no haber realizado un recurso a tiempo, o no comparecer en juicio dejando plantado a un cliente (con la ansiedad que puede suponer para el mismo), pero que se fundamente jurídicamente sobre esa inviabilidad de la acción la inexistencia de responsabilidad civil alguna por falta de uno de los elementos esenciales como es el daño ocasionado.

Se puede por ello, dar también la circunstancia, que un abogado reciba un encargo y no haga nada, y no presente por ejemplo ninguna demanda pese a que le diga al cliente que el supuesto caso parece viable, o que la presente en su caso fuera de plazo, y esas actuaciones no tengan ninguna trascendencia jurídica sobre el papel, si el

juicio estaba abocado al fracaso y el cliente no hubiera obtenido ningún beneficio económico fruto de esa actuación no realizada.

Para el Tribunal Supremo, es incluso un beneficio para el cliente por apartarle de *“una acción inútil”*²⁶ conforme a las sentencias analizadas del 27 de junio de 2006 que se reproduce en idéntico sentido en la del 22/01/2020 (parece que viene a decir que se le hace un favor al cliente).

Partiendo de este planteamiento, que es el actual que sigue la doctrina, éticamente cuesta estar de acuerdo con el planteamiento, y jurídicamente tengo serias dudas al respecto.

Si bien el tema es complejo, como prueba la existencia de las dos vertientes doctrinales durante años, somos más partidarios de considerar en determinados supuestos, que la pérdida de acción también supone la causación en si, por poco que se estimara en su cuantía de un daño moral, por la frustración y zozobra que se le causa al particular, por la confianza que deposito en un abogado que cometió un error, y que su caso no se sometiera a enjuiciamiento en un momento concreto, aunque no se pueda establecer una valoración patrimonial debido a que el pleito no hubiera prosperado.

No considero adecuado, que conductas del todo reprochables en las actuaciones de abogados, se queden a la postre sin que se considere que ese actuar causa un daño al particular en su esfera moral, aunque la acción no fuera viable.

Defendemos, que, si se acredita la existencia del error del abogado, y si el juzgador si lo estima razonable atendiendo a las circunstancias concurrentes, y no considerar que no estábamos ante una acción disparatada, se debe establecer un perjuicio moral.

²⁶ Esta referencia a *“apartarlo de una acción inútil”* no es una novedad del Ponente de esta Sentencia SEOANE SPIE-GELBERG, JL sino que es lo que ya se indicaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Julio de 2006, Ponente XIOLO RÍOS, JA señalando que *“El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral pueden existir en esta privación, al menos en circunstancias normales”*.

Así, no podemos olvidar, que realizar el juicio del juicio, y esa prosperabilidad de la acción, es una labor muy compleja, que no pasa de ser una posibilidad que ya nunca podrá verificarse, y que se trata simplemente de meras posibilidades con un resultado incierto, realizadas normalmente mucho tiempo después.

Es claro, que no es igual en modo alguno hacer un juicio del juicio, a que se hubiera celebrado ese determinado juicio con la mediación y prueba concreta que se hubiera practicado en el mismo.

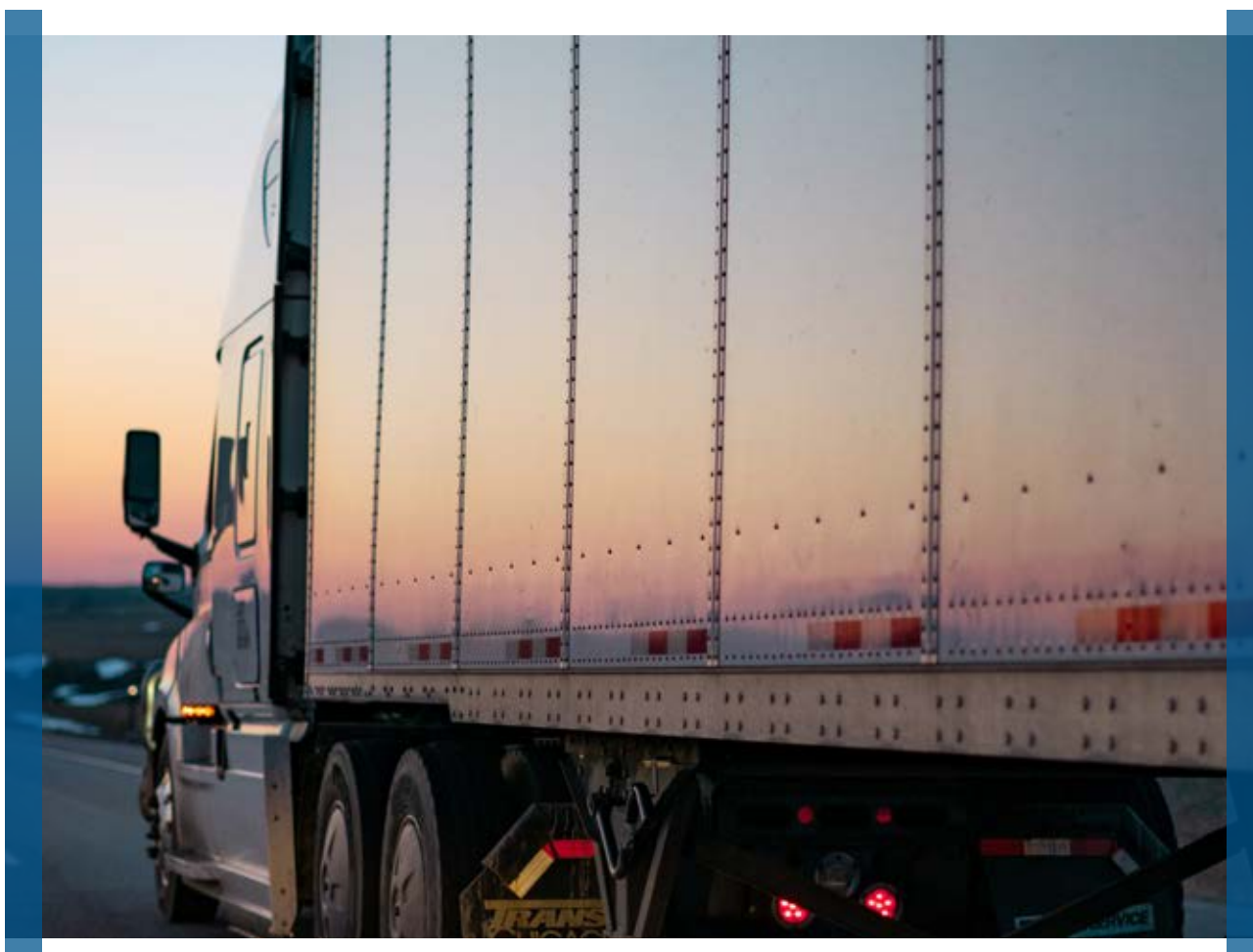
Consideramos más acertada, la doctrina que fundamenta que se ha menoscabado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución), y que no siendo factible pronunciarse sobre la prosperabilidad de la acción, conceden un daño moral, como en la Sentencia AP Madrid, Sec. 10.^a, 210/2021, de 28 de abril, Recurso 69/2021. Ponente: FERNANDEZ DEL PRADO, MI.²⁷

²⁷ En este caso se trata de la Sentencia condenado a una procuradora, pero la vemos también de aplicación.

En idéntico sentido, y dado que considera **que desconoce el resultado que pudiera tener el pleito** la Sentencia AP Navarra, Sec. 3.^a, 10-3-2021: Existe nexo causal entre la actuación del abogado y el resultado dañoso puesto que reconoce el profesional los años de tardanza en presentar demanda de liquidación ganancial con la que tendría lugar la extinción de la compensatoria. **Desconociendo el resultado que hubiera tenido el pleito cuya dirección técnica ejercía el demandado no puede existir daños patrimoniales**, pero se concede indemnización por daño moral valorando el retraso en la presentación de la demanda encomendada.

De igual forma, concediendo daños morales citamos estas dos recientes sentencias del año 2020:

AP Valencia, Sec. 7.^a, 8-6-2020 La negligencia del letrado en el procedimiento de guardia y custodia de su hijo y la pensión de alimentos al no comunicar la fecha del juicio oral no provocó daños materiales, **pero si morales**.



AP Lugo, Sec. 1.^a, 9-7-2020 Hubo responsabilidad de las letradas al entablar procedimientos contenciosos por inactividad cuando existían resoluciones administrativas. Se debe indemnizar por el importe de las costas procesales a las que fueron condenados, las minutas abonadas a las letradas, y 3.000 euros en concepto de daños morales.

Asimismo, el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, si bien solo en relación con la frustración de acciones en el ámbito penal, si considera que *“la privación del ejercicio de la acción penal, sin embargo, puede llevar consigo un daño moral contra el perjudicado interesado en el castigo del hecho punible”*²⁸

En cuanto a las posibilidades de indemnizar ese daño moral, también el Magistrado D. Miguel Pasquau Liaño, fundamenta: *“nada impide otorgar en estos casos un daño moral autónomamente indemnizable, consistente en la desazón o sufrimiento producido por la frustración que produce el que por negligencia del profesional no se hayan agotado las posibilidades razonables de obtener una sentencia favorable. Es más tratándose de personas físicas, tal daño más bien debería presumirse, al menos en los casos en que sea razonable pensar que el cliente medito y pensó jugar sus oportunidades procesales creyendo contar, equivocadamente o no, pero asistido de profesionales, con ciertas posibilidades, y sobre todo optando por que fuera un juez quien decidiera definitivamente la suerte de la controversia”*

*“Y a tal efecto, entiendo defendible que pueda concederse una indemnización por daño moral incluso aunque no se haya pedido ni principal ni subsidiariamente en la demanda, pues con independencia de la calificación patrimonial o moral del daño, no parece que en estos casos se estuviera alterando la causa petendi, que no está concernida por tal naturaleza”*²⁹

28 XIOL RÍOS, JA Libro de Ponencias del XIII Congreso Nacional celebrado en Valencia de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, página 655. *“La responsabilidad de los Abogados”* (2013) apartado 5.3 *“el daño moral derivado de la frustración de acciones judiciales”*

29 PASQUAU LIAÑO, M *“Una valoración crítica de la aplicación jurisprudencial de la Doctrina de la pérdida de oportunidades”* Libro Ponencias Congreso internacional sobre el derecho de daños, página 762. (2016)

Asimismo, el presidente de la Sala civil del Tribunal Supremo, D. Francisco Martín Castán ha señalado:

*“Por último, la sentencia 133/2019, de 5 de marzo, sobre la responsabilidad de un abogado por la presentación defectuosa de un recurso extraordinario por infracción procesal antes de la reforma de la LEC 2011, habría podido pronunciarse acerca de una cuestión tan interesante como es el daño moral en cuanto resarcible al margen de la pérdida de oportunidad, pero se dio la desafortunada circunstancia de que el recurso de casación interpuesto por el abogado demandado contra la sentencia que el condenaba a indemnizar el daño moral causado al cliente era inadmisibile por no haberse centrado en la cuestión nuclear de << si la negligencia del letrado en casos como el presente causa siempre un daño moral que deba indemnizarse en todo caso, es decir aunque el recurso correctamente preparado no hubiera tenido posibilidad alguna de éxito>>”*³⁰

El Catedrático Mariano Yzquierdo Tolsada no descarta la indemnización del daño moral, y hace varias reflexiones al respecto al argumentar:

*“Entender sin más que este tipo de daños es meramente hipotético y que no puede ser tenido en cuenta por los tribunales me parece equivocado, pues no siempre se tratara de recordatorios del cuento de la lechera. Hay incertidumbre en el perjuicio, pero certidumbre de probabilidad. Me parece claro que si la víctima se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a convertir en hechos esas chances, el juez debe valorarlo, como lo hace en Francia”*³¹

En la postura de que también es posible, en su caso, considerar la posible existencia de un daño moral, está el criterio de la abogada y especialista en la materia María del Carmen Ruiz-Matas Roldan: ³²

30 MARIAN CASTAN, F *“Jurisprudencia consolidada y vigente del tribunal Supremo en los Pleitos por daños”* Libro Ponencias Congreso internacional sobre el derecho de daños, página 63, apartado 5.5 Responsabilidad profesional de los abogados. (2020)

31 YZQUIERDO TOLSADA, M página 138 del Libro *“Actuación profesional del abogado. Obligaciones y responsabilidad”*. (2021)

32 RUIZ-MATAS ROLDAN, MC expuso su postura sobre la posible existencia y consideración en los supuestos de Responsabilidad Civil de abogados de un daño moral independiente y autónomo. Congreso de INESE de Responsabilidad

“lo fundamental a tener en cuenta es que el juicio sobre la prosperabilidad de la acción se exige cuando hablamos de acciones frustradas de contenido económico, es decir, cuando el cliente se queda sin la oportunidad de ejercitar una acción que le hubiera podido reportar una ventaja económica, y es en estos supuestos donde debemos hablar de que el daño producido tiene una naturaleza patrimonial y para hallar su valor deberá hacerse el llamado «juicio dentro del juicio».

Y es en otros supuestos donde la pretensión frustrada del cliente no tuviera un contenido económico cuándo podremos hablar de daño moral, el cual sí podrá ser valorado de forma prudencial por el Juez.

Existe además un tercer supuesto (ejemplo Camping de Biescas) y es cuando se acumulan ambos daños, el patrimonial y el moral, y es aquí donde el demandante debe probar si su pretensión tenía un contenido económico cuáles eran sus posibilidades de éxito y además si existió una conducta adicional del letrado que haya provocado un daño moral susceptible de ser indemnizado con independencia de la indemnización que se haya concedido previamente por daño patrimonial”

En todo caso y, en conclusión, defendemos por tanto que siempre que la acción frustrada al reclamante pueda ser calificada de índole no patrimonial y éste haya acreditado los presupuestos de hecho necesarios para estimar la existencia de un daño moral, no patrimonial, podrá indemnizarse como tal. Para ello será necesario que el reclamante solicite tal concepto indemnizatorio en su demanda y justifique que ha existido una conducta del letrado, adicional al error jurídico cometido, susceptible de provocar un daño moral, exigiendo además que tal conducta haya provocado en el cliente los requisitos de frustración, zozobra o pesadumbre que el propio concepto de daño moral exige.

Lo que no parece muy justo, y por tanto no parece justicia, es condenar en costas a clientes de abogados en supuestos donde se prueba el error cometido por abogado, y que su conducta no fue diligente o del todo reprochable, y mucho menos señalar en sentencias supuestos beneficios por acciones inútiles para los clientes.

Civil del mes de junio año 2020, y en la Jornada celebrada en el Colegio de abogados de Sevilla del 2020.

Puede que la Jurisprudencia no sea errónea en cuanto a la aplicación del concepto de pérdida de oportunidad y perjuicio patrimonial, en consonancia con lo que se pidió en ese concreto Juicio, sino que lo que está mal es el planteamiento de las demandas por Responsabilidad Civil de abogados, donde no se pide, se explica, y fundamenta, de manera independiente y autónoma a la pérdida de oportunidad patrimonial, el perjuicio moral sufrido. Para tomar muy buena nota.

2.- Presente y futuro proximo de los supuestos de responsabilidad civil de abogados

2.1- No cabe duda con las tres sentencias citas del Tribunal Supremo del año 2020 y 2021, que la corriente actual es aplicar el juicio del juicio para poder establecer la responsabilidad civil de un abogado, y que se debe buscar el perjuicio patrimonial. Sino se encuentra no existe responsabilidad civil.

No obstante, todavía se encuentran sentencias muy recientes del año 2021 que aplican la pérdida de oportunidad como daño moral.³³ Y consideramos que todavía se van a venir aplicando esta doctrina por algunos Juzgados de Instancia o Audiencias Provinciales.

También es posible que cambie la tendencia, si se considera ese daño moral como independiente y autónomo de la pérdida de oportunidad según lo expuesto.

2.2- Se va a dar cada vez mayor relevancia a la información que facilitan los abogados al formalizar el encargo con sus clientes y va a cobrar importancia la forma de dar esa información a modo de “consentimiento informado”.

Lo cierto es que el nuevo Estatuto de la Abogacía del 2021, Junto con el Código Deontológico de la Abogacía del 2019, detalla con claridad numerosas obligaciones y deberes de los abogados al respecto, que muchos profesionales desconocen.

33 AP Barcelona, Sec. 11.ª, 180/2021, de 11 de marzo, Recurso 1047/2019. Ponente: FERRER AMIGO, G “La falta de información por el letrado ha supuesto la pérdida de oportunidad de reflexionar en el iterin entre el encargo y la demanda, pero no ha generado el daño derivado de la imposición de costas, aunque sí un daño moral resarcible”

Del estudio jurisprudencial realizado hemos encontrado varias sentencias³⁴ que condena abogados por falta de información de los riesgos al cliente, haciendo mención expresa a la responsabilidad por falta de información (la figura del “*consentimiento informado*”).

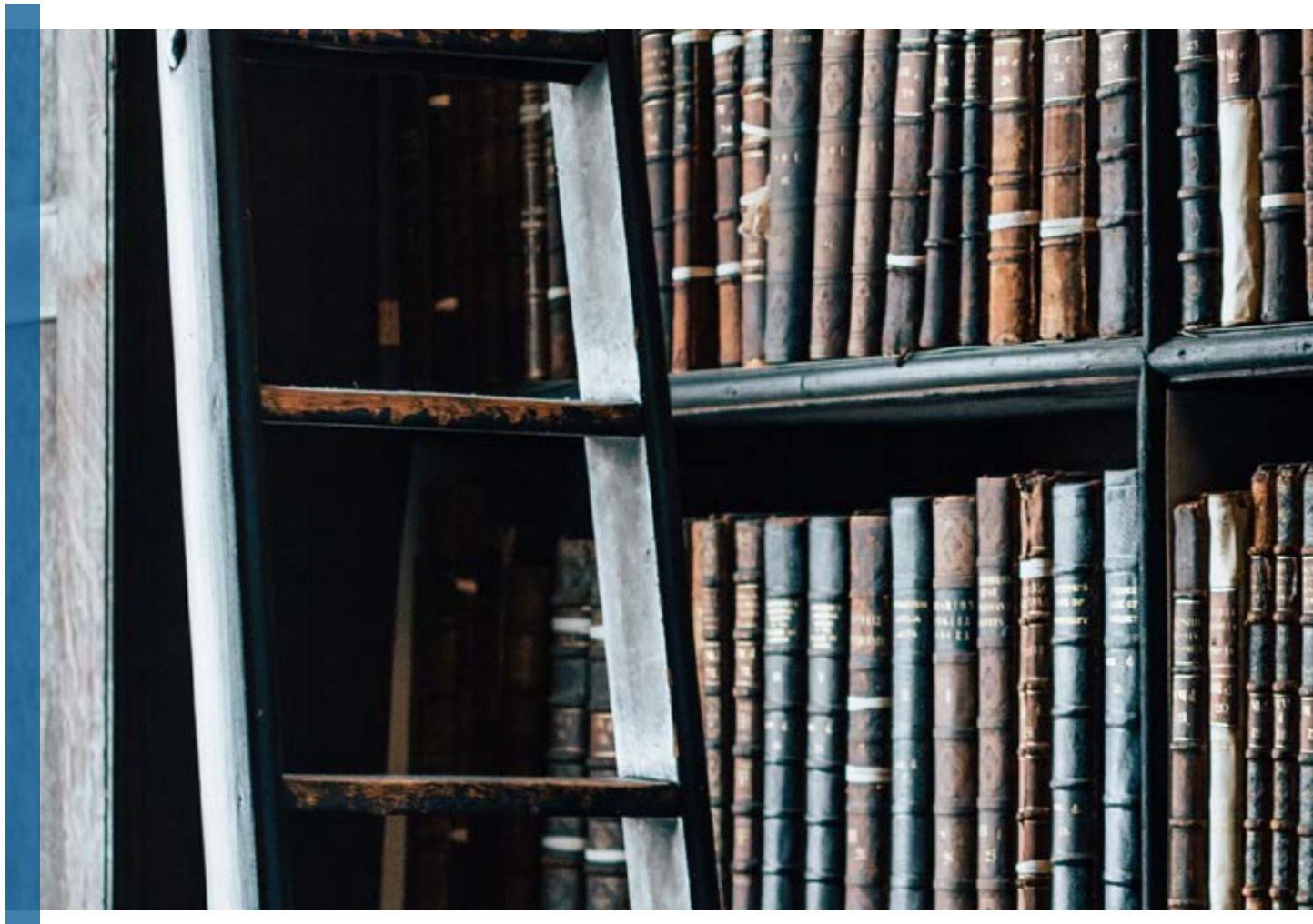
Lo anterior ha tomado cierta relevancia en los foros jurídicos especializados en la materia a raíz de la reciente sentencia nº 317/2020 dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, de 29 de mayo de 2020, en el Recurso 1160/2018, que condenó a un abogado que presento hasta 3 veces una demanda de ejecución dineraria del todo inviable, dado que se trataba de una obligación de hacer. El abogado se escudó en su defensa en que fue por petición directa del

cliente pese a sus advertencias, y la audiencia le recuerda que el técnico en derecho es el abogado y que en todo caso debía haber salvo su responsabilidad haciéndole firmar un documento en su caso de aceptación del cliente de los riesgos en contra de su criterio profesional, o bien haber renunciado.

Esta cuestión, no es del todo novedosa, ya que, en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 498/2001, de 23 de mayo del 2001, recurso 914/1996, ya señalaba que el abogado debe informar de los «*pros y contras*», *riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho*”

En idéntico sentido se manifiesta también la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2005, Recurso n.º 971/1999.

34 AP de Badajoz núm. 317/2020 de 29 de mayo, AP de Barcelona de 14 de enero de 2016, rec. 523/2014, y AP de Madrid de 5 de junio de 2020, rec. 229/2019, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo del 2001, recurso 914/1996, y Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2005, Recurso n.º 971/1999.



Por tanto, veo conveniente que las hojas de encargo que se elaboren por los abogados tengan un mayor contenido explicando los posibles riesgos del caso concreto, **a modo de abogacía preventiva**, alejándonos de las hojas de encargo “*simples*” que apenas se informa al efecto.

Sin embargo, tengo ciertas dudas de que pueda ser trasladada la responsabilidad a los supuestos de los abogados en los parámetros que se siguen en responsabilidad civil médica, ya que los riesgos son totalmente distintos.

Veremos qué desarrollo jurisprudencial se le sigue dando el tema, y si se continúan presentando reclamaciones por esta “*falta de información*”. También tengo dudas de nuevo de cómo se va a valorar ese perjuicio, si ese riesgo no informado se concreta en un perjuicio para el cliente. Se realizará una valoración patrimonial como en la Sentencia de la Audiencia provincial de Badajoz referida y como la tendencia actual o se considerará el daño moral como en la Sentencias del TS

de 14 de Julio de 2005 citadas y otras tantas, o se debe mantener que el daño moral se analice al margen de la teoría de la pérdida de oportunidad, como defendemos, por esa clara frustración del cliente ante acciones que no parezcan infundadas.

3.- Sobre la aplicación del texto refundido ley general para la defensa de los consumidores y usuarios

Echo en falta en los supuestos de abogados que se articulen las demandas sobre el Texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y usuarios, que impone una obligación cuasi objetiva a los prestadores de servicios, y por tanto una inversión de la carga de la prueba.

El artículo 8 c) de la citada Ley recoge que es un derecho básico de los consumidores la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.

A su vez, los art 147, 148 establecen un



régimen general y especial de responsabilidad que considero que es aplicable a la responsabilidad civil de los abogados.

En este sentido, algunos autores ya han señalado su posible aplicación³⁵ y creo también que es posible su planteamiento al colectivo de abogados como prestadores de servicios, y sobre esta base realizando en todo caso por seguridad jurídica una acumulación de acciones con la responsabilidad contractual.

Pese a lo anterior, no he encontrado ninguna sentencia de responsabilidad civil de abogados que la aplique.³⁶

En definitiva, visto el estudio realizado, se tendrá que estar al caso por caso, y estar muy pendientes de los supuestos de Responsabilidad Civil de los Abogados que está en constante evolución, y que todavía no parece del todo claro que la jurisprudencia no pueda cambiar. Lo único seguro es que cada vez se va a exigir a los abogados una mayor diligencia y dar más información a los clientes de los riesgos que existen en la actuación encomendada, en atención a la nueva normativa existente.

VI.-BIBLIOGRAFIA

LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J Prologo *"Libro de Ponencias del XIII Congreso Nacional celebrado en Valencia de la Asociación*

35 Artículo REGLERO CAMPOS, LF abogado y catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla la Mancha. Revista nº 21, primer Trimestre año 2007 de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, pagina 23 *"La Responsabilidad Civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

También en la Pag 444 del libro REGLERO CAMPOS, LF/ BUSTO LAGO, JM (coordinadores) tratado de responsabilidad civil, tomo II, 5ª edición (2014) *"Como tal contrato de servicios, cae dentro del ámbito de aplicación del TRLGDCU, particularmente en lo relativo al régimen de responsabilidad"*

36 También en la Pag 444 del libro PARRA LUCAN, MA/ REGLERO CAMPOS, LF/ *"tratado de responsabilidad civil, tomo II, 5ª edición"*, en la Nota 5 a pie de página se indica *"Algo que, al menos hasta ahora, todavía no ha llegado a los abogados, aunque las mismas razones que las esgrimidas para hacer objetivamente responsables a los médicos avalan su aplicación al colectivo de letrados (y, en general, a todos los prestadores de servicios)"*

La STS 26.5.2006 llega a aludir a la LGDCU, pero no la aplica por considerar que no existieron los daños reclamados

Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, página 12" (2013)

MARIAN CASTAN, F *"Jurisprudencia consolidada y vigente del tribunal Supremo en los Pleitos por daños"* *"Libro Ponencias Congreso internacional sobre el derecho de daños, página 63, apartado 5.5 Responsabilidad profesional de los abogados"*. (2020)

MEDINA ALCOZ, L *"La teoría de la pérdida de oportunidad - Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado"* (2007)

PARRA LUCAN, MA/ REGLERO CAMPOS LF/ *"Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, 5ª Edición, Página 439 y ss."* (2014)

PASQUAU LIAÑO, M *"Una valoración crítica de la aplicación jurisprudencial de la Doctrina de la perdida de oportunidades"* *"Libro Ponencias Congreso internacional sobre el derecho de daños, páginas 727 y ss."* (2016)

REGLERO CAMPOS, LF *"Artículo Revista nº 21, primer Trimestre año 2007 de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, pagina 23"* *"La Responsabilidad Civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo"* (2007)

SALAS CARCELLER, A *"Responsabilidad Civil, aspectos fundamentales, 2ª edición"* pagina 457 y ss., *"La Responsabilidad Civil de los Abogados, Procuradores, notarios y registradores de la Propiedad"* (2015)

SERRA RODRÍGUEZ, A, *"El trabajo profesional de los abogados", capítulo 8* *"La responsabilidad civil de abogados y Procuradores, Página 250 y ss."* (2012)

XIOL RIOS, JA *"Libro de Ponencias del XIII Congreso Nacional celebrado en Valencia de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, pagina 639 y ss."* *"La responsabilidad de los Abogados"* (2013)

YZQUIERDO TOLSADA, M *"Actuación profesional del abogado. Obligaciones y responsabilidad"* (2021)



doctrina



EL DEPORTE COMO ACTIVIDAD HUMANA DE RIESGO. BREVE APROXIMACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS FUNDAMENTOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DEPORTE. EL FENÓMENO DEPORTIVO Y LA POSIBLE CAUSACIÓN DE DAÑOS.

Nader Subuh Falero
Abogado

SUMARIO

I.- PRELIMINAR

1.1.- Definiciones Previas

II.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA PRÁCTICA DEPORTIVA. BREVE ALUSIÓN A CASOS CONCRETOS A TÍTULO ILUSTRATIVO.

2.1.- Deportes de riesgo unilateral.

A) Equitación

B) La práctica de esquí

2.2.- Deportes de riesgo bilateral. Consideraciones generales.

A) Fútbol

B) Deportes De Combate.

III.- LA TEORÍA DE LA ASUNCIÓN DE RIESGOS APLICABLE A LA RC DEL DEPORTE.

IV.- RIESGOS CONCRETOS PARA LA INTEGRIDAD FÍSICA CONSUSTANCIALES A LA PRÁCTICA DEL DEPORTE. LOS SUJETOS PASIVOS EN LA ASUNCIÓN DEL RIESGO.

4.1. -Auxiliar de la organización.

4.2. -El llamado Tercero que aporta ayuda benévola.

4.3. -Espectadores.

V.- BIBLIOGRAFÍA

I.- PRELIMINAR

El objeto del presente trabajo es acometer una modesta aproximación, al marco de la responsabilidad civil derivada de la práctica del deporte, ya que por su especial naturaleza y enorme variedad de supuestos, resultaría inabarcable en el seno de un artículo como el presente.

Para la realización de este artículo, aludo a la famosa sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1.992, como antecedente jurisprudencial de obligada referencia en la específica materia a tratar.

Posteriormente, de manera muy somera y sin pretensiones de abarcar de manera pormenorizada tan amplia materia, hago expresa mención a algunos supuestos concretos con los que el lector pueda familiarizarse, tanto si practica alguno de los deportes que se mencionan, como si no. De igual forma, haré un breve esbozo de la teoría de la asunción del riesgo, así como del tratamiento jurisprudencial que merecen aquellos que siendo terceros o ajenos a la práctica directa de alguna actividad, pudieran sufrir algún tipo de daño físico.

Como antecedente lógico de todo lo anterior, considero oportuno partir de una serie de definiciones básicas que nos sirven de innegable punto de partida para acometer la materia a tratar, siguiendo un argumentario lógico lo más cronológico posible ayudando así al desarrollo ordenado de las ideas que se expondrán.

1.- Definiciones previas. -

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) el deporte se define con las siguientes acepciones:

1. m. Actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas.

2. m. Recreación, pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico, por lo común al aire libre.

Deporte de aventura

1. m. deporte que consiste en la práctica de una actividad física, a veces arriesgada, desarrollada en espacios naturales.

Deporte de riesgo

1. m. deporte que consiste en la práctica de una actividad física que supone un gran peligro. El montañismo es un deporte de riesgo.

Si acogemos la primera acepción como la comúnmente aceptada por todos, podemos extraer tres consecuencias esenciales:

(i).- Actividad física. - En efecto, y salvo aquellas categorías de deporte que por su naturaleza no comporten un necesario despliegue de movimientos físicos determinados, en su gran mayoría, el deporte, comporta un esfuerzo o ejercicio físico que implica poner en marcha la anatomía humana, ejerciendo presión y desgaste sobre todo el cuerpo, sometiendo a este a una serie de sobreesfuerzos que superan los márgenes de lo habitual o frecuente.

Así, la práctica del deporte, en general, exige un despliegue físico evidente y genera un mayor incremento del riesgo de posibles patologías en quienes lo practican, ya sea a nivel profesional o como puro aficionado. De igual forma, la práctica del deporte también puede suponer el riesgo de causar daños físicos no solo al resto de copartícipes de la actividad deportiva sino también a terceros ajenos a referida práctica, al menos desde la órbita activa del mismo, dado que también se pueden comprender aquí otros operadores que, sin ser parte activa del mismo, sí disfrutan o participan de él (espectadores).

A todo lo anterior hemos de añadir que, a ese riesgo inherente a toda práctica deportiva, ha de sumarse un plus de peligrosidad cuando nos sumergimos en la práctica de los llamados “deportes de riesgo” que, sin duda, alguna, han incrementado el número de siniestros derivados de su práctica, con múltiples consecuencias jurídicas derivadas de los mismos.

(ii).- Juego o competición. - es evidente que el deporte ofrece la posibilidad de ser ejercido como puro divertimento o actividad lúdica sin que por ello se haga desaparecer, sin más, todo riesgo inherente a su práctica de tal forma que cualquier persona que practica deporte puede sufrir algún quebranto o padecimiento físico derivado de esa práctica.

Pero es claro que, es del deporte aficionado y el profesional, el que ofrece una innumerable red de posibles implicaciones subjetivas y normativas, atendiendo pues al número de personas que practiquen el deporte y las que

estén íntimamente relacionadas con el deportista (entrenadores, árbitros, patrocinadores, dueños de recintos, auxiliares etc.).

Este conjunto de personas que están directamente vinculadas profesional o cuasi profesionalmente al deporte, precisan una normativa específica que regule las vicisitudes que de su práctica pueden derivarse y de todos los intervinientes en la misma. A pesar de lo anterior, y aunque podamos constatar la existencia de competiciones deportivas que se pierden en la noche de los tiempos, no es menos cierto que el legislador, tanto nacional como extranjero, apenas comenzó a desarrollar una corriente normativa adecuada al deporte en las últimas décadas.

En el caso de España, el Código Civil recoge tan solo un artículo que define, si bien de forma anacrónica, atendiendo a que la norma sustantiva referida es decimonónica, un breve concepto de lo que podríamos calificar como actividad deportiva. Nos referimos al artículo 1800, cuyo tenor literal establece: “No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza”.

Tuvimos que esperar a la llegada de nuestra Carta Magna del 1978 para encontrar una expresa referencia a la importancia del deporte. Así el artículo 43.3 de la Constitución (CE), ubicado dentro del Capítulo III del Título I, relativo a los principios rectores de la política social y económica, establece: “los poderes públicos fomentarán la educación física y el deporte”.

Cuando la CE habla de poderes públicos, no podemos deducir que el deporte, como actividad humana que implica también educación física, sea una materia de competencia regulatoria exclusiva a cargo del Estado. En España, y por su alto grado de descentralización territorial, el deporte como materia normada, es objeto de tratamiento competencial tanto por las Comunidades Autónomas (C.C.A.A.), como por Ayuntamientos y Entidades Locales.

Por lo que a las CCAA se refiere, el artículo 148.1 19º establece que: Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

.....

...19ª: Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.

Si bien lo anterior y dado que sería necesario, por su extensión, dedicar un monográfico a la evolución normativa reguladora de la actividad deportiva, no haré mayor mención al plano estrictamente legislativo y me centraré en el tratamiento y evolución jurisprudencial del tema objeto de estudio.

A nivel nacional, es de obligada referencia la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992 que constituye un verdadero punto de inflexión en el tratamiento jurisprudencial del evento dañoso en el seno de la práctica deportiva.

Hasta entonces, el fenómeno deportivo, en su tratamiento desde la perspectiva del riesgo causado y el daño producido por su práctica, apenas había tenido menciones jurisprudenciales especialmente llamativas. Sirvan como ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 29/12/1984, Sala 1ª (Ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández); la STS, Sala 3ª, de 21/03/1986 (Ponente D. Manuel Garayo Sánchez); la STS, Sala 2ª de 06/11/1986 (Ponente D. Fernando Cotta Márquez de Prado); la STS, Sala 1ª de 23/03/1988 (Ponente D. Antonio Sánchez Jáuregui).

Sin duda alguna, es con la llegada de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de octubre de 1992 (EDJ 1992/10329). Rec. 1561/1990, siendo Ponente el Excmo. Señor D. Rafael Casares de Córdoba, cuando esta resolución se erige como un verdadero revulsivo en su género, dado que va a servir de referencia obligada para sucesivas vicisitudes de esta naturaleza.

La sentencia analiza y resuelve la controversia que se suscitó entre dos jugadores de pelota, siendo que uno de ellos sufre la pérdida de un ojo debido a un pelotazo.

Cabe destacar, fundamentalmente, la argumentación vertida en su Fundamento Jurídico Quinto (FJ 5º.-), que concluye lo siguiente: “Así centrada la cuestión y para comprobar si la tipificación realizada tanto por el juzgador de instancia como el de apelación se acomoda a lo indicado, debe también señalarse que en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar -roturas de ligamentos, fracturas óseas, etcétera-, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se

dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podrían incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposa”.

La importancia de esta sentencia, como referente obligado en la materia, se explica por la inexistencia, en aquel entonces, de una asentada y bien delimitada regulación jurídica de la responsabilidad civil derivada del hecho deportivo, lo que hace que, incluso a día de hoy, la mayoría de las resoluciones judiciales sobre la materia sigan la estela iniciada por la STS de 22 de octubre de 1992.

Como ya apuntaba antes brevemente, la STS de octubre de 1992 analiza la reclamación efectuada por un jugador de pelota que, por un lance desafortunado del juego, pierde el ojo izquierdo. El perjudicado, acciona frente al otro jugador y a frente a una aseguradora (H. S.A) al amparo del artículo 1.902 CC, interesando la condena del otro jugador y de la aseguradora a abonarle la suma de 10.037.000 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia de Bilbao estimó parcialmente la demanda, condenando

solidariamente a los demandados al pago al demandante de la cantidad de 2.037.100 pesetas. Posteriormente, se interpuso recurso de apelación por ambas partes y la Audiencia Provincial de Bilbao desestimó el formulado por la parte demandada y estimando parcialmente el interpuesto por el actor, elevó el montante indemnizatorio a la suma de 5.037.100 ptas.

Contra la meritada sentencia de la Audiencia Provincial, se interpuso por la parte demandada el correspondiente recurso de casación, siendo que la Sala 1ª del Tribunal Supremo desestimó en su totalidad la demanda interpuesta, absolviendo a los demandados. En concreto, el Magistrado ponente concluye:

Lo que ha de imperar por tanto en este tipo de actividades son las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir, debiendo a su vez tenerse en cuenta a los actos de los deportistas en cada manifestación deportiva, aun cuando dirigidos a lograr las más adecuadas jugadas no siempre producen el resultado perseguido, cual aquí ha acontecido, ya que no puede extraerse la consecuencia de que en un juego como el de la pelota a pala quien maneja ésta quiera lesionar a su compañero de competición de la



misma forma que tampoco se le puede exigir que la pelota vaya siempre al lugar deseado.

Todas estas consideraciones conducen a estimar que al demandado y hoy recurrente D. José no le es imputable a título de culposo o negligencia el acto que originó la pérdida del ojo izquierdo a D. Ricardo, en cuanto tal evento no es en realidad otra cosa que una consecuencia, desgraciada y siempre sentida, de cualquier tipo de juego, pero de responsabilidad inicialmente inimputable, lo que produce como consecuencia la estimación del motivo y consiguientemente del presente recurso.

No era hecho controvertido, por tanto, la mera constatación de una lesión física producida por un jugador a otro, dado que la pérdida del ojo a cargo del actor es un hecho evidente y es consecuencia directa del lance del juego. Lo que verdaderamente constituía objeto de “batalla” era el título de imputación jurídica, desde el plano de la responsabilidad civil. El ponente considera que el resultado producido no se puede atribuir a la acción negligente del otro jugador y, por tanto, no se le puede condenar a la obligación de resarcir el daño producido.

Por tanto, de la lectura de la referida sentencia, podemos establecer cuatro parámetros que, a mi humilde entender, constituyen los principios angulares que debieron servir al ponente para alcanzar el fallo y son:

A) A fecha del dictado de la sentencia ya referida, no existía un cuerpo normativo específico sobre la materia, por lo que había que recurrir al artículo 1.902 CC, que proclama la responsabilidad extracontractual, al no existir vínculo convencional alguno entre los jugadores contendientes, señalando al respecto la mentada resolución:

“Como muy bien señaló la sentencia recurrida, no existe doctrina jurisprudencial en el marco del derecho civil sobre la materia, ni tampoco una específica regulación no ya normativa sino tampoco reglamentaria, a salvo la Ley del Deporte 10/1990, de 15 octubre, que no toca temas de este tipo, circunstancia esta que da lugar a que este tipo de cuestiones hayan de reconducirse al art. 1.902 CC”.

Si bien lo anterior, es evidente que no se puede afirmar que, en materia de responsabilidad civil derivada de la práctica deportiva, tengamos que circunscribirnos de manera

taxativa al estricto ámbito de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, consagrada en el artículo 1902 del C.C. Cada vez es más frecuente encontrar supuestos en los que existe alguna suerte de vínculo contractual entre los distintos operadores deportivos.

De hecho, la jurisprudencia viene admitiendo de manera reiterada y pacífica que, desde el punto de vista procesal, la articulación de una demanda basada en acumulación de acciones, aunando en una sola vez una acción contractual unida a otra extracontractual. Es conocido el famoso brocardo latino “neminem laedere” que en su formulación genérica no excluye en modo alguno la yuxtaposición de ambas acciones.

De hecho, estas se pueden ejercitar de manera alternativa y subsidiariamente, o bien optando por una o por otra y también, basado en el principio iura novit curia, ofreciendo los hechos al juzgador para que éste aplique las normas que más se adapten a aquéllos.

Sobre este particular, hemos de invocar una sentencia ya referida por no pocos autores especializados en la materia. Nos referimos a la STS de 17 de octubre de 2001 (EDJ 2001/35527. Rec. 1771/1996). La sentencia versa sobre un accidente producido en la práctica del rafting, que como es evidente se erige en una clara actividad de riesgo.

La demanda se articuló procesalmente contra el monitor, la entidad organizadora y prestadora del servicio y su aseguradora, en reclamación de 10.000.000 de pesetas por daño moral. La pretensión fue desestimada en todas las instancias, incluida la casación.

Pues bien, la referida sentencia del Alto Tribunal concluye que, dado el vínculo convencional existente entre la víctima y la entidad prestadora del servicio, la adecuación procesal adecuada para el resarcimiento del daño sería el de la responsabilidad contractual. Ahora bien, formulada la demanda dentro del ámbito de la culpa extracontractual, tampoco sería reprochable procesalmente esta alternativa como bien se apunta en la sentencia:

“El hecho de que la resolución recurrida haya resuelto el pleito en sede de culpa extracontractual, y en la misma línea venga configurado el recurso de casación (aunque en el informe oral ante esta Sala se aludió a los dos tipos de responsabilidad civil por daño), no plantea trastorno alguno desde el punto de vista procesal, porque en la demanda se ejercitaron,

en forma subsidiaria, las dos acciones, y por otro lado, dadas las circunstancias del caso, no resulta relevante la aplicación de uno u otro régimen jurídico. Por ello, porque la materia de los deberes de protección y de seguridad y su deslinde de la doctrina del desarrollo anormal del contrato todavía es tema novedoso y no totalmente pacífico, y asimismo porque tampoco hay una jurisprudencia anterior unitaria, y asimismo en el propósito -exigencia- de dar respuesta a la pretensión ejercitada, en sintonía con la efectividad de la tutela judicial, la argumentación que se expondrá contempla especialmente el litigio desde la óptica extracontractual”.

B) En segundo lugar, la sentencia de 22 de octubre de 1992 sienta las bases de la no aplicación de la teoría del riesgo, como criterio que sirva para objetivizar la responsabilidad civil deportiva. Así se refleja en el FJ 4º de la sentencia:

“No es, en principio al menos de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género pueda derivar y va implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsabilicia, en cuanto ésta se encuentra fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias que si bien esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensado en primer y fundamental lugar por el beneficio que como consecuencia de ello recibe la Sociedad en general, y en cuanto al directamente explotador del medio, por los beneficios que a través de ello obtiene, nada de lo cual acontece en casos como el presente en el que concretamente y por lo que a él se refiere, no era un deporte de masas, ni siquiera cultural, sino al igual que acontece con otros deportes como el tenis a estos niveles, la natación, etc., no son otra cosa que aspectos deportivos propios de la Sociedad actual que a nivel individual vienen a constituir una faceta lúdico-sanitaria en cuanto dirigida a paliar en cierta medida las consecuencias psíquicas que las agotadoras horas de servicio o trabajo diario, en medios lo suficientemente ásperos y en ocasiones hasta agresivos, como suelen ser aquellos en que se desenvuelven actualmente las tareas laborales, provoca en la persona la necesidad de acudir a manera de «válvula de escape» a la práctica de ciertos deportes de carácter más bien individualista, cual acontece con el aquí contemplado”.

Esta doctrina es seguida por otras sentencias ulteriores de la Sala 1.ª, y así, entre las más recientes, la STS de 9 de marzo de 2006 (EDJ 2006/24759) cuyo resumen es el siguiente:

El TS desestima el recurso de casación dirigido contra la sentencia que absolvió a los demandados por el fallecimiento del esposo y padre de los recurrentes, causado por el golpe de una pelota de golf mientras se practicaba este deporte. La Sala señala que no se puede apreciar negligencia en el demandado quien se limitó a jugar conforme a las reglas del juego, y en la medida que ambos jugadores aceptaron que las condiciones climáticas no eran las óptimas para la práctica de este deporte tampoco se aprecia la existencia de relación de causalidad entre el resultado dañoso y la acción.

Lo que el TS quiere concluir es que “la idea del riesgo, fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias peligrosos, y en los beneficios que a través de ello se obtienen, en modo alguno puede trasladarse a la práctica deportiva, no organizativa, para fundamentar un régimen de responsabilidad distinto del de la culpa”.

C) Otra de las importantes conclusiones que podemos extraer de la STS de 22 de octubre de 1992, anudada al punto anteriormente tratado, es que no podemos afirmar que la práctica del deporte implique en sí mismo un escenario de responsabilidad objetiva, sino subjetiva, en aplicación de la doctrina relativa al artículo 1.902 CC, que exige la concurrencia de culpa o negligencia en el sujeto activo originador del daño. Así se expresa el FJ 3º de la sentencia:

“El problema que sobre la base de lo relatado plantea el único motivo del recurso es, el de si aun concurriendo los requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para que pueda surgir la responsabilidad por daños o lesiones de naturaleza extracontractual, ello resulta suficiente para que la obligación de resarcir pueda ser declarada, interrogante este que a la luz de esa doctrina (y de la científica prevalente) ha de ser contestada negativamente, toda vez que del hecho de concurrir un acto u omisión del que deriven resultados lesivos, incluido el mortal, y de que entre aquél y éste exista la adecuada relación de causalidad, la imputación de la responsabilidad exige si se aplica el art. 1.902 CC, y no nos hallamos en presencia de un supuesto de la mal llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, una tipificación de la conducta del agente, esto es, que exista en ella

negligencia en la realización del acto o en la omisión”.

D) En consecuencia, hemos de concluir que la responsabilidad civil deportiva debe tratarse a partir de la teoría de asunción de riesgos, si bien con el límite de que la práctica de la actividad deportiva no implique excederse de los límites de riesgo convencional. Menciona el FJ 5º:

“Así centrada la cuestión y para comprobar si la tipificación realizada tanto por el Juzgador de instancia como el de Apelación se acomoda a lo indicado, debe también señalarse que en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar -roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.-, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas.

Lo que ha de imperar por tanto en este tipo de actividades son las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir, debiendo a su vez tenerse en cuenta que los actos de los deportistas en cada manifestación deportiva, aun cuando dirigidos a lograr las más adecuadas jugadas no siempre producen el resultado perseguido, cual aquí ha acontecido, ya que no puede extraerse la consecuencia de que en un juego como el de pelota a pala quien maneja ésta quiera lesionar a su compañero de competición de la misma forma que tampoco se le puede exigir que la pelota vaya siempre al lugar deseado.

Todas estas consideraciones conducen a estimar que al demandado y hoy recurrente don José O. R. no le es imputable a título de culposo o negligencia el acto que originó la pérdida del ojo izquierdo a don Ricardo V. O., en cuanto tal evento no es en realidad otra cosa que una consecuencia, desgraciada y siempre sentida, de cualquier tipo de juego, pero de responsabilidad inicialmente inimputable, lo que produce como consecuencia la estimación del motivo y consiguientemente del presente recurso”.

Con posterioridad a la primigenia sentencia de 1992, fueron llegando otras tantas tanto del Alto Tribunal como del resto de Audiencias Provinciales, recogiendo en esencia, la ruta marcada por el Tribunal Supremo en 1992. Como simple ejemplo:

STS de 20 de marzo de 1996. EDJ 1996/955. REC. 2736/1992:

SEGUNDO. - El motivo segundo acusa infracción del art. 1902 C.c. EDL 1889/1 Al socaire de algunas sentencias que se citan, se sostiene que concurre en la demandada, que explota la estación invernal de esquí de Sierra Nevada, una responsabilidad por riesgo. Además, se cita la doctrina de esta Sala, que atribuye responsabilidad si las garantías adoptadas para prevenir el daño no han dado resultado, a fin de culpar a la demanda por no haber protegido suficientemente los postes de señalización de pistas para evitar lesiones graves en una posible caída.

El motivo se desestima porque no combate la apreciación de la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión que la origina que hace la sentencia recurrida, la cual resalta que aquél tuvo lugar por la caída del recurrente practicando el esquí (considerandos cuarto y quinto) en una pista con cierta dificultad, con nieve dura como la de primavera en una estación de la altitud de Sierra Nevada, carente de toda vegetación. Por lo tanto, el motivo que se examina, prescindiendo de ello y partiendo de que el daño se produjo al colisionar el recurrente con los postes, opera en el vacío a efectos casacionales.

No menor juicio negativo merece la invocación de la doctrina del riesgo. Esta Sala ha aplicado la misma con un sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente prevenidos), no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios. La sentencia recurrida, con criterio que se comparte, ya había advertido (considerando cuarto, “in fine”) que el esquiar en las circunstancias anteriormente expuestas “comporta la creación de un riesgo por parte del esquiador de elevadísimo grado”. No combatido este juicio, es completamente injusto achacar a la demandada las consecuencias dañosas de la práctica del deporte, sin relación alguna con su actividad.

TERCERO. - El motivo tercero vuelve a acusar la infracción del art. 1902 C.c. EDL 1889/1, al establecer la sentencia que se recurre que la secuela de hepatitis crónica del recurrente no guarda la debida relación de causalidad con el accidente que originó las lesiones sufridas. Este juicio lo combate, pues no padecía la hepatitis crónica antes, es un daño que aparece después de ocurrido.

El motivo se desestima. Aparte de que la sentencia recurrida, de acuerdo con el dictamen del médico forense, dice que la hepatitis en cuestión tiene una “etiología no aclarada” y que reserva al recurrente las acciones que tuviere contra los que la transmitieron la infección vírica, la responsabilidad de la demandada se excluye porque no la tiene por el accidente, luego no puede imputársele por lo que el motivo llama secuelas del mismo.

STS de 20 de mayo de 1996. Rec. 3492/92. EDJ 1996/2713:

En el caso de autos, la sentencia recurrida, que aceptó la de la instancia, estableció la base fáctica del suceso y que explica la colisión del barco, pues tuvo lugar en las proximidades de la orilla, hacia la cola del pantano, donde, al ser la profundidad menor, hacía más visibles los objetos sumergidos que pudieran existir, pero que exigía, en todo caso, un pilotaje atento y sobre todo aminorar la velocidad, que la práctica náutica impone como medida elemental, tanto para dominar la nave, facilitar su viraje o atraque, como para poder superar los obstáculos existentes, pues es lógico presumir que en tales lugares, y sobre todo tratándose de embalses, existan restos e impedimentos naturales o artificiales, que un actuar previsor puede perfectamente salvar, mediante la normal medida de eludir la navegación por los mismos y sólo efectuar la arribada o giro en los lugares aptos o previstos para llevar a cabo con seguridad tal actividad náutica.

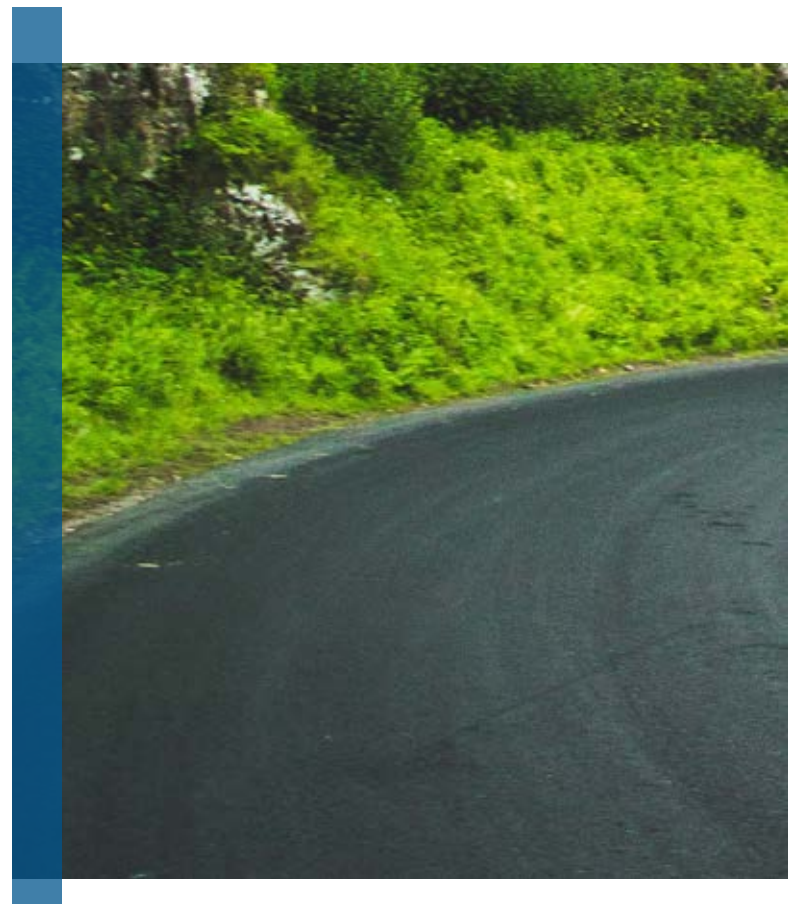
La embestida de la lancha al escollo hubo de resultar violenta, ya que produjo el lanzamiento por la borda del fallecido, lo que es expresivo de que la velocidad era inadecuada para el lugar y las circunstancias del mismo, con lo cual el suceso se presenta con notas claras de previsibilidad y posibilidad de haberse evitado, surgiendo constatada causalidad eficiente, tanto en el actuar, como en las omisiones en las que incurrió el recurrente y el daño resultante, al converger datos contundentes, suficientemente probados, que definen la culpa extracontractual, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias de 30 de diciembre de 1995, que cita las de 17 de diciembre de 1986, 17 de julio de 1987, 28 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1987, así como las de 28 de mayo de 1991 y 13 de febrero de 1993, entre otras).

La diligencia en el actuar humano no solo se refiere a las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino que también alcanza

a todas aquellos que la prudencia y normal conducta impone para evitar eventos dañosos, sobre todo cuando se está ante una situación de riesgo provocado y que se acepta, lo que establece inversión de la carga de la prueba, pues la diligencia ha de apreciarse no solo en relación a las circunstancias personales, sino también a las que se presentan objetivas, es decir, el entorno físico y elementos materiales que se manejan y sobre los que proyecta el hombre su actividad, que siempre debe ser reflexiva y tratar en todo momento de evitar perjuicios y daños a terceros.

SAP de Madrid, Sección 14ª, de 23 de marzo de 1998 (EDJ 1998/26656):

La Sala desestima la acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada por el actor contra el participante en la prueba que manejaba la moto-acuática que intervino en el accidente con ocasión de la celebración de una competición deportiva de moto náutica, en el desarrollo de la cual, y con motivo de entrar en colisión dos de las máquinas que participaban en la prueba, resultó con lesiones el demandante. Considera la Audiencia que dado que el riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género pueda derivar



y va implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsabilicia, debiendo también señalarse que en materia de juegos o deportes, como el debatido, la idea del riesgo que cada uno de ellos puede implicar (lesiones), va ínsita en los mismos, y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales, lo que ya podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas, dolosas o culposas; en el supuesto litigioso no hay proceder culposo alguno (activo u omisivo) del demandado, es el actor el que manejando su máquina pierde el equilibrio, cae al agua, e inevitablemente resulta alcanzado por la motoacuática que le seguía.

STS de 15 de febrero de 2007, RDC. 254/2004, EDJ 2007/7278:

TERCERO. - El motivo segundo acusa infracción de los arts. 1902 y 1101 del Código Civil EDL 1889/1 y de la doctrina jurisprudencial que los desarrolla, concretamente sobre la teoría de la creación de riesgo, sobre el nexo de causalidad y sobre la asunción de riesgo

por parte de los practicantes de un deporte arriesgado.

En relación con el art.1902 del Código Civil EDL 1889/1, señala la sentencia de 22 de octubre de 1992 que este precepto “aun cuando considerablemente objetivizado por esta Sala, especialmente cuando su aplicación se proyecta sobre actividades, aspectos o conductas de clara y patente trascendencia social ha conducido a una llamada socialización de responsabilidades, lo que no es, en principio al menos, de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género pueda derivar y va implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsabilicia, en cuanto ésta se encuentra fundada en la explotación de actividades, industrias e instrumentos o materias que si bien esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensada en primer y fundamental lugar por el beneficio que a través de ellos obtiene, nada de lo cual acontece en casos como el presente en el que concretamente y por lo que a él se refiere, no era un deporte de masas, ni siquiera



cultural, sino que al igual que acontece con otros deportes como el tenis a estos niveles, la natación, etc., no son otra cosa que aspectos deportivos propios de la sociedad actual que a nivel individual vienen a constituir una faceta lúdico-sanitaria en cuanto va dirigida a paliar en cierta medida las consecuencias psíquicas que las agotadoras horas de servicio o trabajo diario, en medios lo suficientemente ásperos y agresivos, como suelen ser aquellos en que se desenvuelven actualmente las tareas laborales, provoca en la persona la necesidad de acudir a manera de “válvula de escape” a la práctica de ciertos deportes de carácter más bien individualista, cual acontece con el esquí contemplado”. En el mismo sentido, con cita de la anterior, se pronuncia la sentencia de 9 de marzo de 2006 EDJ 2000/28273.

Que el deporte del esquí es un deporte de riesgo se pone de manifiesto tanto por las condiciones de los lugares en que se practica, como por la necesidad de que sus practicantes tengan un nivel adecuado de preparación técnica, mayor cuanto mayores son las dificultades de las pistas en que se desarrolla, como era en este caso, en que el recurrente y sus acompañantes usaban una pista de las máximas exigencias, reservada a esquiadores expertos, por tratarse de una pista calificada como “negra”. No se ha infringido, por tanto, por la Sala de instancia la doctrina jurisprudencial al respecto.

II.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA PRÁCTICA DEPORTIVA. BREVE ALUSIÓN A CASOS CONCRETOS A TÍTULO ILUSTRATIVO.

Es evidente que transcurso del tiempo ha hecho posible que el deporte se haya expandido de forma destacable, adoptando tantas modalidades como quepan en el acervo imaginativo del ser humano.

Hemos pasado de los deportes cuya práctica se circunscribía a un recinto determinado, sometido por tanto a una delimitación física del terreno donde este se practicaba, a toda clase de deportes que no hace tanto, bien podrían haber sido considerados como mero entretenimiento. Ahora ya no hay fronteras ni espacios estrictamente delimitados donde practicar alguno de los deportes más arriesgados que podemos imaginar: la escalada deportiva, el parapente, el ala delta, el flysurf, el paracaidismo a caída libre, el puenting, el descenso de cañones y barrancos, el rafting, etc.

Por tanto y en mi opinión, no es un hecho controvertido afirmar que el deporte es una actividad de evidente interés social, por muy distintas motivaciones y causas, pero también es obvio que constituye una enorme fuente generadora de riesgo, que en no pocas ocasiones es causa de lesiones derivadas por el propio esfuerzo implícito en su práctica o incluso nacidas del enfrentamiento con el contrincante en los deportes de contacto físico. Todo ello sin olvidar, que, en otros casos, terceros, como los espectadores, también pueden resultar afectados directamente por la práctica deportiva ejercida por otros.

En consecuencia, los abogados, así como el resto de los operadores jurídicos, hemos de tener muy en cuenta que cada vez, debido a la práctica masiva de muchos deportes en general y también, los llamados deportes de riesgo, será mucho más frecuente encontrarnos con reclamaciones dinerarias de aquellos que se consideren perjudicados por la práctica del deporte. Así, podemos clasificar en cuatro (a título enunciativo), los supuestos que sirven de referencia para abordar la responsabilidad civil dimanante de la práctica deportiva:

A) Inexistencia de una normativa jurídica específica reguladora de la responsabilidad civil en el deporte.

Como ya hemos visto anteriormente, la patente orfandad normativa relativa al específico ámbito de la responsabilidad civil derivada de la práctica del deporte, obliga a los distintos operadores jurídicos, por no hablar a los jueces y magistrados que tienen que dictar sentencia sobre estas cuestiones, a la resolución de estas controversias acudiendo al manido régimen general, constituido, sobre todo, por los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil; RDL 1/2007 de 16 de Noviembre, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU); artículos 109, 116 y concordantes del CP.

B) Parafraseando a ALBIN ESER: “deporte y justicia parecen ser instituciones que a primera vista no se asocian con facilidad”.

Es cierto, que el proceso de asimilación del deporte al Derecho y viceversa, ni ha sido sencillo ni sigue siéndolo, dado que por la propia idiosincrasia del fenómeno deportivo, asistimos a un proceso de autorregulación normativa que tiene como consecuencia directa la existencia de organizaciones propias que en algunos casos, llegan incluso a la sanción de aquellos

deportistas que deciden acudir voluntariamente a la jurisdicción ordinaria para impetrar el auxilio de los tribunales, buscando la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho. El deportista, no puede ser considerado como un justiciable de mejor o peor condición que el resto de los ciudadanos que acuden a los tribunales para dirimir sus conflictos y controversias intersubjetivas.

Algunos autores como KARAQUILLO, manifiestan que nadie puede tener la audacia de pretender que la actividad deportiva quede al margen del Derecho del Estado, pues éste penetra en ella como en las demás actividades humanas.

A pesar de lo anterior, existen ejemplos que evidencian lo contrario, tal y como podemos apreciar en el RD 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre disciplina deportiva, que señala que “el régimen disciplinario deportivo es independiente de la responsabilidad civil o penal, así como del régimen derivado de las relaciones laborales, que se regirá por la legislación que en cada caso corresponda” (art. 5.1) y que “los órganos disciplinarios deportivos competentes deberán, de oficio o a instancia del instructor del expediente, comunicar al Ministerio fiscal aquellas infracciones que pudieran revestir caracteres de delito o falta penal”.

C) Resulta del todo punto necesario, atendiendo a la naturaleza pluridimensional de la práctica deportiva, que juzgados y tribunales, así como el resto de profesionales que actúen dentro del derecho del deporte, habrán de adecuar convenientemente y en cada caso, la normativa específica que resulte de aplicación al supuesto de hecho concreto para dar una respuesta jurídica satisfactoria.

En consecuencia, es imprescindible en aras a la correcta determinación de la diligencia exigible, la distinción entre deportes de distintas categorías, de los que se desprenda un régimen más o menos intenso de generación de riesgo. Es evidente que el riesgo no será el mismo en los llamados deportes unilaterales, que en los calificados como colectivos, al igual que hemos de trazar las debidas diferencias entre los deportes de contacto físico intenso (fútbol, rugby, baloncesto, hockey etc.), respecto de aquellos donde este es prácticamente inexistente (natación, hípica, ping pong, natación etc.).

Quizás, de todas las posibles distinciones o clasificaciones realizadas en el ámbito de la doctrina especializada, sea de obligada referencia la obra de ALBIN ESSER, por ser la de mayor capacidad a la hora de sistematizar y analizar las distintas circunstancias que debemos ponderar para anudar el tipo de norma o régimen jurídico aplicable, según la naturaleza de la práctica deportiva en cuestión. Así podemos establecer la siguiente clasificación:

a) Actividades deportivas que se caracterizan justamente por estar orientadas a causar lesiones: boxeo.

b) Actividades deportivas que pueden llevarse a cabo por un número indeterminado de personas en un mismo centro deportivo, sin contacto físico recíproco (esquí).

c) Actividades en las cuales se trata de alcanzar la misma meta, pero no en una lucha de uno contra otro, sino junto a otro (atletismo, automovilismo).

d) Actividades deportivas que se caracterizan por una lucha entre contrarios, siendo así que los ataques corporales no son el objetivo primordial, pero sí que resultan inevitables en una lucha cuerpo a cuerpo (balonmano, fútbol, baloncesto).

Si bien lo anterior y como otros muchos autores aducen al referirse a la clasificación de ESSER, quizás la más interesante es la siguiente:

Factor del resultado, en el que pueden ser determinantes las variantes siguientes: a) derribar a otro jugador sin causarle lesiones, b) lesiones leves (como raspones, moratones), c) lesiones graves (fracturas de huesos, lesiones duraderas) y d) mortales.

Factor reglamento, con distinción entre: a) juego reglamentario; b) infracción reglamentaria leve; c) infracción reglamentaria grave, y d) infracción reglamentaria sin relación con el juego.

Factor relativo a la actitud del jugador: a) infracción reglamentaria no intencionada; b) infracción reglamentaria consciente, pero sin voluntad lesiva; c) aceptación de infracciones reglamentarias y lesiones, y d) lesión intencionada.

Ahora bien, en el fenómeno deportivo, es del todo punto sesgado circunscribir el fundamento

de la responsabilidad civil deportiva al exclusivo ámbito de actuación del deportista, ya sea en su vertiente profesional o amateur, ya sea en el seno de un deporte unilateral o colectivo. Es imprescindible incluir en la clasificación referida por ESSER, aquella otra sostenida, entre otros, por GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ, quien, en su artículo sobre el Fundamento de la Responsabilidad Civil Deportiva, concluye que las esferas de aplicación de la responsabilidad civil pueden abarcar:

- La responsabilidad de un jugador frente a otro.
- La responsabilidad del equipo al que pertenece un jugador, frente al equipo de otro jugador; o frente al jugador mismo del otro equipo.
- La responsabilidad del equipo frente a su jugador.
- La responsabilidad del jugador frente a terceros.
- La responsabilidad del dueño de las instalaciones deportivas frente a los espectadores y jugadores.
- La responsabilidad del organizador del evento deportivo frente a los espectadores y jugadores.
- La responsabilidad de los espectadores frente al dueño de las instalaciones deportivas u organizador del evento deportivo.
- La responsabilidad de las instituciones deportivas por los hechos imputables a sus seguidores deportivos.

Retomando la clasificación de ESSER, ahondaré a continuación en la distinción entre deportes unilaterales y aquellos de naturaleza colectiva, atendiendo a la naturaleza singular de cada uno de ellos.

2.1.- DEPORTES DE RIESGO UNILATERAL.

Por la propia naturaleza de este tipo de deportes, de corte individualista, el deportista solo asumiría los riesgos propios de una caída o de un accidente, ya sean estos consecuencia inmediata de la propia asunción del riesgo o de culpa exclusiva. Lo que parece claro, desde el punto de vista doctrinal, es que el deportista no asuma nunca las consecuencias de un accidente

causado por la negligencia de un tercero, ya sea este otro deportista, el organizador de la actividad deportiva o el titular de la instalación.

A continuación, he de hacer una referencia más o menos extensa de la casuística relativa a los deportes llamados unilaterales y que por la abundancia de su práctica en el ámbito del deportista aficionado, sobre todo, han generado no poca literatura jurisprudencial:

A) La equitación. -

Tal y como establece JOSÉ PIÑEIRO en su artículo monográfico Accidentes deportivos: lesiones consentidas, por lo que refiere a la práctica de la equitación por aficionados, que sufren lesiones, caídas, etc. a lomos de un caballo alquilado, se extraen dos consecuencias inequívocas:

a) No se puede aplicar a estos supuestos el artículo 1905 del CC y, por tanto, no se puede aplicar un criterio de responsabilidad objetiva, ya que se entiende que el poseedor del caballo o quien se sirve de él es el propio jinete y no el arrendador del animal.

b) Salvo en aquellos supuestos de negligencia del monitor, defecto en las herramientas de la monta o en caso de inadecuación del animal para su monta, el jinete que alquila un caballo asume el riesgo de una posible caída.

A continuación, unas breves referencias jurisprudenciales sobre la doctrina de la asunción del riesgo en materia de equitación:

SAP de Girona, Secc. 2ª, de 27 de septiembre de 2002, EDJ 2002/61854, Rec. 262/2002:

La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de instancia, en la que se desestimó la demanda donde se reclamaba una indemnización por daños sufridos por la demandante al caer de un caballo. La demandante en este caso ejercita las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual por los daños, pero no acredita la supuesta falta de diligencia de la guía, ni ningún otro incumplimiento culposo por parte del arrendador del servicio, por lo que tampoco se puede establecer una responsabilidad objetiva del dueño del negocio. El trote de caballo, que fue el motivo de la caída que es un riesgo inherente a la práctica de la equitación y por lo

tanto asumido por el jinete, ya que depende del propio comportamiento del animal.

QUINTO.- Finalmente, no comparte este Tribunal el criterio propugnado en el recurso de objetivación de la culpa en base a la teoría del riesgo empresarial, estableciendo una responsabilidad objetiva del titular del negocio por ser este quien se beneficia de su explotación, pues nada justifica la abstracción de todo matiz culposo en la responsabilidad del empresario, cuando la actividad que este desarrolla de pupilaje y alquiler de caballos comporta un riesgo para quien decide montarlos, de manera que si las condiciones de monta son adecuadas e idóneas, desde la perspectiva de la culpa contractual falta el presupuesto determinante de la misma, que es el incumplimiento de las obligaciones por el arrendador del servicio o al menos un cumplimiento defectuoso de la prestación, que en el presente caso no se aprecia, pues consistiendo la función de la guía del grupo en encabezar la marcha llevando a los caballos y jinetes que la siguen por un itinerario carente de peligro y adecuado a la experiencia de los jinetes, vigilando y velando por la normalidad de la marcha, dando las instrucciones oportunas para dominar la cabalgadura, el hecho de que el caballo montado por la actora iniciara un trote y la caída de esta, no puede considerarse imputable a acción u omisión negligente de la guía, si la actora se consideraba capacitada para montarlo y con ello debía disponer de los conocimientos mínimos para propiciar la retención del equino cuando este aumentaba el ritmo de marcha sin que además ni siquiera se haya alegado que no se dieran instrucciones sobre el manejo del animal en tal circunstancia.

Es por tanto necesario analizar el tipo de actividad que se desarrollaba para determinar el grado de diligencia y previsibilidad exigible, resultando del caso presente que la monta a caballo implica la existencia de un factor ajeno a las posibilidades de representación mental del riesgo posible, que es el comportamiento del animal, y si bien algunas de sus reacciones pueden ser tenidas en cuenta con anticipación, son muchas e indefinidas las que escapan de ese marco, en especial cuando buena parte de ellas pueden depender de las actitudes de quien los cabalga. Además, el jinete sabe que está realizando una actividad arriesgada, aunque sólo sea por estar sentado a una altura considerable sobre el suelo, en movimiento, a merced del grado de docilidad de la monta, incluso momentáneos estados de ánimo, sustos o miedos del animal y su propia habilidad para dominarlo. No puede desconocer el peligro de

caída que existe, incluso para jinetes expertos, de manera que si quiere desarrollar esa actividad está obligado a aceptar los riesgos, y no puede pretender quedar a cubierto de todos los que voluntariamente asumió al contratar el paseo únicamente en el caso de producirse la caída por causas derivadas del mal funcionamiento de las instalaciones, dejación de su labor por la guía o inadecuado cumplimiento de sus obligaciones, o entrega para su monta de un animal de conocido carácter agresivo o nervioso y por tanto inadecuado al grado de capacidad de la amazona, sería posible entender que el daño era previsible.

SAP de Madrid, Secc 4ª, de 8 de marzo de 2001, EDJ 2001/15013, Rec. 318/2000:

El Tribunal estima sendos recursos de apelación interpuestos por quienes fueron demandados en primera instancia, con motivo del fallo recaído en el procedimiento seguido en su contra, a raíz del percance sufrido por la actora cuando disfrutaba de un paseo a caballo. La Audiencia declara que en base al principio de responsabilidad por culpa, corresponde a la actora probar esa actuación inicialmente culposa imputable a los demandados, y acreditada esa culpa inicial, serán los demandados quienes deberán acreditar que actuaron con la diligencia que exigía las circunstancias, tiempo y lugar, señalando la Sala al respecto, que en el caso de autos, no existe prueba alguna, de que el caballo que se entregó a la actora para su monta, fuese especialmente peligroso, o nervioso, y por tanto, al no acreditarse una conducta mínimamente negligente en los demandados, dueños de la cuadra, y asumiendo la demandante el riesgo que supone alquilar y montar un caballo, sobre todo si no se tienen conocimientos, procede desestimar íntegramente la demanda.

No existe prueba alguna, de que el caballo que se entregó a la actora para su monta fuese especialmente peligroso, o nervioso. La actora reconoce en confesión judicial que no ha dado clases de equitación, y aunque había montado más veces, no tiene experiencia en dicho deporte. Igualmente se ha acreditado, por la prueba testifical, que la actora y su compañero D. Javi, quienes de forma voluntaria se separaron del grupo, unos metros, en vez de ir junto a la única persona que tenía conocimientos de equitación D. Josu. No existe prueba alguna que acredite si el caballo de Dª Noelia se puso a galopar a iniciativa de su jinete o bien por seguir al caballo de D. Javi que iba junto a él. Pero en todo caso, el hecho de galopar un caballo no supone una negligencia en el dueño

del animal; ya que la persona que monta un caballo debe poder dominar al mismo tanto cuando trotta como cuando galopa. No existe prueba alguna de que el caballo de la actora se desbocase. Tanto de la prueba testifical como de la confesión resulta acreditado que, cuando el caballo se pone a galopar es cuando Noelia se cae del mismo, y ello parece debido a su inexperiencia y falta de conocimientos sobre la equitación.

Por todo ello, no acreditándose una conducta mínimamente negligente en los demandados, dueños de la cuadra, y asumiendo D^a Noelia el riesgo que supone alquilar y montar un caballo, sobre todo si no se tienen conocimientos, procede desestimar íntegramente la demanda.

SAP de Zaragoza de 19 de diciembre de 2000, EDJ 2000/70774, Rec. 600/2000:

La Sala estima el recurso interpuesto por la parte demandada, que fue condenada a indemnizar a la demandante de las lesiones que sufrió cuando montaba un caballo que la primera le había alquilado en su escuela de equitación. Comienza la AP considerando que no existe responsabilidad de tipo extracontractual por daño causado por un animal sin que medie relación jurídica alguna entre la víctima y el propietario, sino simplemente ante un alquiler de un caballo para la práctica de la equitación. No obstante, señala que, en virtud del principio "iura novit curia" el juez no queda vinculado por los fundamentos jurídicos introducidos por el actor, por lo que se puede entrar a valorar la posible responsabilidad contractual. En lo referente a este extremo, indica que la práctica de la equitación a través del alquiler del caballo supone la aceptación por el jinete de los riesgos que pueden sobrevenir, siempre y cuando el caballo se haya entregado al efecto en condiciones que no se intensifique el riesgo, que, por otra parte, el deporte de la equitación contiene en sí mismo. Así, no existiendo ningún comportamiento negligente en la parte demandada no existe obligación jurídica de responder por su parte.

FJ 2º

Pues bien, sin que exista base para la apreciación de un actuar negligente por parte de los responsables del picadero (la falta de casco, de entenderse exigible, sería una omisión que no guardaría relación de causalidad con las lesiones), hay que seguir el criterio sostenido

por la mencionada sentencia del Tribunal Supremo en cuanto considera que "montar un caballo no crea un riesgo anormal más que para el que lo monta sin saber equitación. La práctica de la equitación a través del alquiler del caballo supone, como dicen acertadamente las sentencias de instancia, la aceptación por el jinete de los riesgos que puedan sobrevenir, siempre y cuando dicho caballo se haya entregado al efecto en condiciones que no intensifiquen el riesgo".

Este criterio tendrá reflejo en los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, y así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 18 de Abril de 1994, citada por la de 1 de diciembre de 1997 de la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, razonará que "este deporte aún en las más óptimas condiciones de doma, temperamento, y carácter del animal contiene en sí mismo, como tantos otros deportes, un grado de riesgo inevitable y no eliminable jamás, que se crea y surge por el hecho mismo de practicarse. Y por tanto si ese riesgo se convierte en efectivo daño por la caída del jinete, es claro que tal daño, por lo demás frecuente, no origina para quien lo sufre ninguna acción indemnizatoria contra el dueño del animal, al tratarse de un riesgo asumido voluntariamente por quien practica la actividad peligrosa, a no ser que se haya producido una anormal intensificación del riesgo típico por causas distintas imputables a otro" No habiendo pues ningún comportamiento en la parte demandada que conllevara una intensificación del riesgo que de forma consustancial resulta al ejercicio de esta actividad deportiva, la Sala considera que no existe obligación jurídica de responder por la parte demandada.

B) La práctica de esquí. -

Abordaré ahora otro deporte cuya práctica se ha extendido mucho más, si cabe, por inercia social y por el entorno en el que se practica, en una verdadera válvula de escape colectivo asociada a periodos vacacionales estacionales, en el que la mayoría de sus practicantes no son profesionales y en todo caso, aficionados más o menos avezados, en función el número de años que llevan ejercitando este conocido deporte.

Por la propia dinámica del mismo, son sobradamente conocidas ciertas lesiones que casi son exclusivas en el ámbito del esquí y que afectan no solo al que practica el deporte, sino que también pueden poner en peligro a otros participantes y/o espectadores.

Siguiendo la clasificación que establece LAMARCA, los accidentes de esquí, se pueden dividir en cuatro tipos:

- Caídas de esquiadores que lo hacen a título individual (esquiador en solitario).
- Accidentes producidos por el uso de remotes mecánicos.
- Posibles impactos con edificaciones y palos de señalización.
- Impactos con otros esquiadores.

En cuanto al tratamiento jurisprudencial de las lesiones o daños producidos en la práctica del esquí, podemos distinguir entre accidentes producidos por personas que esquiando se caen en una pista balizada y aquellos supuestos donde hay impacto con otros esquiadores o con objetos o elementos propios de la estación de esquí.

En relación a la primera categoría, tenemos:

SAP de Granada de 22 de noviembre de 2004, Secc. 4ª, EDJ 2004/239706, Rec. 978/2003:

Sobre tal base probatoria la sentencia debe ser confirmada, por cuanto no concurren los requisitos de la responsabilidad extracontractual. Ya decía la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1.996, que la práctica del esquí comporta la creación de un elevado riesgo por parte del propio esquiador, riesgo que implica una necesaria adecuación de los comportamientos deportivos al riesgo que se crea, mucho mayor cuanto mayor es la dificultad de la pista o zona en la que se esquía y el tipo de actividad deportiva (recogida por esta Sala en sentencia de 1 de diciembre de 2.003), de lo que se puede colegir que no siempre, cuando se produce un daño como consecuencia de la práctica del esquí, la responsabilidad es de la propia estación, pues hay que ponderar la actuación del propio esquiador que conoce y asume el riesgo que comporta tal actividad. Pero si esto se predica cuando se practica dicho deporte en zonas balizadas y aptas - según la empresa responsable- para la práctica de dicha actividad deportiva, ninguna responsabilidad existe si el esquiador se aparta de las zonas balizadas y acondicionadas y sufre el daño en zona no abierta a los usuarios, como en el caso de autos, pues no hay acción u omisión culpable, cuando

está advertido de que si esquía en zonas fuera de pista lo hace bajo su propia responsabilidad.

SAP de Girona (Penal) Secc. 3ª, de 13 de diciembre de 2001, EDJ 2001/73338:

TERCERO. - El recurso tiene que ser desestimado por los propios y acertados fundamentos de la resolución recurrida, a los que difícil resulta añadir nada más. Conviene, eso sí, poner de relieve el cambio de los términos del debate que el denunciante ahora recurrente, ha ido efectuando, cambio inaceptable cuando se produce en fase de apelación.

Ninguna duda cabe que el hecho imputado fue que las lesiones se produjeron cuando el denunciante-recurrente, como literalmente se lee en su denuncia, "estaba bajando una de las pistas y, concretamente, a medio trayecto colisioné contra una de las piedras que sobresalen del lado izquierdo de la pista", es decir, el motivo de la caída afirmado en la denuncia fue la colisión con piedras existentes en la pista. La imputación ya fue modificada en el juicio oral, en el que el denunciante ya no había caído por colisionar con piedras, sino que "se desequilibró y cayó (y) fue patinando y topó con unas rocas en la pista, dentro de la pista", es decir, que las rocas se encontraban dentro de los márgenes delimitadores de la pista, adentradas en la zona habilitada para esquiarse.

Pues bien, siendo tan claro que el denunciante siempre ha sostenido que las piedras o rocas con que colisionó estaban dentro de la pista, esto es, en plena zona habilitada para la práctica del esquí, es palmario el acierto de la Juez de Instrucción al decir, en el fundamento jurídico primero de su sentencia, que uno de los puntos centrales de discusión consiste en determinar "si las piedras estaban en el medio de la pista", y, ello no obstante, y como en el juicio oral quedó acreditado que las piedras no se encontraban dentro de la pista, sino en el margen de la zona habilitada con el resto de la montaña, accidente natural en el que de suyo hay piedras, de modo inevitable, el recurrente lo que ahora dice que "el hecho de que no se protejan los árboles laterales, el hecho de que no se pueda proteger todo, no excusa para que las piedras existentes en el margen izquierdo de la pista no estuvieran protegidas", con lo que ahora ya no es que el denunciante no cayera como consecuencia de colisionar con piedras, como dijo en su denuncia, sino que las piedras ni siquiera estaban dentro de la pista, como dijo en juicio, sino en uno de

los márgenes, resultando contrario al sentido común el que se diga que bien está que no se protejan los árboles laterales, pero se deben proteger las piedras que están en igual línea que los árboles, porque la protección de éstas implicaría normalmente la de éstos de modo aire las pistas de esquí quedarían rígidamente cerradas entre las redes y colchonetas que se mencionan casi al final del recurso, lo cual haría de la estación “M” una estación única en el mundo.

En relación a la segunda categoría, encontramos supuestos en los que interviene otro esquiador en el accidente o algún elemento físico integrante de la propia pista, tales como postes metálicos u análogos. En el caso por ejemplo de los remontes, la mayoría de las sentencias se pronuncian a favor de la doctrina de la asunción del riesgo, siempre que estos elementos funcionen de forma correcta. Como ejemplo:

SAP de Barcelona, Secc. 16ª, de 27 de julio de 1999, Rec. 1083/1998, EDJ 1999/30189:

En orden a la apreciación del tercero de los presupuestos antes citados (de “cualquier género de culpa o negligencia” habla el art.

1089 del CC. ,sigue declarando el Tribunal Supremo que “el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el art. 1902 del Código civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa” (STS 21 de mayo de 1998). Ello significa, en principio, que “la pura y simple noción de riesgo es insuficiente de por sí, para generar una responsabilidad por culpa extracontractual (STS 17 de octubre de 1997).

Por tanto, el campo de actuación propio de la doctrina o teoría del riesgo “se refiere a supuestos en los que verdaderamente exista



un riesgo para las personas (con máquinas o artefactos peligrosos)” (STS 14 de noviembre de 1998). Hallándonos frente a una situación de riesgo intenso, ha sentado el TS (sentencia de 18 de diciembre de 1997) lo siguiente: “en situaciones de riesgo acreditado (actividades industriales notoriamente peligrosas), se impone a los empresarios extremar su actividad de adoptar todas las precauciones, agotar los medios y evitar todas aquellas circunstancias a su alcance que transformen el peligro potencial en daño efectivo”; más aún, “quien crea un riesgo, aun partiendo de un actuar originario que pueda presentarse lícito, debe soportar las consecuencias si reviste caracteres de peligro, pues se beneficia del mismo”. Probada una situación de claro riesgo, “corresponde al empresario, en virtud del principio de inversión de la carga probatoria, la prueba total de haber agotado la diligencia exigible en orden a evitar aquel resultado, especialmente al recaer sobre él la presunción culposa prevista al final del art. 1903 del Código civil (STS 21 de mayo de 1998).

SAP, de Huesca, Secc. Única, de 16 de septiembre de 1998, Rec. 257/98, EDJ 1998/27652:

Por la parte actora se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia, y apreciando el Tribunal una “mutatio libelli” ya que en instancia se reclamó la responsabilidad extracontractual de la empresa explotadora de la estación de esquí -arts. 1902 y 1903 CC -, basándose ahora en la culpa contractual del contrato de transporte, al haberse producido el accidente al subirse en el telesilla. Siendo que la apelante no demuestra culpa alguna achacable a la demandada, máxime cuando se trata de un deporte de riesgo que la actora conoce, pues como así manifiesta lleva 50 años practicándolo, y que no es imputable a la apelada el que no exista nieve en un punto determinado ni se demuestra que haya pedido ayuda para subirse en el telesilla a alguno de los ayudantes del mismo, se presume que esta parte prestó el servicio de forma adecuada y cumplió con la obligación de medios que le incumbía, aunque el resultado fue adverso debido a la intervención activa de la propia usuaria.

Dice su FJ 3º:

“El primer hecho no supone culpa alguna por parte de la empresa que explota la estación de esquí de..., la aquí demandada, dado el estado actual que tienen todas las instalaciones en España (sólo hay una mínima parte de telesillas desembragables) y que todos los

usuarios conocen esta circunstancia, sobre todo la actora, que tenía 50 años en la fecha del accidente y desde los 15 practica el esquí, como admite al absolver la posición undécima. Se descarta así la presunción de culpa y que la demandada tuviera la obligación de poner a disposición un telesilla del tipo indicado como consecuencia del contrato de transporte que le vinculaba. El segundo hecho tampoco supone culpa alguna achacable a la demandada, pues se trata de un supuesto habitual cuando se toma un telesilla, sobre todo cuando no hay nieve en el suelo para permitir el deslizamiento con los esquís colocados, por lo que debemos llegar a la misma conclusión que hemos defendido al hablar del primer hecho. Por otro lado, no se ha demostrado que la actora hubiera solicitado al empleado de la demandada allí presente que le permitiera subir los esquís y los bastones en otro telesilla con el fin de tener libres los brazos, ni tampoco que éste se hubiera negado a ello o que hubiera impuesto necesariamente esa forma de tomar el telesilla. Tales datos no pueden presumirse como el elemento culpabilístico, pues pertenecen a la esfera de la relación causal, de forma que se desconoce la causa originadora del siniestro. Esta es la tesis que defiende el Tribunal Supremo cuando indica que, aunque es indiscutible la tendencia objetivadora de la responsabilidad, en todo caso se precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo (sentencias de 29-5-95 y 13-6-96). No se ha justificado el tercer hecho, por lo que sobre este particular hemos de sostener la misma tesis que acabamos de desarrollar”.

En cuanto a posibles choques con elementos de señalización, la jurisprudencia ha sido un tanto vacilante, dado que en algunas ocasiones viene a apreciar la concurrencia de culpas y en otros casos, la existencia de asunción del riesgo. Veamos algunos ejemplos:

SAP de Huesca, Secc. Única, de 6 de noviembre de 2001, Rec. 480/2000, EDJ 2001/62265:

En esa misma sentencia indicamos que no podía exigirse que absolutamente todos los recorridos previamente señalizados como zona apta para la práctica del deporte del esquí y acotados con esta finalidad tuvieran que estar acolchadamente vallados y protegidos en todos los puntos o lugares naturales y en las construcciones o instalaciones sin excepción, de forma tal que las protecciones estuvieran

en condiciones de amortiguar absolutamente cualquier golpe o caída. Si así se exigiera, como pusimos de relieve en nuestra sentencia de 25 de mayo de 1.996, se llegaría al absurdo, imposible de realizar en amplias extensiones, de envolver en plástico la montaña, teniendo que construir por toda la superficie esquiable auténticos túneles de redes, vallas, colchonetas y otros medios de protección por donde discurrir quienes practican este deporte, que es un deporte de riesgo en el que también cuenta la belleza del paisaje y de la propia montaña que, en las pistas, al menos durante toda la temporada de invierno, quedaría completamente camuflada entre plásticos, colchonetas y redes tensas y resistentes de gran altura, con su mástiles de sustentación, capaces de seguir dando protección por muy espesa que fuera la capa de nieve (en constante variación durante toda la temporada) y por muy alto que estuviera dispuesto a saltar cualquier deportista, deliberadamente o accidentalmente a resultas de la velocidad con la que dejara correr sus tablas. Conocemos las protecciones excepcionales que en una concreta y determinada pista pueden adoptarse para la celebración de una competición de alto nivel en la que los participantes superan normalmente los cien kilómetros por hora en su descenso, pero no puede pretenderse que toda la superficie esquiable esté protegida del mismo modo hasta garantizar en todo caso que el esquiador, si se cae, no encontrará ningún objeto contundente distinto a sus propias tablas. La montaña no puede ni debe convertirse en una especie de parque de atracciones de plástico blindado contra cualquier caída posible. Los riesgos de una caída se suponen asumidos por quien decide practicar y disfrutar de un deporte de riesgo. No creemos que se pueda ni que se deba neutralizar la montaña hasta ese punto, por muy masiva que sea la afluencia de esquiadores, a quienes se les supone la aceptación de los riesgos propios del esquí y la prudencia necesaria para acomodarse a su nivel y a la dificultad del tramo de pista por el que se deslizan.

SAP de Huesca, secc. Única de 10 de marzo de 1994, Rec. 72/1992, EDJ 1994/13673:

Es una norma de conducta en las pistas delimitadas y señalizadas para la práctica del esquí, que quién ocupa una posición más alta o superior ha de respetar el paso de los situados más abajo, y ha de observar un comportamiento que le permita dominar sus movimientos en cualquier situación, norma perfectamente conocida por el actor -posición segunda, folios

168 y 169-. El actor y hoy recurrente manifiesta en su demanda, -hecho primero-, que estaba “perfectamente equipado y con práctica sobrada en este deporte” y había visto un niño delante, -posición tercera-, el cual “hizo un giro brusco y se posicionó delante” por lo que, en cumplimiento de la norma y en evitación del choque, derrapó y se cayó golpeándose contra el poste. La pista en la que sucedieron los hechos enjuiciados está delimitada con una red de protección, sostenida por postes de madera de unos 10 centímetros de diámetro, desprovistos de revestimiento o acolchado en la fecha en que sucedieron los hechos, colocada para evitar la caída a un barranco -posición quinta-. Esta zona acotada, próxima a la cafetería, es utilizada como pista infantil -folio 3-. También merece la pena destacarse que la práctica del deporte entraña una serie de riesgos previsibles, que han de ser conocidos y aceptados por quien voluntariamente desarrolla esa actividad. En esta línea la sentencia de 22 de octubre de 1.992, tras señalar que no existe doctrina jurisprudencial en el marco del derecho civil sobre la materia, se refería a la responsabilidad originada por las lesiones sufridas por un jugador en el curso de un partido amistoso de pelota con palas, declara “en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar -roturas de ligamentos, fracturas óseas etc.-, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas o culposas”.

2.2.- DEPORTES DE RIESGO BILATERAL.

Consideraciones generales.

A diferencia de lo que sucede en los deportes de riesgo unilateral, en esta tipología es evidente que los deportistas asumen un mayor grado de riesgo a sufrir algún tipo de lesión, porque la interactuación entre distintos participantes multiplica la posibilidad del riesgo ya inherente a la práctica deportiva.

En los deportes de riesgo bilateral, es consustancial a su propia dinámica que los deportistas asuman las lesiones que pudieran originarse en los lances normales del juego. El deportista que resultare lesionado habrá de asumir las consecuencias dañinas de un comportamiento ajeno dentro de los parámetros normales articulados en la normativa que resulte de aplicación. Además de lo anterior, es

destacable que existe poca jurisprudencia al respecto de este tipo de lesiones, puesto que, aun incumpliendo la norma vigente, es dable entender que el deportista afectado asuma el daño sufrido.

Parte de la doctrina entiende que incluso una infracción leve de la normativa no ha de generar por mero automatismo una suerte de responsabilidad civil, ya que solo sería de aplicación en casos de dolo o negligencia grave. De hecho, la escasa litigiosidad derivada de reclamaciones relativas a deportes de riesgo bilateral puede explicarse por los siguientes motivos, tal y como refiere G. ÁLVAREZ LÓPEZ:

- La existencia de un seguro obligatorio que se hace cargo de las eventuales indemnizaciones que pudieran surgir como consecuencia de la práctica de alguno de los deportes calificados como de riesgo bilateral.
- La constatación de una especie de norma consuetudinaria que reconduce, por automatismo o por la voluntad del deportista, a no entremezclar deporte y derecho, dirigiendo este tipo de eventuales reclamaciones en el estricto ámbito deportivo, sometiéndose los jugadores a la existencia en muchos casos de una sanción deportiva, de conformidad con las normas propias del deporte en cuestión.
- Aceptado el hecho de que “el deportista profesional no tiene intención casi nunca de acudir a los tribunales, extendiendo su asunción del riesgo hasta extremos difíciles de entender”.

Todo lo anterior nos lleva al tratamiento que hace la doctrina de la llamada asunción del riesgo y que sirve de frontera para deslindar aquellos supuestos donde pueda concurrir algún tipo de comportamiento negligente o doloso, respecto de aquellos que son consecuencia normal del lance del juego asumida por el deportista. Por tanto, en los casos más controvertidos no podemos establecer una línea imaginaria que separe de manera taxativa los supuestos de asunción del riesgo de aquellos que constituyen un verdadero supuesto de responsabilidad.

Para ello, sí podemos utilizar como referencia los tres factores enunciados por ESSER y que son: (i) resultado; (ii) reglamento; (iii) actitud.

- De forma desarrollada podemos concluir lo siguiente:
- Para que exista “asunción del riesgo”, el hecho generador de la lesión debe realizarse en el desarrollo y como consecuencia de la práctica del deporte.
- En segundo lugar, hay que examinar si el concreto acto deportivo ha cumplido o no la normativa deportiva.
- En tercer lugar, en caso de que la referida normativa se haya incumplido, ha de apreciarse si el hecho generador del daño se puede considerar como normal en la concreta práctica deportiva.
- En último lugar, hay que tomar en consideración la gravedad de la lesión que se ha causado.

Por tanto y a modo de corolario: autores como MONTERO MARTÍNEZ, MARIANO en su obra “El consentimiento en las lesiones deportivas”, admite que no se apreciará responsabilidad si el comportamiento que ha causado la lesión se adapta a la normativa vigente de esa práctica deportiva concreta o que, a pesar de haberla incumplido, se considera como un hecho normal en la concreta modalidad deportiva. Sensus contrario, se entiende que existe responsabilidad cuando el comportamiento vulnera la reglamentación deportiva de forma evidente o palpable. Serán en general, todos aquellos comportamientos rayanos en el dolo o en la negligencia muy grave, apreciables a los ojos de cualquier espectador ajeno e imparcial.

Todo lo anterior es perfectamente asociable al término de habitual uso forense y cuya naturaleza jurídica es indeterminada. Me refiero a la “diligencia del padre de familia”, que se erigen como canon de referencia genérico cuando se trata de graduar ciertos estándares de comportamiento y diligencia en el desarrollo de determinadas actividades. En el plano de lo deportivo, podríamos hablar de “diligencia del buen deportista”. Ello supone que solo se responderá por los daños que se causen con negligencia grave o dolo.

Deportes que podemos encuadrar en la presente categoría de riesgos bilaterales:

A) Fútbol

El fútbol es el llamado “deporte rey” por su colosal capacidad de movilización social, por la extensión de su práctica a todos los niveles posibles y entre toda clase de edades, así como por la evidente trascendencia económica que este deporte y sus múltiples derivaciones comporta.

Por lo que al objeto del presente estudio interesa, he de establecer una división tripartita para encauzar debidamente el tratamiento del concepto de DAÑO en el mundo del fútbol, en virtud de tres hipotéticos supuestos:

(i) Supuestos que pueden constituir un caso de culpa levísima, por lo que es clara la concurrencia de la asunción del riesgo.

La cuestión nuclear reside en trazar una especie de frontera divisoria entre la negligencia leve, la cual entraría dentro de la asunción del riesgo del contrincante futbolístico, de aquella otra que deba ser calificada como culpable. En este sentido, hay que hacer obligada referencia a la Sentencia dictada en sede de Apelación, por el Tribunal de Roma el 11 de noviembre de 1957, que determina que “como riesgo inherente al deporte del fútbol puede entenderse el hecho incidental acaecido como consecuencia del fragor del juego, pero en ningún caso la conducta ilícita del adversario, concretándose en la imprudencia genérica e inobservancia de las reglas del juego, las cuales se estipulan no solo para colocar a los jugadores en un plano de igualdad a nivel competitivo, sino también para evitar que el juego en sí se convierta en peligroso”.

Si descendemos al estricto tratamiento judicial, son escasísimas las sentencias relativas a este particular (no hablo de los laudos arbitrales) y suelen derivarse por lo que al plazo indemnizatorio se refiere, al tratamiento federativo interno que corresponda en cada caso. Parece existir una especie de pacto velado “entre caballeros” por cuya virtud los profesionales del fútbol son renuentes a acudir a la vía judicial para dirimir estos conflictos, dado que, por la propia casuística del juego, el que hoy daña, mañana puede ser dañado.

Incluso, he de significar algo especialmente llamativo y es el hecho de que en no pocas ocasiones las federaciones nacionales e internacionales, como FIFA o UEFA, llegan a establecer incluso un sistema de sanciones a los equipos o deportistas que acuden a los Tribunales ordinarios, de modo que el propio deportista es reacio a la vía judicial y acepta

la sanción deportiva, aunque esté convencido de que la supuesta agresión recibida, pudo ser deliberada. Algunos autores como Broudeur llegan a afirmar la existencia de una especie de “represión privada de las lesiones”, efectuada en el seno de las organizaciones deportivas.

Por todo lo anterior resulta tan complejo encontrar sentencias que aborden la responsabilidad civil en la práctica deportiva. A pesar de ello, sí existen algunas resoluciones que abordan esta triple categoría a la que inicialmente me refería. Sirva como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 17 de septiembre de 1999. En este caso, se produjo la lesión ocular de una jugadora causada por una rival en un lance del juego. La Audiencia Provincial revoca la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, que había estimado parcialmente la demanda, argumentando que la lesión se produjo en un lance del juego y sin mediar ninguna acción antirreglamentaria, de forma que era un riesgo asumido por la jugadora.

En ese mismo sentido la SAP de La Rioja Secc. 1ª de 8 de septiembre de 2004, Rec. 23/2004, EDJ 2004/116897: La Audiencia -después de analizar la jurisprudencia existente en relación a la lesiones causadas en el deporte- absuelve al acusado del delito de lesiones que le había sido imputado por entender que el testimonio del árbitro del partido que se estaba jugando corrobora la declaración del acusado de que la lesión tuvo lugar de forma involuntaria en el marco de una actividad deportiva cuando cada jugador realizaba la función que le correspondía de remate y defensa respectivamente.

Así, en su FJ 2º establece: “Sentado lo que antecede, y establecido que la regla general, en la práctica, es la impunidad y la excepción la punibilidad, y que todas las citadas teorías impunistas vienen a matizar que la clave para determinar la frontera entre la impunidad y la punibilidad tiene que estar, forzosamente, en la observancia de las reglas del juego, de la “lex artis”, pues se ha instaurado como postulado general la punibilidad de todas aquellas conductas de los deportistas que causen lesiones, concurriendo el olvido o el desprecio por las reglas de cada deporte concreto, es decir, de las lesiones dolosas con desprecio de la normativa vigente.

Así lo estima la citada STS (Sala Primera) de 22 de octubre de 1992, al decir que la idea del riesgo la asumen quienes se dedican a la práctica deportiva, pero “... siempre claro

es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales, ya que de ser así podrían incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas"; en el presente caso, no ha quedado acreditado que el acusado agrediera intencionadamente a José Luis, aun cuando del encontronazo con el mismo derivara el resultado lesivo que se describe en los hechos probados en la cara, y en concreto en la nariz, debiendo estimarse y concluirse tal y como ha quedado expuesto que la lesión fue causada en un "lance del juego" y por accidente, sin intencionalidad, cuando el balón estaba en disputa.

(ii) Supuestos dudosos donde no es claro si el comportamiento del futbolista era merecedor de algún tipo de responsabilidad por incurrir en negligencia grave o si, por el contrario, nos encontramos ante casos de asunción del riesgo al tratarse de un comportamiento conforme a la lex artis. A saber:

SAP de Sevilla. Secc. 2ª, de 12 de mayo de 2000, Rec. 5900/1999, EDJ 2000/64471:

La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por quien fue demandado en primera instancia, con motivo de la sentencia dictada en el procedimiento seguido en su contra, con el fin de exigir la pertinente responsabilidad por daños y lesiones de naturaleza extracontractual. El Tribunal, tras el examen de la prueba presentada, declara que al demandado no le es imputable a título de culpa o negligencia el acto que originó la pérdida de las dos piezas dentarias, ya que de ninguna de las pruebas practicadas se deduce que la conducta del demandado se extralimitase de un simple lance del juego.

Así en su FJ 4º: CUARTO. - Así centrada la cuestión debe también señalarse que en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno puede tener va insita en los mismos y, consiguientemente, quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales y que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas.

Lo que ha de imperar por tanto en este tipo de actividades son las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir, debiendo a su vez tenerse en cuenta que los actos de los deportistas en cada manifestación deportiva, aun cuando dirigidos a lograr las más adecuadas jugadas no siempre producen el resultado perseguido, cual aquí ha acontecido, ya que no puede extraerse la consecuencia de que en un juego como el de una jugada antirreglamentaria "per se" tenga que dar lugar a responsabilidad.

Todas estas consideraciones conducen a estimar que al demandado y hoy recurrente no le es imputable a título de culposo o negligencia el acto que originó la pérdida de las dos piezas dentarias, ya que ni del acta arbitral ni de ninguna otra de las pruebas practicadas se deriva que en la conducta del demandado reprochable, reglamentaria y deportivamente se extralimitase de un trance del juego, en cuanto tal evento no es en realidad otra cosa que una consecuencia, desgraciada y siempre sentida, de este tipo de deporte, pero de responsabilidad inicialmente inimputable, lo que produce como consecuencia la estimación del motivo y consiguientemente del presente recurso.



(iii) Supuestos donde sí concurre responsabilidad penal en aquellos supuestos de agresiones dolosas o gravemente deliberadas, que conculcan de manera evidente la reglamentación deportiva. A saber:

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Penal), Secc. 2ª, Rec. 51/2002, EDJ 2002/17584: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el acusado contra sentencia por la que fue condenado como autor de un delito de lesiones. Dice la Sala que en el presente caso han declarado, además de denunciado, denunciante y árbitro, varios testigos, lo que implica que el juzgado de instancia tuvo suficientes elementos probatorios a su disposición y de las varias declaraciones ha deducido lo que a su juicio constituyó suficiente prueba incriminatoria. Por lo que se refiere a la duración hasta obtener la sanidad, el Tribunal la considera acreditada con el correspondiente informe forense y en cuanto a la ocasión en la que se produce la agresión, en la sentencia recurrida se razona y se acredita que no se trató de un lance más del juego, sino que el recurrente, cuando ni él ni el luego agredido estaban jugando el balón que circulaba por otras partes del campo, con intención de causarle una importante lesión le agredió en la cara.

FJ 1º: El recurrente, cuando ni él ni el luego agredido estaban jugando el balón que circulaba por otras partes del campo, con intención de causarle una importante lesión le agredió con un codo en la cara. Una agresión de estas características y en estas circunstancias, aunque no se vengán persiguiendo en la vía penal, pues no es infrecuente escuchar tópicos como “lo que ocurre en el campo se queda en el campo”, excede, con mucho de los lances del juego, perseguibles solamente por los órganos de disciplina deportiva, e inciden de plano en el campo penal, tanto por la intención que el agresor tiene al realizarlo, como por los resultados que producen y por ser ajenos a las exigencias del juego. Por todas estas razones se desestima el recurso y se confirma la sentencia recurrida, declarando de oficio las costas del recurso.

B) Deportes De Combate.

En esta modalidad de práctica deportiva, la casi totalidad de las sentencias dictadas se circunscriben a casos en los que se han producido daños como consecuencia de un accidente en un combate entre aficionados durante la práctica de una clase o un simulacro

de combate. Pues bien, en todos estos supuestos, se ha apreciado la concurrencia de la asunción del riesgo de la propia víctima, al no apreciarse en el otro interviniente ápite alguno de dolo o negligencia grave.

Atendiendo a la propia naturaleza de estas prácticas deportivas, cuya virulencia ya se constata per se en su propia calificación dialéctica (deportes de combate) es obvio pensar que en estos casos el deportista asume el riesgo de padecer lesiones.

Sirvan como ejemplo las siguientes sentencias:

SAP de Sevilla, Secc. 5ª de 17 de enero de 2003, Rec. 7043/2002, EDJ 2003/28731:

Confirma la AP la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda de reclamación de cantidad en concepto de indemnización por lesiones sufridas durante la práctica de una clase de artes marciales. Indica la Sala que en el supuesto no se puede aplicar la teoría de la objetivación de la responsabilidad por la realización de una actividad peligrosa, ya que se trata de un peligro mutuamente aceptado, en el que incluso una jugada contraria a los reglamentos no da lugar a responsabilidad civil, máxime en los deportes de contacto, en que puede haber lesiones sin jugadas antirreglamentarias, en cuyos supuestos, las posibles lesiones se cubren con seguros contratados por los jugadores o dentro del ámbito federativo.

Así los FJ 2º y 3º: Al hacerse un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo en el Juzgado, como exige para el recurso de apelación del art. 456.1, de la L.E. Civil y un estudio de los escritos de interposición y oposición al recurso, se obtiene como conclusión, que procede ratificar los razonamientos jurídicos expuestos en los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto, después de examinan la acción ejercitada, en la que el mismo actor descarta el elemento doloso, examina la posible acción imprudente, entendiéndose que no concurre, al encontrarnos ante el deporte llamado full-contact, en el que el pleno contacto del contrario con manos y pies es la esencia del mismo y el riesgo sólo puede ser evitado con las pertinentes técnicas de esquiva, con cita acertada de la sentencia de 12 de mayo de 2000, de la Sección 2ª. de la Audiencia Provincial de Sevilla, que entiende que la objetivación del art. 1902 del C. Civil, parte de una idea de riesgo que se encuentra fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias

que si bien especialmente peligrosos, éste peligro se ve compensado por el beneficio que recibe la sociedad en general, y en cuando al directamente explotador del medio, por los beneficios que a través de ello obtiene, nada de lo cual acontece en el presente caso, al tratarse de un juego en el que los participantes no se han salido de las conductas normales.

Debiendo pronunciarse la sentencia que se dicte en apelación, exclusivamente sobre los puntos o cuestiones planteados en el recurso por disposición del art. 465.4, de la L. E. Civil, procede indicar, que la tesis del apelante de que “el mero riesgo o peligro creado acarrea responsabilidad”, no puede entenderse de manera general, sino aplicado al caso concreto, y en este supuesto, nos encontramos con peligros mutuamente aceptados, en que incluso una jugada contraria a los reglamentos, no da lugar a responsabilidad civil, máxime en los deportes de contacto, en que puede haber lesiones sin jugadas antirreglamentarias, en cuyos supuestos, las posibles lesiones se cubren con seguros contratados por los jugadores o dentro del ámbito federativo, con la particularidad en este caso, de estar el actor federado en un deporte y lesionarse practicando otro diferente, por todo lo cual procede la confirmación de la sentencia apelada, con subsiguiente desestimación del recurso de apelación.

En igual sentido la SAP de Asturias, Secc. 4ª, de 25 de septiembre de 2001, Rec. 487/2000, EDJ 2001/75163:

El actor, practicante de kickboxing, interpuso demanda contra la federación regional de este deporte, contra su monitor, su club deportivo y las aseguradoras respectivas. La demanda fue estimada contra la federación y rechazada frente al resto de los demandados. Tanto el demandante como la federación deportiva recurren en apelación. Señala la AP que la práctica de una actividad deportiva implica que el que, de modo voluntario, practica el deporte asume el riesgo derivado del mismo, siempre que la conducta de los partícipes no salga de los límites normales. Esto lleva a la conclusión de que, al haberse producido la lesión estando el demandante debidamente instruido y protegido, ni el club ni el monitor son responsables del hecho. En cambio, el recurso del demandante se estima en cuanto a las costas que no le deben ser impuestas, al revestir la cuestión especial complejidad.

En relación al recurso de la federación, la Sala lo estima también en cuanto a las

costas, cuya imposición no debe abarcar las de la demanda en relación a los demandados absueltos. En cuanto al fondo del asunto, no puede proceder el recurso, por cuanto el desarrollo de la actividad por el demandante requería, junto a la expedición de la licencia, la concertación de un seguro que cubriera el riesgo de lesiones, lo cual resultó incumplido.

FJ 4º: igual suerte desestimatoria debe correr el recurso formulado por la Federación de Kickboxing del Principado de Asturias frente a la Sentencia condenatoria, pues está suficientemente acreditado mediante la aportación del oportuno carnet expedido con fecha 1 de febrero de 1998, en el que figura el sello de dicha Federación, que el lesionado D. Emilio José era un deportista federado que, con arreglo a lo previsto en el artículo 59 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, debería estar amparado por el oportuno seguro obligatorio que cubriera los riesgos para la salud derivados de la práctica deportiva correspondiente, incumbiendo a la Federación la suscripción y entrega del certificado individual de seguro junto con la licencia (art. 3 del Real Decreto 849/1993, de 4 de junio; y es lo cierto que dicha Federación expidió el carnet o licencia correspondiente, pero no el aludido Certificado de Seguro, por no tener concertado en aquella fecha póliza alguna; sin que sean acogibles los argumentos de que a la sazón estaba en fase de constitución, circunstancia no acreditada y que no la eximía de responsabilidad, pues con la expedición de la licencia habilitó al actor para la práctica de un deporte que implicaba un evidente riesgo corporal, sin dotarlo de la cobertura precisa; no siendo tampoco atendible el alegato de que, hasta la formalización de la póliza por parte de la Federación con fecha 15 de junio de 1998, era el “Club A.” de Llanes, quien se encargaba de la tramitación de las pólizas de seguro de accidentes en el ámbito de la práctica del Kickboxing, pues el examen de la póliza concertada por aquel Club Deportivo con la Compañía “Seguros P., S.A.” bajo el número... y obrante a los folios 103 y siguientes desvirtúa tal alegación, al referirse a la cobertura de los miembros del Club, entre los que nunca se encontró el lesionado (folio 297).- En consecuencia, por las razones indicadas y las recogidas en la resolución recurrida, procede la confirmación de esta tanto respecto a la condena impuesta a la Federación, como en cuanto desestimó la demanda frente a la Compañía “Seguros P., S.A.”; sin perjuicio de lo que luego se dirá en relación con el pronunciamiento de costas.

III.- LA TEORÍA DE LA ASUNCIÓN DE RIESGOS APLICABLE A LA RC DEL DEPORTE. BREVE ENUNCIACIÓN.

En perfecta conexión con todo lo abordado hasta ahora, he considerado oportuno hacer una mención somera a la teoría de la asunción de riesgos, presente en casi todos los supuestos donde, por la propia naturaleza de la actividad deportiva ejercitada (son un evidente e inherente riesgo implícito) los sujetos que participan de esa actividad saben y conocen de la posibilidad de sufrir lesiones derivadas de la práctica deportiva en cada caso.

Tengo que destacar, haciéndome eco de la opinión de no pocos expertos autorizados en la materia, como MEDINA CRESPO o PROENÇA, que la teoría de la asunción de riesgos no ha tenido el oportuno tratamiento por parte de la doctrina científica española.

Sirva como mera alusión, a modo de referencia ejemplificativa, la obra de MEDINA ALCOZ, María, "La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos", Dykinson, Madrid 2004, así como la obra de SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, "Responsabilidad civil en el deporte".

Al margen de lo anterior, no podemos confundir la teoría del riesgo, basada en el brocardo latino *eius commoda, eius incommoda* y que es consecuencia lógica de la evolución tecnológica, de otros conceptos jurídicos de apariencia similar en cuanto a su terminología. Es el caso de los llamados riesgos generales de la vida, que todos tenemos que soportar por el hecho de vivir en sociedad o incluso del sufrimiento de un daño implica que una persona se haya encontrado alguna vez en su trayectoria vital con una situación arriesgada.

Por tanto, en el caso de la asunción, el riesgo es voluntario, consciente y aceptado por el sujeto que lo sufre, a quien no se le puede imponer la obligación de soportarlo. También hay que indicar que las actividades sobre las que opera la asunción del riesgo no han de tener una perfecta identidad con aquellas que se refieren a la aplicación de la teoría del riesgo. Esta ha de ser aplicada con sentido restrictivo (fuera de los supuestos legalmente establecidos) y no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anómalo en relación con los estándares medios, dentro los cuales no se encuentran con carácter general las actividades deportivas.

Nuestra jurisprudencia se ha referido al presente particular en no pocas sentencias. A saber:

Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid de 21 de septiembre de 1994, en un caso de reclamación de indemnización por un accidente de parapente, en la que se desestima la demanda, aplicando la doctrina de la asunción de riesgos y se descarta la teoría del riesgo:

"Pero no lo es menos que dicha teoría del riesgo, que presume la existencia del elemento culpabilístico, necesario para la aplicación del artículo 1.902 citado, no es aplicable en ciertos supuestos: el fundamento de la responsabilidad por riesgo radica en la necesidad de imponer al que domina una fuente de peligro representada por una empresa o explotación permitida en interés propio, las consecuencias derivadas de la inminencia de la producción o causación de los daños derivados de tal empresa o explotación. Como consecuencia de ello uno de los elementos o factores que caracterizan la responsabilidad por riesgo es la absoluta necesidad; la existencia de una coacción de las circunstancias sociales para tolerar el peligro por cada individuo y, en consecuencia, la inexistencia por parte del perjudicado de estructuras o medios propios para su defensa, es decir, que la coacción que somete al particular a los riesgos creadores de la responsabilidad ha de ser ineludible. Dicho, en otros términos, el perjudicado tiene que soportar esas transgresiones coactivamente, ha de soportarlas imperativamente, pues si lo hace de una forma voluntaria, el mecanismo presuntivo de la teoría del riesgo deja de tener virtualidad".

De igual forma se expresa la Sentencia de la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de mayo de 2000, Secc. 2.^a, Rec. 5900/1999, EDJ 2000/64471: que establece:

"No existe doctrina jurisprudencial en el marco del derecho civil sobre la materia, ni tampoco una específica regulación no ya normativa sino tampoco reglamentaria, a salvo la Ley del Deporte 10/1990, de 15 de octubre que no toca temas de este tipo, circunstancia esta que da lugar a que este tipo de cuestiones hayan de reconducirse al art. 1.902 CC, precepto que aun cuando considerablemente objetivizado por el Tribunal Supremo, especialmente cuando su aplicación se proyecta sobre actividades, aspectos o conductas de clara y patente trascendencia social ha conducido a una llamada socialización de responsabilidades lo que no

es, en principio, al menos, de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género pueda derivar va implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsabilicia, en cuanto ésta se encuentra fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materia que, si bien esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensado, en primer y fundamental lugar, por el beneficio que, como consecuencia de ello, recibe la Sociedad en general, y en cuanto al directamente exportador del medio, por los beneficios que a través de ello obtiene, nada de lo cual acontece en casos como el presente en el que, concretamente y por lo que a él se refiere, no era un deporte de elite, no son otra cosa que aspectos deportivos propios de la Sociedad actual que a nivel individual vienen a constituir una faceta lúdico-sanitaria en cuanto dirigida a paliar en cierta medida las consecuencias psíquicas que las agotadoras horas de servicio o trabajo diario”.

En sentido parecido, la sentencia de la AP de Barcelona, Sección 12.^a, de 27 de abril de 2006, EDJ 2006/283538:

“En tal sentido la explotación de un picadero de caballos supone la posesión y uso de los distintos elementos propios de una empresa de tal naturaleza, y por consiguiente la posesión de caballos, que, en tanto que animales, son potencialmente creadores de un riesgo objetivo susceptible de convertirse en daño real y efectivo para terceros que deben ser indemnizados en caso de producirse. Sin embargo, el riesgo objetivo que desencadena o lleva en sí misma tal actividad económica o empresarial no puede confundirse con el que surge y se crea a partir del momento en que alguien monta un caballo para la práctica del deporte de la equitación. En tal caso el riesgo que se desencadena, no ya para terceros sino para el jinete que lo monta, no deriva ya de la existencia del animal, ni de su posesión por el dueño, sino sólo de su uso y posesión por parte del jinete, es decir, que el riesgo nace de la misma práctica de la equitación, como ejercicio deportivo, voluntariamente realizado por quien decide montar a caballo, por ser evidente que sólo con tal actividad, el riesgo inherente a la naturaleza del animal puede concretarse en la caída al suelo del jinete que lo monta. De un caballo siempre puede esperarse una reacción no deseada por quien lo monta, que es a quien

corresponde controlarlo en todo momento. Es decir que este deporte aun en las óptimas condiciones de doma, temperamento, y carácter del animal contiene en sí mismo, como tanto otros deportes, un grado de riesgo inevitable y no eliminable jamás, que se crea y surge por el hecho mismo de practicarse. Así el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 16-10-1998 dice que «montar un caballo no crea un riesgo anormal más que para el que lo monta sin saber equitación. La práctica de la equitación a través del alquiler del caballo supone, la aceptación por el jinete de los riesgos que puedan sobrevenir, siempre y cuando dicho caballo se haya entregado al efecto en condiciones que no intensifiquen el riesgo».

Por tanto, si ese riesgo se convierte en efectivo daño por la caída del jinete, es claro que tal daño, por lo demás frecuente, no origina para quien lo sufre ninguna acción indemnizatoria contra el dueño del animal, al tratarse de un riesgo asumido voluntariamente por quien practica la actividad peligrosa, a no ser que se haya producido una anormal intensificación del riesgo típico por causas distintas imputables a otro, como puede ser el defectuoso estado de los arneses (silla, cincha, riendas, acciones, estribos, filete, bocado, etc.) cuando su conservación corresponde a quien lo alquila a otro que confía en su buen estado, o como puede ser una excepcional dificultad del mismo caballo, que supere los niveles de riesgo previsibles, tenidos como anormales o usuales, y que obligue a hacer las correspondientes advertencias a quien pretenda montarlo”.

Al margen de lo anterior, es imprescindible señalar que la asunción del riesgo y el consentimiento del daño, son conceptos distintos. En el primer caso, el individuo es conocedor de la posibilidad de sufrir un daño, como consecuencia de su intervención en la actividad arriesgada. En el segundo, se elimina la antijuridicidad de la conducta, en el que el sujeto acepta un daño cierto. En la asunción de riesgos, la víctima no admite que, al participar en la actividad peligrosa, va a resultar lesionada, sino tan sólo la simple posibilidad de padecer daños.

Podemos encontrarnos con cuatro presupuestos distintos que variarán en función de si el riesgo que se proyecta es asumido, previsto, si concurren distintas asunciones del mismo por parte de varios intervinientes...

En concreto, podemos destacar estos cuatro grandes supuestos:

(i). -La teoría de la asunción del riesgo hay que combinarla con el llamado título de imputación constituido por la culpa, por lo que, en caso de creación de una conducta no culpable del riesgo, concurre la asunción no culpable del mismo por parte de la víctima. Son los llamados supuestos de asunción propia del daño.

(ii). - Cuando el sujeto que origina el riesgo lo hubiera agravado de forma culposa o incluso intencionada, generando riesgos excepcionales o anómalos, al margen de los típicos o específicos de la actividad peligrosa de que se trate. En tales casos, la asunción de riesgo por parte de la víctima resultará totalmente indiferente y el daño deberá ser íntegramente resarcido por su causante.

(iii). - Supuestos de concurrencia de culpa por parte del sujeto generador del peligro como por parte del sujeto que lo acepta. En este supuesto, nos hallaríamos ante un caso de concurso de responsabilidades con su correlativa repercusión en el quantum indemnizatorio.

(iv). -Si en la generación no culpable del riesgo concurre negligencia por parte de la víctima, que voluntariamente accedió a esa actividad de riesgo, nos encontramos ante un caso de culpa de la misma, que de igual forma igualmente exime de la responsabilidad de aquél.

IV.- RIESGOS CONCRETOS PARA LA INTEGRIDAD FÍSICA CONSUSTANCIALES A LA PRÁCTICA DEL DEPORTE. LOS SUJETOS PASIVOS EN LA ASUNCIÓN DEL RIESGO.

Como hemos podido apreciar hasta ahora, el abordaje de la responsabilidad civil deportiva se viene construyendo en el ámbito jurisprudencial con base en la aplicación de la doctrina de la asunción de riesgos, adaptado como es lógico, a las vicisitudes que cada concreto deporte o actividad humana representa. Y así podemos concluir que:

a) La doctrina de la asunción de riesgos implica que los mismos sean conocidos y consentidos.

b) El deportista asume los riesgos específicos de la actividad deportiva de que se trate, no los excepcionales o anómalos.

c) No obstante, la asunción de riesgos deportivos abarca un cierto grado de infracción reglamentaria de las reglas del juego, que son inherentes a la práctica de cualquier clase de deporte.

d) La aplicación de la doctrina de la asunción de riesgos alcanza su genuino grado de expresión en los deportes de contacto físico o bilaterales (fútbol, rugby, baloncesto, balonmano, etc.), mientras que, en los denominados deportes individuales



o unilaterales, de práctica conjunta (esquí, patinaje, etc.) abarca las lesiones sufridas por el propio deportista, pero no por la acción de otro copartícipe en la actividad de que se trata.

Si bien lo anterior, es evidente que el primer requisito sustancial para hablar de existencia de riesgo en la práctica deportiva es constatar que la “víctima” haya participado activamente en la actividad generadora de riesgo. Esta afirmación es importante porque no se incluirían a los auxiliares de los organizadores, ni a los terceros que aporten ayudas benéficas, ni a los espectadores, ni tampoco a los deportistas que asistan simplemente a un curso colectivo.

Algunos autores, como BUSTO LAGO, José Manuel en su obra “La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”, Tecnos, Madrid, 1998, ya abordan estos casos controvertidos de no intervención directa de deportistas y en ese sentido, la jurisprudencia es conflictiva como ahora veremos. Ejemplos:

4.1. -Auxiliar de la organización.

Podemos concluir que estas personas asumen los riesgos inherentes a la práctica deportiva, si bien no son sujeto activo, en sentido estricto, de la práctica de la misma. Como ejemplo especialmente simple y para entender lo anterior: el árbitro que recibe un balonazo en el rostro como consecuencia del lance normal del juego.



Si bien lo anterior y a salvo de otras posibles sentencias que operen como excepción a lo anterior, tan solo encontré una sentencia que sí admite la inexistencia de asunción de riesgo a cargo del auxiliar de la organización. Me refiero a la SAP de León, Secc. 1ª de 16 de abril de 2001 (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel García Prada).

Se trata del caso de una cronometradora que fue atropellada por un ciclista en la línea de meta. La Audiencia confirmó la condena de la aseguradora del club organizador. No se puede asumir que la cronometradora acepte el riesgo de ser atropellada por un ciclista, sino que en este caso existió negligencia del organizador por ubicar a esta sin ninguna protección en la zona de sprint, en la que los ciclistas desarrollan un máximo esfuerzo para llegar a meta.

4.2. -El llamado Tercero que aporta ayuda benévola.

Al igual que en el caso de los auxiliares, nos encontramos ante supuestos de asunción del riesgo que apenas tienen un fiel reflejo en la jurisprudencia, por ser casos muy aislados y casi anecdóticos.

En cuanto a la definición que podemos dar de tercero de ayuda benévola, autores como BUSTO LAGO, describen que son aquellos deportistas que de forma altruista se ofrecen a ayudar a terceros a la organización de un evento o a realizar labores de guía. Al solaz de esta definición podemos indicar que caben dos supuestos perfectamente diferenciados: de una parte, podemos aceptar la existencia del voluntario de un evento deportivo que asume la posibilidad de sufrir un daño mientras ejecuta sus funciones. De otra parte, el supuesto en el que alguien que está la supervisión o control de un tercero, acaba sufriendo un daño.

Sirva como ejemplo la STSJ de Navarra de 10 de junio de 1997 (RJ 4901) en la que la Audiencia confirma que existió una negligencia manifiesta del club demandado, que organizó una batida por su cuenta y por lugares de muy difícil acceso a la sierra de Aralar, convocando a socios de otras entidades deportivas sin entregarles planos de la zona y sin contar con guías expertos que facilitasen las labores de rescate.

En casos de intervención del llamado guía benévolo, podemos citar los supuestos más frecuentes que están relacionados con el fenómeno del montañismo. Aquí es habitual

encontrarnos con montañistas que asumen la dirección del grupo sin recibir retribución alguna, ya sea porque los miembros del grupo deciden confiar en una persona determinada o porque esa persona decida, atendiendo a su experiencia previa, asumir el rol de líder del grupo.

En este sentido, la SAP de Vizcaya, Secc. 5ª, de 15 de marzo de 1999, Rec. 271/97, EDJ (1999/26846): *La Audiencia desestima el rec. de apelación interpuesto por el demandado y su aseguradora contra la sentencia que declaró la responsabilidad civil de aquél por la muerte del hijo del actor en accidente de alpinismo. Considera la Sala que si bien es cierto que este deporte conlleva gran dosis de riesgo y esta circunstancia fue asumida por el fallecido, también es cierto que el juzgador a quo, con cuyo criterio la Sala se identifica, ha condenado al recurrente, no en base a una responsabilidad objetiva por riesgo, sino por el actuar negligente del mismo ante la ausencia de medidas de seguridad y la escasa longitud de la cuerda, obrar sin duda negligente en una persona de la cualificación y experiencia del actor.*

La Sala concluye, en su FJ 3º:

“...yo me encontraba asegurando y Francisco bajando cuando se acabó la cuerda y se salió del ocho, esto es un aparato con el que asegura. La vía que estábamos haciendo sería de grado 5 más o 6 A, esto no influye para lo que nos encontrábamos haciendo ya que se trataba de bajarle. Al llega a un especie de repisa, a la cual se sube para iniciar el ascenso o se llega en la bajada, y que tiene acceso a pie, me venció el peso y al quedar poca cuerda, tenía 55 metros, se escapó del aparato y con las manos no pude bloquearla” De esta declaración, que no puede estimarse por la inmediatez del siniestro “sospechosa”, frente a la aludida voluntad de favorecer al actor que aduce la parte apelante y que apoya en que ninguna noticia ha tenido del accidente hasta ahora la Aseguradora, cuando lo cierto es que ello lo niegan los testigos Sres. G. y U., quienes por su condición de Letrados intervinieron antes de este proceso, teniendo el primero de ellos vinculación con la entidad Vasco Navarra S.A. (f. 215 y ss.), y en la reclamación del límite de cobertura, lo que justifica el actor en la voluntad de no perjudicar al Sr. Alberto (posición núm. 2, f. 249 y ss.), cabe concluir que sí medió negligencia suficiente para ser merecedora de reproche civil, por cuanto que si bien es cierto que la víctima era una persona mayor de edad (nacida el 5 de Julio de 1.971), y que es de conocimiento común

que el alpinismo o al menos la escalada es un deporte de riesgo que entraña peligro, y es obvio que ello lo asumió, como también lo es que confiaba en la experiencia y profesionalidad de su amigo Alberto, quien si debe responder no es por el riesgo en sí de este deporte y porque él fuera el asegurador, pues lo que está claro es que el descenso en la escalada no se empleó la técnica del rappel ya que ello no se compagina con la forma en que ocurrió el siniestro, aunque es cierto que a ella se refiere en cuanto a su terminología el atestado policial y el testigo Sr. G., respecto de lo cual no debemos olvidar que aquél recoge las declaraciones de éste, quien carece de experiencia y quien al declarar en el presente proceso aunque emplea de nuevo tal expresión, describe el accidente al contestar a las preguntas y repreguntas número 8 y ss. (f. 85, 99 y ss.), como el Sr. Alberto, negando al responder a la repregunta 81 y otras que fuera la técnica empleada para el descenso la del rappel, lo que confirma el perito Sr. E., quien dice que lo que se estaba realizando en el momento del siniestro era “un descuelgue”, lo que implica la colaboración entre el que desciende, esto es la víctima y el asegurador, el Sr. Alberto, quien como experto debió procurar que el material empleado para tal actividad fuera el adecuado, pues siendo cierto que “el ocho”, como bien razona la Juzgadora a quo, no es una medida de seguridad sino es un elemento técnico para controlar por el asegurador la velocidad del deslizamiento de la cuerda que pasada por un anclaje sito en el alto de la pared, a través de él se pasa, controlando así a modo de un sistema de polea el descenso del escalador que lleva la cuerda sujeta al arnés, y que exige se tenga en cuenta que la cuerda sea la adecuada en función de la longitud de la pared, y que en atención al peso del escalador o su experiencia si fuera preciso se adoptara algún tipo de medida especial de seguridad (amarre del extremo libre de la cuerda que se ha pasado por el ocho, a una roca o elemento fijo).

4.3. -Espectadores.

La figura del espectador puede que sea una de las que más casuística puede suscitar, dado que, al erigirse un espectador como mero agente pasivo de la actividad deportiva, es claro, al menos en una aproximación apriorística, afirmar que el espectador no ha de asumir riesgo alguno, dado que acude al lugar donde se desarrollará el evento deportivo en la confianza de que el organizador del mismo habrá adoptado todas las medidas de seguridad posibles. Si bien lo anterior, es obvio que caben supuestos en los que el propio espectador haya asumido ese

riesgo cuando se coloca en lugares peligrosos o prohibidos, lo que admite la existencia tanto de la culpa exclusiva de la víctima como de la concurrencia de conductas. Veamos algunos ejemplos reflejados en sentencia:

STS de 27 de junio de 2001, Sala 1ª, Rec. 501/1996, EDJ 2001/11744: *Interponen recurso de casación las actoras en la instancia frente a la desestimación de su pretensión de indemnización de los daños sufridos cuando asistían como espectadoras a una prueba automovilística. El TS acoge el recurso al entender que no se tomaron las medidas necesarias para evitar que el riesgo que supone tal prueba no se transformara en siniestro, y aplicando la teoría del riesgo establece la responsabilidad extracontractual. Esa responsabilidad debe recaer, según la doctrina de la solidaridad impropia, en los copartícipes del hecho ilícito y sus aseguradoras, por ello responderán el organizador del evento, la Federación Española de Automovilismo y la aseguradora.*

FJ 2º:

Efectivamente, existe ya una doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que puede estimarse como consolidada, que establece la tesis del riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la integridad física de las personas, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar entonces de adecuada aplicación el artículo 1902 del Código Civil, con la consecuente inversión de la carga de la prueba (por todas, las sentencias de 8 de octubre de 1996 y 30 de julio de 1998).

Y en el presente caso nos encontramos ineludiblemente en un peligro potencial destacado, como es la celebración de una prueba automovilista en un circuito urbano, cuyo núcleo esencial es la velocidad de los vehículos participantes, en el que había unas zonas especificadas de peligro; pues bien, las personas ahora recurrentes y antes demandantes, accedieron a una de esas zonas de peligro, lo que no fue tajantemente prohibido por el vigilante nombrado por la organización, para lo que tenía facultades totales, limitándose únicamente a advertirlas del peligro de la zona,

según la versión del vigilante, negado por las afectadas.

Pues bien, solo este dato, que indica que no se tomaron las medidas necesarias para evitar que el riesgo se transformara en siniestro, sirve para aplicar la teoría del riesgo que hace entrar de plena vigencia los efectos de la responsabilidad extracontractual, ya que, a dicha omisión, hay que unir unos daños -que más tarde se concretarán- y un nexo causal entre ambos elementos.

STS Sala 1ª, de 19 de noviembre de 1999, Rec. 1090/1995, EDJ (1999/35038): Condena la Sala, revocando la sentencia recurrida, a los demandados. indemnizando a los actores por las lesiones sufridas en el recinto deportivo con ocasión de la subida de los mismos a un muro divisorio, y aun reconociendo la temeridad de éstos en su actuación, sin embargo, aprecia que concurre responsabilidad de los organizadores y propietarios demandados de las instalaciones deportivas, en atención a lo preceptuado en la Ley del Deporte de 15 octubre 1990.

FJ 2º:

Como segundo motivo se alega la infracción de la Ley el Deporte de 15 de octubre de 1990 y se sostiene que el accidente lo provocó la falta de la adecuada vigilancia para evitar el riesgo, conocedora la entidad deportiva que era costumbre de los espectadores subir al muro protector que separa el graderío del foso, no habiéndose acreditado que el siniestro se produjo por culpa exclusiva de la víctima.

El art. 63 de dicha ley establece que los organizadores y los propietarios de instalaciones deportivas serán responsables de los daños o desórdenes que puedan producirse en los recintos en que se desarrollan las competiciones. Por su parte, el art. 69.3ª, tipifica, como infracción muy grave, la falta de previsión o negligencia en la corrección de las anomalías detectadas y se ha comprobado que la entidad deportiva no adoptó ninguna medida para evitar el riesgo previsible al encaramarse los jóvenes al muro divisorio, sin desconocer la temeridad que representa esa conducta por parte de los espectadores, por lo que debe admitirse una concurrencia de culpas, en base a la cual debe moderarse la indemnización solicitada, y habida cuenta de la edad del accidentado, de las secuelas que le acarrearán las lesiones y del subsiguiente daño moral, cifremos la indemnización a satisfacer por los responsables solidarios en la suma de cuatro

millones de pesetas. Decimos todo lo anterior en base a que, al estimar el motivo, esta Sala tiene que asumir la instancia.

En la doctrina no encontraremos una corriente pacífica en cuanto a si los espectadores asumen per se los riesgos normales derivados de la práctica deportiva, de manera creciente, a medida que el deporte que siguen como espectadores sea más arriesgado, si bien en algunos casos se aplica la teoría del riesgo, de tal forma que quien crea un riesgo con determinada actividad deberá pechar con sus consecuencias.

Autores como ORTÍ, realizan una crítica a una sentencia del Tribunal Supremo que se ha convertido en otro referente en materia de asunción de riesgos y terceros implicados. Me refiero a la STS, Sala 1ª, de 31 de mayo de 1997, Rec. 1913/1993, EDJ (1997/4510): *Desestimando el recurso de casación, la Sala rechaza la concurrencia de caso fortuito en los hechos que determinaron la responsabilidad extracontractual del recurrente. Manifiesta el TS que el caso fortuito actúa en aquellos supuestos en los que, según la medida de diligencia requerida, sus efectos no se pueden prever o que, aun previstos, no pueden ser evitados; sin que pueda, en modo alguno, ser apreciado cuando el resultado dañoso emana de un comportamiento culposo contrastado, al omitirse las precauciones adecuadas al riesgo de la actividad desempeñada, en este caso la práctica del Taekwondo. La Sala afirma que, al crear el recurrente un riesgo suficientemente demostrado, debió adoptar todas las medidas precisas para evitar que la situación de peligro potencial se convirtiera en peligro efectivo, sin que ello suponga necesariamente objetivar la culpa.*

FJ 2º:

La aplicación del artículo 1105 del Código Civil exige que el evento sea efectivamente y de modo pleno, imprevisible dentro de la normal previsión que las circunstancias exigen en cada caso o inevitable en una posibilidad de orden práctico. En manera alguna puede apreciarse (Ss. de 4-7-1983 y 31-3-1995 EDJ 1995/1207) cuando el resultado dañoso ocasionado emana de un comportamiento culposo constatado, suficientemente probado por ausencia de la diligencia debida y hasta racionalmente elemental en supuestos como el enjuiciado, en

el que concurre causalidad adecuada, y por ello sin la incidencia acreditada debidamente tanto de la imprevisibilidad como de su inevitabilidad.

El que recurre creó un riesgo suficientemente demostrado que no significa necesariamente objetivación de la culpa. Ello le imponía agotar todas las precauciones para evitar que la situación de peligro potencial se convirtiera en peligro efectivo, que es lo que sucedió y hace aplicable el artículo 1902 del Código Civil. Resulta patente que su actuar no fue lo ajustado a la diligencia media, atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto, a fin de evitar daños ajenos, ya que la ausencia de medidas de prudencia y seguridad se presentan notorias y suficientemente acreditadas.

La crítica de la que antes hablaba se ciñe a que, a pesar de que la sentencia condena con base a un estricto criterio de culpa, realmente, lo que hace es aplicar un régimen muy próximo a la responsabilidad objetiva, ya que exige una diligencia muy elevada, invirtiendo la carga de la prueba y considerando al organizador como creador de un riesgo concreto.

En cuanto a la falta de asunción del riesgo por parte de los espectadores, puedo citar las siguientes:

SAP de Barcelona, Secc. 4º, 16/12/2004, de 16 de diciembre de 2004, EDJ (2004/220323):

“ que, tratándose de responsabilidad extracontractual, la reclamación puede dirigirse contra cualquiera de los demandados responsables; desestima la excepción de cosa juzgada razonando que no existe coincidencia de personas con el pleito civil anterior; y, finalmente, estima parcialmente la demanda, absolviendo a los ocupantes del Kart, DON Salvador y DON Victor Manuel, al entender que el accidente causado no fue consecuencia de una deficiencia en la conducción sino por una deficiencia en el circuito por lo que es imputable a la organizadora del evento, CLUB DE KARTS DE COIXINETS DE SANT JUST DESVERN, por la falta de previsión y diligencia en la adopción de medidas de seguridad al colocar una valla de protección simple que resultó insuficiente y fue reforzada al día siguiente del accidente, como se desprende de las confesiones en juicio de los demandados, de la testifical y de la diligencia de visionado de la cinta de vídeo”

SAP de Sevilla, Secc. 5ª, 23 de diciembre de 1999, EDJ 1999/56429:

Contra la sentencia de instancia, la AP desestima el rec. de apelación interpuesto por el demandado al existir un riesgo previsible y estima parcialmente el del actor, revoca en parte la misma en el sentido de incrementar la indemnización hasta un 10 %, al ser aplicable el factor corrector de perjuicios económicos, como consecuencia de las lesiones sufridas por el actor, tras producirse una avalancha de público, en la zona de localidades de a pie, mientras veía el partido de fútbol.

En conclusión, la sociedad demandada era responsable conforme al artículo 63 de la Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990 de los daños y desordenes que puedan producirse en el recinto deportivo de su propiedad en el que se desarrollaba una competición deportiva; dicha sociedad debió prever, por conocido, el riesgo existente de avalancha en la zona de las localidades de a pie, hecho que se repetía con cierta frecuencia, y si bien es cierto que la legislación vigente le daba un plazo aún no cumplido para adoptar la medida más eficaz para evitar esas avalanchas, ello no la eximía de adoptar mientras tal medida no fuera efectiva todas las precauciones necesarias para evitar las avalanchas y los riesgos que corrían con ellas los espectadores, medidas que podía ir

desde aumentar los miembros de seguridad destinados a esa zona, a disminuir el número de personas con acceso a la misma e incluso, sin consideraba imposible evitar las avalanchas de otra forma, a inutilizar la zona hasta que estuvieran convertidas todas las localidades de a pie en otras con asiento. Como es obvio que no adoptó esas precauciones, y así lo acredita el que ese día se produjo la avalancha que atrapó al actor sin la concurrencia de ninguna circunstancia extraordinaria, debe responder de los perjuicios sufridos por éste. Lo que es absolutamente inadmisibile es la pretensión, un tanto insólita, de que quien adquiere una determinada entrada para ver un partido de fútbol, asume el riesgo de verse lesionado por una avalancha de público. Quien acude a ver ese espectáculo o cualquier otro lo hace en la lícita confianza de que los organizadores del mismo garantizan su normal desarrollo y disfrute sin riesgo alguno para los espectadores que cumplen las indicaciones del empresario y las normas que afectan al mismo.

Si bien la jurisprudencia anterior, también existen otras resoluciones que constatan la asunción del riesgo de los espectadores. Al margen de aquellos supuestos en los que pudiera existir culpa exclusiva de la víctima y en aquellos donde concurra una evidente negligencia del organizador o titular de las instalaciones, no es dable afirmar que los



espectadores tengan que asumir el riesgo de presenciar un espectáculo deportivo. El espectador no negligente que presencia una actividad deportiva no asume ningún riesgo, si bien habrá que estar a las circunstancias del caso.

V.- BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Á. (2007). Contratos y responsabilidad civil. Cuestiones jurídicas actuales, Madrid: Dykinson.

ALCALAÍN MARTÍNEZ, E. (2004). Análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil en el ámbito de la actividad deportiva. Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música, 12, 169-188.

ÁLVARO LÓPEZ, F.G. (2010). La responsabilidad civil extracontractual en los deportes de riesgo bilateral. Noticias Jurídicas, julio.

BARCELÓ DOMÉNECH, J. (1995). Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes. Madrid: McGraw-Hill.

BUSTO LAGO, José Manuel, La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, Tecnos, Madrid, 1998.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, "Comentario a la STS de 22 de octubre de 1992: Responsabilidad por daños ocasionados en juegos y deportes", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 30, sept.—dic., 1992.

DÍAZ ROMERO, María del Rosario, "La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas", Anuario de Derecho Civil, t. 53, fasc. 4, oct.—dic., 2000.

DÍEZ BALLESTEROS, Juan Alberto, "La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (Un estudio jurisprudencial)", Actualidad Civil, nº 37, 9—15 de octubre de 2000.

ESER, Albín, "Las lesiones deportivas y el Derecho penal. En especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana", La Ley, Madrid, 1990—2.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, "La responsabilidad civil deportiva", en Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, coord. por Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22.10.1992", Anuario de Derecho Civil, t. 47, fasc. 1, ene-mar., 1994, pp. 498 a 501

LÓPEZ SÁNCHEZ, A. (2013). Responsabilidad y Montaña: aproximación jurídica para deportistas y profesionales". A Coruña: Ed. Campo IV.

LÓPEZ SÁNCHEZ, ALEJANDRO. REVISTA ESPAÑOLA DE EDUCACIÓN FÍSICA Y DEPORTES -REEFD- Nº 405. 2º trimestre. 2014.

MALDONADO RAMOS, Jaime, "Responsabilidad por la práctica de deportes de riesgo", Revista Jurídica del Deporte, nº 11, 2004.

MEDINA ALCOZ, María, La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos", Dykinson, Madrid, 2004.

MONTERO MARTÍNEZ, Mariano, "El consentimiento en las lesiones deportivas", en El consentimiento, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 1-15.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, "La responsabilidad civil derivada de los accidentes en la práctica de los deportes de invierno. Algunas consideraciones generales y un análisis de la jurisprudencia", Revista práctica de derecho de daños (La Ley), nº 13, febrero de 2004.

PIÑEIRO SALGUERO, JOSÉ "Accidentes deportivos: lesiones consentidas. Autor: José Piñeiro Salguero Análisis de la doctrina de la asunción del riesgo en la responsabilidad civil en el deporte. Indret-revista para el análisis del Derecho. Barcelona julio 2005.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, "Deporte y responsabilidad civil", presentado en el IV Congreso Nacional de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Pontevedra, 11, 12 y 13 de noviembre de 2004.



doctrina

Evolución y seguimiento de la ayuda por tercera persona de la Ley 35/2015. Repercusiones Jurídicas y propuestas de actualización. Especial referencia al Informe Razonado en cuanto a la ayuda de tercera persona.

M^a José Moreno Toscano
Abogada

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.-BREVE SÍNTESIS DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 1ª DE LA LEY 35/2015

2.1 La Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración.

2.2 Disertación del Informe razonado publicado por el Ministerio de Justicia, previsto en la disposición adicional primera de la Ley 35/2015.

III.- . REFLEXIONES DE LA AYUDA DE TERCERA PERSONA.

IV.- . LA COMPENSACIÓN DE LOS GASTOS DIVERSOS RESARCIBLES (ARTÍCULO 142.2 LRCSCVM)

4.1 Casuística

4.1.1 Hipótesis I

4.1.2 Hipótesis II

4.1.3 Hipótesis III

4.1.4 Hipótesis IV

3.2 CONCEPTO DE CUIDADOR INFORMAL TEMPORAL Y SUJETOS QUE FORMAN PARTE DEL RESARCIMIENTO COMO CUIDADORES TEMPORALES

3.3 MODO DE CUANTIFICACIÓN DEL TIEMPO EMPLEADO POR EL CUIDADOR INFORMAL TEMPORAL

V.-. CONCLUSIONES

VI.- REFERENCIAS, BIBLIOGRAFÍAS Y LEGISLACIÓN.

I.- INTRODUCCIÓN

El incesante desarrollo económico de las sociedades modernas en el siglo XX, trajo consigo un aumento inherente de la movilidad personal. En el Estado español, la máxima expresión de la misma es el transporte privado, con el auge del cual surgió la necesidad de una regulación en el ámbito de la ordenación de seguros de vehículos a motor. La ley 30/1995 de 8 de noviembre de ordenación y supervisión de los seguros privados, recoge la primera regulación moderna en materia de seguros privados. No obstante, según el registro del Consorcio de Compensación de Seguros a través del Fichero Informativo de Vehículos Asegurados (FIVA), el número de vehículos a motor no ha parado de crecer, pasando de 21.1 millones en 1999 a 32.6 millones en el año 2021. El crecimiento en el número de vehículos a motor, arrastra consigo mayor volumen de circulación y, por ende, una mayor siniestralidad. Es decir, un aumento de los conflictos entre particulares, compañías aseguradoras y operadores jurídicos.

A consecuencia del aumento de conflictividad entre los intervinientes, tanto la ley 30/1995, como la actualización de la misma que se materializó mediante el Real Decreto 8/2004 de 29 de octubre, Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y de Seguro de Circulación de vehículos a motor (en adelante, LRCSCVM), carecen de la capacidad de dar cabida a las necesidades de las víctimas en siniestro de tráfico y se delegaba la ardua tarea al Juzgador de determinar “*discrecionalmente*” la significación y cuantificación de las indemnizaciones, que hasta el momento no se habían concebido, ni regulado por el Legislador.

Con el objetivo de subsanar el vacío legal en torno a los elementos y concepto del resarcimiento, nace la Ley 35/2015 cuya entrada en vigor se produce el 1 de enero de 2016. La realidad es que dicha Ley y el sistema de valoración del daño corporal, creó grandes expectativas, pues:

Se permitía un aumento de la protección a las víctimas,

se creaba garantía de una indemnización razonada, suficiente y vertebrada, dotando de seguridad jurídica en la tramitación del siniestro al ser reglada y ordenada, y,

ampliaba y catalogaba los conceptos de manera minuciosa, entre los que se encuentra la ayuda por tercera persona.

En esta exposición de investigación, se va a analizar si las expectativas que se profetizaban se han llevado a cabo, el modo en el que se han materializado, y, en concreto, el alcance de la figura de la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración y la actualización de la Ley. En particular, las disposiciones referentes a la ayuda de tercera persona.

II.- .BREVE SÍNTESIS DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 1ª DE LA LEY 35/2015

Desde un primer momento, la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación -en adelante, Ley 35/2015-, contempló la existencia de un órgano al que otorgar la vigilancia y control del desarrollo social del complejo y novedoso sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación.

Así, la disposición adicional primera de la Ley 35/2015, tras la propuesta de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por orden de los Ministros de Justicia, Economía y Competitividad, se dispone la creación de la figura de la Comisión de seguimiento del Sistema de Valoración. Esta Comisión se formalizó tal y como marcaba la Ley 35/2015, pues determinaba para su constitución el plazo máximo de un año a partir de la aprobación de la Ley.

Esta misma Disposición establece en su apartado 2, que la Comisión debía emitir en el plazo máximo de 3 años desde la entrada en vigor de la Ley 35/2015 -el 1 de enero de 2016- un informe razonado que contuviera el análisis de la puesta en marcha de la Ley, con sus repercusiones jurídicas y económicas, así como su actualización. Este Informe razonado no ha visto luz hasta julio de 2020¹.

Expresar la referencia al artículo 49 apartado 1 de la Ley, dedicado a la actualización de los datos fijados de manera anual. Indica expresamente que “*A partir del año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, las cuantías y límites indemnizatorios fijados en ella y en sus tablas quedan automáticamente actualizadas con efecto a 1 de enero de cada año en el porcentaje de índice de revalorización de las*

¹ https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/noticias_asociacion/publicacion-del-informe-razonado-de-evaluacion-previsto-en-la-disposicion-adicional-primer-de-la-ley-35-2015-de-22-de-septiembre/

pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

Es singular que en el apartado 2 este artículo 49 se haga una especial mención a la actualización de las tablas de lucro cesante y de ayuda de tercera persona, pues se actualizan conforme a las bases técnicas actuariales, dado que se establece su razonamiento económico en *“hipótesis económico-financiera y biométrica del cálculo de coeficientes”*. Es en el artículo 48 de la Ley 35/2015, el que se indica esta singularidad. Además, apunta que estas bases técnicas *“se establecerán por el Ministerio de Economía y Competitividad”*.

Enlazado a lo anterior, dispone el apartado 3 de la Disposición adicional primera que *“A la luz de dicho Informe la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones promoverá, en su caso, las modificaciones que considere convenientes, así como la actualización de las bases técnicas actuariales que contienen hipótesis económica-financieras y biométricas del cálculo de los coeficientes actuariales correspondientes”*.

Actualmente, puede considerarse que nos encontramos en un período de consolidación, en el que debe incluirse la idoneidad y modernidad del Informe Razonado, para cumplir en totalidad con la Disposición adicional primera.

2.1.- LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL SISTEMA DE VALORACIÓN.

Esta Comisión está formada por los representantes que se encuentran vinculados a este ámbito, en concreto: Dos vocales en representación de las víctimas de accidentes de tráfico, dos vocales en representación de las entidades aseguradoras, un vocal abogado experto en responsabilidad civil y seguros, un vocal actuario de seguros profesor de universidad con título de doctor, un vocal entre los catedráticos de derecho civil, dos vocales a propuesta de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, un vocal a propuesta de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, un vocal a propuesta del Consorcio de Compensación de Seguros, el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia.

En cuanto a su funcionamiento, se establece un carácter rotatorio y semestral por el director general de Seguros y Fondos de Pensiones y el secretario general Técnico del Ministerio de Justicia, ostentando la

Vicepresidencia la persona de las anteriores a la que no le corresponda asumir la presidencia en el semestre correspondiente.

Las tareas atribuidas fundamentalmente a esta Comisión son la de practicar un seguimiento continuo del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación analizando, desde la entrada en vigor de la Ley, con el objetivo de determinar qué repercusiones jurídicas y económicas provoca en el ámbito social estableciendo actualizaciones técnicas del sistema de valoración, proponiendo mejoras, y solucionar posibles dudas o consultas sobre la aplicabilidad del sistema de valoración.

Estas funciones de la Comisión se ven materializadas en los acuerdos que evocan a observaciones sugerencias que se conforman en la *“Guía de Buenas Prácticas”* emitidas hasta la fecha². Así como, emitir un *“Informe Razonado”* con el objeto de analizar el baremo y realizar las recomendaciones que se estiman por lo miembros de la Comisión en consenso, con el objetivo de actualizar y modernizar el sistema de valoración y sugerir mejoras significativas.

2.2.- DISERTACIÓN DEL INFORME RAZONADO PUBLICADO POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA, PREVISTO EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 35/2015.

El objetivo de esta Comisión en la elaboración del Informe razonado³ es moldear el recorrido desde la entra en vigor de la Ley 35/2015, lo que conlleva dirigir la modernización práctica en un mismo sentido *-como los railes de un tren, paralelos y con la distancia justa para guiar correctamente al tren en su trayectoria-*.

En lo que respecta a la ayuda de tercera persona se han analizado en el Informe, tres problemáticas evidentes, que son:

² Acuerdos de la Comisión celebradas desde 2017 a 2020. En el año 2017 los celebrados en fecha 14 de septiembre y 27 de noviembre de 2017. Acuerdos de la Comisión del año 2018 de fecha: 6 de febrero, 6 de marzo, 2 de octubre y 27 de noviembre. En 2019: 20 de febrero, 16 de septiembre y 17 de diciembre. Por último, en 2020: 15 y 21 de julio

³ Martín-Casals M., López García de la Serrana J., Pérez Tirado J., Moral Ortega O., Mascaraque M., Bermúdez Odrizola L., Sáez de Jáuregui Sanz L.M., Carrasco Bahamonde F., García Barona A., Fdez. Álvarez J., Izuzquiza Ibáñez de Aldecoa, A. (2020) Informe razonado previsto por la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2015. Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración de Daño Corporal de la Ley 35/2015. Ministerio de Justicia.

1.- La previsión del número de horas y los precios por hora fijados son insuficientes. Necesidad -en determinados casos-, de que la ayuda de tercera persona suponga un cómputo total de 24 horas, pues hasta el momento se regula con un máximo de hasta 20 horas.

2.- Las tablas 2.C.2 y 2.C.3 descuentan los importes que correspondería por la Ley de Dependencia, y esta prestación no es automática, pues no siempre se percibe, ya sea por que se demora o no se solicita, lo cual hace necesario matizar los cálculos por los que se preveía los importes sin deducciones.

3.- Aumentar el horario basado en “cuartos de hora” a los que se refiere la tabla 2.C.3, pues en la práctica laboral no es un uso común trabajar a cuartos de hora vencido, siendo más beneficioso el redondeo a medias horas o horas completas.

Vamos a abordar en primer lugar, la previsión del número de horas, pues en la tabla 2.C.2 el máximo de horas establecidas para el gran lesionado dependiente plenamente de otra persona es de 16 horas (conociendo que son acumulables hasta un máximo total de 20 horas por la suma de otras secuelas, según el artículo 123 de la Ley 35/2015). No tiene mucho sentido esta limitación horaria, pues no hay justificación que excluya la necesidad de completar las 24 horas del día para la atención de un gran lesionado del tipo “estado vegetativo permanente”.

En cuanto a la fijación de la indemnización por hora de necesidad de ayuda de tercera persona, indica el Informe razonado que hay un descontento en el sector representación de las víctimas de accidentes de tráfico, pues considera que los importes son exigüos.

En segundo lugar, se reclama por parte de la representación de Consorcio de Compensación de Seguros y de las víctimas de accidentes de tráfico, que no se descuente los importes que correspondería a una “posible” prestación de la Ley de Dependencia, puesto que, esta prestación no se obtiene de manera automática y provoca desequilibrio en detrimento del perjudicado. Lo que se propone en el Informe razonado es recalcular los importes de la tabla 2.C.3 sin deducir la prestación estatal de la de Dependencia.

En el último punto, lo que se reclama

es ajustar la baremación del tiempo de trabajo necesario por parte del cuidador a la realidad. Esto es, cuantificar el tiempo en porciones medias o una hora, en lugar de cuartos de hora que resultaba de los más irreal e impráctico.

III.- REFLEXIONES DE LA AYUDA DE TERCERA PERSONA.

Como si de un viaje al pasado se tratara, vamos a analizar el concepto de “ayuda por otras personas” de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, para compararla con “la ayuda de tercera persona” de la Ley 35/2015 de 15 de septiembre, y evidenciar la metamorfosis de este concepto - *derivado griego: meta-morfé “más allá de la forma anterior”, como la oruga que se convierte en crisálida, y se transforma en mariposa*”-.

La *ayuda por otras personas* que describía la Ley 30/1995 se recogía en la tabla IV bajo el título de “factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes”, lo que acotaba sustancialmente los sujetos destinatario de esa indemnización. En el interior de esta tabla se subdividen diversas descripciones independientes a las que corresponde un porcentaje correcto o parámetro de cuantía, y es donde se detalla “Grandes inválidos”, es aquí donde aparece el concepto de ayuda por otras personas, cuando dice:

“Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejias, paraplejias, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.), plejias, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.).

Necesidad de ayuda de otra persona:

Ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida. Se asimilan a esta prestación el coste de la asistencia en los casos de estados de coma vigil o vegetativos crónicos

Hasta 40.000.000 de ptas.”

TABLA IV
Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes

Descripción	Aumento (en porcentaje o en pesetas)	Porcentaje de reducción
Perjuicios económicos:		
Ingresos netos de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 3.000.000 de pesetas (1)	Hasta el 10 %	—
De 3.000.001 hasta 6.000.000 de pesetas	Del 11 al 25 %	—
De 6.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas	Del 26 al 50 %	—
Más de 10.000.000 de pesetas	Del 51 al 75 %	—
Daños morales complementarios:		
Se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos. Sólo en estos casos será aplicable	Hasta 10.000.000 ptas.	—
Lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima:		
Permanente parcial:		
Con secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma	Hasta 2.000.000 ptas.	—
Permanente total:		
Con secuelas permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado	De 2.000.001 a 10.000.000 ptas.	—
Permanente absoluta:		
Con secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad	De 10.000.001 a 20.000.000 ptas.	—
Grandes inválidos:		
Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejas, paraplejas, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.).		
Necesidad de ayuda de otra persona:		
Ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida. Se asimilan a esta prestación el coste de la asistencia en los casos de estados de coma vigil o vegetativos crónicos	Hasta 40.000.000 ptas.	—
Adecuación de la vivienda:		
Según características de la vivienda y circunstancias del incapacitado, en función de sus necesidades	Hasta 10.000.000 ptas.	—
Perjuicios morales de familiares:		
Destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias	Hasta 15.000.000 ptas.	—
Embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente (2):		
Si el concebido fuera el primer hijo:		
Hasta el tercer mes de embarazo	1.500.000 ptas.	—
A partir del tercer mes	4.000.000 ptas.	—
Si el concebido fuera el segundo hijo o posteriores:		
Hasta el tercer mes de embarazo	1.000.000 ptas.	—
A partir del tercer mes	2.000.000 ptas.	—

Es evidente, que esta ayuda de otra persona iba exclusivamente dirigida a grandes lesionados dependientes, que de manera obligatoria precisaban de una persona para poder realizar cualquier actividad básica y esencial en la vida, pues por si solos no podían valerse.

A la vista de esta retrospectiva del primigenio concepto de ayuda de tercera persona, vamos a examinar la descripción que nos da la Ley 35/2015 en su artículo 120 y 121, que sintético en los 7 puntos siguientes (*como si de los 7 sacramentos de la iglesia habláramos*):

Su objetivo: Compensar el valor económico

de las prestaciones no sanitarias.

Dirigido a: Un lesionado/a con secuelas que implican una pérdida de autonomía personal.

No caben en este concepto: Las prestaciones sanitarias del tipo hospitalario, ambulatorio o domiciliario, pues se indemniza como gasto sanitario tras la estabilización de las secuelas.

El valor económico de esta ayuda se compensa con independencia de que las prestaciones sean no retribuidas.

Cuando surge esta necesidad: Cuando el perjuicio que sufra el lesionado, sea psicofísico, orgánico o sensorial compute en una única secuela 50 puntos -igual o superior-, o que la suma de las secuelas concurrentes aplicada fórmula correspondiente se igual o superior a 80 puntos.

Singularidad: A pesar de no alcanzarse la puntuación indicada anteriormente, cuando se considere que tal ayuda es necesaria por verse especialmente afectada la autonomía personal.

Se recoge: En la tabla: 2.C perjuicio patrimoniales, sub-tabla 2.C.2 horas, y 2.C.3 indemnización, y si un supuesto no está previsto en las tablas solo se podrá indemnizar acreditándose mediante prueba pericial médica que determine una pérdida de autonomía personal análoga a la previstas.

Llegados a este punto, entendemos las palabras de GARCIA DE LA SERRANA⁴, cuando explicaba que la normativa anterior excluía a los perjudicados no previstos taxativamente en el mismo, lo que provocaba una limitación de acceso a una posible indemnización, lo que supuso una disminución considerable de las indemnizaciones.

Actualmente esta partida indemnizatoria se ha llevado ante los Tribunales en escasas ocasiones, siendo fructíferos los acuerdos extrajudiciales en la materia, lo que es meritorio por su complejidad y por su correcta redacción legislativa, aunque ello dificulte la labor de la autora para su investigación y estudio en profundidad.

Anudado lo anterior, y resaltando la

particularidad del artículo 121 cuando viene a decir que a pesar de no alcanzarse la puntuación indicada por el propio artículo, **cuando se considere que tal ayuda es necesaria por verse especialmente afectada la autonomía personal**, unido a la posibilidad de que, si algún supuesto no está previsto en las tablas, **solo se podrá indemnizar acreditándose mediante prueba pericial médica que determine una pérdida de autonomía personal análoga a la prevista**; Reafirma el convencimiento de esta autora de que hay casos concretos que, aun no estando específicamente recogidos en el articulado, pueden beneficiarse de esta indemnización, lo que agrupa la casuística expuesta en el apartado 2.1 de este artículo y que se defiende con este alegato.

IV.- LA COMPENSACIÓN DE LOS GASTOS DIVERSOS RESARCIBLES (ARTÍCULO 142.2 LRCSCVM)

Ya se hizo referencia antes de la entrada en vigor de la Ley 35/2015 de la problemática que planteaba un supuesto de los más habitual en el ámbito de los siniestros de tráfico, hablamos del *“tercero no víctima en siniestro de tráfico y los supuestos controvertidos”*⁵, y es que cuando un familiar directo o cercano sufre un accidente de tráfico que lo deja impedido temporalmente, o requiere de cuidados curativos o de vigilancia, lo natural es que otro familiar cuide de éste hasta que pueda valerse por sí mismo y obtenga la recuperación.

Son varios los supuestos que pueden englobarse en el artículo 142.2 de la Ley 35/2015, pero no todos tienen cabida, recordemos que este artículo 142 indica en su apartado 1:

“También se resarcen los gastos que la lesión produce en el desarrollo de la vida ordinaria⁶ del lesionado hasta el final del proceso curativo o estabilización de la lesión y su conversión en secuela, siempre que se justifique y sean

5 Moreno Toscano, M.J. Tercero no víctima directa en siniestro de tráfico. Supuestos Controvertidos. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2015, nº 53, p. 35-59.

6 Actividades esenciales de la vida ordinaria son comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica como recoge el artículo 51 de la Ley 35/2015 y se conjuga a la perfección con el artículo 52 de la misma Ley, sobre los grandes lesionados cuando indica que son aquellos quienes no puede llevar a cabo las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de ellas.

4 López y García de la Serrana, J.; (2015) Manual para la aplicación del Sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015, Sepin, 2015.

razonables en atención a sus circunstancias personales y familiares”.

Así en su apartado 2 explica: *“En particular, siempre que se cumplan los requisitos del apartado anterior, se resarcen los incrementos de los costes de movilidad del lesionado, los desplazamientos de familiares para atenderle cuando su condición médica o situación personal lo requiera y, en general, los necesarios para que queden atendidos él o los familiares menores o especialmente vulnerables de lo que se ocupaba”.*

Es necesario hacer una reflexión sobre la legitimación del artículo 142 en relación a los familiares, para ello, referenciar esta introspección de MARTINEZ TELLO, cuando indica que: *“También los gastos en que incurran los familiares del lesionado para atenderle cuando su condición médica o situación personal así lo requiera son resarcibles.*

La legitimación activa para su reclamación corresponde al propio lesionado en aplicación del artículo 36 puesto que los familiares de los lesionados sólo adquieren la condición de perjudicados “per se”, teniendo legitimación activa propia, en las condiciones que marca el citado artículo, así como el 110.4, el cual, incluso en el ámbito del daño moral de los familiares de grandes lesionados, establece que la legitimación activa para la reclamación es del lesionado, quien deberá destinar la indemnización a compensar los perjuicios sufridos por los familiares, lo cual daría lugar al nacimiento de una posible acción de reclamación interna para el caso de que el lesionado no diera a la indemnización el destino que la propia ley marca”. A su vez este, referencia la obra de BADILLO ARIAS⁸ al coincidir ambos en la propiedad de compensar los perjuicios sufridos por los familiares de grandes lesionados, y en la facultad para reclamarlo exclusiva del lesionado, como dispone el artículo 110.4 de la ley 35/2015.

En cualquier caso, el *“sui generis”* del artículo 142 es limitado y nos encontramos que la mayoría de los colectivos afectados

son vulnerables, más si cabe, tras un accidente de tráfico. Podemos indicar supuestos que no se recogen en el artículo 142.2, y que son necesarios circunscribir en la Ley 35/2015, y se detallan en el siguiente apartado.

4.1.- CASUÍSTICA

En esta sección, se describen una serie de casos concretos en los que la aplicación de la Ley 35/2015 no da cobertura a los perjuicios específicos del daño causado a un tercero indirecto, y que no puede englobarse en la ayuda de tercera persona ni en los gastos diversos resarcibles.

4.1.1.- HIPÓTESIS I

Un familiar directo, de edad aproximada a 66 años, que tras un siniestro de intensidad moderada sufre una fractura en una extremidad inferior con inmovilización; este requiere de visitas a especialistas médicos, revisiones médicas y tratamiento rehabilitador diario. Hasta aquí, podemos entender que hay gastos diversos resarcibles por desplazamientos, y que, de una manera u otra, se va justificar su petición de resarcir estos desplazamientos conforme el artículo 142 de la Ley 35/2015, pero ¿qué ocurre en el caso de que esta víctima necesite una intervención quirúrgica y haya precisado 7 días de hospitalización acompañado de un familiar? ¿Cómo debe indemnizarse a ese familiar que se ha quedado al cuidado del perjudicado en siniestro de tráfico intervenido hasta su alta?

Lo lógico es emplear los conceptos que nos da la Ley 35/2015 y aplicarlos por analogía al caso concreto, para así cuantificar el perjuicio que sufre este familiar perjudicado indirecto. En la actualidad, se puede acreditar su situación de cuidador “temporal” a nivel hospitalario, ya que hasta la fecha, a causa de la pandemia COVID-19, es necesario por protocolo, una prueba diagnóstica de test tipo PCR negativo para admitir a un paciente y a su acompañante antes de acceder a la planta hospitalaria, no pudiendo otro familiar acceder a este lugar durante su estancia de ingreso sin este tipo de prueba.

Retomando cómo cuantificar el perjuicio que repercute en el familiar, podría calificarse con un concepto tipo *“efecto impeditivo”* como aquellos días en los que por las circunstancias ocasionales no se puede realizar los quehaceres habituales del día a día, ya que en realidad el “cuidador” no puede realizar con normalidad las tareas cotidianas al estar encargado de

7 Martínez Tello, G., (2020) “Sobre Responsabilidad Civil y seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo”. Gastos diversos resarcibles. Análisis del Contenido del artículo 142 del Real Decreto Legislativo 8/2004. Editorial Sepin. 2020. Págs. 645 y ss.

8 Badillo Arias, J.A, (2016) “La responsabilidad civil automovilística. El Hecho de la circulación”. Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra. 2016 Pág. 302 -305.

la atención del perjudicado en accidente de tráfico, pues se dedica exclusivamente a velar, cuidar y ayudar al familiar en su postoperatorio.

4.1.2.- HIPÓTESIS II

En este segundo caso, nos centramos en los lesionados víctimas en siniestro de tráfico de una edad más avanzada. Nos encontramos con un perjudicado de 73 años que, tras el siniestro precisa de un acompañante para entender y comprender las prescripciones y pautas médicas, bien por su escaso nivel comprensivo (trastorno orgánico de la personalidad) o sensorial por un problema auditivo (hipoacusia moderada), por lo que se demandan que se le acompañe a la consulta para recibir un plan de actuación médico (por ejemplo, debe acudir al día siguiente a realizarse una prueba).

En este mismo sentido, un caso de lo más cotidiano, el control de la toma de fármacos de manera permanente tras un accidente de tráfico. Hablamos de un sujeto que no es gran lesionado, pero requiere de un tratamiento farmacológico de por vida que contiene sustancias que pueden provocar farmacodependencia, o que no deben ser ingeridas simultáneamente con otros medicamentos, o que por sí solas son de carácter “dosis dependiente”⁹ o que en sí mismas pueden provocar alteraciones a nivel del metabolismo (abstinencia). En cualquier caso, precisa de “farmacovigilancia” y para ello, es necesario que una persona atienda al lesionado durante el período de tratamiento, y de una forma u otra se le dota de esa responsabilidad.

Esta carga o gravamen, no forma parte de la figura de la ayuda de tercera persona, tampoco se encuentra recogida o regulada en el Sistema de valoración del daño corporal, sino que podemos considerarla como una figura alternativa.

4.1.3.- HIPÓTESIS III

En este supuesto se plantea que el afectado es un menor de edad que ha sido atropellado de gravedad y es ingresado en la Unidad de Críticos. En un primer momento permaneció 6 semanas en cuidados intensivos para después ser ingresado en planta. Es aquí cuando su madre, como tutora entra en el “rol de cuidadora hospitalaria” y desatiende tanto su vida

familiar como laboral (sin la obligatoriedad de solicitar excedencia, puede agotar vacaciones, asuntos propios o incluso cobertura por otros trabajadores), durante un periodo largo de tiempo (más de 3 meses), en el que esta madre no se separa de él.

Como es evidente, durante el proceso de estabilización del menor en el hospital, la madre ha permanecido en un estado constante de angustia, tensión e inquietud¹⁰, sufriendo las consecuencias del accidente de tráfico de manera directa. Este hecho, es merecedor de ser indemnizado, no sólo por los días en que permaneció en el centro hospitalario, sino más allá del simple resarcimiento temporal en el que asumió el rol de cuidadora hospitalaria, sino que hay un perjuicio moral mayor que habrá que valorar durante el periodo de tiempo en el que temía por la vida de su hijo menor lesionado, entendiéndose que hubo un riesgo real e inminente de fallo multiorgánico/fallecimiento.

Podemos preguntarnos: ¿Qué ocurre con el daño moral de la madre? ¿ese perjuicio se puede vertebrar como gasto sanitario dentro de la esfera patrimonial? ¿Cabe la posibilidad de encuadrar este supuesto en el artículo 55 que versa sobre la asistencia sanitaria? y la respuesta es no.

El artículo 55 expresamente cita: “A efectos de esta Ley se entiende por asistencia sanitaria la prestación de servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como las prestaciones complementarias que se requieran para el diagnóstico o tratamiento de las lesiones y el transporte necesario para poder prestar la asistencia. A menos que sea objeto de una partida resarcitoria específica, se entiende que también incluye la prestación de servicios de rehabilitación”; Aunque es muy completa la terminología empleada en el artículo, este concepto no acaba de encuadrar en el supuesto que nos ocupa, siendo un elemento resarcible independiente.

4.1.4.- HIPÓTESIS IV

Se presenta a continuación el planteamiento de otro supuesto, en el que un señor de 58 años sufre accidente de tráfico en el que se fractura ambas caderas. Su estado civil es soltero, vive

9 Armijo, J., González Ruiz, M., García, A., & Gandía, L. (2001). Estudios de seguridad de medicamentos: Métodos para detectar las reacciones adversas y valoración de la relación causa-efecto. El ensayo clínico en España, 161-190.

10 Gómez-Carretero, P., Monsalve, V., Soriano, J. F., & De Andrés, J. (2007). Alteraciones emocionales y necesidades psicológicas de pacientes en una Unidad de Cuidados Intensivos. Medicina Intensiva, 31(6), 318-325.

solo y carece de familiar en línea ascendente y descendiente, su único familiar cercano es un hermano mayor que él, de 66 años de edad. Tras su alta hospitalaria, el lesionado es condicionado a reposo relativo con limitación en carga de los miembros inferiores por lo que necesita ayuda de manera diaria para su aseo, alimentación y tareas del hogar en general.

Estamos ante un supuesto que no cumple con los requisitos de la ayuda de tercera persona, pues el artículo 120 de la Ley 35/2015 indica que esta indemnización se dará para compensar *“el valor económico de las prestaciones no sanitarias que precisa el lesionado cuando resulta con secuelas que implican una pérdida de autonomía personal”*. En su apartado segundo explica: *“No tienen la consideración de ayuda a tercera persona las prestaciones sanitarias en el ámbito hospitalario, ambulatorio o domiciliario, que pueda precisar el lesionado que, en su caso, se indemnizaran en concepto de gasto sanitario posterior a la estabilización de las secuelas”*.

Es aquí, donde existe una laguna legal, pues nos remite al concepto de gasto sanitario, cuando realmente no tiene ese carácter, es puramente asistencial domestico, y no tiene que ser desarrollado por un auxiliar sanitario.

Acudimos a la subsección 3ª dedicado al perjuicio patrimonial “gastos de asistencia sanitaria” y “gastos diversos resarcibles” dentro de la Ley 35/2015, siendo estos los artículos 141 y 142 que solo contextualizan los desplazamientos de lesionados y familiares.

Esta autora entiende que no existe una figura clara dentro de la esfera de la recuperación de los lesionados víctimas de siniestro de tráfico, y que por tanto es necesario la figura del cuidador temporal.

4.2.- CONCEPTO DE CUIDADOR INFORMAL TEMPORAL Y SUJETOS QUE FORMAN PARTE DEL RESARCIMIENTO COMO CUIDADORES TEMPORALES

A la vista de la problemática planteada en la casuística expuesta con anterioridad, se plantea la necesidad de crear una figura que cumpla con un objetivo concreto, dotado de un carácter específico entorno a este tipo de asistencia concreta.

El significado que tiene este cuidador informal temporal es la representación de aquel o aquellas personas que teniendo o no un vínculo familiar, proporciona tiempo al perjudicado en siniestro de tráfico un servicio directo de atención, cuidado o vigilancia, sin que intervenga necesariamente un horario fijo o estipulado.

Este cuidador informal temporal puede ser un miembro de la esfera familiar directa, o indirecta, inclusive cercano como un allegado. Cabe la posibilidad de que sea un individuo ajeno -sin vínculo próximo-, simplemente, una persona a su disposición que vela y/o vigila al perjudicado por mandato de un familiar que no puede hacerse cargo del cuidado de la víctima en siniestro de tráfico.



La persona que recepciona ese tiempo del cuidador temporal informal, es un lesionado en accidente tráfico, que no siendo un gran lesionado, requiera atención doméstica y/o vigilancia, hasta su completa estabilización, con independencia de la gravedad de las lesiones que padezca a consecuencia del siniestro, siempre que esta necesidad quede justificada médicamente por un facultativo que describa que el lesionado, por su idiosincrasia y por las características del diagnóstico, así lo precise.

La significación tiene su base en el concepto global de cuidador informal que como indica la autora López García, E. Pilar¹¹ “*Se denominan cuidadores informales a las personas que realizan la tarea de cuidado de personas enfermas, discapacitadas o ancianas, que no pueden valerse por sí mismas para la realización de actividades de la vida diaria (aseo, alimentación, movilidad, vestirse) administración de tratamientos o acudir a los servicios de salud, entre otras*”.

Lo más común es que este cuidador informal temporal se centre, entorno a uno o varios familiares que se hacen cargo del lesionado sin que medie contrato o remuneración cierta, por lo que en la práctica se hace más difícil cuantificar esta situación.

4.3.- MODO DE CUANTIFICACIÓN DEL TIEMPO EMPLEADO POR EL CUIDADOR INFORMAL TEMPORAL

Teniendo presente que los principios en los que se basa la Ley 35/2015 son: La reparación íntegra del daño, su vertebración y la objetivación en la valoración del daño, no podemos concebir la integridad resarcitoria con el límite de la objetivación, pues “*la objetivación de la valoración de los perjuicios, se estatuye de modo explícito que la misma comporta que las indemnizaciones han de ajustar a las reglas y límites establecidos en el sistema, con el pleonismo enfático de que no pueden reconocerse conceptos o importes distintos de los previstos en el*”¹². La especial transcendencia de la reparación íntegra del daño en unión con

la objetivación hace que sea imprescindible el enmarque en el sistema de este nuevo concepto, pues sin su inclusión sería difícil su defensa ante la Jurisdicción competente.

Asumir que el equilibrio de esta Ley se centra en el principio de reparación íntegra¹³ (...) “*El principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias (...) principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad*”.

Reiterar nuevamente las palabras de esta autora cuando indicaba que “*El objetivo de la Ley es la regulación para obtener la total e íntegra reparación a las víctimas o perjudicados en los siniestros de circulación mediante la justa indemnización. Para ello, se recurrirá al análisis exhaustivo de los componentes necesarios y las cualidades personales de la persona agraviada, teniendo en consideración la idiosincrasia personal de la víctima, su estado familiar y su situación económica*”¹⁴. Con ello se presume que el esfuerzo y dedicación del cuidador informal temporal debe ser correspondido con una indemnización, pues no tendría sentido el principio superior de reparación íntegra del daño de un hecho de la circulación que obvia parte de la necesidad de las víctimas, aunque estas sean de manera indirecta, pues ello supone un agravio comparativo con el significado de la ayuda de tercera persona.

En este escenario, ante la posibilidad del resarcimiento este deberá dividirse entre el número total de cuidadores, pues no se descarta

11 López García, E. P. (2016). Puesta al día: Cuidador Informal, Revista del Enfermería Cyl, nº 1, ISSN 1989-3884 pág. 71-77.

12 Mediana Crespo, M., (2015) Los principios institucionales de la valoración del daño en el vigente Baremo de tráfico y en el propuesto para su reforma por el Comité de Expertos. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2015, nº 53, p. 10-26.

13 Artículo 33 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidente de Circulación.

14 Moreno Toscano, M.J., (2019) Los principios inspiradores y criterios de la Ley 35/2015 sobre el daño, su conexión con los gastos asistenciales y la ayuda de tercera persona. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2019, nº 69, p. 39-54.

la posibilidad de que existan cuidadores secundarios o coexista un sistema de rotación de cuidadores, y parece excesivo que todos y cada uno de ellos reciba una compensación, por lo que el equivalente al servicio de un cuidador deberá dividirse entre los cuidadores totales. El hecho de que exista varios cuidadores atiende a la existencia de numerosos estudios sobre los problemas emocionales y sobrecargas que padecen, por lo que no debe banalizarse esta situación ni vilipendiar su reconocimiento.

V.- CONCLUSIONES

El primer parámetro que se cumple en la Ley 35/2015 es el mandato que contempla la disposición adicional primera, en la que se explica que es necesario una comisión de seguimiento del sistema de valoración y que se debe elaborar un informe razonado, para que se produzca la mejora y adaptación de la Ley 35/2015 a la realidad.

Visto el **primer informe razonado** emitido y publicado por el Ministerio de Justicia en lo que respecta a la ayuda a tercera persona, concluye en mejorar los puntos siguientes: la fijación de un precio realista al trabajo del cuidador en la ayuda de tercera persona de grandes lesionados, la actualización de la tabla de horas (“redondeo” a media hora mínimo en lugar de cuarto de hora), la exclusión del cómputo tabulado de la ayuda correspondiente a la “Ley de Dependencia”, y la extensión de la ayuda de tercera persona a 24 horas en los casos en que sea necesario por su gravedad, en lugar del tope máximo de 20 horas contemplado.

Tras la exposición llevada a cabo en este texto, se percibe por parte de la autora, que no se contempla adecuadamente en el informe razonado una casuística concreta que quedaría amparada con la inserción de la figura del “**cuidador informal temporal**” en las disposiciones de la Ley 35/2015. Lo cual dotaría de seguridad jurídica, al dar cabida a estos supuestos, que siendo tan cotidianos, quedan sin resarcimiento, amparando de esta forma al tercero perjudicado indirecto, y cumpliendo así con los principios fundamentales de reparación íntegra del daño y vertebración, de los que se vale esta Ley para la objetivación del daño causado en accidentes de circulación.

Percibir que en el concepto de gastos diversos resarcibles del artículo 142 es la expresión más proporcional para entrar a explicar la figura del cuidador temporal informal es sinónimo de no aspirar a la particularización

de la Ley, lo que provocaría un estancamiento legislativo. Por tanto, la inclusión de este concepto dinamizaría la evolución de la Ley.

Para que el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y la Ley 35/2015 de 22 de octubre continúen su labor, y se afiance como la normativa “estrella” en regulación y valoración del daño corporal, es necesario que progrese a la vez que la casuística de la sociedad, y así consiga pormenorizar más si cabe, los supuestos particulares que surgen en el ámbito de los perjuicios derivados de accidentes de tráfico. Avanzando día a día, con el fin de conseguir una codificación lo más ajustada y real posible.

VI.- REFERENCIAS, BIBLIOGRAFÍAS Y LEGISLACIÓN.

Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidente de Circulación.

Real Decreto 8/2004 de 29 de octubre, por el que se aprueba del Texto refundido de la Ley de sobre responsabilidad civil y de seguros en la circulación de vehículos a motor.

Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados.

Guía práctica de valoración de daños personales: Nuevo Baremo. Texto normativo y tablas, Doctrina, cuadro comparativo, esquemas y formularios (2015), Sepin.

Acuerdos de la Comisión celebradas desde 2017 a 2020. En el año 2017 los celebrados en fecha 14 de septiembre y 27 de noviembre de 2017. Acuerdos de la Comisión del año 2018 de fecha: 6 de febrero, 6 de marzo, 2 de octubre y 27 de noviembre. En 2019: 20 de febrero, 16 de septiembre y 17 de diciembre. Por último, en 2020: 15 y 21 de julio.

Armijo, J., González Ruiz, M., García, A., & Gandía, L. (2001). Estudios de seguridad de medicamentos: Métodos para detectar las reacciones adversas y valoración de la relación causa-efecto. *El ensayo clínico en España*, pág. 161-190.

Gómez-Carretero, P., Monsalve, V., Soriano, J. F., & De Andrés, J. (2007). Alteraciones emocionales y necesidades psicológicas de pacientes en una Unidad de Cuidados Intensivos. *Medicina Intensiva*, 31(6), pág. 318-

325.

López García, E.P., (2016). *Puesta al día: Cuidador Informal*, Revista del Enfermería CyL, nº 1, ISSN 1989-3884 pág. 71-77.

Mediana Crespo, M., (2015) *Los principios institucionales de la valoración del daño en el vigente Baremo de tráfico y en el propuesto para su reforma por el Comité de Expertos*. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2015, nº 53, p. 10-26.

Badillo Arias, J.A, (2016) “*La responsabilidad civil automovilística. El Hecho de la circulación*”. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra. 2016 Pág 305.

Moreno Toscano, M.J., (2015) *Tercero no víctima directa en siniestro de tráfico. Supuestos Controvertidos*. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2015, nº 53, p. 35-59.

Martín-Casals M., López García de la Serrana J., Pérez Tirado J., Moral Ortega O., Mascaraque M., Bermúdez Odriozola L., Sáez de Jáuregui Sanz L.M., Carrasco Bahamonde F., García Barona A., Fdez. Álvarez J., Izuzquiza Ibáñez de Aldecoa, A. (2020) *Informe razonado previsto por la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2015. Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración de Daño Corporal de la Ley 35/2015. Ministerio de Justicia*.

López y García de la Serrana, J.; (2015)

Manual para la aplicación del Sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015, Sepin, 2015.

Martínez Tello, G., (2020) “Sobre Responsabilidad Civil y seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo”.Gastos diversos resarcibles. Análisis del Contenido del artículo 142 del Real Decreto Legislativo 8/2004. Editorial Sepin. 2020. Págs. 645 y ss.

Moreno Toscano, M.J., (2019) *Los principios inspiradores y criterios de la Ley 35/2015 sobre el daño, su conexión con los gastos asistenciales y la ayuda de tercera persona*. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2019, nº 69, p. 39-54.

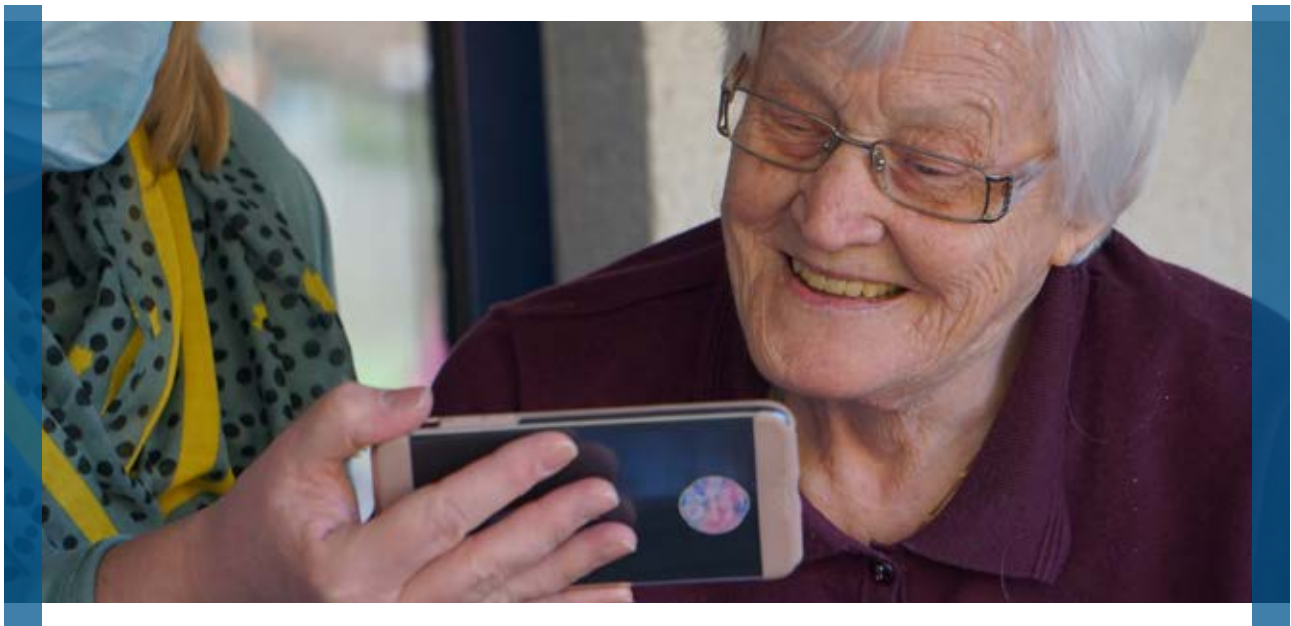
RECURSOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.conorseguros.es/web/documents/10184/48069/6FIVA2017.pdf/bd0c7574-ce13-4581-a7b7-3fa3e64e932f>

<http://www.dgsfp.mineco.es/es/DireccionGeneral/Paginas/SistemaValoracion.aspx>

<https://www.fundacionfass.org/general/sindromedelcuidador/>

https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/noticias_asociacion/publicacion-del-informe-razonado-de-evaluacion-previsto-en-la-disposicion-adicional-primera-de-la-ley-35-2015-de-22-de-septiembre/



Accidente de circulación. Procede indemnizar a la demandante los 24 puntos correspondientes a nuevas secuelas psicofísicas que no fueron evaluadas en el anterior procedimiento y que no exceden del límite de 100 puntos. Los puntos por perjuicios estéticos se pueden sumar a los puntos por secuelas psicofísicas, aunque se supere el límite de 100 puntos establecido en el anexo del RDLeg. 8/2004.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 20 de enero de 2022

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

PRIMERO.- Antecedentes.

1.-Por sentencia de 30 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Güimar, se declaró a Rocío incapaz civilmente, siendo nombrada tutora su abuela paterna Purificación (demandante/apelante/recurrente), quien interpuso demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de tráfico por las lesiones sufridas por su nieta Rocío. Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Güimar se dictó sentencia el día 10 de octubre de 2013.

La parte actora vuelve a ejercitar acción de responsabilidad extracontractual con fundamento en la LRCSCVM, solicitando una indemnización adicional por importe total de 971.749,34 euros, de los cuales, y en lo que aquí interesa, 321.641 euros corresponden a la aparición de nuevas secuelas y agravación de las ya reconocidas en el anterior procedimiento, y 383.450,65 euros a la situación de gran invalidez.

2.-La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y, en lo que aquí interesa, desestimó la reclamación por los anteriores conceptos con base en lo siguiente:

a) En cuanto a la gran invalidez, por apreciar cosa juzgada en relación con el pleito anterior. Se parte de que, a la vista de la prueba practicada (documental y pericial médica) en el caso presente, las circunstancias propias de la gran invalidez han quedado acreditadas por la actora. No obstante, también a la vista de la referida prueba, se concluye que dicha gran invalidez estaba consolidada con ocasión del anterior procedimiento y que, por tanto, debió la actora solicitarla en la demanda de aquel, sin embargo, su pretensión fue de incapacidad permanente absoluta. Se razona que la cosa juzgada produce efectos no solo sobre lo discutido sino sobre aquello que se debió discutir.

b) En cuanto a las nuevas secuelas y agravación de las ya reconocidas, da por acreditada su existencia y declara que es correcta la puntuación fijada por la actora en 75 puntos por trastorno cognitivo por traumatismo craneoencefálico, 75 puntos por agravación del síndrome orgánico de la personalidad de etiologías traumática y 23 puntos por pérdidas de agudeza visual binocular. Sin embargo, desestima la indemnización al entender que la aplicación del baremo no lo permite por lo siguiente (fundamento quinto):

“Entiende la parte actora que sería de aplicación las reglas de ponderación establecidas en el baremo que establece como puntuación global máxima de indemnización la cuantía de 100 puntos graves.

“Ahora bien, la parte actora ya ha sido objeto de indemnización en 98 puntos, así se desprende de la sentencia dictada por el Juzgado de Güimar 3 a la que tantas veces se ha hecho mención en esta sentencia.

“En otras palabras, no se puede presentar una nueva demanda obviando las reglas de ponderación aplicadas y tenidas en cuenta por el Baremo. Otra postura sería sumamente perjudicial, pues permitiría ir pidiendo las secuelas en varios procedimientos judiciales dejando de aplicar ese límite de los 100 puntos pudiendo indemnizarse cuantías muy superiores a los mismos. En otras palabras, en términos teóricos sólo tendrían derecho a percibir en este momento la indemnización por 2 puntos más. No obstante, la regla de ponderación no es la

mera suma de puntuaciones de secuela sino la estimación global y compartida de todas ellas. En el presente caso, entiende este juzgador que conforme a las reglas de ponderación son 98 puntos de secuela los que presenta la actora y que al haber sido indemnizada por ellos en el anterior procedimiento, no procede condenar a pagar mayor cantidad a la demandada dado que ya se indemnizó el máximo posible”.

c) Se estimó parcialmente la demanda en base al reconocimiento de la necesidad de adecuación de la vivienda, al ser un concepto que se reclamaba por primera vez en el presente procedimiento.

3.-Recurrió en apelación la demandante y la sentencia de segunda instancia confirmó íntegramente la de la primera instancia (con estimación parcial del recurso únicamente a efectos de la aclaración efectuada en materia de costas), con base en lo siguiente:

a) En relación a la gran invalidez, acoge y se remite al razonamiento de la sentencia de primera instancia y confirma la excepción de cosa juzgada. Añade que la gran invalidez estaba consolidada desde antes de 2013 porque



las resoluciones administrativas de la Consejería de Valencia y Canarias que reconocieron a la lesionada esta situación datan de 2013 y 2014 respectivamente y, teniendo en cuenta sus efectos retroactivos, se refieren a una situación preexistente y anterior al primer pleito.

b) En relación a las secuelas, se establece que constituyen hechos nuevos acreditados por la actora. No obstante, se acoge y se remite al razonamiento de la sentencia de primera instancia en cuanto a lo que el juzgador denomina “criterio o regla de ponderación”, en el sentido de que indemnizados ya 98 puntos en el procedimiento anterior solo podría concederse indemnización por los 2 puntos restantes, sin embargo, tampoco es procedente conforme a lo que denomina “regla de ponderación” del baremo. Se añade que las nuevas secuelas y agravaciones, pese a constituir hechos nuevos, ya han sido objeto de reparación porque “en el pleito anterior se fijó la indemnización partiendo de 98 puntos, que son los que la resolución del gobierno de Canarias que aporta la demandante, le otorgan.” (fundamento octavo).

4.- Contra la anterior sentencia, la demandante ha interpuesto recurso de casación

y extraordinario por infracción procesal.

4.1.- El recurso extraordinario por infracción procesal contiene seis motivos.

- Motivos 2.º, 3.º y 5.º, inadmitidos.

- Motivo 1.º, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se alega la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, por llevar a cabo la sentencia impugnada una arbitraria e ilógica valoración de la prueba relativa a las circunstancias de la gran invalidez y a su concreción en el tiempo (consolidación).

- Motivo 4.º, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se denuncia la infracción del art. 218 LEC por incongruencia extra petita, al resolver la sentencia impugnada sobre cuestiones no planteadas en el recurso de apelación, causando indefensión proscrita en el art. 24.1 CE.

- Motivo 6.º, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se alega la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, como consecuencia de un error fáctico patente en la valoración de la prueba, al declarar la sentencia impugnada que las nuevas secuelas



y la agravación de las ya apreciadas, que expresamente declara constituyen hechos nuevos, ya han sido indemnizadas, afirmación que resulta ilógica.

4.2.- El recurso de casación contiene tres motivos.

- Motivo 1.º y 2.º, inadmitidos.

- Motivo 3.º, infracción, por inaplicación, del apartado primero-9 de la LRCSCVM y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la procedencia de una nueva indemnización por daños sobrevenidos, en concreto, la STS 7 de noviembre de 2011. Se alega que en dicha sentencia se determina que sí ha lugar a nueva indemnización por daños sobrevenidos y no se contempla el límite que ha establecido el juez a quo y ha confirmado la Audiencia, ni se impide la reclamación por el perjudicado de un accidente de tráfico que ha visto agravadas sus secuelas varios años después de ser indemnizado en su cuantía máxima en un primer pleito.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Motivo primero. Al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, consecuencia de una valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia de apelación, confirmando la de primera instancia, relativa a las circunstancias de la gran invalidez y a su concreción en el tiempo, manifiestamente arbitraria e ilógica, que no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el contenido esencial del referido derecho fundamental.

Se desestima el motivo.

Se alega que se produce una arbitraria valoración probatoria, al declararse en la sentencia recurrida que la demandante ya padecía una gran invalidez cuando se inició el anterior procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Güimar (juicio ordinario 493/2010).

Entiende la recurrente que en el primer procedimiento no constaba la gran invalidez y que precisamente la agravación sufrida posteriormente es la que ha motivado la presente demanda sustentada en la gran invalidez de la demandante, apoyada en la resolución de 16 de diciembre de 2014 del

Gobierno de Canarias, en la que se le reconoce un grado de discapacidad del 98%.

Esta sala debe declarar que no se ha producido una valoración arbitraria de la prueba y que no se incurre en error notorio en la sentencia recurrida, dado que:

1. En el anterior procedimiento 493/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Güimar, se declaró en la sentencia:

“Se ha discutido, asimismo, a lo largo del procedimiento en relación a la gran invalidez o incapacidad laboral en grado de absoluta de la afectada. Pero lo cierto es que la actora reclama sea indemnizada por incapacidad permanente absoluta...”.

2. En la propia demanda del anterior procedimiento, aún cuando se concluye la incapacidad permanente absoluta, se hace referencia a conceptos relativos a la gran invalidez, que no se conceden dado que solo se solicitó la incapacidad permanente absoluta.

3. El propio perito de la parte actora reconoció que la gran invalidez ya estaba determinada en el anterior procedimiento y que fue preguntado por la gran invalidez en el primer procedimiento.

En conclusión, esta sala debe declarar conforme al art. 24 de la Constitución que se ha respetado el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto no se ha producido una valoración manifiestamente errónea de la prueba practicada, dado que cuando se interpone la demanda del presente procedimiento, la situación de gran invalidez (GI) ya se había manifestado y consolidado antes de iniciarse el procedimiento 493/2020 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Güimar, si bien la parte demandante no reclamó en tiempo y forma por dicho concepto, razón por la que no le fue concedido.

La parte demandante no puede en el presente procedimiento incluir conceptos (GI), que debió reclamar en el primer procedimiento, dado que en entonces ya se conocían las consecuencias lesivas que determinaban la situación de gran invalidez (art. 400.2 LEC).

Las resoluciones administrativas de los Gobiernos de Valencia y Canarias que valoraban el grado de discapacidad de la demandante, siendo posteriores a la sentencia del procedimiento del Juzgado de Primera

Instancia de Güimar núm. 3, no añaden datos relevantes, pues la situación de gran invalidez ya se había constatado con anterioridad, como buena muestra es que en la propia demanda seguida ante el Juzgado de Primera Instancia de Güimar núm. 3 se reclamasen conceptos propios de la gran invalidez, aún cuando la petición concluyente era la de incapacidad permanente absoluta, incongruencia que solo es imputable a la parte demandante que no supo deslindar la petición que quería efectuar, cuando tenía a su disposición los elementos de prueba suficientes.

TERCERO.- Motivo cuarto. Al amparo del art. 469.1.4.º Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del art. 218 de la LEC, por incongruencia extra petita parte de la sentencia impugnada, al resolver sobre cuestiones no planteadas en el recurso de apelación, causante de indefensión proscrita en el art. 24.1 de la Constitución.

“La sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife que se recurre introduce ex novo en el proceso un elemento que claramente genera indefensión a esta representación puesto que es incongruente con las pretensiones deducidas por las partes en sus respectivos escritos de apelación, y se pronuncia de forma distinta a la sentencia de primera instancia sobre cuestiones que no han sido objeto de recurso por ninguna de las partes.

“En efecto, en relación tanto con las resoluciones tanto del Gobierno de Valencia como del organismo competente de la Comunidad Autónoma de Canarias, la sentencia de apelación introduce un elemento incongruente y causante de indefensión para esta parte en el fundamento de derecho séptimo de su sentencia al resolver que: “Las resoluciones administrativas citadas, con ser de fecha posterior al momento preclusivo de alegación de la existencia de una situación de gran invalidez, se refieren evidentemente a una situación previa, la del momento de la petición. La de Canarias ya fija expresamente su retroactividad al año 2012 y la de Valencia debe obedecer por fuerza a una solicitud previa a enero de 2013, fecha en que la afectada dejó de residir en esa Comunidad, la cual posteriormente no podría tener intervención alguna en el tema”.

“Esta declaración es incongruente y causante de indefensión a esta parte, puesto que cuestión de la posible retroactividad de efectos de las referidas resoluciones, planteada por la representación de la aseguradora demandada

en su escrito de contestación a la demanda, tuvo cumplida respuesta en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de primera instancia “Es cierto que la fecha de retroactividad de la resolución del Gobierno de Canarias es hasta el año 2012. No obstante, esto es una cuestión administrativa que parte de la base de la fecha de presentación de la solicitud. Canarias en esa época tenía un colapso total de la administración competente en materia de discapacidad, existiendo un retraso de 2 años entre el momento de la presentación de la solicitud y el momento en el que el solicitante era visto por los médicos y profesionales actuantes. Siendo este hecho público y notorio, repetido muchas veces en prensa”.

Se desestima el motivo.

El motivo debe desestimarse pues el pronunciamiento de la sentencia de apelación sobre la retroactividad de los pronunciamientos administrativos sobre baremación de incapacidad, no constituía la ratio decidendi (razón de decidir) ya que las resoluciones administrativas no añadían datos relevantes, pues la situación de gran invalidez ya se había consolidado con anterioridad, como hemos razonado en el anterior fundamento jurídico (art. 218 LEC).

CUARTO.- Motivo sexto. Al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, consecuencia de un error fáctico patente en la valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia de apelación, al declarar que la agravación de las secuelas anteriormente presentes en la demandante y la existencia de nuevas secuelas no apreciadas en el anterior juicio, que expresamente declara que constituyen “hechos nuevos”, ya han sido indemnizadas, afirmación que se presenta igualmente ilógica.

“En efecto, la sentencia de apelación, en su fundamento de derecho octavo, primeramente declara expresamente que se aprecia “...la existencia de nuevas secuelas a la agravación de las ya contempladas en el juicio anterior, que sí serían “hechos nuevos” acaecidos tras aquel”.

“Sin embargo, a continuación, en el mismo fundamento, declara que estas secuelas ya han sido objeto de reparación, a pesar de que son “hechos nuevos”, de aparición posterior al dictado de la sentencia del primer juicio, razonamiento que se presenta ilógico en sus propios términos, y entendemos que constituye

un error fáctico evidente. Además que durante el anterior proceso, no se había emitido la referida resolución, por lo que resulta imposible que en dicho pleito se hubiera fijado la indemnización en base a la misma”.

Se desestima el motivo.

Esta sala no aprecia error notorio en la resolución recurrida, pues aún reconociéndose en ésta la existencia de nuevas lesiones o agravación de las anteriores, opta por no incrementar la indemnización en base al apartado primero-9 del anexo del texto refundido de la LRCSCVM, lo que constituye una cuestión sustantiva, que no puede ser objeto del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.2 y 4 LEC), y a la que se dará respuesta al analizar el recurso de casación.

Recurso de casación.

QUINTO.- Motivo tercero (único admitido). Al amparo del art. 477.2.2.º de la LEC, y con fundamento en el apartado 1 de dicho artículo, se denuncia la infracción por inaplicación

del apartado primero 9 del anexo del Real Decreto 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, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara la procedencia de una nueva indemnización por daños sobrevenidos.

Se estima parcialmente el motivo.

El motivo del recurso se basa en que pese a reconocerse en la sentencia de apelación la existencia de nuevas lesiones que agravan la situación tenida en cuenta por el Juzgado de Primera Instancia de Güimar núm. 3 en el anterior procedimiento, no se aumenta la indemnización que se fijó en base a 98 puntos de secuelas, al tener en cuenta las reglas de ponderación.

Esta sala debe declarar que en el anexo del RD legislativo 8/2004 (en la redacción vigente en la fecha de los hechos) se establecía:

“Si son más de dos las lesiones concurrentes,



se continuará aplicando esta fórmula, y el término “M” se corresponderá con el valor del resultado de la primera operación realizada.

“En cualquier caso, la última puntuación no podrá ser superior a 100 puntos.

“Si además de las secuelas permanentes se valora el perjuicio estético, los puntos por este concepto se sumarán aritméticamente a los resultantes de las incapacidades permanentes, sin aplicar respecto a aquéllos la indicada fórmula”.

De esta redacción de la norma debe deducirse que la puntuación máxima de las secuelas psicofísicas es de 100 puntos, pero que ello no obsta a que a continuación se puedan computar los correspondientes a los perjuicios estéticos, aunque sumados unos y otros superen el límite de 100 puntos.

Además, en el capítulo del perjuicio estético se establecían unas reglas de utilización, entre las que procede destacar las siguientes:

“3. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes.

“4. La puntuación adjudicada al perjuicio estético es la expresión de un porcentaje de menoscabo permanente del patrimonio estético de la persona. 50 puntos corresponden a un porcentaje del 100 por cien”.

Por tanto, se ha infringido en la sentencia recurrida lo dispuesto en el anexo del RD Legislativo 8/2004, cuando se declaró que había que sumar los 76 puntos de secuelas físicas y los 22 puntos por perjuicio estético y entendía que se alcanzaba el montante de 98 puntos.

En este sentido las sentencias 273/2009, de 23 de abril, y 147/2016, de 10 de marzo.

Igualmente la sentencia 535/2012, de 13 de septiembre:

“b) De conformidad con la consolidada jurisprudencia de esta Sala (SSTS de Pleno de 17 de abril de 2007, [RC n.º 2908/2001 y

2598/2002], seguidas por las más recientes de 20 de julio de 2011, [RC n.º 820/2008], 19 de septiembre de 2011, [RC n.º 1232/2008], 27 de septiembre de 2011, [RC n.º 562/2008], 26 de octubre de 2011, [RCIP n.º 1345/2008], entre las más recientes) que impone aplicar el baremo vigente en el momento de producirse el siniestro del que deriva causalmente el daño (el cual tuvo lugar el 8 de octubre de 2006), acierta la parte demandante al aplicar el baremo incorporado a la LRCSCVM 1995, en redacción dada por la reforma de 2003 (Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados) que obliga a puntuar y valorar separadamente las secuelas estéticas y fisiológicas, aun cuando luego se sumen las cantidades (SSTS de 20 de julio de 2011, [RC n.º 818/2008], 10 de octubre de 2011, RCIP n.º 1331/2008 y 23 de noviembre de 2011, [RC n.º 1631/2008], entre las más recientes), sin que el límite de 100 puntos que rige para las fisiológicas según la regla general del apartado Segundo, b) sobre la explicación del sistema, resulte de aplicación a las estéticas (STS de 23 de abril de 2009, [RC n.º 2031/2006]).”

Partiendo de esta premisa normativa, debemos concretar que:

1. En el anterior procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Güimar, se reconocieron 76 puntos por secuelas físicas.

2. Es un hecho probado que han concurrido nuevas secuelas y no se discute que su valoración conjunta antes de la aplicación de la fórmula matemática establecida en el anexo es de 173 puntos.

3. Por tanto, reconocidas las nuevas lesiones que no fueron evaluadas en el anterior procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Güimar núm. 3, esta Sala reconoce que indebidamente se le ha denegado a la recurrente la indemnización por las mismas, en lo que no supere los 100 puntos; en este caso 24 puntos (100-76).

4. La reclamación por lesiones sobrevenidas en un nuevo procedimiento no faculta para obtener una indemnización que supere el límite de 100 puntos.

5. Ello conlleva la estimación del motivo y, en consecuencia, esta Sala debe declarar que procede indemnizar a la parte recurrente y demandante los 24 puntos correspondientes

a nuevas secuelas sicofísicas que no fueron evaluadas en el anterior procedimiento y que no exceden del límite de los 100 puntos, lo que se cuantificará en ejecución de sentencia.

SEXTO.- Costas y depósito.

Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal procede imposición de las costas del mismo a la recurrente (art. 398 LEC), con pérdida del depósito constituido para este recurso.

Estimado parcialmente el recurso de casación no ha lugar a imposición de costas del mismo (art. 398.2 LEC), devuélvase el depósito constituido para este recurso al recurrente.

No procede expresa imposición de costas de primera y segunda instancia (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

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

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación y desestimar el recurso por infracción procesal interpuestos por Dña. Purificación en calidad de tutora legal de la incapaz Dña. Rocío, contra sentencia de fecha 6 de julio de 2018

de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (apelación 599/2017).

2.º- Casar parcialmente la resolución recurrida y declarar que procede indemnizar a la parte recurrente y demandante los 24 puntos correspondientes a nuevas secuelas sicofísicas que no fueron evaluadas en el anterior procedimiento y que no exceden del límite de los 100 puntos, lo que se cuantificará en ejecución de sentencia.

3.º- Procede la imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente con pérdida del depósito constituido para este recurso.

No ha lugar a imposición de costas del recurso de casación, devuélvase el depósito constituido para este recurso al recurrente.

No procede expresa imposición de costas de primera y segunda instancia.

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

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

Así se acuerda y firma.



Por **Jose Manuel Villar Calabuig**
Abogado

Sentencia de la Sala 1ª, ponente D Francisco Javier Arroyo Fiestas, que resuelve parcialmente un supuesto de daño sobrevenido por accidente anterior a la reforma operada por la Ley 35/2015, que ya recoge en su art. 43 el supuesto de **Modificación de las indemnizaciones fijadas** con la siguiente redacción: *“Una vez establecida, la indemnización sólo puede revisarse por la alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación o por la aparición de daños sobrevenidos.”*. Debemos separar en este caso la revisión de las secuelas, por agravación o nueva aparición, de la revisión de lo que ya se debatió en el pleito original, pues ocupa, esta última, la mayor parte del Recurso y su Sentencia.

Supuesto de hecho: Demanda por alteración sustancial de las lesiones de la perjudicada, reclamando no solo incremento de la valoración por secuelas sino también de perjuicios particulares, como los define actualmente la Ley, no recogidos en la indemnización anterior fijada por el Juzgado de Güimar (Santa Cruz de Tenerife). Se reclama en este nuevo procedimiento 971.749,34€ por *agravamiento de secuelas anteriores, aparición de*

“(...) Ha tenido que llegar el supuesto al Tribunal Supremo para corregir algo básico como es no sumar el perjuicio estético a las secuelas psicofísicas para el límite de 100 puntos”

nuevas secuelas, factor de corrección por daños morales complementarios, gran invalidez con necesidad de terceras personas, perjuicios morales de familiares y adecuación de vivienda.

La sentencia de 1ª instancia estima parcialmente la demanda reconociendo, únicamente, el perjuicio patrimonial de adecuación de vivienda, por el que concede la cantidad de 27.001,02€, pero rechaza la gran invalidez, por apreciar “cosa juzgada”, y la ampliación de secuelas, pues pese a reconocer la aparición de secuelas nuevas y la agravación de las ya valoradas, no sumaban los 98 puntos que ya se le habían concedido en el pleito original. Solo como comentario, la aseguradora pretendió que se apreciara cosa juzgada de la totalidad de la reclamación y esto fue rechazado por el tribunal, aunque apreciado para uno de los conceptos reclamados. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife confirmó la sentencia de 1ª Instancia, revisando, a título de aclaración, el apartado de costas, que ninguna trascendencia tienen en Casación.

Solución por el Tribunal Supremo a la alteración sustancial por agravación y nuevas secuelas: Ha tenido que llegar el supuesto al Tribunal Supremo para corregir algo básico como es no sumar el perjuicio estético a las secuelas psicofísicas para el límite de 100 puntos. No se comprende. Tanto en primera como en segunda instancia pasa desapercibido que la puntuación de secuelas concedida en el pleito original, 98 puntos, era la suma de ambos tipos de secuela: 76 psicofísicas y 22 por perjuicio estético.

COMENTARIO

Ambas sentencias desestiman la indemnización reclamada por secuelas agravadas, por entender que, habiéndose concedido 98 puntos en el pleito original, las nuevas secuelas, reconocidas por ambos tribunales, no superaban esa puntuación, algo que tampoco era correcto pues según el Alto Tribunal sumaban 100 puntos, aplicando la fórmula de secuelas concurrentes, pero sin plantearse que realmente solo 76 puntos correspondían a secuelas concurrentes y el resto al perjuicio estético. Al no conocer el contenido de la demanda no podemos saber si se planteó debidamente, o como se argumentó en el juico, pero esto no quita que era algo obvio, pues así lo ha visto el propio Tribunal Supremo. Por ello, el Alto Tribunal casa la sentencia en este particular, concediendo los 24 puntos restantes al entender que la suma de secuelas, ponderadas, llegaba a los 100 puntos.

Solución por el Tribunal Supremo sobre el resto de los perjuicios reclamados:

Cuestión distinta es el razonamiento sobre la desestimación de los otros perjuicios reclamado en la demanda, dado que el Tribunal no puede entrar en el fondo, estando limitado en la forma. Se recurría mediante recurso extraordinario por infracción procesal tanto la desestimación de la gran invalidez y el error fáctico por reconocer hechos nuevos,



pero no valorarse, alegando infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, y por incongruencia *extra petita* parte de la sentencia impugnada al resolver sobre cuestiones no planteadas en el recurso de apelación. Motivos 1º, 4º y 6º. Habiéndose inadmitidos los motivos 2º, 3º y 5º, que desconocemos por no venir desarrollados en la Sentencia.

La sentencia de 1ª instancia rechaza tanto el perjuicio de daños morales complementarios y el daño moral a los familiares, confirmado por la Audiencia, por lo que se desconoce si ya habían sido indemnizados en el pleito original o no se consideró, algo que no tendría razón de ser pues parecen muy claros.

Respecto de la Gran Invalidez, en ambas instancias, y confirmado por el Alto Tribunal, nos encontramos teóricamente ante un deficiente formulación reclamatoria en el pleito original. Según establecen las sentencias de instancia, se reclamó la Incapacidad Absoluta cuando la

“...El sistema del 95 determinaba tres grados de incapacidad permanente y un perjuicio independiente, no cuarto grado del anterior, denominado “Grandes Inválidos” para “Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas”.”

actora había acreditado que se trataba de una Gran Invalidez “que ya estaba consolidada con ocasión del anterior procedimiento y que, por tanto, debió la actora solicitarlo en la demanda de aquel”. Así el Alto Tribunal al desestimar el motivo establece “La parte demandante no puede en el presente procedimiento incluir conceptos (GI), que debió reclamar en el primer procedimiento, dado que en entonces ya se conocían las consecuencias lesivas que determinaban la situación de gran invalidez (art. 400.2 LEC)”. Siendo una cuestión procesal resulta mas difícil su valoración, pero ¿con 76 puntos funcionales estábamos ante una gran invalidez?, y mas aún, ¿recogía el baremo del 95 este concepto de Gran Invalidez?. El sistema del 95 determinaba tres grados de incapacidad permanente y un perjuicio independiente, no cuarto grado del anterior, denominado “Grandes Inválidos” para “Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas”. Parece, por tanto, que lo que se le olvidó al actor reclamar en el pleito original fue la ayuda de tercera persona y solo reclamó la incapacidad absoluta. Aún así, ¿con la agravación y nuevas secuelas la valoración de ayuda de tercera persona sería la misma que la que se tenía en aquel momento?, no parece, si bien se intuye que se le rechaza porque no pidió el concepto y por ello no se entra en su concreta valoración. No hubiera estado de más aclararlo en las sentencias, especialmente en esta comentada, y así saber la lesionada si puede repercutir contra el abogado que cometió dicho error.

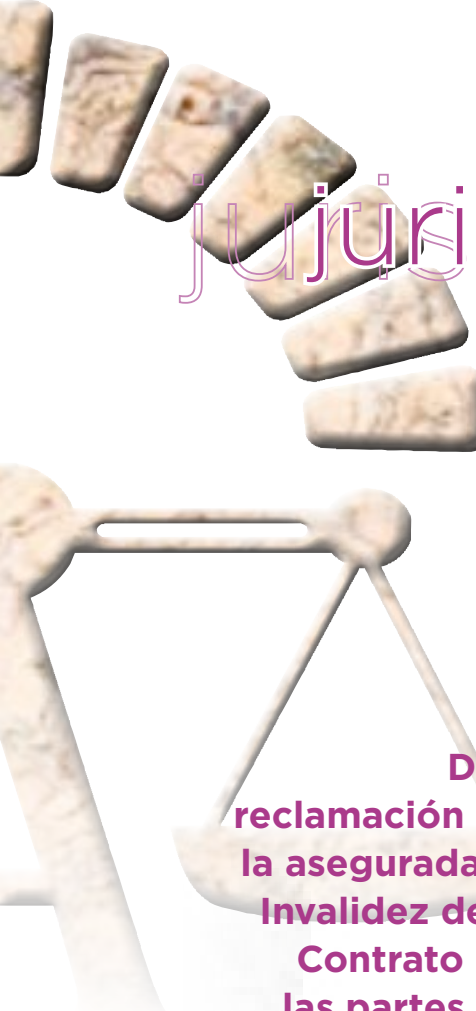
También es destacable que las posteriores concesiones del grado de discapacidad no tengan efecto alguno, como parece lógico, respecto a la legitimación de la perjudicada para reclamar el perjuicio de ayuda de tercera persona (grandes inválidos). Así como las

COMENTARIO

resoluciones laborales sobre el grado de incapacidad permanente si han tenido efecto, especialmente respecto a la prescripción, el grado de discapacidad administrativo no deja de ser una prueba más del estado secuelar de la víctima, pero no debe tener vinculación directa sobre la valoración del daño.

Conclusión: no es comprensible que en las sentencias de instancia no se tuviera en cuenta la separación del tipo de secuela (psicofísicas de estéticas), impidiendo la ampliación de secuelas nuevas (psicofísicas), que le fueron reconocidas en ambas instancias, por mantener una suma global del perjuicio estético y secuelas psicofísicas, y que haya tenido que ser el Alto Tribunal quién lo resuelva. A su vez, aunque gracias a la reforma de la Ley 35/2015 ya no tenemos dudas sobre los conceptos perjudiciales derivados de secuelas, insistir en que la Gran Invalidez es un concepto laboral, complemento de la incapacidad permanente, y el Baremo del 95 recogía para los Grandes lesionados la necesidad de ayuda de tercera persona, compatible, como debía ser, con el concepto perjudicial de incapacidad permanente.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Documento suscrito por las partes que ponía fin a la reclamación extrajudicial de indemnización comprometiéndose la asegurada a no iniciar en el futuro ninguna otra reclamación. Invalidez de la renuncia a los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro contenida en el documento suscrito por las partes que pone fin a la reclamación extrajudicial, pues la asegurada tenía la cualidad legal de consumidora, por lo que la renuncia a reclamar unos intereses legales imponibles de oficio debe considerarse nula, conforme al art. 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 1 de febrero de 2022
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 13 de julio de 2006 Dña. Luisa suscribió con la entidad Santander Consumer Finance S.A. (en lo sucesivo, Santander Consumer, o la financiera) dos préstamos hipotecarios para la financiación de la adquisición de una vivienda.

2.- Previamente, el 28 de junio de 2006 y con efecto del 13 de julio siguiente, la Sra. Luisa se había adherido a un seguro colectivo de vida con la compañía Santander Seguros y Reaseguros S.A. (en adelante, Santander Seguros, o la aseguradora), con un capital equivalente al 50% de los mencionados préstamos hipotecarios. El contrato cubría el fallecimiento o la invalidez absoluta de la asegurada.

3.- El 13 de octubre de 2006, la Sra. Luisa

sufrió un accidente laboral, a resultas del cual le fue reconocida judicialmente, por sentencia de 12 de julio de 2012, una incapacidad absoluta para el desempeño de cualquier profesión u oficio.

4.- El 15 de marzo de 2013, la Sra. Luisa formuló una reclamación extrajudicial a la compañía de seguros, fruto de la cual las partes suscribieron el 30 de abril siguiente un documento, en el que la Sra. Luisa: (i) aceptaba como pago total y absoluto por todos los conceptos la suma de 15.249,94 €, como indemnización por incapacidad permanente y absoluta, más intereses indemnizatorios (11.917,06 € como prestación principal y 3.332,98 € como intereses indemnizatorios); (ii) se comprometía a desistir de la reclamación formulada y no a iniciar en el futuro ninguna otra.

5.- La Sra. Luisa interpuso una demanda contra Santander Consumer y Santander Seguros, en la que solicitaba que se condenara a la financiera al pago de 33.149,55 €, en concepto de intereses de los préstamos que le habían sido indebidamente cobrados; y que se condenara a la aseguradora al pago de 127.863,90 €, en concepto de intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS).

6.- La sentencia de primera instancia desestimó la pretensión formulada contra la financiera y estimó en parte la dirigida contra la aseguradora, a la que condenó al pago de 116.529,60 €, en concepto de intereses del art. 20 LCS. En lo que ahora interesa, consideró que el documento suscrito por la demandante carecía de eficacia, porque: (i) no se podía renunciar a lo que todavía no estaba en el patrimonio de quien renunciaba; (ii) la renuncia previa de un consumidor no es válida, conforme



a la legislación de consumidores y el art. 6 CC; (iii) no es admisible la renuncia a los intereses del art. 20 LCS cuando su reclamación no está sometida a petición de parte.

7.-Contra la sentencia de primera instancia interpuso la aseguradora un recurso de apelación, mientras que la demandante la impugnó. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la impugnación. En lo que ahora importa, consideró que el finiquito suscrito por la asegurada comportaba una renuncia válida a la acción ejercitada en la demanda y que eso mismo hacía decaer las demás pretensiones de la demandante.

8.- La Sra. Luisa ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Primer motivo de infracción procesal. Forma y contenido de las sentencias

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción de los arts. 209 y 218 LEC, 11.3, 247 y 248.3 LOPJ y 24.1 y 120.3 de la Constitución Española (CE).

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida adolece de graves defectos formales, al no expresar en el encabezamiento el nombre de las partes o hacerlo incorrectamente, ni consignar en los antecedentes de hecho las pretensiones de las partes ni los motivos de impugnación de la sentencia de primera instancia formulados por la parte demandante.

Decisión de la Sala:

1.- El recurso extraordinario por infracción procesal está previsto para aquellos casos en que en la sustanciación del proceso se han producido quebrantamientos importantes de las normas procesales. Como se indica en el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017), el recurso extraordinario por infracción procesal principalmente tiene la función de remediar vicios que provocan la nulidad de los actos procesales o causan indefensión, y, en su caso, evitar que el litigante deba acudir al recurso de amparo.

2.- Los defectos meramente formales que se denuncian en el motivo, aparte de ser insuficientes para producir indefensión, podrían haberse subsanado si la parte lo hubiera interesado así, conforme al art. 215 LEC, lo que no efectuó, por lo que su queja deviene inadmisibile en esta alzada, a tenor del art. 469.2 LEC. Por lo que este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Motivación

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.12º



LEC, denuncia la infracción del art. 218 LEC, en relación con los arts. 11.3, 247 y 248.3 LPJ y 24.1 y 120 CE, por falta absoluta de motivación.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que frente a la sentencia de primera instancia se dedujo no solo el recurso de apelación de Santander Seguros, sino también la impugnación de la sentencia de la Sra. Luisa. Sin embargo, la sentencia recurrida solo analizó el recurso de apelación y desestimó la impugnación sin motivación alguna.

Decisión de la Sala:

1.- El deber de motivación al que se refiere el art. 218.2 LEC requiere que la resolución contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Asimismo, la motivación debe permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, lo que implica la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo su comprensión. Desde este punto de vista, deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (sentencias 294/2012, de 18 de mayo; 774/2014, de 12 de enero de 2015; y 484/2018, de 11 de septiembre).

2.- En este caso, aunque la motivación es parca, no es inexistente. La Audiencia Provincial consideró que, al haber firmado la demandante el documento de renuncia, todas sus pretensiones eran inatendibles, y así lo razonó:

“El documento es muy claro y es legible, aún mal impreso. No es dudoso y contiene una clara y total renuncia que la demanda y la sentencia han ignorado.

“Este efecto abdicativo se expande, por razones de sistema, de justicia y de lógica al total de la pretensión de condena de todas las demandadas”.

Dicha razón decisoria podrá ser acertada o no, pero está expresada en la sentencia y permite su eventual control mediante los correspondientes recursos.

3.- Por lo que el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser desestimado, conforme al art. 469.2 LEC.

Recurso de casación

CUARTO.- Único motivo de casación. Consecuencia sobre los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro de la renuncia de la asegurada a formular reclamación contra la aseguradora

Planteamiento:

1.- El único motivo de casación, denuncia la infracción de los arts. 6.3 y 1809 CC, en cuanto a la invalidez de la renuncia de derechos.

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente aduce, resumidamente, que el documento de renuncia, llamado por la sentencia de primera instancia “finiquito”, no es claro, ni terminante ni inequívoco, aparte de haber sido emitido unilateralmente por la aseguradora que, paradójicamente, no lo firma, pese a que la Audiencia Provincial afirma que contrae obligaciones en el propio documento. Además, el documento no hace mención alguna a los intereses del art. 20 LCS.

En todo caso, al tener la demandante la cualidad legal de consumidora, la renuncia previa a unos intereses legales que incluso pueden concederse judicialmente sin necesidad de petición expresa carece de validez.

3.- Al oponerse al recurso de casación, Santander Consumer alegó su inadmisibilidad, por falta de interés casacional. Sin embargo, dicha alegación no puede ser atendida, porque la recurrente cita las disposiciones legales sustantivas que considera infringidas e invoca la jurisprudencia que entiende que no ha sido atendida. Lo que es suficiente para la admisión del motivo, sin perjuicio de lo que proceda en orden a su estimación o desestimación.

Decisión de la Sala:

1.- Las sentencias 51/2007, de 5 de marzo (con cita de las sentencias 1197/2004, de 20 de diciembre, y 206/2006, de 23 de febrero), 1059/2007, de 18 de octubre, y 143/2018, de 14 de marzo, recuerdan que los ofrecimientos de pago de las aseguradoras condicionados a la renuncia del asegurado a la acción no son eficaces para evitar la mora de aquéllas y sus consecuencias, pues en tales casos no hay verdadero ofrecimiento de pago que, si va seguido de consignación, pueda producir el efecto liberatorio establecido en el párrafo primero del art. 1176 CC, sino más bien una propuesta de renuncia o, según los casos, un

intento de transacción, carente de idoneidad para descartar la mora de la entidad aseguradora.

A ello añade la última de las sentencias citadas que:

“la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial (sentencias 489/2016, de 14 de julio; 26/2018, de 18 de enero, entre otras muchas).

“Si no fuera así, esta finalidad de la norma quedaría burlada si bastara un mero ofrecimiento vinculado a la firma de un finiquito por el asegurado para evitar la aplicación de la mora del asegurador”.

2.- En este caso, ni el documento puede ser considerado propiamente como un acuerdo transaccional, en los términos del art. 1809 CC, en cuanto que no aparece firmado por la aseguradora, ni puede interpretarse que contuviera una renuncia a los intereses del art. 20 LCS, ya que ni siquiera los menciona.

Pero es que, incluso aunque considerásemos que el finiquito incluía la renuncia a los intereses del art. 20 LCS, la Sra. Luisa tenía la cualidad legal de consumidora, conforme al art. 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (vigente a la fecha del contrato). Por lo que esa renuncia a reclamar unos intereses legales impondibles de oficio (art. 20.1 LCS) debe considerarse nula, conforme al art. 10 de dicha Ley.

Aparte de que, conforme a nuestra jurisprudencia antes reseñada, únicamente cabe la exención del pago de los intereses del art. 20 LCS en los supuestos expresamente previstos en la Ley (que aquí no concurren), pero no cuando la aseguradora vincula el abono de la indemnización debida a la firma de un finiquito

que priva al asegurado de tales intereses.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser estimado.

SEXTO.- Asunción de la instancia. Desestimación del recurso de apelación de Santander Seguros

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que debamos asumir la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación de Santander Seguros, y por los mismos argumentos jurídicos, debemos desestimarlo y confirmar la sentencia de primera instancia.

2.- Por el contrario, la estimación del recurso de casación no puede tener consecuencias sobre las pretensiones de la demandante que fueron objeto de su impugnación de la sentencia de primera instancia (extorno de la prima y devolución de los intereses de los préstamos hipotecarios), puesto que el recurso de casación se refería exclusivamente a los intereses del art. 20 LCS y no a esas otras pretensiones. Por lo que la desestimación de la impugnación quedó firme.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que se impondan las costas causadas por él a la parte recurrente, 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 él, según previene el art. 398.2 LEC.

3.- Como quiera que la estimación del recurso de casación ha supuesto la desestimación del recurso de apelación de Santander Seguros, las costas de ese recurso deben imponerse a la parte apelante, conforme al art. 398.1 LEC. Manteniéndose el pronunciamiento sobre las costas de la impugnación, al no haber sido objeto de recurso ante esta sala los pronunciamientos resolutorios de tal impugnación.

4.- Asimismo, debe ordenarse la pérdida de los depósitos constituidos para el recurso extraordinario por infracción procesal y para el recurso de apelación de Santander Seguros y la devolución del prestado para el recurso de casación, 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 Dña. Luisa contra la sentencia de 30 de octubre de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8ª), en el recurso de apelación núm. 3314/2017.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma recurrente contra dicha sentencia, que casamos y anulamos en lo referente a la estimación del recurso de apelación Santander Seguros S.A.

3.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Santander Seguros S.A. contra la sentencia núm. 253/2016, de 20 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sevilla, en el juicio ordinario núm. 1611/2014, que confirmamos.

4.º- Imponer a Dña. Luisa las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- Imponer a Santander Seguros S.A. las costas del recurso de apelación. Mantener el pronunciamiento sobre las costas de la impugnación.

6.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

7.º- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para el recurso de casación.

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

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

Así se acuerda y firma.



Por **Iván González Barrios**
Abogado

Se aborda en esta sentencia el alcance que una renuncia de acciones, plasmada en un finiquito, puede tener con respecto a los intereses moratorios del art. 20 LCS. La sentencia tiene su origen en la contratación de dos préstamos hipotecarios por quien luego sería demandante en este litigio. Previamente, la demandante se había adherido a un seguro de vida, con un capital equivalente al 50% de los mencionados préstamos, que cubría el fallecimiento o la invalidez absoluta de la asegurada. A raíz de un accidente, ésta es declarada en una situación tal de incapacidad absoluta, a resultas de lo cual, alcanza un acuerdo con la aseguradora, firmando un finiquito por el que manifestaba aceptar como pago total y absoluto por todos los conceptos una indemnización dirigida a cubrir el principal recogido en póliza más intereses indemnizatorios, y se comprometía a desistir de la reclamación formulada y no iniciar en el futuro ninguna otra. Una vez recibida la indemnización, presenta demanda contra la entidad financiera solicitando el pago de una determinada cantidad en concepto de intereses de los préstamos que le habían sido

“...(I) no se podía renunciar a lo que todavía no formaba parte del patrimonio de quien renunciaba; (II) no es válida la renuncia previa de un consumidor; (III) los intereses del art. 20 LCS son imponibles de oficio por el juzgador, por lo que no cabe su renuncia.

indebidamente cobrados, y que se condenara a la aseguradora al pago de otro importe como intereses del art. 20 LCS. El Juzgado de 1ª Instancia estimó parcialmente la demanda contra la aseguradora, aduciendo que: (I) no se podía renunciar a lo que todavía no formaba parte del patrimonio de quien renunciaba; (II) no es válida la renuncia previa de un consumidor; (III) los intereses del art. 20 LCS son imponibles de oficio por el juzgador, por lo que no cabe su renuncia. Por su parte, la Audiencia Provincial estima el recurso de la aseguradora, a la que absuelve, en el entendimiento de que el finiquito suscrito por la asegurada comportaba una renuncia válida a la acción ejercitada.

Como veremos a continuación, la sentencia contiene tres argumentos dirigidos a rechazar el efecto abdicativo que pretende la aseguradora para exonerarse del pago de los intereses del art. 20 LCS.

Alude la sentencia, en primer lugar, a que en el documento entregado a la asegurada solo consta la firma de esta, no así la de la aseguradora, por lo que no estaríamos ante un acuerdo transaccional, según lo previsto en el art. 1809 CC. A propósito de esta declaración del Tribunal Supremo, debemos decir que es característico del finiquito la incorporación de una renuncia de acciones, que encierra una declaración de voluntad, en virtud de la cual, el acreedor – perjudicado manifiesta su satisfacción con la indemnización comprometida por el deudor (normalmente, la aseguradora) con el consiguiente compromiso de abandonar la pretensión reclamatoria. A su vez, esta renuncia de carácter unilateral tiene como contraprestación el compromiso indemnizatorio a cargo del deudor y consiguiente pago. La

COMENTARIO

suma de ambas voluntades da forma al acuerdo transaccional, poniendo así de manifiesto su carácter bilateral y oneroso. Entendemos que estas dos características son las que han llevado al Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, a restar validez al documento de finiquito que carece de la firma del asegurador. Pero, no cabe obviar que la transacción es un contrato consensual, que se perfecciona con el mero concurso de la oferta y la aceptación, no estando sometido a requisito formal alguno para su validez. Por eso, cuesta admitir que la ausencia de la firma sea por sí sola un obstáculo para reconocer los efectos de la renuncia a ejercitar acciones por el perjudicado. Son múltiples los actos propios del asegurador que evidenciarían una voluntad real de obligarse, aun cuando no conste su firma en el documento que recoja el acuerdo. Piénsese, por ejemplo, en el envío del dicho documento desde un correo corporativo, la inclusión en este de una marca corporativa de la aseguradora o el mero hecho de pagar la indemnización objeto del acuerdo.



En segundo lugar, la sentencia también establece que el documento de finiquito controvertido, además de no estar firmado por la aseguradora, no contiene una renuncia a reclamar los intereses del art. 20 LCS, “ya que ni siquiera los menciona”. Dado que la indemnización forma parte del objeto de la transacción, los intereses moratorios a cargo del asegurador también deben integrarse lógicamente en ese objeto. No cabe otra solución, habida cuenta de que los intereses no son más que una consecuencia que se anuda a la deuda indemnizatoria de quien se constituye en situación de mora. Luego, los intereses moratorios, como integrantes que son de la transacción, deben reunir los requisitos comúnmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia acerca del objeto del contrato, esto es, que sea posible, lícito, útil para el acreedor, determinado y no estar fuera del comercio de los hombres. Dicho lo anterior, la transacción abarca únicamente al objeto determinado en ella, ya sea de forma expresa o tácita a tenor de las palabras empleadas, de acuerdo con lo establecido en el art. 1815 CC. Es decir, los intereses moratorios, en tanto forman parte del objeto del contrato, también deberán estar recogido en el acuerdo transaccional que firme

“...La clave está en la cualidad legal de consumidora que tenía la firmante del finiquito, lo que determina la nulidad de la renuncia a reclamar unos intereses legales, los del art. 20 LCS, que son imponibles de oficio.”

la aseguradora con el perjudicado. Esta regulación positiva nos advierte de la necesidad de cumplimentar con exhaustividad y precisión el acuerdo indemnizatorio. No conocemos con exactitud la redacción del finiquito analizado por esta sentencia, si bien, de la lectura de sus fundamentos jurídicos se desprende que no se había pactado, como indicábamos, la renuncia por la aseguradora a reclamar los intereses moratorios recogidos en el art. 20 LCS, aunque sí aceptaba la indemnización ofrecida como “pago total y absoluto por todos los conceptos”. Seguidamente, analizaremos el tercer argumento, por el cual el Tribunal Supremo se inclina por negar a esa fórmula un efecto impeditivo de la ulterior reclamación de intereses. Más aún, veremos cómo el Tribunal Supremo viene a considerar que tampoco sería válida una explícita declaración de renuncia al percibo de dichos intereses.

La clave está en la cualidad legal de consumidora que tenía la firmante del finiquito, lo que determina la nulidad de la renuncia a reclamar unos intereses legales, los del art. 20 LCS, que son imponibles de oficio. Sobre el reconocimiento a la aseguradora de su condición de consumidora, no introduce aquí el Alto Tribunal un criterio que podamos calificar de novedoso. Son diversas las sentencias que así lo han venido entendiendo, como, por ejemplo, la STS de 14 de julio de 2015 y la jurisprudencia que ahí se cita. Esa condición coloca a los asegurados al abrigo de normas de clara vocación tuitiva, como son, además de la propia Ley de Contrato de Seguro, el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que atenúan sensiblemente el principio clásico acerca de la libertad de pactos, encajando al contrato de seguro entre estrechos límites que el asegurador no puede rebasar. En particular, la sentencia entiende que, dado que los intereses del art. 20 LCS son imponibles

COMENTARIO

de oficio, la renuncia a reclamarlos debe considerarse nula al amparo del art. 10 de esta ley, que garantiza la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. A su vez, la sentencia también recuerda que la jurisprudencia ha negado eficacia para evitar la mora de las aseguradoras, los ofrecimientos de pago condicionados a la renuncia del asegurado. Según este criterio, en tales casos no hay un verdadero ofrecimiento, sino más bien una propuesta de renuncia o, según los casos, un intento de transacción, carente de idoneidad para descartar la mora de la entidad aseguradora (SSTS de 20 de diciembre de 2004, 23 de febrero de 2006, 18 de octubre de 2007 y 14 de marzo de 2018).

En conclusión, esta sentencia no establece un criterio que podamos calificar de completamente original, al establecer que no es válida la renuncia anticipada al percibo de los intereses del art. 20 LCS cuando la aseguradora condiciona el pago de la indemnización debida a la firma de un finiquito. No obstante, estamos seguros de que la repercusión que ha tenido hará que asegurados y aseguradoras se replanteen el alcance de esos documentos llamados “finiquitos” que habitualmente se utilizan a la hora de formalizar un acuerdo indemnizatorio.



Seguro de incendio. El proceso penal en trámite, que versa sobre el mismo siniestro objeto de cobertura, y en el que intervenían ambas partes litigantes como perjudicadas, impide la prescripción de la acción civil contra la compañía por la cantidad pendiente de pago. Voto particular

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 15 de febrero de 2022

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

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del recurso de casación interpuesto partimos de las consideraciones siguientes:

1o.- Es objeto del proceso, la demanda formulada por la actora, contra la compañía de seguros Caser, en su condición de sucesora de la entidad Cep Grup Assegurador Caixa Penedés, en virtud de compra de parte de su cartera de seguros. El fallecido esposo de la actora concertó una póliza de seguros multirriesgo que cubría entre otros el incendio de la finca sita en Sant Sadurni de l'Heure s/n (Girona).

2o.- El 25 de noviembre de 2009, en la finca asegurada, se produjo un incendio intencionadamente provocado por un tercero, para la investigación de tales hechos por parte del Juzgado de Instrucción n.º 4 de la Bisbal de l'Empordà se iniciaron diligencias previas n.º 1019/2009, contra el presunto autor de los hechos.

3o.- Puesto el siniestro en conocimiento de la compañía demandada ésta efectuó dos pagos a cuenta, como así consta expresamente en los recibos correspondientes (rebut dacompte), uno por importe de 15.000 euros, de 8 de enero de 2010, y otro, el 10 de junio de 2010, por 29.761,50 euros, sin que se pusieran de acuerdo con respecto al finiquito del siniestro.

4o.- La demandante se personó en el proceso penal para el ejercicio de las acciones civiles y penales dimanantes del delito, así como la compañía aseguradora a los efectos de ejercitar la acción subrogatoria del art. 43 de la LCS.

5o.- Durante la sustanciación del procedimiento penal, se procedió a valorar el daño causado por el incendio mediante un perito judicial, cuyo importe lo tasó en la suma de 67.100,62 euros, que, conjuntamente con otras facturas satisfechas por la parte actora, determinó que el montante de los desperfectos causados se fijara en la cantidad de 70.382,11 euros.

6o.- Igualmente, durante la sustanciación del procedimiento, la parte actora solicitó de la compañía de seguros, una provisión de fondos para hacerse cargo de los gastos de su defensa jurídica, toda vez existía entre ellas un conflicto de intereses. La compañía abonó, al finalizar el proceso penal, por tal concepto, la suma de 3.000 euros, según finiquito datado el 9 de septiembre de 2015.

7o.- Las diligencias previas penales se transforman en procedimiento abreviado. En

trance de calificación, la compañía de seguros presenta escrito de 20 de septiembre de 2012, en el que hace constar, expresamente, que el importe de los daños ocasionados en la vivienda asegurada se eleva a la cantidad de 66.356,33 euros, según informe pericial, e indica que de dicha suma se abonaron por la aseguradora 44.671,55 euros, según las garantías de la póliza.

8o. En el escrito de acusación de la demandante, datado el 24 de octubre de 2012, se solicita la condena del acusado a abonarle la cantidad de 70.382,11 euros, con la solicitud de que la compañía sea declarada responsable civil directa en base a las garantías de la póliza conforme al art. 117 del CP.

9o.- Según consta, en los antecedentes de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, la compañía de seguros mostró conformidad con la petición de responsabilidad civil solicitada por el Ministerio Fiscal.

10o.- Con fecha 7 de enero de 2015, el Juzgado de lo Penal n.o 5 de Girona dicta sentencia condenatoria del acusado, como autor de un delito de robo y otro de daños, a las penas, respectivamente, de un año, por el primero de dichos delitos; y nueve meses y un día por el segundo, todo ello con las atenuantes de embriaguez y dilaciones indebidas, así como a abonar a la actora 25.710,61 euros y a la compañía demandada 44.671,90 euros. El 17 de abril de 2015, el acusado es declarado insolvente.

11o.- El 4 de mayo de 2015, se formula demanda civil contra la compañía de seguros



en reclamación de la suma de 25.710,61 euros, más otros 3000 euros por defensa jurídica, que posteriormente se reconocen abonados en la audiencia previa. Al contestar a la demanda, la aseguradora alegó la falta de legitimación activa de la actora, la excepción de prescripción, toda vez que, desde el último pago efectuado por la demandada el 10 de junio de 2010, no recibió reclamación alguna; así como oponiendo infraseguro, pluspetición, improcedencia de abono de los honorarios de letrado, luego satisfechos, e inaplicación de los intereses del art. 20 LCS.

12o.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona estimó la demanda. Contra dicha resolución, la compañía interpuso recurso de apelación. El conocimiento del recurso correspondió a la sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimó la prescripción de la acción, al discrepar con respecto al dies a quo para comenzar el cómputo del plazo de dos años del art. 23 LCS, con el razonamiento literalmente transcrito siguiente:

"[...] el procedimiento penal no puede tenerse en cuenta para interrumpir la prescripción dado que desde que se reparan los daños y se facturan las reparaciones, hecho el de la última factura o presupuesto de 29 de abril de 2010 la actora ya sabía la cantidad a reclamar, en cuanto a quien reclamar dada la acción contractual ejercitada en la presente Litis la misma podría haber sido interpuesta desde esa fecha sin esperar a que el posible autor del incendio fuese condenado en vía jurisdiccional penal, sin perjuicio de las acciones que la aseguradora demandada (Caser) tuviese frente al responsable del siniestro".

13.o Contra dicha sentencia se interpuso por la demandante recurso de casación.

SEGUNDO.- Examen y estimación del recurso de casación

El recurso de casación se fundamenta en un único motivo, cual es la infracción de los arts. 23 LCS, 1961, 1969, 111 y 114 LECR. Se considera que el plazo de prescripción no se inicia sino a partir de la finalización del proceso penal seguido por los mismos hechos, lo que se fundamenta en la oportuna cita jurisprudencial.

El recurso debe ser estimado.

En efecto, el objeto de la demanda consiste en la reclamación del importe de los

daños sufridos por la actora en una vivienda de su titularidad, en virtud de un incendio causado intencionalmente por una tercera persona, riesgo que era objeto de cobertura en la compañía demandada. Por tales hechos, se siguieron las correspondientes diligencias previas penales. Comunicado el siniestro a la compañía demandada esta efectuó dos pagos a cuenta, lo que supone falta de conformidad de la perjudicada con respecto a la indemnización correspondiente, pues en otro caso se trataría de un finiquito. Tal acto jurídico implica además la plena constancia por parte de la compañía sobre que la actora discrepaba con la cantidad abonada por los daños sufridos.

Nada impide, por supuesto, que la compañía de seguros abone el siniestro voluntariamente, es más constatada su realidad es obligación suya hacerlo, salvo causa justificada (art. 18 LCS), de hecho se hicieron pagos a cuenta, o que entre asegurada y compañía aseguradora alcanzasen un acuerdo satisfactorio para el resarcimiento del daño. La cuestión debatida es otra, cual es si, en el supuesto de controversia entre ambas partes, el proceso penal en trámite, que versa sobre el mismo siniestro objeto de cobertura, y en el que intervenían ambas partes litigantes como perjudicadas, impide la prescripción de la acción contra la compañía por la cantidad pendiente de pago, o si, necesariamente, la actora debió promover demanda contra la aseguradora, durante la sustanciación del proceso penal, para evitar que la acción derivada del contrato de seguro hubiera prescrito.

La perjudicada se persona en las diligencias previas para el ejercicio de las correspondientes acciones civiles y penales (art. 110 de la LECR), lo que conforma un indiscutible derecho que le corresponde. También, lo hace la compañía de seguros para ejercitar la acción penal, de naturaleza pública, y la civil subrogatoria del art. 43 LCS, en el precitado procedimiento criminal. Ambas pretensiones exigían la cuantificación del daño, pues obviamente el imputado no tenía que abonar más indemnización que la correspondiente a los daños efectivamente causados, con independencia de la cantidad satisfecha por la compañía y lo reclamado por la perjudicada; por consiguiente, la cuantificación del daño fue objeto del proceso penal y, a tal efecto, se practicó una prueba pericial judicial, en la que ambas partes litigantes pudieron intervenir. La efectiva cuantificación del daño causado por el incendio tenía además una indiscutible repercusión en el contrato de seguro, que cubría dicho siniestro.

Conforme al art. 114 de la LECR, "[...] promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal".

Como señalamos en la sentencia 47/2013, de 19 de febrero:

"55. Tampoco tolera el sistema la pluralidad de procedimientos con un objeto total o parcialmente idéntico y reacciona mediante instituciones como la litispendencia, la cosa juzgada y la prejudicialidad, a fin de evitar innecesarios sobrecostos y una indeseable duplicidad de decisiones, eventualmente contradictorias.

"56. Esta reacción se acentúa en el supuesto de que el enjuiciamiento de determinadas conductas se efectúe en el ámbito de un proceso penal, habida cuenta del carácter exclusivo y excluyente que tiene la jurisdicción penal respecto de cualquier otro órgano jurisdiccional, de acuerdo con el principio tradicional según el cual "le criminel tient le civil en état" [lo penal prevalece sobre lo civil], lógica consecuencia del principio de investigación de oficio en busca por el Estado de la verdad material, que cristaliza en los artículos 111 -"mientras estuviese pendiente la acción penal, no se ejercitará la civil con separación"- y 114 -"promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho..."-, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que está vedado a la jurisdicción civil entrar a enjuiciar hechos o actos investigados en un procedimiento penal en averiguación de una infracción de tal naturaleza (sentencia 422/2010, de 5 de julio, RC 1748/2006).

"57. Este efecto se produce incluso en el supuesto de que el denunciante o querellante no sea el mismo que posteriormente interpone la demanda ya que, sin perjuicio del valor que pueda atribuirse a la falta de actividad en la defensa de los propios derechos e intereses, el efecto excluyente de la jurisdicción criminal se anuda objetivamente a los hechos investigados. En este sentido, la STS 574/2010, de 6 de octubre, RC 2137/2006 pone de relieve que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe que se siga pleito civil sobre el mismo hecho que sea objeto de un juicio criminal, y que el artículo 10.2 Ley Orgánica del Poder Judicial establece la prevalencia de la decisión de la cuestión penal sobre todas las demás que guarden relación con ella y deban ser resueltas

por otros órdenes jurisdiccionales.

"58. Claro está que, como sostiene la STS 27/2009, de 11 de febrero, RC 2101/2002, la interrupción de la prescripción "no tiene lugar automáticamente por la mera existencia de un procedimiento penal, sino que se requiere que verse sobre el hecho presuntamente delictivo y que la calificación sea indispensable para el procedimiento civil. En consecuencia, se exige que se produzca una identidad de procesos sobre el mismo hecho, por lo que no tiene sentido seguir un proceso civil que puede acabar con una sentencia coincidente o contradictoria y es por ello que se interrumpe la prescripción".

"59. En consecuencia, la cuestión queda ceñida a decidir si los hechos investigados en el proceso penal y los que han sido objeto de la demanda inicial del presente pleito son sustancialmente los mismos y su calificación, o la declaración de inexistencia en vía penal, habría podido vincular a la jurisdicción civil".

En el mismo sentido, las sentencias 339/2020, de 23 de junio, 92/2021, de 22 de febrero; 434/2021, de 22 de junio y 780/2021, de 15 de noviembre, entre otras muchas.

En el caso que nos ocupa, el proceso penal versaba sobre la existencia de un delito de daños por incendio y su valoración. El Legislador, mediante la consagración normativa del principio derivado del derecho francés *le crimelle tient le civil en état* (lo criminal paraliza el proceso civil) pretende evitar una eventualidad de pronunciamientos contradictorios, así como consagrar normativamente el reconocimiento del carácter exclusivo y excluyente que tiene la jurisdicción penal sobre la civil.

Además de la identidad de los hechos, de seguirse la tesis de la sentencia recurrida que obliga, para no perder el derecho de resarcimiento contra la aseguradora, a promover acción civil contra la misma -precisamente por no hacerlo así se declara su acción prescrita- serían factibles pronunciamientos contradictorios, con indiscutibles puntos de interferencia incompatibles, por ejemplo sobre la relación de causalidad entre incendio y daños, antagónicas valoraciones de su cuantía, pago en el proceso penal de la indemnización por el acusado, y manifiesta incompatibilidad de reclamar al mismo tiempo el importe del daño al causante del mismo (acusado en el proceso penal) y a la compañía de seguros en virtud de

la póliza suscrita, so pena de incurrir en vedado enriquecimiento del perjudicado asegurado (sentencias 699/2013, de 19 de noviembre y 148/2021, de 16 de marzo), entre otros.

Como hemos dicho, en sentencia 175/2016, de 17 de marzo, una interpretación adecuada del artículo 1969 CC requiere que la posibilidad de ejercicio sea efectiva y no una mera posibilidad legal, siendo así que sólo en aquel caso la inactividad involuntaria del reclamante producirá efectos prescriptivos y en este caso el daño causado por el incendio, objeto de cobertura, y su efectiva cuantía se determinó con intervención de las partes en el proceso penal.

Por otra parte, hemos expresado, también, por ejemplo, en la sentencia 159/2021, de 22 de marzo, que:

"La prescripción conforma un instituto destinado a otorgar certeza a las relaciones jurídicas por el transcurso del tiempo y con ello confiere estabilidad y seguridad al tráfico jurídico. Genera el efecto de extinguir el derecho o mejor la facultad de exigirlo o imponerlo. Su justificación radica en impedir que dichas relaciones se prolonguen sin limitación temporal instalándose en el limbo de la indefinición. En este sentido, limpia y purifica el tráfico jurídico mediante la eliminación de situaciones de incertidumbre que perjudican su fluido funcionamiento.

"La prescripción es la consecuencia que se impone al titular de un derecho cuando con su comportamiento no lo cuida, conserva o defiende adecuadamente y crea la apariencia o presunción de abandonarlo. Su juego normativo opera en beneficio del deudor (favor debitoris), que se ve de esta forma legítimamente liberado de su prestación. En definitiva, se trata de una suerte de contra derecho otorgado al demandado para dejar sin efecto y enervar la acción ejercitada".

Pues bien, difícilmente cabe entender que la perjudicada haya abandonado su derecho a reclamar a la compañía aseguradora, y que ésta desconociese que se mantenía viva la reclamación contra ella, derivada de la liquidación del siniestro, de manera que pudiera presumir, conforme a la buena fe, una apariencia de abandono de su ejercicio, cuando en el proceso penal se estaba dirimiendo el importe real del daño sobre el cual no habían llegado extrajudicialmente a un acuerdo las partes litigantes. Incluso, se insta a la demandada a que

provisione fondos a la actora, en virtud de la cobertura de defensa jurídica, por la existencia de intereses contrapuestos, lo que demandada termina por reconocer al abonar 3000 euros por tal concepto, y cuando, en el escrito de calificación provisional, se insta la condena de la compañía por la vía del art. 117 del CP.

En definitiva, se ha mantenido siempre, con plena constancia de la demandada, la intención de reclamar la parte del daño no abonado, lo que, efectivamente, se hace, al terminar el proceso penal, en el que se determinó su cuantía, con intervención de las litigantes, y que finalizó con una sentencia de conformidad, que fijó el montante real del daño causado por el incendio, con aquiescencia de las partes. Mientras se sustanció el proceso penal, la actora tampoco podía reclamar la misma cantidad al acusado y aseguradora, pues cobraría dos veces el daño sufrido. Extremo este perfectamente conocido por la compañía que, sin duda, lo excepcionaría. Una vez se declaró la insolvencia del condenado, finalizado el proceso penal, contaba la actora con los datos fácticos y jurídicos precisos para entablar la acción, a partir de ahí se cuenta el plazo para ejercitarla conforme reiterada jurisprudencia (sentencias 92/2021, de 22 de febrero; 434/2021, de 22 de junio, entre las más recientes).

Como hemos dicho en la sentencia 782/2012, de 11 de diciembre: "[...] la proyección de la buena fe resulta decisiva para valorar el iter del fenómeno prescriptivo, desde la lesión del derecho subjetivo, como posible inicio del cómputo para el ejercicio de la acción, hasta la posibilidad de su ejercicio, conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídicas y unos parámetros de diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada", apariencia sobre el abandono de la acción que la compañía en modo alguno podía albergar, en este caso, en coherencia con la conducta llevada a efecto por la demandante antes analizada. De la misma manera, insistiendo en tales ideas, la sentencia 537/2013, de 14 de enero, establece que: "[...] resulta innegable la función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación del mencionado instituto, ya como acción o como excepción solicitada".

Señalar, por último, que la prescripción es una institución que, no fundada en principios de estricta justicia sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, determina que su aplicación por los tribunales deba ser cautelosa y restrictiva (

SSTS 877/2005, de 2 de noviembre; 134/2012, de 27 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre; 708/2016, de 25 de noviembre, 721/2016, de 5 de diciembre; 326/2019, de 6 de junio; 279/2020, de 10 de junio, 751/2021, de 2 de noviembre, entre otras muchas).

TERCERO.- Consecuencias jurídicas de la estimación del recurso

La asunción de la instancia y estimación del recurso interpuesto conduce a la devolución de las actuaciones a la Audiencia para que dicte la sentencia correspondiente, a los efectos de no privar a las partes de la correspondiente instancia, lo que tiene su base en la jurisprudencia de este tribunal, de la que es botón de muestra la STS 62/2018, de 5 de febrero, en que indicamos:

"Al considerar esta Sala que no existe la prescripción que ha sido apreciada por la sentencia impugnada, procede casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, teniéndose por interpuesta la demanda en tiempo, se resuelva sobre las pretensiones formuladas en la misma. Así se ha acordado en sentencias como la 285/2009, de 29 abril (dictada por la sala en pleno al resolver Recurso 325/2006 por considerar procedente en tal caso "devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (...)", teniendo en cuenta que "otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios

del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba".

En el mismo sentido, las sentencias 899/2011, de 30 de noviembre; 721/2014, de 17 de diciembre; 97/2015, de 24 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre; 710/2018, de 18 de diciembre; 161/2019, de 16 de marzo; 326/2020, de 22 de junio y 275/2021, de 10 de mayo, entre otras.

CUARTO.- Costas y depósito

De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se impone a la parte recurrente las costas del recurso de casación. Las devengadas en las instancias se determinarán al conocerse del recurso de apelación por el tribunal provincial.

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir conforme a la disposición adicional quince, apartado 8 de la LOPJ.

FALLO

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

1.o- Estimar el recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia 643/2018, de fecha 7 de noviembre, dictada por la sección duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación n.o 693/2016, dimanante del juicio ordinario n.o 451/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.o 55 de Barcelona.

2.o- Casar la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, y devolver las actuaciones al tribunal de apelación, para que, con carácter preferente, resuelva dicho recurso, si bien con respeto a lo ya decidido por esta sala en lo relativo a la inexistencia de la prescripción de la acción deducida.

3.o- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación y se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Por **Maria del Carmen Ruiz-Matas Roldan**
Abogada

Esta Sentencia me vuelve a confirmar que nunca está todo dicho sobre la figura de la prescripción de acciones y sobre todo sobre el momento del inicio para el cómputo del plazo establecido legalmente para la misma. Qué duda cabe que para los juristas una de las excepciones que más nos preocupan para conseguir el éxito de nuestra pretensión es precisamente la prescripción, por lo que es de obligado cumplimiento estar al día de las diferentes interpretaciones que nuestra Jurisprudencia nos ofrece sobre la misma.

En esta ocasión, a mi parecer, sin duda alguna el interés de esta Sentencia se encuentra en su voto particular, defendido por el Magistrado Sr. D. Antonio García Martínez, quien se aparta totalmente del parecer de la Sala y nos aporta una interpretación totalmente distinta del asunto objeto de cuestión. Se trata aquí de determinar cuál es el fundamento del motivo por el que nuestra Ley estima que la tramitación de un proceso penal impide que sea iniciado otro proceso civil por la misma causa y por las mismas partes, pues solo de este modo podrá concluirse si la acción de la recurrente en Casación estaba o no prescrita al iniciar su acción civil vía artículo 23 de la Ley del Contrato de Seguro frente a la aseguradora.

(...) “.... Posteriormente se inicia un proceso penal contra el autor del citado incendio, proceso que tiene por objeto la determinación de su culpabilidad y autoría en los hechos y la determinación de la cuantificación de los daños por los que éste deberá responder. Una vez finalizado el proceso penal y determinada la insolvencia del condenado... (...)”

El asunto trae su causa en el incendio sufrido por la recurrente en su vivienda, la cual sufre unos determinados daños, parte de los cuales le fueron indemnizados por su aseguradora, no estando conforme aquella con la valoración total de los daños que se había realizado por dicha entidad. Posteriormente se inicia un proceso penal contra el autor del citado incendio, proceso que tiene por objeto la determinación de su culpabilidad y autoría en los hechos y la determinación de la cuantificación de los daños por los que éste deberá responder. Una vez finalizado el proceso penal y determinada la insolvencia del condenado, la actora decide interponer acción frente a su aseguradora, reclamando el exceso del importe de los daños que considera que le corresponde.

El Juzgado de 1ª Instancia estimó íntegramente la demanda formulada por la actora, condenando a la aseguradora al pago de la cantidad determinada. Posteriormente se interpuso por la aseguradora Recurso de Apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial, estimando la prescripción de la acción y sin entrar en el fondo del asunto. La parte actora formula nuevamente Recurso de Casación y la Sala Primera estima el Recurso estimando que la acción no estaba prescrita, remitiendo el asunto a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia sobre el fondo del asunto.

Los motivos de la Sala Primera para estimar inexistente la prescripción es que considera que entre el proceso penal iniciado previamente y el civil formulado con posterioridad existían los requisitos previstos por la Ley en cuanto a identidad de los hechos objeto de dichos procedimientos y riesgo de que en ambos puedan producirse pronunciamientos

COMENTARIO

contradictorios. Entiende así la Sala que el proceso penal versaba sobre la existencia de un delito de daños por incendio y su valoración y que de este modo compartía los hechos que fueron posteriormente objeto del proceso civil, por lo que era preciso la terminación del primero para poder ejercitar las correspondientes acciones civiles a favor de la demandante. A todo ello añade la Sentencia que para poder apreciar la prescripción de la acción debe entenderse acreditado un abandono de la acción por su titular y que ello no ha ocurrido en este caso, además de tener en cuenta e insistir en la teoría de que la prescripción no es un principio de justicia material y por ello debe ser interpretada de forma restrictiva.

Sin embargo frente a dicho pronunciamiento se alza el antes anunciado voto particular, el cual deja claro que a su juicio sí ha existido prescripción de la acción. Parte su razonamiento de un hecho esencial y es que la acción que es objeto de la demanda civil es la nacida del artículo 23 de la Ley del Contrato de Seguro, distinta totalmente de la acción civil derivada del delito, por lo que en suma el proceso penal no impedía su ejercicio. Explica el Magistrado que a la hora de determinar cuándo conocía la actora los elementos fácticos y jurídicos para poder litigar frente a su aseguradora, como momento inicial del cómputo para la prescripción de su acción, debe tenerse en cuenta el momento en el que la aseguradora se negó a indemnizarle por una cantidad mayor a la consignada, (hecho éste que no iba a ser modificado ni afectado por el proceso penal) pues a partir de ese momento ya le quedaba abierta la vía para demandar frente a ella reclamándole la cantidad que estimaba conveniente. En relación a la determinación del daño la actora conocía el importe del mismo desde que obtuvo la última factura de reparación, así quedó reflejado por la misma en su informe pericial, motivo por el que tampoco esta circunstancia iba a ser modificada por la tramitación del proceso penal. Era por tanto la fecha de emisión de la última consignación realizada por la aseguradora la que determinaba el inicio del cómputo para la prescripción de la acción, pues ya en ese momento conoció de la negativa de la aseguradora a indemnizarle por encima de lo ya consignado.

Este voto particular nos ofrece un razonamiento que a mi juicio es muy ilustrativo de su sentir: “Ni la justificación del daño ni su cuantificación en el proceso penal podían excusar la iniciación del proceso civil con el argumento de que se seguiría un proceso sobre “el mismo hecho”, dado que el daño no es elemento integrante del hecho (el incendio). El hecho es la causa. Y el daño el efecto.”

En mi opinión este voto particular nos recuerda la importancia de tener en cuenta que la tramitación de un proceso penal sobre un determinado siniestro no siempre va a suponer la paralización de la prescripción de las acciones para los posibles perjudicados y que por tanto habrá que estar, como en muchas ocasiones, al supuesto en cuestión conociendo perfectamente qué acción civil se está ejercitando en cada caso.



Se desestima la reclamación por daños personales causados en un accidente de circulación, al considerar no acreditado de modo concluyente que concurren los criterios de causalidad genérica de exclusión y de intensidad, consistente en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, requeridos para la indemnización por traumatismos cervicales menores en el art. 135.1 del TR de la LRCSCVM.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 2 de marzo de 2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. D.a María Consuelo interpuso una demanda contra Pelayo Mutua de Seguros reclamando la indemnización de 43. 215,45 euros, con sus correspondientes intereses desde la fecha del siniestro, así como los gastos y las costas, por los daños y perjuicios sufridos a raíz del accidente ocurrido en Narón, el 8 de octubre de 2016, cuando el vehículo que conducía "[r]esultó violentamente colisionado en su lateral izquierdo, por el Peugeot NUM000 [asegurado por la demandada] conducido sin precaución alguna que, procedente de una vía adyacente se incorporó a la preferente desde la izquierda, sin respetar, la preferencia del coche de la demandante [...]".

2. La demandada se opuso a la demanda y solicitó su desestimación con imposición

de costas a la demandante. Aunque no discutió la responsabilidad de su asegurado en la producción del siniestro, alegó que la reclamación parecía injusta y desproporcionada a la vista de la escasa cuantía de los daños materiales ocasionados por el accidente (580,15 euros, mano de obra e impuestos incluidos); que dudaba de la relación de causalidad, ya que los documentos médicos aportados por la demandante objetivaban lesiones degenerativas y previas al accidente que podían justificar toda su sintomatología; y que le correspondía a la demandante acreditar la realidad del siniestro, la relación de causalidad y el alcance de las lesiones sufridas.

3. El juzgado estimó la demanda parcialmente y condenó a la demandada a satisfacer la indemnización de 14 656,03 euros, más los intereses al tipo legal desde el 12 de junio de 2017 e incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia, sin realizar pronunciamiento en las costas de la instancia.

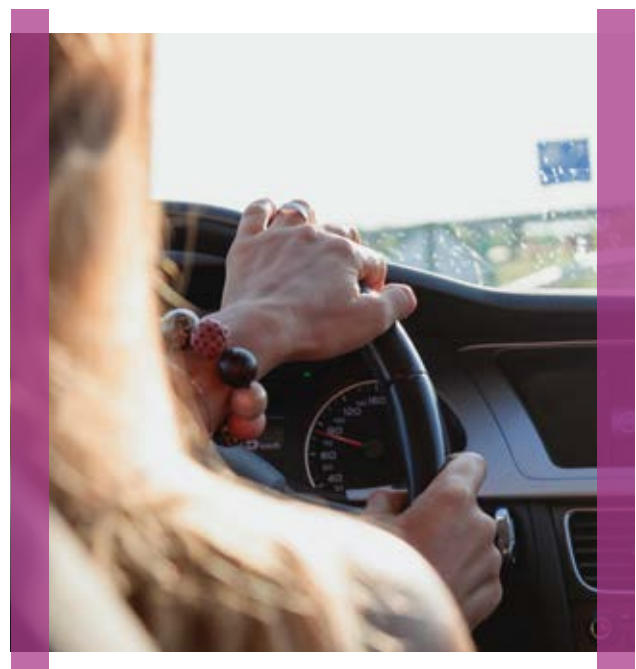
4. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia lo estimó y, revocando la sentencia apelada, desestimó la demanda, condenando a la demandante al pago de las costas de la primera instancia, sin hacer especial imposición de las causadas en apelación.

Tras referirse a la jurisprudencia sobre la prueba de la relación de causalidad en el ámbito de la responsabilidad por culpa extracontractual y después de afirmar que "[e]s necesaria la demostración del nexo causal por parte de quien acciona", la Audiencia anota, como fundamento de la decisión, la siguiente argumentación:

"El recurso de la aseguradora demandada se apoya básicamente en dos informes periciales aportados al proceso por esta parte, tanto de carácter biomecánico como médico, que se pronuncian de forma rotunda en el sentido de descartar la existencia de un nexo causalidad entre el siniestro y las lesiones que padece la demandante, consistentes en cervicobraquialgia y hombro doloroso derecho. Concretamente, el dictamen médico pericial, tras examinar todo el historial clínico y los antecedentes de la lesionada, y explorar personalmente a la paciente, el 27 de octubre de 2016, concluye que en este caso concurre un estado patológico anterior que por sí (sic) solo puede perfectamente explicar la sintomatología referida por la lesionada, y que la agravación de sus lesiones respecto a la situación previa al accidente entra dentro del normal proceso

evolutivo de las mismas, por lo que entiende que no se cumplen los criterios causales de intensidad y exclusión, así como tampoco el de temporalidad, respecto al dolor en el hombro derecho, ya que nada dijo la paciente al respecto en la visita realizada el 27 de octubre de 2016, y la primera referencia que hace al mismo después del siniestro es del 1 de diciembre de 2016. También presenta la demandada apelante un detallado informe de detectives, fechado en agosto de 2017, que pone de manifiesto que la demandante realiza con normalidad todas las actividades propias de su trabajo habitual como peluquera en el establecimiento que regenta y otras de la vida ordinaria.

"La propia sentencia apelada reconoce y declara probada la levedad de la colisión, que sólo afectó en su lateral izquierdo a la chapa del automóvil conducido por la demandante. También admite que las zonas corporales en las que se sitúan las lesiones litigiosas estaban ya afectadas por patologías cervicales y de hombro previas, lo que había dado lugar a múltiples consultas desde el año 2009, y recoge el amplio historial clínico de la paciente, en el que destaca que ya entonces fue asistida por cervicalgia y dolor en trapecio derecho, siendo diagnosticada: en 1998 de tendinitis en hombro derecho; en 2010 de una epicondilitis con dolor y calambres en brazo derecho; en 2012 de cervicalgia con mareos, dolor en musculatura paravertebral y contracturas, persistiendo en fechas posteriores las cefaleas y las contracturas cervicales frecuentes; en 2013 de cervicalgia con irradiación a miembro superior derecho, observándose la presencia



de una incipiente discoartrosis difusa, con abombamiento discal C5- C6, una escoliosis cervical leve y una pequeña protusión discal C5-C6; en 2015 de omalgia o dolor en hombro derecho y cervicalgia, con contractura cervical, molestia que persiste en junio de 2016. Además, consta que la actora durante este tiempo recibió tratamiento de fisioterapia y medicación intramuscular, y que estuvo de baja por incapacidad temporal entre el 1 de febrero y el 2 de abril de 2013, por síntomas en el cuello y dolor paracervicodorsal, presentando un cuadro clínico cronicado.

"Por otra parte, el informe pericial acompañado a la demanda no tiene en cuenta todo el historial médico de la actora y, si bien constata la existencia de la discopatía observada en 2013, no le confiere incidencia causal alguna en las lesiones que padece, que atribuye en exclusiva al accidente, como es el caso del cuadro clínico derivado de la hernia discal C5-C6 y de las limitaciones de movilidad en el hombro derecho, lo que la sentencia apelada rechaza, apreciando una mera agravación de artrosis previa. En cuanto al informe médico del Hospital San Rafael, de fecha 16 de febrero de 2017, además de no haber sido ratificado y sometido a contradicción en el juicio, y de no tomar tampoco en consideración todos los antecedentes de la lesionada, establece como "probable" la relación entre el accidente y las lesiones, considerando el dato objetivo de que la protusión diagnosticada en 2013 haya pasado a hernia discal, cuando lo cierto es que aquél diagnóstico de protusión cervical todavía se mantenía en diciembre de 2016, como resultado de las pruebas radiológicas practicadas después del accidente, de manera que el agravamiento de las lesiones que tal cambio supone puede explicarse por su normal proceso evolutivo, como señala de forma clara el dictamen pericial médico de la parte demandada apelante. Por lo demás, los informes médicos asistenciales no acreditan, de forma objetiva e inequívoca, la existencia de una lesión cervical o en el hombro de origen traumático que deba vincularse causalmente al siniestro litigioso, limitándose a dejar constancia del dolor en dichas zonas corporales referido por la paciente, con un primer diagnóstico de cervicalgia con contractura muscular.

"De todo lo expuesto resulta que, como fundadamente alega el recurso, la actora no acredita, de modo concluyente, que concurren los criterios de causalidad genérica de exclusión, consistente en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología,

y de intensidad, consistente en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, previstos, para la indemnización por traumatismos cervicales menores, en el art. 135.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. En consecuencia, debemos concluir que existen dudas más que fundadas sobre la relación causal controvertida, que sirve de presupuesto a la acción ejercitada, lo debe conducir, en virtud del citado art. 217.1 de la LEC, a desestimar la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda, con estimación del recurso interpuesto por la parte demandada".

5. La demandante-apelada ha interpuesto recurso de casación por interés casacional con fundamento en un motivo único, así como recurso extraordinario por infracción procesal con fundamento en dos motivos. Los motivos de ambos recursos han sido admitidos. Formalizando la demandada-apelante, ahora recurrida, escrito de oposición en el que solicita que se dicte sentencia confirmando en su integridad la sentencia recurrida.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. Motivos del recurso. Decisión de la sala

Motivos del recurso

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en dos motivos:

1.1 El motivo primero se introduce con el siguiente encabezamiento: "Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por infracción del art. 217.2 de la LEC, en relación al art 348 de la misma; todo ello con infracción de los derechos fundamentales establecidos en los arts. 24 y 9.3 de la Constitución".

En su desarrollo se alega: (i) que "[E]l art. 217.2 de la LEC, distribuye la carga de la prueba mediante la utilización de la expresión "ordinariamente" [...] y, su aplicación al tema de los accidentes de tráfico supone apreciar que no es concebible que, producido un siniestro, se siga continuado tratamiento médico e incluso un proceso de incapacidad temporal, inexplicable sin aquel, más que en forma verdaderamente "extraordinaria". Ello permite sentar la presunción judicial (art. 386 LEC) de que, producido el accidente y constatadas lesiones, se debe presumir que las

mismas derivan del accidente producido, salvo prueba en contrario"; (ii) que "[l]a carga de la prueba para desvirtuar dicha presunción, esto es, que las lesiones no derivan del accidente, corresponde a la aseguradora que la alegue, y dicha "contraprueba del daño" debe ser plena para desvirtuarla, dado el principio "in dubio pro víctima" que rige en esta materia, de tal modo que si el asegurador no logra demostrar una causa distinta de tales daños o lesiones, la simple duda o posibilidad no demostrada, será insuficiente para liberarle"; (iii) y que "[L]a conclusión contraria, meramente "hipotética" de la sentencia recurrida, resulta irracional, arbitraria e ilógica y, por consiguiente, contraria a las reglas de la sana crítica y al normal devenir de las cosas de las que ordinariamente se desprende la lógica conexión entre el accidente y la inmediata asistencia y tratamiento médico".

1.2 El motivo segundo se introduce con el siguiente encabezamiento: "Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por infracción del art. 394.1 de la LEC, con vulneración de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 9.3 y 24 de la Constitución".

En su desarrollo se alega: (i) que "Existe contradicción insalvable entre el fundamento de derecho primero in fine de la sentencia de instancia, donde se indica "en consecuencia, debemos concluir que existen dudas más que fundadas sobre la relación causal controvertida, que sirve de presupuesto a la acción ejercitada", y el fundamento jurídico segundo donde se determina "la desestimación de la demanda y la consiguiente estimación del recurso determinan la condena al pago de las costas procesales de la primera instancia, por su vencimiento objetivo (art. 394.1 LEC)"; (ii) y que "[si]endo esto así, incurre la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas al encabezamiento del motivo, puesto que las costas de primera instancia no debieran ser impuestas a la actora al existir "serias dudas de hecho o de derecho" conforme al art. 394.1 de la LEC, como es el caso".

Decisión de la sala

2. Motivo primero. Se desestima por lo que se expone a continuación.

2.1 El encabezamiento del motivo incurre en un doble defecto.

Acumula infracciones de diferente naturaleza con cita de preceptos heterogéneos: carga de la prueba (art. 217 LEC), valoración

del dictamen pericial (art. 348 LEC) y derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

Y no incluye un resumen de las infracciones denunciadas, indicando cómo, por qué y en qué han sido infringidas las normas citadas.

2.2 El desarrollo del motivo no guarda la debida concordancia con el encabezamiento.

Por un lado, porque no contiene una exposición razonada de la infracción del art. 348 LEC que se denuncia en el encabezamiento.

Y por otro lado, porque su objeto principal es justificar una presunción judicial cuando resulta que en el encabezamiento no se cita como infringido por inaplicación el art. 368 LEC.

2.3 Tampoco cabe apreciar infracción del art. 217.2 LEC.

La recurrente no niega que la carga de la prueba del nexo causal le corresponda a ella. Que ciertamente le corresponde (por todas, sentencias 117/2008, de 10 de diciembre y 859/2006, de 11 de septiembre), aunque su fijación resulte admisible, sin duda, por la vía de las presunciones.

Lo que sostiene es: (i) que producido el accidente y constatadas las lesiones, se debe presumir la existencia del nexo causal entre aquel y estas; (ii) y que una vez que dicho nexo ha sido fijado como hecho presunto, es la aseguradora recurrida la que carga con la contraprueba de su inexistencia.

Por lo tanto, la discrepancia no se produce porque la Audiencia haya malinterpretado la carga de la prueba. Ni en el sentido formal, atribuyendo a la recurrente la prueba de un hecho que le correspondía realizar a la recurrida. Ni en el sentido material, por error a la hora de determinar a quien corresponde atribuir las consecuencias perjudiciales por su falta de prueba.

La recurrente disiente, porque la Audiencia no ha considerado acreditado el nexo causal entre el accidente (como hecho causa inicial) y las lesiones (como hecho efecto final) cuando, a su juicio, procedía fijarlo a través de una presunción judicial cuyo fundamento sería que "[n]o es concebible que, producido un siniestro, se siga continuado tratamiento médico e incluso un proceso de incapacidad temporal, inexplicable sin aquel, más que en forma verdaderamente "extraordinaria".

2.4 El fundamento de la presunción no resulta convincente.

Podría considerarse persuasivo en el plano de la causalidad general, pero no dice nada, dada su formulación genérica y abstracta, de la causalidad individual o específica que es la que realmente importa y que exige justificar, conforme al planteamiento de la recurrente, que el accidente del caso (con sus específicas particularidades) constituye la única explicación de las lesiones del caso (con sus singulares características), o, al menos, de existir más de una, la que debe prevalecer lógicamente por ser la que cuenta, con arreglo a las pruebas disponibles, con mayor grado de confirmación.

Además, se desentiende por completo de las pruebas practicadas y de la valoración que de ellas ha llevado a cabo la Audiencia, que pone de manifiesto, con una argumentación que no se desvirtúa por error patente o falta de lógica, que existe otra explicación, que la misma no tiene nada de extraordinario y que su grado de confirmación no es menor que el que se puede atribuir al accidente como explicación (causa) de las lesiones (efecto) en las que se basa la reclamación. Y a la argumentación de la Audiencia, que antes hemos recogido en su integridad, nos remitimos.

3. Motivo segundo. Se desestima por lo que se expone a continuación.

3.1 Es doctrina reiterada de esta sala (sentencias 32/2022, de 24 de enero, y 348/2021, de 20 de mayo, por citar solo dos de las más recientes) que la vulneración de las normas sobre costas procesales, pese a su naturaleza procesal, no es susceptible de recurso extraordinario por infracción procesal, si bien, excepcionalmente, sí podría revisarse la decisión del tribunal de apelación, por verse afectada la tutela judicial efectiva, en aquellos supuestos en que se aparte de las reglas generales sobre vencimiento en materia de condena en costas, previstas en el art. 394 LEC, y, sin embargo no motivase su decisión.

3.2 En el caso no estamos en el ámbito de la excepción. La Audiencia en el pronunciamiento de costas no se ha apartado de las reglas generales de vencimiento objetivo del art. 394 LEC, sino que las ha aplicado imponiendo las costas de la primera instancia a la demandante por ser la parte que

ha visto rechazadas todas sus pretensiones.

Recurso de casación

TERCERO. Motivo del recurso. Decisión de la sala Motivo del recurso

1. El recurso de casación se funda en un motivo único que se introduce con el siguiente encabezamiento: "Infracción por aplicación indebida, o en su defecto por interpretación errónea, del art. 135 en relación al art. 7 de la Ley 8/04 sobre RCSCVM en redacción dada por Ley 35/15 de 22 de septiembre; todo ello en conexión a los principios de "reparación integral del daño" e "in dubio pro damnato", recogidos en las sentencias del Tribunal Supremo nº 273/09 de 23-04-09, y nº 281/2009, de 27-04-09.

"Se trata de normas con menos de cinco años en vigor, sin jurisprudencia sobre la cuestión, presentando el recurso interés casacional, existiendo doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, citándose como contradictorias, entre otras muchas notorias, las sentencias AP Coruña (Sección 6a) 200/2017 de 23 de octubre, AP Coruña (Sección 4a) nº 72/2017 de 2 de marzo, AP Coruña (Sección 5a) nº 74/2017 de 16 de marzo, AP Coruña (Sección 3a) no 254/2017 de 14 de julio, AP Coruña (Sección 5a) no 354/2016 de 30 de septiembre, AP Alicante (Sección 9a) nº 321/2016 de 14 de julio, AP Asturias (Sección 7a) no 236/2017 de 11 de mayo, AP Asturias (Sección 6a) nº 142/2017 de 28 de abril, AP Asturias (Sección 6a) no 254/2017 de 14 de julio, AP Barcelona (Sección 13a) no 758/17 de 20 de diciembre, AP León (sección 1a) no 408/16 de 27 de diciembre, copia de todas las cuales se aportan".

En su desarrollo se alega: (i) por un lado, que la sentencia recurrida es errónea, de una parte, porque no cabe aplicar el art. 135 LRCSCVM, "[y]a que la profusión de pruebas diagnósticas, tratamiento médico continuado, baja oficial laboral y multitud de datos objetivos, hacen que la mera subjetividad que exige el precepto, esté ampliamente superada [...]"; y de otra, porque "[n]o existiendo una prueba concluyente, las dudas en este ámbito especial en el que prima la protección a ultranza de las víctimas, [no] deben resolverse en contra de la víctima [...]"; (ii) y por otro lado, que "[e]n esta materia de indemnización de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos a motor, rigen los principios de



"reparación integral" e "in dubio pro damnato" [y] de reparación "en concreto" [...] y que "[e]l punto de partida en la resolución de estos casos, debe ser que, producido un accidente y constatadas lesiones, se debe presumir -ex art. 386 LEC- que las (sic) mismos derivan del accidente producido, salvo prueba en contrario [...]".

Decisión de la sala

2. El motivo se desestima por lo que se expone a continuación.

2.1 Acumula modalidades de interés casacional que resultan incompatibles.

La existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales conlleva que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el problema jurídico planteado, pues en otro caso habría sido resuelta por esta sala la contradicción denunciada.

Y la aplicación de normas que no lleven más de cinco años en vigor implica que no existe jurisprudencia de esta sala relativa a las mismas (o a normas anteriores de igual o similar contenido).

2.2 No razona cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en las sentencias mencionadas.

2.3 Carece de efecto útil, ya que reconocer la inaplicación del art. 135 LRCSCVM no alteraría el sentido de la decisión recurrida que se basa en la atribución de las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba del nexo causal a la parte a quien correspondía probarlo: la recurrente.

2.4 Reitera la procedencia de considerar la presunción judicial referida con anterioridad lo que constituye una cuestión procesal ajena

al ámbito del recurso de casación y sobre la que ya nos hemos pronunciado, además, en el recurso extraordinario por infracción procesal, al que nos remitimos.

CUARTO. Costas y depósitos

Desestimado tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación, procede imponer las costas generadas por ambos recursos a la recurrente (arts. 398.1 y 394.1 LEC), con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.a, apartado 9.a, 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 el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D.a María Consuelo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Quinta) el 17 de enero de 2019 (recurso de apelación 76/2018).

2.o Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.a María Consuelo contra la sentencia referida en el ordinal anterior.

3.o Imponer a D.a María Consuelo las costas ocasionadas con los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Por **Xavier Coca Verdaguer**
Abogado

Con una lectura rápida y diagonalizada de la presente sentencia, y cierto ánimo sensacionalista, podría anunciarse como “la Primera Sentencia del Tribunal Supremo que aplica el controvertido artículo 135 LRCSCVM, introducido en la última reforma del Baremo por la Ley 35/2015, como aval del nexo causal en los traumatismos menores de la columna vertebral!”, pero, lamentablemente (para algunos), tal megalómano título no sería fiel al relato, contenido y la doctrina real que reporta la presente sentencia.

Y es que, si bien con el recurso se presentó, entre otros, un alambicado motivo de casación por interés casacional, fundado en la aplicación indebida o interpretación errónea del art. 135 en relación al art. 7 de la LRCSCVM, en conexión con los principios de “reparación integral del daño” e “in dubio pro damnato”, ensamblado con el art. 477.3 LEC en relación *a la aplicación de normas con menos de cinco años en vigor, sin jurisprudencia sobre la cuestión, existiendo doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales*, el Tribunal “despacha” el motivo desestimándolo. En primer lugar, por entender que se han acumulado modalidades de interés casacional que resultan incompatibles; en segundo lugar porque

“(…) lo que viene a decir el Tribunal, es que en este artículo no están las normas ni las reglas de la causalidad ni la carga de la prueba, si no que las mismas tienen su origen en la propia LEC, y que si mediante un desarrollo exhaustivo de prueba pericial y documental en el juicio, una parte ha podido poner en duda o incluso acreditar que existen en el perjudicado/reclamante otras causas que justifiquen totalmente las patologías por las que se reclama…”

no se han razonado cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se menciona como contradictoria y, en tercer lugar y más importante para el ficticio “anuncio” de la presente sentencia, porque entiende que *carece de efecto útil* entrar a valorar la aplicación indebida o interpretación errónea del art. 135 LRCSCVM, *ya que reconocer (su) inaplicación no alteraría el sentido de la decisión recurrida*, pues entiende el Tribunal, que la misma no se fundamenta en este artículo, si no *que se basa en la atribución de las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba del nexo causal a la parte a quien correspondía probarlo: la recurrente*.

Y, parcialmente, es así, pues en el fondo del asunto enjuiciado y recurrido no está tanto el artículo 135 LRCSCVM como sí el art. 217 LEC respecto la carga de la prueba, pues, aunque el debate se ha centrado en el conocido como “criterio de exclusión” previsto y regulado en el art. 135.1 a) LRCSCVM, lo que viene a decir el Tribunal, es que en este artículo no están las normas ni las reglas de la causalidad ni la carga de la prueba, si no que las mismas tienen su origen en la propia LEC, y que si mediante un desarrollo exhaustivo de prueba pericial y documental en el juicio, una parte ha podido poner en duda o incluso acreditar que existen en el perjudicado/reclamante *otras causas que justifiquen totalmente las patologías* por las que se reclama, y el demandante no ha podido o no ha sabido acreditarlo con la misma contundencia, simplemente se desestima la demanda por falta de prueba que, por otra parte, el tribunal considera que no puede sustituirse, en el presente caso, por presunciones “de nexo” por el mero hecho de: (i) haberse producido el siniestro; (ii) se haya seguido tratamiento médico y (iii) exista un proceso de incapacidad temporal.

COMENTARIO

El supuesto es relativamente sencillo y fácilmente reconocible para los prácticos de la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos a motor: accidente de tráfico con culpa clara y no discutida, donde uno de los ocupantes del vehículo no responsable reclama por los daños y perjuicios que manifiesta haber sufrido a raíz de dicho accidente en cuestión en el año 2016.

La problemática radica en que la demandante reclama 43.215,45 euros por las lesiones causadas y la demandada se opuso a la demanda por entender la reclamación *injusta y desproporcionada a la vista de la escasa cuantía de los daños materiales ocasionados por el accidente (580,15 euros)*, y pone en duda la relación de causalidad entre las lesiones reclamadas y el presente accidente, *ya que los documentos médicos aportados por la demandante objetivaban lesiones degenerativas y previas al accidente que podían justificar toda su sintomatología*; y, por tanto, *correspondía a la demandante acreditar la realidad del siniestro, la relación de causalidad y el alcance de las lesiones sufridas*.

Y si bien la sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y condenó a la demandada a satisfacer una indemnización de 14.656,03 euros, cantidad que por sí misma ya hace intuir que existieron algunos problemas de prueba en el plenario, la audiencia provincial, en este caso la sección 5ª de A CORUÑA, en la Sentencia núm. 22/2019, de 17.01.19, desestimó íntegramente la demanda e impuso las costas argumentando que *“la actora no acredita, de modo concluyente, que concurran los criterios de causalidad genérica de exclusión, consistente en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología, y de intensidad, consistente en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, previstos, para la indemnización por traumatismos cervicales menores, en el art. 135.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Y ello en virtud del citado art. 217.1 de la LEC*.

...el Tribunal no niega que, con carácter genérico, pueda entenderse que existe una presunción de nexo causal cuando, producido un accidente de tráfico, los ocupantes hayan acudido al médico aquejados de lesiones, de entrada, compatibles con dicho accidente, pero si, practicada toda la prueba, dicho nexo se ha puesto en duda de forma convincente y no se ha contrarrestado con prueba igualmente convincente, no puede pretenderse que se ignore la prueba practicada con presunciones....



Y es que el problema de base de este asunto, no está en el criterio de intensidad (art. 135.1 d)) por los escasos daños causados en el vehículo (que, en parte, también, pues así lo defendió y acreditó la compañía demandada) si no en el criterio de exclusión (art. 135.1 a)), por la cantidad de antecedentes clínicos que tenía la perjudicada que, según entendió la sentencia de la Audiencia Provincial en base a la prueba practicada, *las zonas corporales en las que se sitúan las lesiones litigiosas estaban ya afectadas por patologías cervicales y de hombro previas, lo que había dado lugar a múltiples consultas desde el año 2009 hasta el mismo 2016, meses antes del accidente, recogiendo el amplio historial clínico de la paciente, prácticamente todo vinculado a estas patologías.*

La aseguradora demandada centró toda su prueba en dos informes periciales, tanto de carácter biomecánico como médico, que se pronuncian *de forma rotunda* en el sentido de descartar la existencia de un nexo causalidad entre el siniestro y las lesiones que padece la demandante. En cambio, la prueba pericial de la demandante *no tiene en cuenta todo el historial médico de la actora* y si bien reconoce la existencia de patologías previas, atribuye en exclusiva al accidente las lesiones que padece y reclama. La sentencia de primera instancia, sin embargo, estimó que existía un “probable” nexo causal entre el accidente y las lesiones sufridas, *considerando el dato objetivo de que la protusión diagnosticada en 2013 haya pasado a hernia discal*, si bien lo valoró como una agravación de patología previa, justificación que desestima la Audiencia con datos objetivos de prueba documental como que el *diagnóstico de protusión cervical todavía se mantenía en diciembre de 2016, como*

“...el Tribunal no niega que, con carácter genérico, pueda entenderse que existe una presunción de nexo causal cuando, producido un accidente de tráfico, los ocupantes hayan acudido al médico aquejados de lesiones, de entrada, compatibles con dicho accidente, pero si, practicada toda la prueba, dicho nexo se ha puesto en duda de forma convincente ...”

resultado de las pruebas radiológicas practicadas después del accidente, de manera que el agravamiento de las lesiones que tal cambio supone puede explicarse por su normal proceso evolutivo, como señala de forma clara el dictamen pericial médico de la parte demandada apelante.

A partir de aquí la audiencia de A CORUÑA, determina que los informes médicos asistenciales *no acreditan, de forma objetiva e inequívoca, la existencia de una lesión cervical o en el hombro de origen traumático que deba vincularse causalmente al siniestro litigioso, limitándose a dejar constancia del dolor en dichas zonas corporales referido por la paciente, con un primer diagnóstico de cervicalgia con contractura muscular* y estima el recurso de la aseguradora en el sentido de desestimar íntegramente la demanda porque *la actora no acredita, de modo concluyente, que concurren los criterios de causalidad genérica de exclusión, consistente en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología, y de intensidad, consistente en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, previstos, para la indemnización por traumatismos cervicales menores, en el art. 135.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.*

Es decir, que para la Audiencia, por el hecho de existir todos los antecedentes acreditados de patología similar a la que se presenta tras el accidente y la poca intensidad del mismo, el hecho que se haya acudido al médico tras el accidente manifestando dolor y objetivándose contractura muscular, no es suficiente como para tener por acreditado que estas lesiones hayan sido causadas por el accidente, y ello en base a los criterios de

causalidad genérica de exclusión y el de intensidad del art. 135.1 LRCSCVM.

A partir de aquí, el planteamiento del recurrente en casación ha sido: (i) que producido el accidente y constatadas las lesiones, se debe presumir la existencia del nexo causal entre aquel y éstas; (ii) y que una vez que dicho nexo ha sido fijado como hecho presunto, es la aseguradora recurrida la que carga con la contraprueba de su inexistencia, pues «[n]o es concebible que, producido un siniestro, se siga continuado tratamiento médico e incluso un proceso de incapacidad temporal, inexplicable sin aquel, más que en forma verdaderamente «extraordinaria»».

Para el Tribunal Supremo, el argumento **no resulta convincente**, pero lo achaca *a su formulación genérica y abstracta, de la causalidad individual o específica que es la que realmente importa y que exige justificar (...), que el accidente del caso (con sus específicas particularidades) constituye la única explicación de las lesiones del caso (con sus singulares características), o, al menos, de existir más de una, la que debe prevalecer lógicamente por ser la que cuenta, con arreglo a las pruebas disponibles, con mayor grado de confirmación.*

En definitiva, el Tribunal no niega que, con carácter genérico, pueda entenderse que existe una presunción de nexo causal cuando, producido un accidente de tráfico, los ocupantes hayan acudido al médico aquejados de lesiones, de entrada, compatibles con dicho accidente, pero si, practicada toda la prueba, dicho nexo se ha puesto en duda de forma convincente y no se ha contrarrestado con prueba igualmente convincente, no puede pretenderse que se ignore la prueba practicada con presunciones, y en el presente caso, tal y como recuerda la sentencia, la recurrente **se desentiende por completo de las pruebas practicadas y de la valoración que de ellas ha llevado a cabo la Audiencia, que pone de manifiesto, con una argumentación que no se desvirtúa por error patente o falta de lógica, que existe otra explicación, nada extraordinaria y que su grado de confirmación no es menor que el que se puede atribuir al accidente como explicación (causa) de las lesiones(efecto) en las que se basa la reclamación.**

De manera que, y para resumir, no nos encontramos frente a una sentencia reveladora de doctrina interpretativa del art. 135 LRCSCVM, pero sí ante una sentencia que, a mi entender, da dos advertencias:

1.- Que el art. 135 LRCSCVM no inventa y ni siquiera regula realmente las reglas y criterios de la causalidad, si no que los mismos (en concreto el de exclusión) son criterios de causalidad genérica, que funcionarían igual sin este artículo, por lo que, alegada la falta de nexo, en el fondo, lo que cuenta son las normas de la carga probatoria, y, por ello

2.- No podemos quedarnos pasivos frente a prueba pericial o documental que, de contrario, acredite una falta de nexo entre unas lesiones y un accidente de tráfico aunque las mismas hayan cumplido con los criterios cronológico y topográfico, pues si existe prueba fundada para poder aplicar el criterio de exclusión, combinado o no con el de intensidad, hay que focalizar el esfuerzo probatorio hacia ese camino, bajo riesgo de perder el asunto si se confía en las presunciones o sentido común demasiado genéricos.

Me queda la duda de si planteada de origen la reclamación directamente en base a la agravación de patología previa, siendo transparentes de inicio sobre los antecedentes, y, de hecho, en base a éstos, justificar la reclamar por justamente una lesionada con mayor vulnerabilidad frente a este tipo de traumatismos, justamente, por su estado previo, si el asunto se hubiera transado extrajudicialmente con la compañía o el juzgado lo hubiera estimado, pero esto ya son cábalas para otro artículo.





perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

La Sentencia nº 18/2021, de 15 de febrero, de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional, núm. 3966-2018 -ponente la Excm. Magistrada D.ª Encarnación Roca Trías-, dictada en recurso de amparo de uno de los condenados por el Tribunal Supremo del “ Caso Madrid Arena”, desestima el amparo que se fundaba en la doctrina constitucional sobre las garantías procedimentales de la condena o agravación en segunda instancia, negando la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) aducida, ya que la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha revocado la absolución y condena con base a consideraciones puramente jurídicas tras un examen respetuoso de sus exigencias, e igualmente, se descartó una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías en general, del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial sin indefensión:

“...los aspectos analizados por el Tribunal Supremo para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante no atañen a cuestiones de hecho y de Derecho entrelazadas, sino puramente jurídicas, relativas al criterio para afirmar la existencia del nexo objetivo típicamente exigible entre el resultado desvalorado y la conducta del agente. Se parte del mismo sustrato fáctico, como el propio voto particular admite, pero se opta por una interpretación del delito de homicidio imprudente en comisión por omisión (art. 142 CP en relación con el art. 11 CP), del concreto elemento objetivo del tipo de la imputación objetiva, que torna la atipicidad en tipicidad y, por ello, la absolución en condena. Las tres alteraciones fácticas que, según criterio del demandante, desmentirían la conclusión

anterior, no son tales, sino una crítica a la concepción del elemento típico de la imputación objetiva acogida por el Tribunal Supremo. En la medida en que se trata de una nueva definición jurídica del delito enjuiciado y, por ello, de un estricto cambio de calificación jurídica a partir de los hechos probados y de la valoración realizada por la audiencia de la conducta del médico como gravemente imprudente, no era precisa la celebración de una vista pública con reproducción de pruebas personales y audiencia del acusado, siendo bastante que su letrado tuviera oportunidad de presentar por escrito los argumentos que estimó oportunos en su defensa, habiendo incluso informado al respecto en la vista celebrada en casación (SSTC 35/2020, FJ 3, y SSTEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo

González c. España, § 36; de 22 de octubre de 2013, caso Naranjo Acevedo c. España, § 17-19, y de 23 de febrero de 2016, caso Pérez Martínez c. España, § 37, 39 y 40).

“...preferencia por la teoría del aumento del riesgo con argumentos relativos al deber de tutela de los bienes jurídicos y de eficacia preventiva de las norma penales. Atiende, en concreto y en línea con pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal alemán, a las peculiaridades que la actividad médica presenta, donde raramente puede acreditarse la posibilidad segura de salvación con la conducta correcta, con el negativo efecto preventivo de tal criterio de imputación, que conduce a la impunidad de las omisiones de la prestación médica debida, dada esa duda sobre la eficacia salvadora de

la acción conforme a la *lex artis* médica.

En tal medida, cuando el recurrente reprocha a la tesis del aumento del riesgo que opera con una inversión de la carga de la prueba y que vulnera el principio *in dubio pro reo*, ya que, ante la duda sobre la eficacia salvadora de la acción diligente, se imputa el resultado a la omisión imprudente y se castiga por el delito de resultado, parte implícitamente de un modelo de imputación distinto, anclado en la idea de evitabilidad y que exige como elemento típico que, con práctica seguridad o alta probabilidad, el comportamiento correcto hubiera evitado el resultado. Pero la teoría del incremento del riesgo no confiere relevancia a efectos de responder por el resultado a la mera posibilidad de que la acción correcta tampoco hubiera impedido el resultado,

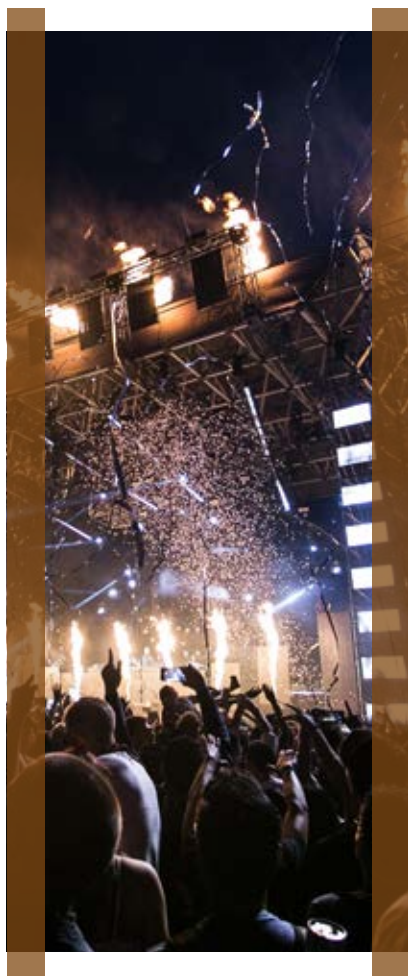
solo a que no exista el aumento del peligro –genuino elemento típico que debe probar la acusación–, pues, en tal caso, no hay un riesgo por encima del permitido que desincentivar. Así sucede, y aquí es cuando indirectamente converge con la teoría de la evitabilidad respecto a la atención al curso alternativo correcto, cuando la conducta debida, con certeza, hubiera tenido el mismo resultado dañoso, dado que no existe un incremento (o no disminución) del riesgo que los bienes jurídicos deben soportar con carácter permitido. Y así lo pone de relieve la sentencia impugnada, que advierte que «si se acredita que el resultado no se hubiera evitado, de realizar la conducta obligada, se entiende lógicamente que la omisión no ha generado o incrementado riesgo alguno», corolario que hay que poner en conexión con su concepción de la imputación objetiva y la necesidad de que exista un aumento del peligro acreditado.

A la vista de las consideraciones anteriores, no puede estimarse la queja de vulneración del derecho a la presunción de inocencia imputable a la teoría de la imputación objetiva por la que opta la Sala Segunda. La denuncia se apoya en la atribución de una exigencia típica propia de otros modelos de imputación, señaladamente, la posibilidad de evitar el resultado con la conducta ajustada a derecho con alta o segura probabilidad, pero no demandada por la teoría del incremento del riesgo, que requiere la prueba de ese incremento y, en buena lógica, no solo no presupone la concurrencia de dicha segura evitabilidad, sino que ni siquiera se pregunta por ella.

...El demandante concluye su recurso recriminando a la resolución que lo condena que no haya acreditado desde una

perspectiva *ex post* una posibilidad significativa de disminución del riesgo, sino una posibilidad de mínimos. De nuevo discrepa aquí del entendimiento de las exigencias típicas sobre la relación entre omisión y resultado y no estrictamente sobre la existencia de prueba de cargo. Si bien dice situarse en las coordenadas de la teoría del incremento (disminución) del riesgo, introduce un criterio corrector de tipo estadístico o probabilístico, cual es que la posible disminución del riesgo con la acción debida sea significativa. Pero lo cierto es que no es esa la tesis que acoge el Tribunal Supremo, que se conforma para conectar la omisión y el resultado con la posibilidad de tal disminución, aunque sea de mínimos, que el propio recurrente reconoce acreditada. Tampoco en este punto pone en tela de juicio la existencia de prueba de los elementos del delito en la interpretación del órgano judicial, pues reconocer que las posibilidades de evitar la muerte eran escasas implica reconocer que había tal posibilidad.

En definitiva, el Tribunal Supremo acoge el criterio del incremento del riesgo como criterio de imputación objetiva del resultado frente al criterio de la probabilidad de evitación rayana en la certeza que sostuvo la Audiencia Provincial. Lo hace en el ámbito de sus atribuciones, como máximo intérprete de la legalidad ordinaria, en atención a las peculiaridades fenomenológicas de las prestaciones médicas, el fin de tutela de bienes jurídicos y la finalidad preventiva a la que sirven las disposiciones penales. Desde tal comprensión y definición de los elementos típicos, examina los hechos probados fijados por el tribunal de primera instancia tras una valoración de la prueba cuya razonabilidad no se ha cuestionado, como tampoco lo ha sido la suficiencia del



material incriminador al respecto. Concluye a partir de esas premisas fácticas que el resultado de muerte es imputable a la conducta del recurrente, que era garante de la vida de la persona lesionada, por cuanto omitió palmariamente la actuación profesional correcta y, con su conducta manifiestamente negligente, contribuyó a que el riesgo vital culminara en la muerte de la joven herida en la avalancha. Ni la concepción manejada por el órgano judicial sobre los requisitos para imputar el resultado a la previa omisión imprudente ni su aplicación en el caso concreto vulneran el derecho a la presunción de inocencia”

El trastorno adaptivo por duelo complejo a consecuencia del óbito de una persona particularmente próxima (la muerte de la única hija de cinco años de edad causada de forma violenta por la propia madre de la menor) es tratado de modo muy particular por la Sentencia nº 29/2022, de once de marzo, de la Audiencia Provincial de Logroño, Sección 1ª, Tribunal Jurado - Ponente: María del Puy Aramendia Ojer-, se determina un perjuicio personal moderado de 145 días, no así la secuela, indemnizando en 200.000€- un intenso daño moral :

“Esta magistrada presidente del tribunal del jurado da prevalencia al objetivo e imparcial informe de la psicóloga forense y del médico forense, frente al informe pericial de parte, por las razones que se van a expresar. Para la elaboración del informe pericial forense, don Primitivo fue examinado tanto por la

psicóloga como por el médico forense, mientras que para la elaboración del informe pericial de parte don Primitivo fue examinado únicamente por la psicóloga, no fue examinado por la médico que suscribe el informe, que realiza su valoración médica a partir de las grabaciones de la entrevista y de las pruebas realizadas por la psicóloga, sin ninguna intervención profesional directa con el evaluado...

... C o n c l u s i o n e s psicológico forenses Primera el informado padeció un cuadro psiquiátrico compatible con un D, como consecuencia de lo ocurrido a su hija. Segunda a consecuencia de este cuadro estuvo bajo tratamiento psiquiátrico y en laboral desde el 27/01/20 hasta el 22/06/20, es decir 145 días de perjuicio personal moderado (según la denominación de la ley 35/15). Tercera En el momento actual el cuadro ha cedido y no quedan secuelas derivadas del padecimiento que tuvo...

“En cuanto al trastorno adaptivo por duelo complejo y los trastornos somatomorfos, del contenido de las entrevistas que se han transcrito en el informe se desprende que don Primitivo presentaba los síntomas propios del duelo al principio del hecho traumático de la muerte de su hija, y se han reavivado, razonablemente como informan los peritos forenses, con la cercanía del juicio por este hecho. Y según consta en la historia clínica, los trastornos físicos que las peritos informan se han exacerbado tras la muerte de Regina ya los venía padeciendo don P desde varios años antes, así eccema desde el año 2013, gastritis desde el año 2011, o caída del pelo desde el año 2016. Y en fin, al respecto de los trastornos patológicos que informan las peritos padece don P, ha destacarse de manera muy relevante que don P recibió el día de los hechos y sucesivamente tratamiento psicológico por parte de las

psicólogas de la Cruz Roja con el objetivo de hacer una adecuada gestión del duelo; informando la perito psicóloga que fue una cobertura pequeña porque Cruz Roja dejó de dar terapias con la pandemia, que fue muy pequeña la intervención. Don P no acudió posteriormente a terapia con ningún otro psicólogo. Tampoco ha recibido tratamiento psiquiátrico en todo este tiempo. Solo ha sido atendido por el médico de Atención Primaria, y solo toma la medicación prescrita, no por Unidad de Salud Mental o psiquiatría, sino por el médico de Atención Primaria, siendo el tratamiento farmacológico pautado paroxetina, antidepresivo que ya le había sido pautado en fecha muy anterior a los hechos, el 4 de noviembre de 2019. Y que don P cursó baja por incapacidad temporal el 27 de enero de 2020 con el diagnóstico de duelo, D. No se ha aportado el parte médico de alta. Se ha aportado informe de la Inspección Educativa que indica que informa: « en el momento de su baja. D P no habla concluido aún los 5 meses necesarios para completar el periodo de inserción en el centro docente Por ello, y también de acuerdo a los datos obtenidos en RACIMA. D P se incorporó a su puesto de trabajo el día 23 de junio de 2020 una vez ya finalizada la actividad lectiva con alumnos Tras su incorporación, y una vez reunidos el resto de requisitos obtuvo valoración positiva de la fase de prácticas». Pues bien, tras el alta y la reincorporación al centro docente, don P no ha tenido ninguna otra baja desde dicha fecha 23 de junio de 2020. La falta de seguimiento psicológico y psiquiátrico y el desarrollo continuado de su actividad laboral se compadece mal con las numerosas y graves patologías que informan las peritos de parte. Añadir que por más que el documento de Atención Primaria manejado

por las peritos se denomine historia clínica completa de don P, es obvio, por su contenido, que se trata de una relación cronológica de los distintos episodios que se mencionan en el mismo, por los que don Javier ha sido atendido en Atención Primaria, más las prescripciones farmacológicas activas a la fecha de emisión de dicho documento, pero en el mismo no se contiene ni un solo informe médico, valoración médica, observaciones médicas, en fin, nada que permita conocer cualquier dato relativo a las dolencias que simplemente se mencionan en dicho documento. Frente al informe de las peritos de parte, con los déficits ya señalados, el imparcial informe de la psicóloga forense y del médico forense del Instituto de Medicina Legal de la Rioja, con las explicaciones dadas en el acto del juicio, es objetivo, claro, coherente, y concuerda con lo expuesto en el anterior fundamento jurídico. Informan los peritos que los trastornos de la personalidad no son los más habituales después de un acto traumático, no aparecen de un día para otro, la alteración de la personalidad no se refleja en una sintomatología de estrés postraumático; el trastorno adaptativo que padeció don P no evolucionó a un estrés postraumático, no han visto alteraciones de la percepción como si su hija estuviera presente, su hija a pesar de haber fallecido está presente en su vida, no es una alucinación, no es una patología, es un sentimiento subjetivo, un recuerdo, tenerla presente; no hay un trastorno obsesivo compulsivo, don P realiza esos actos de ir al cementerio, contarle un cuento..., es una forma de recordar, de superar la ausencia, no es manifestación de un duelo patológico; no han detectado ningún tipo de somatización, hubo pérdida de peso, alteración del sueño cuando ocurrió el hecho, le preguntaron y lo dijo, era la clínica típica de este distrés

psicológico, y también les dijo que con el tiempo muchas de las cosas que tuvo fueron mejorando: había cogido peso, empezado a trabajar, hacer deporte..., si no hubiese estado en condiciones de trabajar ni hubiese podido continuar de alta laboral, menos con el trabajo que tiene. Ese trastorno existió pero ya no existe, es normal que existiera, pasó, curó, no se consolidó como secuela.

En cuanto al daño moral, es obvio que en un delito como el cometido y en las circunstancias en que lo fue, el daño moral es inherente a hechos de tan grave y singular naturaleza, que necesariamente han de causar a don Primitivo un infinito dolor, pesar y amargura. No es discutido que don P había nacido el NUM069 de 1981, por lo que tenía 38 años al momento de los hechos. Su hija R, con la que convivía, había nacido el NUM070 de 2014, tenía tan solo cinco años cuando fue asesinada. La proximidad del vínculo familiar, la afectividad propia de la relación entre padre e hija, la injustificada e inesperada pérdida de su hija en las dramáticas circunstancias en que tuvo lugar, el hecho de que R fuera la única hija de don P, la muerte de su única hija causada de forma violenta por la propia madre de la menor, el hecho de que don P sea maestro, por lo que más si cabe ha de tener presente en todo momento a su hija, al ver a los otros niños, crecer, jugar, educarse; la prematura muerte de R, que tenía toda la vida por delante, con la ruptura anticipada e irreversible de la compañía y los lazos de afecto entre R y su padre, son hechos y circunstancias que conllevan necesariamente un plus de aflicción a don P, un intenso daño moral que debe ser indemnizado sin atender ni con carácter orientativo al baremo anexo a la Ley 35/2015; estimando ponderado, atendiendo a las

circunstancias señaladas, fijar como indemnización por daño moral la cantidad de 200.000 euros, coincidente con la solicitada por el Ministerio Fiscal. Dicha suma devengará los intereses legales del art. 576 de la Lec desde la fecha de esta sentencia. Añadir que el Tribunal Supremo ha reconocido la compatibilidad entre las lesiones psíquicas y el daño moral, así en sentencia de fecha 9 de octubre de 2019, Nº de Recurso: 10194/2019, Nº de Resolución: 458/2019."



Reclaman por responsabilidad patrimonial el viudo e hija de la única fallecida en una colisión múltiple, entre 39 vehículos, resultando como consecuencia del mismo una persona fallecida, cuatro heridos graves, 27 heridos leves, 43 ilesos y daños de gran consideración en varios de los vehículos implicados.

El día del accidente la autovía A8, en el punto kilométrico en el que este sucedió, no estaba dotada de medidas de precaución específicas para la circulación con niebla “superespesa”: no había carteles indicadores de tal circunstancia ni balizamientos especiales, ni límites específicos de velocidad adecuados a las circunstancias de la vía. Los conductores se vieron en situación de riesgo para la conducción sin aviso previo, ni plan contingente para reducirlo- en particular en el Alto de O Fiuoco, termino municipal de Mondoñedo Lugo-, punto kilométrico 545. Con posterioridad al accidente han sido innumerables las mejoras respecto a la seguridad de la vía en circunstancias de niebla intensa, y se han realizado sistemáticamente desviaciones del tráfico por la carretera nacional para paliar los efectos que en la visibilidad produce la niebla que de forma constante se instala y permanece en el tramo de vía en la que el accidente tuvo lugar, medidas que no habían sido previstas en su momento, tanto en el proyecto elaborado, como en su ejecución. Se alegó que el proyecto de realización de la carretera en este tramo no tuvo en cuenta la orografía del lugar, la altitud, y la meteorología, no dotándose a la vía de ningún medio preventivo específico para paliar los efectos negativos de la niebla. Si se hubiese dotado a la vía de mecanismos complementarios para la seguridad de la circulación en días de niebla, el accidente del día 26.07.14 no se hubiese producido, o sus consecuencias no hubiesen sido de tal gravedad. Decide la sentencia de cinco de febrero de dos mil veintiuno - recurso nº 237/2019 - de la Sala de lo Contencioso, de la Audiencia Nacional., Sección: 8 -Ponente Ilma. Sra.: D^a. Mercedes Pedraz Calvo, que ya había resuelto en igual modo el recurso del padre, madre y hermana de la fallecida, la sentencia de dieciocho de diciembre de dos mil veinte - recurso nº 930/2018-:

“La Sala considera que no puede concluirse en la existencia del nexo causal porque se incrementarían las medidas que se han reproducido. Las preexistentes eran relevantes, y la situación puede calificarse de

excepcional, dado el día, en pleno mes de julio, y la hora, en el mediodía, no habiéndose acreditado que en el punto kilométrico en cuestión se hayan producido otros accidentes. De la prueba practicada resulta un

conjunto de elementos, entre los que esta Sala considera especialmente relevante la existencia de señalización fija excepcional para determinadas situaciones excepcionales, entre las que, evidentemente se encuentra una niebla de las características descritas en los informes obrantes en el expediente el día y la hora en que tuvo lugar el choque. Igualmente resulta evidente, a juicio de este Tribunal, que tal situación de niebla densa En consecuencia, con los examinados y valorados elementos probatorios no puede considerarse como causa eficiente del accidente la falta de diligencia de la Administración en el cumplimiento de su deber de mantener las carreteras en condiciones de ser usadas con unos razonables estándares de seguridad, deber que no implica que en cada minuto se esté actuando ante eventualidades como la que ocurría en la fecha relevante. Entender lo contrario supondría la aplicación de una responsabilidad de la Administración no ya objetiva sino prácticamente automática en cualquier tipo de accidente que se produzca en la utilización del servicio público.”



Con independencia de la importancia de esta sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional, estimatoria del amparo, núm. 161/2021, de 4 de octubre de 2021. Recurso de amparo 2407-2019. , en el marco de un proceso de desahucio y desalojo de un “presunto” incapaz, que sin oponerse en el proceso paga después de sentencia lo en el adeudado, conservemos - para el ámbito del derecho de daños - la declaración:

“(ii) El tribunal constata, por otra parte, que las resoluciones judiciales impugnadas argumentan que no constaba que el demandado hubiera sido declarado judicial o administrativamente en situación de incapacidad ni que los padecimientos referidos en la documentación determinaran la necesidad de un complemento de su capacidad. La protección que la Constitución dispensa a las personas con discapacidad -tanto en lo relativo a la prohibición de su discriminación (art. 14 CE) como al mandato a los poderes públicos de realizar una política de integración de estas personas que les ampare para el disfrute de los derechos que

la Constitución otorga a todos los ciudadanos (art. 49) y a que el reconocimiento, respeto y protección de este mandato deba informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 CE)- no puede quedar condicionada por requisitos formales como son el previo reconocimiento o declaración judicial o administrativa de una situación de incapacidad, lo que pugnaría, por un lado, con la exigencia constitucional de que la promoción de la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE) y, por otro, con la propia regulación legal de desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad establecida en el art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que atiende de manera preferente a un concepto material de discapacidad. Por tanto, el tribunal concluye, de acuerdo con lo que interesa el Ministerio Fiscal, que en las circunstancias concurrentes en el presente caso una respuesta como la dada por los órganos judiciales al demandante de amparo vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), lo que determina la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas y la retroacción de actuaciones para que se pronuncie una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental reconocido.”

La Sentencia nº 10/2022, de 7 de febrero, Recurso de amparo núm. 3931-2018, de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional, respecto a la tasación de las costas causadas en un procedimiento abreviado ante un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, procedimiento sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos de defensa y a la asistencia letrada, en resoluciones judiciales que consideran gastos indebidos los honorarios del abogado en un supuesto en el que no resulta preceptiva su intervención :

“A la vista de las reflexiones precedentes, consideramos necesario realizar una lectura más acorde con la relevancia constitucional de la asistencia letrada y del pronunciamiento en costas a efectos de asegurar la plena salvaguarda de los derechos concernidos. Para ello bastará con interpretar la excepción dispuesta en ese apartado 3 del art. 23 LJCA como una facultad reconocida a los funcionarios públicos que, en la situación objetiva descrita, les permite optar entre la defensa técnica o la autodefensa de sus intereses. Esa interpretación resulta avalada por la propia literalidad del precepto, que utiliza el vocablo «podrán», connotando la posibilidad de que no operen las reglas dispuestas en los dos primeros apartados de ese precepto, en virtud de las cuales resultaría preceptiva la asistencia letrada en las actuaciones ante órganos jurisdiccionales unipersonales (art. 23.1 LJCA), y esa asistencia técnica por abogado y la representación por medio de procurador cuando se trate de actuaciones



ante órganos colegiados (art. 23.2 LJCA). Por lo demás, es la interpretación que se desprende de la voluntad expresada por el legislador. En el propio preámbulo de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que introduce la previsión del art. 23.3 LJCA, recuperando una posibilidad que había existido antes en dicha Ley, justifica tal introducción señalando que se hace «para permitir que los funcionarios públicos, que no tienen reconocido el derecho de justicia gratuita con independencia de sus recursos, puedan comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles, con lo que se recupera la regulación ya existente con anterioridad a la Ley 10/2012». De esta explicación se desprende claramente el carácter potestativo que se otorga a la previsión del art. 23.3 LJCA. De acuerdo con esa intelección, las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho de defensa y a la asistencia letrada (art. 24.1 y 2 CE), toda vez que incurrieron en una interpretación irracional de los preceptos aplicables, carente de la suficiente cobertura legal, con efectos disuasorios del ejercicio por el recurrente de sus derechos de acceso a la jurisdicción y a la asistencia letrada»

Asimismo en materia de costas es de importancia la sentencia – estimatoria de amparo- Nº 95/2021, de 10 de mayo, de la Sala 2ª del Tribunal constitucional Recurso de amparo 5050-2019.:

“Pues bien, habiéndose fijado el procedimiento civil del que deriva la tasación como de cuantía indeterminada, no podía resolverse el incidente sin atender a dicha declaración judicial, toda vez que el art. 394.3 LEC establece, de forma taxativa y clara, que los honorarios del letrado no pueden exceder el límite de un tercio de la cuantía del proceso, tomando un importe de 18 000 € para los de cuantía indeterminable. Por consiguiente, a la hora de tasar las costas el órgano judicial no era admisible prescindir, como se hizo, de la cuantía del proceso. Al no atender a dicha realidad jurídica, que es imprescindible para la tasación de las costas, el juzgado infringió el derecho a una resolución motivada no incurso en irracionalidad. Corroboró lo anterior el que, para cuantificar las costas debidas a las demás partes vencedoras, sí se atendiera a la cuantía indeterminada del proceso. De hecho, como se ha expuesto en los antecedentes, el propio juzgado reconoció en su auto de 28 de mayo de 2018 que, «si bien hay que admitir la contradicción incurrida, la misma no determina una

modificación de lo resuelto» y concluye apodóticamente que la tasación ha de mantenerse. Según la doctrina constitucional (por todas, STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 6), se desconoce el derecho fundamental a una resolución judicial no arbitraria cuando el órgano judicial dicta una resolución contrapuesta en lo esencial a la que ha dictado para un supuesto idéntico en lo relevante, siempre que no exprese o se infieran las razones para tal cambio. En esta conducta, que se subsume bajo la perspectiva prioritaria del derecho a la igualdad en aplicación de la ley cuando son distintos los sujetos implicados, pasa a un primer plano el defecto de tutela judicial cuando no se da tal alteridad, como sucede en el caso aquí analizado, según hemos indicado en el fundamento jurídico segundo. Así pues, el resultado en virtud del cual cuando una persona, sobre idénticos asuntos litigiosos, obtiene inmotivadamente respuestas distintas del mismo órgano judicial, ha de tenerse por arbitrario y por ello lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo expuesto, debemos concluir que la tasación de costas practicada a cargo de las sociedades recurrentes en amparo el 2 de mayo de 2017, confirmada por el decreto de 19 de abril de 2018 y por el auto de 28 de mayo de 2018, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en la vertiente del derecho a una resolución motivada no incurso en irracionalidad ni arbitrariedad”



Este sería un relato cuya autoría atribuiríamos fácilmente a cualquier exitoso autor de thriller actual (ajeno a la realidad y tiempo en que vivimos, pero ha ocurrido- y está aún ocurriendo- , si bien el Tribunal Constitucional trajo algo de cordura, Derecho y Constitución a la vida de sus protagonistas en Sentencia núm. 143/2021, de 12 de julio, de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional, Recurso de amparo núm. 5776-2019 en aplicación de la doctrina sentada por la STC 21/2021, de 15 de febrero-:

“La Asociación Unificada de Guardias Civiles, en la sección de comunicación de su página web (www.augc.org), publicó el 10 de diciembre de 2014 un artículo titulado «AUGC Cádiz denuncia los malos tratos de mandos en los acuartelamientos de Arcos de la Frontera y Ubrique», en el que, en relación al alférez adjunto a la compañía de Villamartín de la Guardia Civil, con residencia en el acuartelamiento de Ubrique. El 26 de diciembre de 2014 el referido alférez interpuso demanda de juicio verbal contra la AUGC ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ubrique, ejercitando acción de rectificación respecto de la información difundida. Se celebró el 5 de mayo de 2015 la vista del juicio verbal, en la que el recurrente y otros dos guardias civiles, a propuesta de la demandada, fueron llamados a declarar como testigos, bajo juramento o promesa de decir verdad y apercibimiento de las penas establecidas para el falso testimonio [art. 458.1 del Código penal (CP)].

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ubrique desestimó la pretensión del actor... «[...] Lo que sí ha quedado acreditado es que el artículo publicado refleja las denuncias presentadas en la asociación por los guardias [J. A. V. P., J. C. C., y A. F. D.]. Los tres manifestaron que lo recogido en el artículo responde a lo indicado por ellos a la asociación en cuanto a los datos fácticos recogidos sin perjuicio de que las conclusiones a las que se llega en el artículo puedan no ser compartidas en todo o en parte por los guardias»

El 13 de junio de 2015, el alférez mencionado emitió parte disciplinario contra el recurrente, y también contra los otros dos guardias civiles que declararon como testigos en la vista del referido juicio verbal, por dos faltas graves. La primera consistente en la presunta comisión de la infracción prevista en el art. 8.6 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil (en adelante, LODGC), que tipifica la grave desconsideración con los superiores en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Y la segunda por haber incurrido presuntamente en vulneración del secreto profesional (art. 8.8 LODGC). A dicho parte se adjuntó, como sustento probatorio, el artículo publicado en la web de AUGC, la grabación audiovisual de la vista del juicio verbal civil sobre derecho de rectificación reseñado y la sentencia desestimatoria de la acción ejercitada en ese juicio verbal.

El director general de la Guardia Civil dictó resolución de 18 de abril de 2016 imponiendo al recurrente, y a otro de los guardias civiles que testificaron en la referida vista de juicio verbal, sendas sanciones de pérdida de destino, con todos los efectos legales inherentes y sin posibilidad de pedir destino en la comandancia de Cádiz por un período de dos años, como autores de una falta grave consistente en la «desconsideración con los superiores en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas»

El recurrente interpuso recurso contencioso-disciplinario militar contra la resolución sancionadora. Sostiene en concreto la nulidad del procedimiento en la medida que la prueba de cargo deriva de haber prestado declaración en un procedimiento civil, promovido por el redactor del parte disciplinario, en calidad de testigo y no de parte interesada. La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central lo desestimó, y El Tribunal Supremo también mediante sentencia de 29 de julio de 2019:

“En el caso de la sentencia dictada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, concluimos que «[l]a primera de las razones esgrimidas en la sentencia [...], según la cual la garantía de no autoincriminación como expresión de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia carece de eficacia frente a aportaciones coactivas de información no realizadas dentro del procedimiento disciplinario sino fuera de él, se separa abiertamente de la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como se detalló [...], este tribunal [...] ha reconocido que esta garantía despliega también su virtualidad propia frente a las comunicaciones bajo amenaza de sanción hechas fuera de un procedimiento de naturaleza penal [...] siempre que acaben teniendo posteriormente, en un proceso o procedimiento de naturaleza penal, relevancia autoincriminatoria del declarante». Por otro lado, también apreciamos que «[l]a referencia a que la «declaración en el juicio civil [...] se produjo con todas las garantías procesales de obligado

cumplimiento» se aparta, por los mismos motivos indicados, de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La declaración coactiva, aunque no hay objeción en que tenga lugar fuera del procedimiento de naturaleza penal, ha de surtir valor incriminatorio dentro de este último, que es donde deben desplegarse las cautelas dirigidas a evitar que el derecho a no autoincriminarse resulte desconocido». Finalmente, concluimos que «[c]on el último argumento ‘en nada empece que la fijación de los datos fácticos que sirven de base al reproche disciplinario se extraigan de una sentencia firme que sirve para establecer la realidad de lo ocurrido’ sucede lo que con la motivación del Tribunal Militar Central, que no es per se lesiva de la garantía de no autoincriminación, pero revela un examen insuficiente de las cuestiones que dicha garantía suscita en el presente caso. Habría sido necesario que la Sala Quinta del Tribunal Supremo hubiera examinado si, conforme a las circunstancias del caso concreto, la fijación

de los datos fácticos que hizo la sentencia civil y en la que se apoyó el reproche disciplinario era consecuencia directa de la declaración del testigo o, por el contrario, tenía sustento en elementos de prueba distintos de aquella y razonablemente autónomos respecto de ella. Solo en el segundo caso se podía concluir que la garantía constitucional de no autoincriminación no había quedado comprometida al basarse el reproche disciplinario en la realidad establecida por la sentencia civil». Dada la identidad de contenido, anteriormente apuntado, entre las sentencias analizadas en la STC 21/2021 y las examinadas en este recurso de amparo, procede otorgar el amparo solicitado por el recurrente y, en consecuencia, retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia, con el fin de que el órgano judicial, sin recurrir a argumentos que según la presente sentencia pugnan con el contenido propio de la garantía de no autoincriminación, haga un análisis suficiente de las cuestiones planteadas por esta garantía en el presente caso.”

Sobre la causa de inadmisibilidad por incumplimiento del requisito establecido en el art. 45.2.d) de la LJCA, conviene conocer la Sentencia Nº 4018 de 2021, de 25 de noviembre, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, -que por este motivo inadmitiría el recurso - “toda vez que se expresó en términos claros e inequívocos en su escrito de contestación a la demanda y la inadmisibilidad del recurso fue, asimismo, la petición principal, formulada de forma expresa, contenida en dicho escrito y reiterada en el de conclusiones, por lo que correspondía a la parte actora rebatirla. Sin embargo, recibidos por ella ambos escritos, de contestación a la demanda y de conclusiones, a pesar de que pudo hacer uso de la posibilidad de subsanación que le brindaba el art. 138.1 LJ nada hizo, sino que mantuvo a lo largo del proceso hasta su culminación por sentencia una total pasividad, incluso en la segunda demanda (que presentó tras ampliarse el recurso a la resolución expresa, cuando ya conocía la objeción opuesta por la demandada), y en el trámite de conclusiones en los que también guardó silencio al respecto. Por ello esta Sala no tenía por qué abrir de oficio ningún trámite de subsanación, encontrándose plenamente habilitada, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, para declarar la inadmisibilidad del recurso por esta causa directamente en la sentencia, de forma congruente con lo planteado por la Administración demandada en su contestación y conclusiones”:

“La doctrina jurisprudencial sobre esta misma cuestión, y en un caso idéntico al enjuiciado, está resumida en la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 746/2020, de 11 de junio de 2020 (recurso de casación 147/2019; ponente, Excm.a Sra. D.^a Ángeles Huet de Sande), en cuyos fundamentos jurídicos tercero y cuarto dejó dicho cuanto sigue: <<» TERCERO.- La STS de Pleno de 5 de noviembre de 2008, rec. 4755/2005, aclaró definitivamente la necesidad de las entidades mercantiles de aportar el acuerdo corporativo al que hace referencia el art. 45.2 d) LJCA. Como recuerda dicha sentencia y una constante jurisprudencia posterior (por citar alguna, STS de 13 de diciembre de 2012, rec. 6055/2010), se trata de un requisito que pretende acreditar que la persona jurídica ha adoptado la decisión de interponer el recurso contencioso administrativo a través del órgano competente para adoptar tal decisión conforme a sus normas

estatutarias. Explica dicha sentencia, en su FJ 4, que «Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente.». Por lo tanto, debemos examinar si con la documentación aportada por la actora es posible considerar acreditado que la mercantil actora, a través del órgano competente según sus estatutos, ha adoptado la decisión de interponer el presente litigio. En este caso, el acuerdo aportado por la actora en el que se decide la interposición del presente recurso ha sido adoptado, según se refleja en el mismo, circunstancia que por D.^a Zaida en su condición de administradora única de la sociedad nos remite a la jurisprudencia existente sobre el cumplimiento por las sociedades mercantiles del requisito previsto en el art. 45.2.d) LJCA cuando su representación se afirma

ostentada por un administrador único.

No obstante, partiendo de la base ya explicada de que la atribución de la competencia de administración y gestión al administrador único no se caracteriza en la Ley societaria como exclusiva y excluyente, por mucho que sea «único» (es decir, que no puede presumirse que sólo este administrador dispone de dicha facultad), si en el curso del procedimiento judicial se suscita controversia sobre esta cuestión (bien sea de oficio por el Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, bien a instancia de la parte contraria) corresponderá a la parte recurrente -conforme a la doctrina jurisprudencial antes reseñada- despejarla mediante la aportación de la documentación pertinente, siendo carga que sobre ella pesará la de actuar en este sentido, y debiendo pechar con las consecuencias de su pasividad en caso de no hacerlo

Forzoso será entonces concluir que no ha quedado acreditado que D.^a Bibiana tenga, efectivamente, la condición que afirma ostentar de administradora única de la sociedad, sin que sea por ello necesario dar el segundo paso para examinar si la norma estatutaria le otorgaba facultades para decidir el ejercicio de la acción, pues esta cuestión tiene como presupuesto la acreditación de la primera. Y al no haberse acreditado su condición de administradora única, la decisión de interponer el recurso que manifiesta en el acuerdo aportado no puede ser atribuida a la sociedad demandante porque no se ha acreditado que quien la ha adoptado ostente su representación en aquella condición de administradora única ni en ninguna otra forma. El requisito establecido en el art. 45.2.d) LJCA no puede entenderse cumplido.”



La Sentencia de 14 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso, Sección 5ª de la Audiencia Nacional, Nº de Recurso: 377/2019, -Ponente Ilma. Sra. Magistrada Dª. Alicia Sánchez Cordero- resuelve respecto al planteamiento

“En la demanda, el título de imputación es el hecho de que la Guardia Civil no viera el incendio bajo la carretera en el que se quemó el vehículo del fallecido considerando su negligente actuación al no inspeccionar mínimamente la zona en la que se había avisado de la existencia de un incendio. De ahí deriva la posibilidad que el accidentado hubiera podido ser auxiliado y trasladado de urgencia a un centro hospitalario en el que habría sido atendido sobreviviendo con una probabilidad del 95%. La resolución recurrida razona que existiendo la realidad del accidente y el fallecimiento, que se produjo por una distracción del conductor, y admitiendo que si se hubiera encontrado al herido sus posibilidades de salvarse habrían sido muchas, niega la existencia de actuación negligente o incorrecta de la Guardia Civil en la inspección del lugar del aviso.

No hay en este caso ninguna discusión sobre que la causa de la muerte fue el politraumatismo en accidente de tráfico, presentando además quemaduras de segundo grado. El accidente se produjo por culpa de la víctima que se salió de la carretera al seguir recto en una curva, se despeñó y el vehículo se incendió. En la autopsia se hace constar el test positivo de las muestras a alcohol y cocaína.

. La determinación de la existencia de relación de causalidad del daño con la actuación de los agentes de la Guardia Civil, que, en todo caso sería concurrente, no exclusiva, responde a un proceso de razonamiento lógicojurídico sujeto a criterios valorativos. Para estimar una incidencia relevante en el fallecimiento de la actuación de la patrulla de la Guardia Civil, habría que deducir que de haberse inspeccionado detenidamente la carretera y si se hubiera visto el incendio y se hubiera accedido al lugar por donde se despeñó el vehículo, y si se hubiera visto al fondo del cauce un vehículo siniestrado y a su conductor herido y se hubiera podido llamar a una ambulancia que hubiera podido llevarle a urgencias donde le hubieran podido prestar asistencia médica se hubiera podido evitar el fatal desenlace. Todo ello supone un cúmulo de probabilidades concatenadas que no debe empañar el dato de que el accidente es imputable a la conducta exclusiva de la víctima.

Para determinar en este caso la concurrencia en la causalidad de la actuación de los agentes, se debería poder acreditar que no se cumplieron en este caso los principios básicos de actuación, sino que se omitieron, careciendo la intervención en consecuencia de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance:

“De estos datos resulta perfectamente plausible que a la hora en que pasó la patrulla de la guardia civil por el segundo puente, sobre las 21:40-21:45 horas, el fuego ya estuviera extinguido. Para poder detenerse en el arcén del segundo puente, como indica el perito, y mirar hacia el fondo del barranco para ver si quedan rescoldos, se debería no sólo tener localizado exactamente el punto donde había que mirar sino que supone presumir que

podía haber un incendio en el fondo de la rambla debido a un accidente de tráfico. Tanto los agentes como el bombero indican que el aviso fue de un incendio en la cuneta lo que sitúa la probabilidad de encontrar el vehículo incendiado en algo fortuito, mera casualidad. El otro informe pericial de parte, es un dictamen médico del doctor Al margen de las hipótesis que va exponiendo sobre la posibilidad de localización del

vehículo y la víctima, y de la responsabilidad exclusiva de lo que considera atención de emergencia en el fallecimiento por falta de asistencia sanitaria, lo que excede de su pericia médica, estima en un 95% la pérdida de oportunidad de supervivencia. Tal dato en modo alguno puede corroborar la existencia de un daño efectivo antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio público. En todo caso, a los médicos les corresponde

señalar las patologías y los diagnósticos, como meros colaboradores del juez, pero es a éste a quien incumbe valorar los informes periciales emitiendo el juicio jurídico correspondiente. En consecuencia, examinado el expediente administrativo y valorados los elementos probatorios no puede considerarse como causa eficiente del accidente la falta de diligencia de la patrulla de la guardia civil o que la respuesta o reacción de las Fuerzas de Orden Público resulte desproporcionada en medios y modos, atendidas las circunstancias. Entender lo contrario supondría la aplicación de una responsabilidad de la Administración no ya objetiva, sino prácticamente automática en cualquier tipo de accidente que se produzca.”



El recurrente, jugador de Rugby con ocasión de la disputa de un partido de la categoría 4ª regional de la Comunidad de Madrid, sufrió lesiones que se diagnosticaron como síndrome de lesión medular C6 ASIA A, y que le produjeron las graves secuelas que le obligaron al uso de una silla de ruedas electrónica para desplazarse y necesitado de ayuda para poder realizar numerosas actividades vitales. Al producirse el accidente el actor estaba cubierto por el seguro obligatorio suscrito por la Federación Madrileña de Rugby con la entidad aseguradora FIATC en cumplimiento de lo establecido en el artículo 59.2 de la Ley 10/1990 y de acuerdo con lo prevenido en el Real Decreto 849/1993, de 4 de junio. A esa fecha, el límite indemnizatorio, con arreglo a esta norma, era de 12.000 euros y su reclamación por responsabilidad patrimonial se sustentaba, en síntesis, en la falta de actualización por parte de la Administración de las cuantías indemnizatorias establecidas en la Disposición Final Primera del citado Real Decreto, lo que habría generado un perjuicio al reclamante quien, en caso de haberse llevado a cabo esa preceptiva actualización, habría percibido una indemnización mayor, por lo que reclamaba 750.000€, u otra subsidiaria. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura y Deporte, actuando por delegación del Ministro, dictó la resolución desestimatoria, y resuelve Sentencia de ocho de septiembre de dos mil veintiuno, de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid Sección: 6 Fecha: 08/09/2021 Nº de Recurso: 729/2018:

“la reclamación se sustenta en lo dispuesto en el Real Decreto 849/1993, de 4 de junio, por el que se determina las prestaciones mínimas del Seguro Obligatorio Deportivo. Como se pone de manifiesto en su preámbulo, este Real Decreto desarrolla la prescripción contenida en el artículo 59.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que impone la obligatoriedad, para todos los deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal, de estar en posesión de un seguro que cubra los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente, y ello atendida la necesidad de garantizar un marco de seguridad sanitaria alrededor de la práctica deportiva. Y la finalidad del Real Decreto, que también explicita en el preámbulo, es la de garantizar a los deportistas titulares de licencias federativas un contenido suficiente de

dicho seguro fijando unas prestaciones mínimas que deben quedar cubiertas por las entidades aseguradoras, así como dotar de un mecanismo ágil al mismo. En su Anexo establece las prestaciones mínimas a cubrir por el seguro obligatorio para deportistas federados que, para unas secuelas análogas a las producidas en el caso aquí enjuiciado - «Indemnizaciones por pérdidas anatómicas o funcionales motivadas por accidente deportivo, con un mínimo, para los grandes inválidos (tetraplejía)», previsto en el apartado 6º-, alcanzaba la cifra de 2.000.000 de pesetas. Al mismo tiempo, señala en la Disposición Final Primera lo siguiente: «Se autoriza al Ministro de Educación y Ciencia, previo informe favorable de la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía y Hacienda, para la modificación de los tipos de prestaciones, las cuantías indemnizatorias y los

plazos contenidos en el anexo del presente Real Decreto, cuando así lo exija la variación de las especificaciones técnicas contenidas en el mismo y siempre en los términos del ámbito material que se establece en el artículo 2 de esta disposición. En cualquier caso, la actualización de las cuantías indemnizatorias tendrá lugar a los tres años de la entrada en vigor del presente Real Decreto».

Ha sido, precisamente, el incumplimiento de esta previsión reglamentaria -las cuantías no han sido actualizadas desde la publicación de la norma- lo que fundamenta la reclamación de responsabilidad patrimonial que obedecería, por tanto, a un comportamiento omisivo de la Administración y, más concretamente, al incumplimiento del deber de dictar una norma dirigida a la actualización de las cuantías indemnizatorias. Esta delimitación es importante por cuanto la primera objeción que plantea la resolución recurrida, que sigue en esta cuestión el criterio reflejado en el informe del Consejo de Estado de 30 de julio de 2018, se refiere a la imposibilidad de aplicar el precepto toda vez que la competición en la cual se produjo el accidente que causó las lesiones era una competición autonómica y no estatal, siendo así que el transcrito artículo 59.2 de la Ley 10/1990 se refiere a «... los deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal». En efecto, es incontrovertido que el recurrente se lesionó el día 3 de octubre de 2015 con ocasión de la disputa de un partido de rugby de la categoría 4ª regional de la CCMM entre los equipos Rugby Atleti Arquitectura y Uro Rugby Alcorcón, en el campo de Perales del Río (Madrid), por lo que no se trataba de una competición oficial de ámbito estatal.”

“la propia normativa invocada contradice la conclusión del recurrente: el transcrito artículo 46.2 de la Ley del Deporte atribuye a la Federación deportiva española correspondiente la calificación de la competición como competición oficial de ámbito estatal; y es lo cierto que en el mismo Anuario de la Federación de Rugby de Madrid 2015-2016, el Campeonato en el que se produjo el accidente es calificado como «CAMPEONATO AUTONÓMICO DE 4ª DIVISIÓN» (página 28), incluido a su vez en el apartado 10 del Anuario que lleva por rúbrica «ACTIVIDADES DEPORTIVAS OFICIALES REALIZADAS. AUTONÓMICO»

La sentencia Nº 145/2021, de 21 de Diciembre, (Tribunal del Jurado núm. 6/2020), de la Audiencia Provincial de Huelva - Ponente la Magistrada Presidente, Ilma. Sra. María José Fernández Maqueda-, condenó al acusado delito de homicidio imprudente previsto y penado en el art. 142 del Código Penal, concurriendo las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, eximentes incompletas de legítima defensa y miedo insuperable a la pena de un año de prisión. En el presente caso el Jurado admitió ambas eximentes incompletas esto es la de legítima defensa y miedo insuperable por lo que procedió su estimación acumulativa estimando que el miedo fundado del acusado- peligro de muerte - por la agresión de la que estaba siendo objeto también fue fundamento mismo de la legítima defensa de su persona como reacción defensiva:

“El artículo 116 del Código Penal regula la responsabilidad civil derivada de las infracciones criminales, estableciendo que el responsable criminal de los delitos es el que debe responder por los daños y perjuicios causados por su acción infractora, añadiendo el art. 113 que la indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los causados al agraviado, sino también los causados a sus familiares o terceros.

Pues bien cuando se trata de indemnizar los daños morales, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar, con criterios económicos, la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacarla gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones (S.T.S 24-3 y 12-5-2000).

Partiendo de la idea de que no siempre es fácil precisar la diferencia entre el daño material y el moral, porque no es infrecuente que estos sea generadores de aquellos, el llamado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados, porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado.

Acreditada, pues, la muerte de un padre, madre, hijos, etc..., no hay que probar, en cambio, que ha producido dolor porque éste aparece como acreditado con el simple dato de constatar lo que

sucede en la naturaleza y en las reglas de la experiencia humana, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

En el caso de autos se estima que son el hijo del fallecido Esteban y su madre y pareja, Patricia madre de su hijo menor de edad así como la madre del fallecido Tomasa los perjudicados o afligidos moralmente por su muerte, debiendo ser los mismos indemnizados.

La determinación cuántica de la indemnización procedente, ante un hecho de muerte, no es cuestión fácil, pues es incuantificable el dolor o aflicción que sufren unos hijos y unos padres por el fallecimiento del ser querido. Quedando tal precisión al arbitrio judicial, ponderando cuantas circunstancias concurren en el caso enjuiciado, tales como la gravedad intrínseca de los hechos, el desenlace final de los mismos, la edad del fallecido, la significación de su pérdida para el hijo y para sus padres.

Ahora bien, como quiera que tal arbitrio judicial puede dar lugar a diferencias o agravios comparativos, según el Juez o Tribunal que haga uso del mismo, es procedente aplicar, por pertinencia de acudir a criterios objetivos, a las cuantías indemnizatorias que el legislador, como expresión de la voluntad popular, ha establecido en el *Baremo* anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Conforme al mismo, según la actualización vigente en el momento de dictarse esta sentencia dado que según reiterada jurisprudencia se trata de una deuda de valor a cuantificar cuando es objeto de determinación no cuando se produjo el luctuoso suceso, las indemnizaciones en abstracto a conceder serían conformes al art 49 del RD 8/2004 de 29 de

Octubre y Resolución de 2-2-21 de la DG de seguros y Fondo de Pensiones por las que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, las que se indican a continuación, debiendo tenerse en cuenta que no resulta de aplicación correctivo alguno derivado del carácter doloso de la conducta (Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 582/2020 de 5 Nov. 2020, Rec.10073/2020), al haber sido calificado el delito como imprudente.

Las cantidades correspondientes ascenderían: al cónyuge 94.819,28 €, al hijo 94. 819.28 €, a la madre 42.141,90 €

Ahora bien sentado lo anterior artículo 114 del Código Penal señala «si la víctima hubiese contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufridos, los Jueces y Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización». Concurrencia de conductas que igualmente viene recogida en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y en la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados.

Y sobre su alcance en casos como el presente, dice la STS 151/2004 de 23-12, « Con ello consagra el Legislador por primera vez de forma expresa, en nuestros textos penales, el criterio de la compensación por «concurrencia de conductas», a efectos de cuantificación del resarcimiento del perjuicio sufrido como consecuencia del ilícito, que ya venía siendo contemplado en el artículo 1 parr. 4º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor tras la publicación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y

Supervisión de los Seguros Privados.

Pero tal antecedente, relativo solamente a hechos producidos en el ámbito de las conductas imprudentes no condiciona, en modo alguno, ni restringe el alcance de un precepto concebido con la amplitud que denota la literalidad del transcrito artículo 114 del Código Penal. Antes al contrario, constan ya Resoluciones de esta misma Sala, que si bien excluyen, en algún caso concreto, la aplicación de tal norma, especialmente en supuestos de riña mutuamente aceptada, se estima correcta la ponderación de la contribución de la víctima al resultado, incluso en delitos dolosos.

En la misma línea, en la STS núm. 461/2013 incluye un resumen de la doctrina en relación con el ejercicio de la facultad moderadora de los tribunales en la fijación de la indemnización derivada de delito. « Así lo hemos dicho ya en la STS de 21 de noviembre de 1998, resolviendo el recurso 3219/1997 : El nuevo art. 114 CP faculta a los tribunales para moderar el importe de las reparaciones e indemnizaciones en los casos en que la víctima hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio, lo que no se puede interpretar como una forma de compensar diversas obligaciones opuestas, puesto que solo de la comisión del delito surge como fuente la obligación de reparar o indemnizar y de la provocación o agresión inicial de la víctima aunque exista, si no es considerada y sancionada como delito, no surge por tanto obligación alguna de ese tipo. Pero sí otorga ese art. al juzgador una amplia discrecionalidad para, tomando en consideración la conducta de la víctima, determinar la cuantía de la concreta responsabilidad civil, como ha hecho el tribunal de

instancia.»

En el caso que nos ocupa es de aplicación dicho criterio, estimando que el acusado ha de responder del 50% del importe de las indemnizaciones en aplicación del precepto y doctrina citada, conforme a la petición del Ministerio Fiscal, dada la aplicación de las dos eximentes incompletas admitidas, por los que las cantidades indicadas deberán reducirse a la suma de 47.409,64 € y 21.070,95 €.”

Sobre el proceso penal en el que se ejercitan acciones civiles unidas a las penales la Sentencia nº 650/2021 de 21 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30 - Carlos Martín Meizoso (ponente):-

“1. Respecto de la póliza de seguros con Fiat Mutua que se menciona, aportada en el acto del juicio (folios 1.146y siguientes), nueve años después del siniestro a estudio, estimamos correcto no acordar la suspensión del juicio, ni la retroacción de las actuaciones, para dar entrada a la aseguradora. Tiempo ha tenido el recurrente para adjuntarla o pedir diligencias al respecto. Su aportación tardía no acredita la vigencia del seguro en el momento del siniestro. Y, en todo caso, no obsta a que, de estar vigente, repita frente a ella lo que corresponda.

La STS 566/2008 señala que la privación o limitación del derecho de defensa para poder ser acogida como causante de indefensión ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la ley ni la doctrina del Tribunal

Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el artículo 24.1; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivoca o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte (SSTC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95).

Así ocurre en supuesto a examen. Y es que alegar que el letrado que precedió al actual no actuó correctamente no es problema achacable al órgano judicial.

Por otro lado, resultaba inviable traer al proceso a personas o entidades no incluidas en el auto de transformación, ni el de apertura de juicio oral. La aparición sorpresiva y tardía de un presunto asegurador no figura entre las causas legales de nulidad ni de suspensión de las actuaciones.

2. En cuanto a los baremos aplicables, el legislador quiso con ellos fijar criterios homogéneos que facilitasen la resolución de conflictos en vía judicial y extrajudicial, en cuanto asientan en la voluntad no solo del legislador (tras el

oportuno estudio y debate parlamentario, sopesando los precedentes, consecuencias y el derecho comparado), sino de los grupos políticos y aún de sus electores. Nada obsta para su aplicación analógica, particularmente cuando se trata de hechos dolosos, merecedores por lo menos de una indemnización pareja a la de los imprudentes.

En el mismo sentido los magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, en reunión tendente a la Unificación de Criterios, celebrada el 29-5-04, decidieron aplicar, como criterio orientativo, el citado baremo al cálculo de indemnizaciones de perjuicios causados en hechos dolosos, sin excluir la posibilidad de incrementarlas en un 10 ó 20 %, sobre todo cuando el daño moral de la víctima es más acentuado. En el mismo sentido se pronunció la STS 741/19.

Es decir, se trata de baremos orientativos, no vinculantes en el caso estudiado. Por eso es vana la discusión sobre cuál ha de ser el que se debe aplicar. Ambos son razonables. Los dos pueden ser asumidos. Ninguna norma obliga a aplicarlos. Mucho menos regula cuando se debe optar por uno u otro. No procede, en conclusión, rectificar los cálculos del juzgador de instancia, si bien, limitando su importe al máximo solicitado, 94.725,40 €.

3. Sobre la posibilidad de compensar esa cifra por concurrencia de culpas en la víctima, hemos de pronunciarnos en sentido negativo.

Ya hemos dicho que « es un principio adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo».

Veamos la Sentencia de 30 de septiembre de dos mil 2020 (rec. nº2187 /2019) , de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, -ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Alicia Sánchez Cordero-.que decidió un desgraciado caso de responsabilidad patrimonial, “

. S presentó denuncia el 17 de septiembre de 2016, sobre las 3:30 horas, y solicitó orden de protección contra su marido, en el puesto de la Guardia Civil Sevilla. Aportó parte médico de urgencias de esa misma madrugada (agresión). Se le instruyó de sus derechos como víctima y se levantó acta de la denuncia rellenando el formulario de solicitud de orden de protección, firmando ambos. 2. Se la cita ese mismo día para juicio rápido a las 11.36 horas y se le da copia del documento de información de derechos como víctima de violencia de género. 3. Por auto del mismo 17 de septiembre de 2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2, se acuerda denegar la orden de protección. La resolución judicial motiva su decisión, tras oír a ambos esposos, en la existencia de versiones contradictorias, ambos dicen haber sido agredido por el otro y presentan ambos parte de lesiones, en la carencia de antecedentes penales del denunciado, e indica «siendo el riesgo calificado por los agentes de «NO APRECIADO», circunstancias por las cuales no se considera que exista una situación objetiva de riesgo para la denunciante que justifique la adopción de la medida, denegándose por tanto la orden de protección solicitada. El Ministerio Fiscal había emitido informe interesando la desestimación

de la medida solicitada. El auto quedó firme al no haber sido recurrido. 4. El 16 de octubre de 2016 Socorro fue asesinada por su marido con arma blanca en el domicilio donde había empezado a trabajar”:

“sobre la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, en caso de muerte violenta de una mujer que puso una denuncia contra su marido, que solicitó la adopción de medidas de protección a las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado, y que tan solo un mes después fue asesinada por aquél, no puede haber ningún deber jurídico que la perjudicada, sus hijos o sus padres deban soportar, sino que debe estimarse una responsabilidad directa y objetiva del Estado a quien corresponde dar respuesta eficaz en evitación de tal resultado, debiendo hacer frente a los daños ocasionados por el funcionamiento, incluso cuando fuera normal, del servicio público. Al menos, la concienciación social e institucional sobre la importancia del problema de la violencia de género exige una mayor sensibilización de la que mostró en este caso el puesto de la Guardia Civil de DIRECCION000

Es lógico que la Guardia Civil estuviese en continuo contacto con el punto de igualdad municipal de DIRECCION001, como se desprende, por ejemplo, de la comunicación que tiene lugar entre ambos organismos, con fecha 10 de octubre de 2016 (pág. 62 del expediente), es decir, solamente seis días antes del fallecimiento de la víctima. Lo que es incomprensible es que, a la vista de las actuaciones que se desarrollan en el punto de igualdad municipal de DIRECCION001, cuyas funcionarlas viven de primera mano, la actuación del agresor y el efecto que tiene en la víctima, la Guardia Civil no adoptase medida alguna

para corregir la valoración del riesgo inicialmente realizada y desencadenar posibles medidas de protección. Todo ello nos lleva a concluir en clara discrepancia con lo que sostiene el dictamen mayoritario, que, en este caso, la valoración realizada por los agentes de la Guardia Civil resultó negligente al no ponderar con rigor el riesgo real al que estuvo sometida la víctima, dejándola sin la protección debida, que podía haber evitado la tragedia final. Lo que resulta tanto más grave considerando una muy preocupante realidad que, fruto de la alarma social que provoca y del firme compromiso de la sociedad para combatir la lacra de la violencia de género, reclama una particular diligencia de todos los operadores involucrados. Y, precisamente por eso, el dictamen también debería haber llamado la atención sobre la obligatoriedad de cumplir los protocolos y formulado alguna recomendación para su adecuada aplicación.» Poco más que añadir. La respuesta policial en violencia contra la mujer exige que el sistema pueda prevenir la violencia y reevaluar el riesgo, esto es, más allá de la recogida de datos automatizados, la predicción y la prevención son la finalidad primordial del sistema de evaluación que exige agentes especializados en su tratamiento y sensibilización en su seguimiento. A la luz de las circunstancias, debe declararse que en el presente caso concurren los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad patrimonial, conforme a la citada doctrina jurisprudencial y porque, como ha quedado razonado en párrafos anteriores, acorde al 32 de la Ley 39/2015, no sólo se han producido daños - los más graves - sino que, además, de las circunstancias concurrentes, es indudable que no se apreció el riesgo que existía que hubiese podido prever o evitar el asesinato, por

lo que incumbe al Ministerio del Interior la reparación de los daños causados, en este caso, por el funcionamiento de los servicios policiales.”

La Sala 2ª del Tribunal Supremo, en Sentencia núm. 994/2021, de 16 de diciembre -Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián- hace una buena aportación en el ámbito del proceso del Tribunal del Jurado, y al par la diferenciación necesaria entre prohibición de comunicación y aproximación, y prohibición de residencia :

“Con la llegada del Jurado a nuestro sistema procesal, los papeles se distribuyen, con una separación entre lo fáctico, que pasa al juez lego, mientras que lo jurídico lo mantiene el juez técnico; así resulta de los arts. 3 («los jurados emitirán veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya determinado como

tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél) y 4 de la LOTJ («el Magistrado-Presidente, además de otras funciones que le atribuye la presente Ley, dictará sentencia en la que recogerá el veredicto del Jurado e impondrá, en su caso, la pena y medida de seguridad que corresponda»); ahora bien, siendo esto así, la integración armónica de ambos componentes debe mantenerse (principio de congruencia interna de la sentencia), labor que la ley encomienda al Magistrado-Presidente, siendo el Objeto del Veredicto pieza clave en este cometido, porque será en este documento donde prepare los hechos de manera que pueden enlazar con esas cuestiones a resolver en el fallo, y siempre sobre la base de respetarse la competencia funcional que a cada uno de los componentes del Tribunal ha atribuido la ley, todo lo cual se integra en la sentencia, en la que las consideraciones jurídicas corresponde hacerlas al Magistrado-Presidente, a partir de unos hechos que le aporta el Jurado.

“Queremos decir, con ello, que ante la alternativa de incluir, o no, un presupuesto fáctico del que aparentemente pudiera derivarse una circunstancia favorable al acusado, es razonable que se incluya, en la idea de evitar eventuales efectos tan traumáticos como la anulación del juicio producto de un recurso; sin embargo, ello no debe llevar la consecuencia inherente de que, porque lo haya incluido, necesariamente, haya de derivar en la aplicación de la circunstancia, porque, insistimos, esto es un problema de subsunción jurídica, que, si no se consigue, bien puede ser porque la base fáctica no fue correctamente propuesta o bien porque, sin negar que lo sea, haya argumentos para interpretarla en términos jurídicos distintos a como se pretendió. Esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, que, sin negar el eventual efecto atenuatorio de una embriaguez leve, aconsejó su inclusión la pregunta que aprobó el Jurado, quien, sin embargo, en las explicaciones que da, introduce una serie de consideraciones, a la vista de la valoración que realiza de la prueba, que, siendo

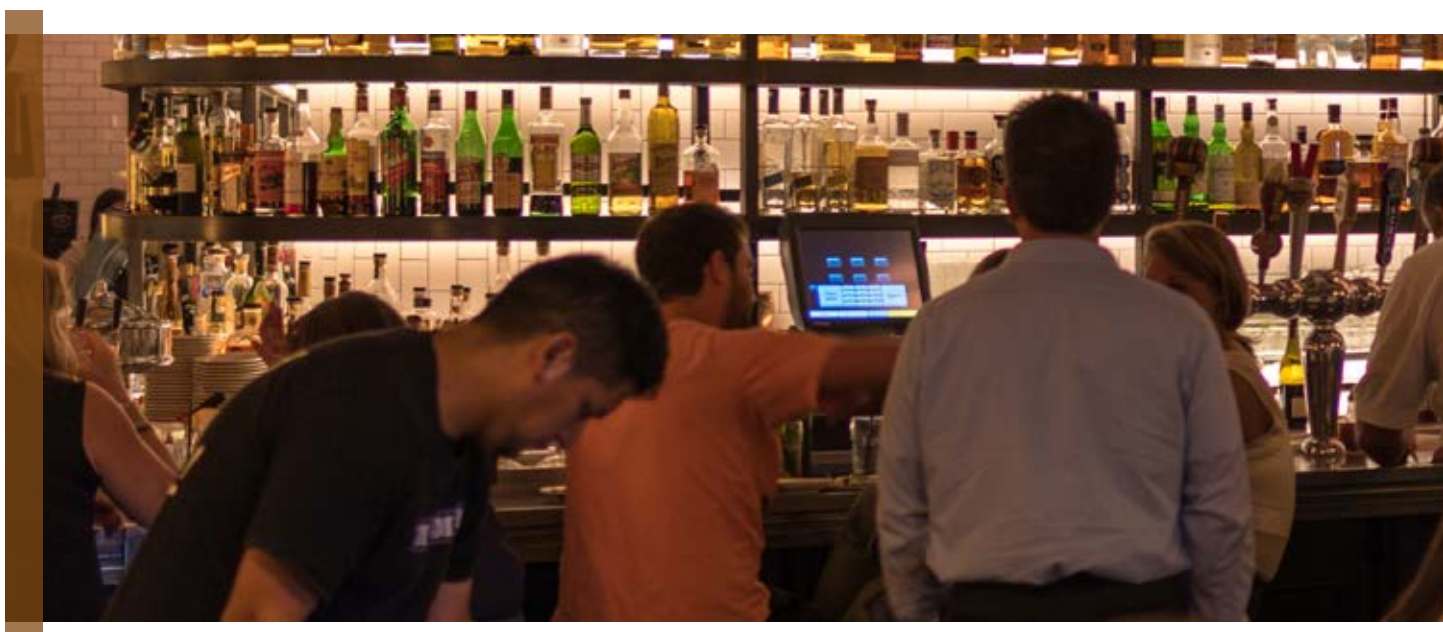


compatibles con ese estado ético, evidencian que el acusado tenía una capacidad de control incompatible con la pretendida atenuación, pues esos pasajes de la valoración de la prueba que hace, transcritos más arriba, permiten concluir que el acusado era consciente de la trascendencia de sus actos y como tal los llevó a efecto, de manera que, como ha de ser en derecho la respuesta que se dé, y ello pasa por una valoración jurídica, no cabrá hacer reproche alguno a la que hizo el Magistrado-Presidente, al ser ajustada a derecho. Es más, incluso aceptando que se pueda reprochar al Magistrado-Presidente que permitiera la inclusión de una pregunta en los términos que lo permitió, no olvidar que en esa elaboración tienen la posibilidad de intervenir todas las partes, y que, aceptada que quedara redactada en los términos que quedó, en ningún caso el Magistrado-Presidente ha de verse privado de valorar el hecho en derecho en el momento de dictar sentencia, de manera que, si no tiene la relevancia jurídica pretendida, no deberá reconocérsela.

«Por ello, en este orden de consideraciones, y al efecto de realmente establecer una

medida efectiva que garantice la paz y el descanso de los familiares de la víctima, pero a la vez sin que resulte una conculcación total de todos los derechos de mi poderdante, consideramos a juicio de esta parte -todo sea dicho en estrictos términos de defensa- más acertado se estableciera por el Excmo. Tribunal una medida de prohibición de aproximación tanto a los hijos como a las hermanas del fallecido, que no impidan al condenado retornar a su domicilio tras el cumplimiento de 12 años de prisión». Si acudimos al art. 48 CP, que es al que se remite el 57, vemos que trata como dos prohibiciones distintas la de residir o acudir a determinados lugares (apdo.1) y la de aproximarse a la víctima o familiares (apdo. 2), ésta de ámbito más restringido, por lo que la adopción de una u otra, aunque respondan a un razón común, al tener un alcance diferente, precisan de una concreción en relación con su alcance, que es lo vino a decir este Tribunal en su reciente Sentencia 399/2021, de 11 de mayo de 2021. En ella nos hacíamos eco de lo razonado, en este caso por el TSJ de Cataluña, quien estimaba que la pena de prohibición de residencia desbordaba el principio de

proporcionalidad, por cuanto que, como decía en su FJ 20, «la protección de la tranquilidad y de la indemnidad de los familiares del fallecido viene suficiente y adecuadamente protegida mediante las penas accesorias de prohibición de comunicación y aproximación ya referidas. La pena accesoria que se establece en la sentencia referida a la prohibición al acusado de residir en la localidad de [...] presenta un relevante carácter aflictivo y de limitación de la vida familiar, por cuanto aquél ha residido siempre en la misma población junto con su familia, lo que determinaría un importante desarraigo. En este sentido, teniendo en cuenta que se trata de una población de notables dimensiones, tanto en territorio como en población, estimamos que las medidas ya referidas, que impedirán al acusado comunicarse con la familia del fallecido, así como de aproximarse a la misma (en un radio de 500 metros), cumplen adecuadamente los fines anteriormente expresados de protección de la indemnidad y tranquilidad de los perjudicados». Argumentación que respaldábamos de la siguiente manera: «Es difícil, en términos de estricta legalidad, censurar la decisión adoptada por el



Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El razonamiento que late en esa explicación parece inobjetable. No se trata de preservar la tranquilidad de una localidad de las características demográficas de [...] frente al peligro que podría suponer la libertad de una persona con un historial delictivo más o menos extenso. La tragedia de la que da cuenta el relato de hechos probados tiene un origen muy concreto y un motivo desencadenante, ligados ambos a disensiones personales derivadas de una deuda económica respecto de la que existe plena constancia. De ahí que no se trate de proteger a una población frente a un sujeto peligroso, sino de preservar a los familiares de la víctima de la turbación que seguiría a un encuentro indeseado con el autor de la muerte de [...] Y ese objetivo, desde luego, se consigue con las otras dos penas privativas de derechos que han sido impuestas en la instancia y mantenidas en la apelación. Se trata de la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros a los padres de la víctima [...] a su domicilio, lugares de trabajo o cualesquiera otros frecuentados por los mismos; y la prohibición de comunicarse con ellos por cualquier

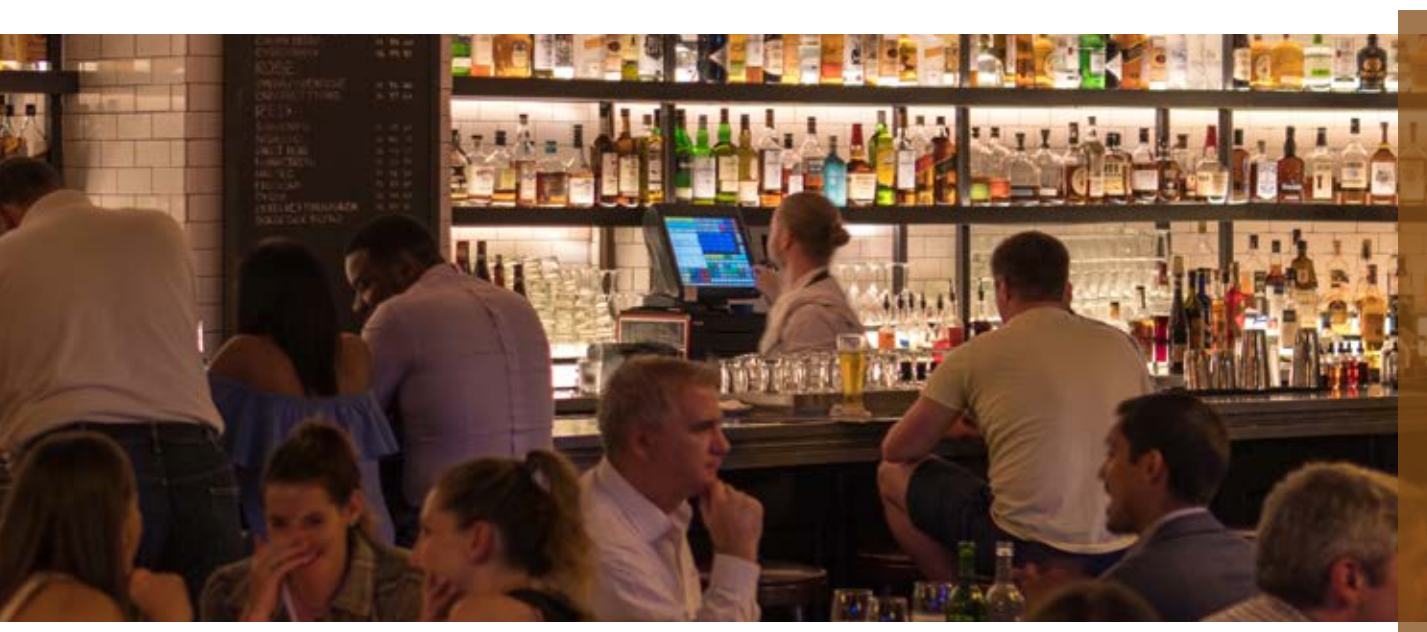
medio, ambas prohibiciones por tiempo de 17 años». El argumento es trasladable al caso que nos ocupa, lo que ha de llevar a la estimación parcial de este motivo de recurso, en el sentido de dejar sin efecto la prohibición de residir o acudir a la localidad en que residan la viuda, los hijos y las hermanas del fallecido, que se sustituye por la de aproximarse a éstos a una distancia inferior a 500 metros.”

“que aunque la sentencia recurrida, condena como responsable civil subsidiario a Á D por ser el propietario del restaurante para el que trabajaban tanto el agresor como el agredido y a A como responsable civil directo por tener suscrita una póliza de la actividad de la explotación, deberían haber sido absueltos ambos; y ello lo sustenta en que se trata de dos trabajadores sin ningún tipo de vinculación jerárquica entre ellos que en la jornada de trabajo se pelean y se agreden mutuamente, siendo que uno de ellos causa lesiones al otro; sin que nada tenga que ver la actividad de restauración a la que se dedica la empresa con el hecho puntual e imprevisto de que sorpresivamente dos empleados se peguen entre sí causándose lesiones.

Sobre la responsabilidad de la Aseguradora del propietario de un restaurante cuyo cocinero agrede a un camarero causándole lesiones, se pronuncia la Sentencia núm. 968/2021,10 de diciembre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, consta que alegaba la recurrente

“2. Debemos precisar que estamos ante un motivo por infracción de ley, donde no es dable alterar ni adicionar el presupuesto fáctico declarado en la instancia y sucede en autos, que en ningún momento en la sentencia recurrida, se afirma que la discusión y lesiones, carezcan de relación alguna con la actividad de restauración, sino al contrario, se precisa que se produce «mientras se encontraba prestando sus servicios como cocinero».

Pero, la jurisprudencia de esta Sala a propósito de esta responsabilidad (SSTS 239/2010 de 24.3;



1036/2007 de 12.12; ó 569/2012 de 27.6), matizó en su proceso evolutivo, que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual, quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio «cuius commoda, eius est incommoda»), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa «in vigilando» o «in eligendo» hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren los siguientes elementos:

a) Existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional; y,

b) que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (SSTS, entre muchas, 2422/01 o

1033 y 1185/02).

En definitiva, para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en el caso del artículo 120.4 del Código Penal, es preciso, de un lado, que entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice, cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad, cometido a tener, confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios «in dubio pro reo» ni por la presunción de inocencia, propios de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito, la dependencia, se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito,

y en el de la funcionalidad, la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extraviase el ámbito o esfera de actuación que constituye entre el responsable penal y el civil subsidiario.

Como señalaba esta Sala en sentencia 1557/2002: «extralimitaciones siempre hay cuando se cometen infracciones penales», idea que viene pretendiéndose en las SS. 1491/2000, 1561/2002 y 1372/2003, entre otras muchas. Son muy frecuentes las resoluciones de esta Sala que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria, o vulnerando normas legales o reglamentarias.

Pero es más, el requisito exigido para la aplicación de este artículo 120.4 del Código Penal, nada tiene que ver con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida se contrae a que el responsable penal ha de haber actuado con cierta



dependencia en relación a la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones.

Ello, consecuencia de que la interpretación de aquellos dos requisitos debe efectuarse con amplitud (STS27-6-2012, nº 569/2012), apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo «en los pilares tradicionales de la culpa» «in eligendo y la culpa in vigilando», sino también sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio «qui sentire commodum, debet sentire incommodum» (SSTS. 525/2005 de 27.4.948/2005 de 19.7), de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resulten perjudicados, admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener esta la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba.

3. En autos, se trataba de un cocinero que en el momento de autos, prestaba sus servicios en el restaurante «Fogón de G», teniendo su titular suscrita póliza de responsabilidad civil que obligaba a la aseguradora expresamente a indemnizar a un tercero los daños y perjuicios de los que el asegurado sea civilmente responsable, entre otros extremos, por los actos de sus empleados en el restaurante (cafetería y bar) que regentaba; ubicación espacial, temporal y funcional, donde este cocinero empleado, agrede a un camarero que también prestaba allí sus servicios; y lo hace con un objeto, un plato, obviamente relacionada con su propia actividad y el objeto o finalidad de la empresa; sin que resulte que el cocinero condenado, se colocara previamente a la agresión, al margen u obrase como extraño a la relación de trabajo.

Es patente que se cumplen todos los requisitos jurisprudencialmente establecidos, pues en actividad propia del restaurante como es la desarrollada en la cocina, el empleado en su relación con otro empleado, cuyo cometido natural es el enlace entre cocina y comedor, entre cocinero y comensales, en «anormal» inter relación, le golpea con el utensilio que sirve precisamente de vínculo habitual común entre cocinero y camarero en la actividad propia del restaurante, pues emplatada la comida por el cocinero, es así portata por el camarero a la mesa.

Lógicamente, es una relación anormal, la que genera las lesiones, pero se originan por el cocinero en el desarrollo y función propia de su actividad dentro del restaurante; con patente extralimitación, pero dentro del ámbito, espacial, temporal y funcional de su actividad dentro de la empresa; en

interpretación que ni siquiera precisa ser extensiva, como permite la jurisprudencia, para su acomodación al art. 120.4 CP; pues no se ofrece ni acredita, dato alguno que permita concluir que resta el episodio fuera del ámbito o esfera de la actividad de cocina o del restaurante; y como igualmente reitera la jurisprudencia, la existencia de la extralimitación operada dentro de ese ámbito, en modo alguno impide la declaración de responsabilidad civil subsidiaria operada, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosa y diligentemente todas sus tareas; y sin que el hecho de que el camarero lesionado sea a su vez dependiente del mismo empresario, le prive ser además de víctima del delito cometido por el empleado cocinero en el seno y actividad propia de la empresa, tercero perjudicado frente al asegurado, en cuanto lesionado por el cocinero, un empleado de éste, en el ámbito funcional de la actividad empresarial.

Y en cuanto al clausulado de la póliza que cubre la responsabilidad civil derivada de la explotación del negocio, no resulta de su contenido, ni se alega, que entre las previsiones concertadas, la cualidad de empleado, estuviere excluido de la condición de tercero frente al asegurado.

La interpretación sistemática de la póliza es la contraria, pues cuando establece entre las obligaciones no aseguradas, las derivadas de perjuicios que no fueren consecuencia de daños corporales o materiales causados a terceros; en inmediata continuación, en cuanto referido a los empleados, sólo excluye los daños a sus bienes, pero nada excluye respecto de los daños corporales a los mismos.”



El día 4 de abril de 2015, siendo alrededor de las 20:25 horas, la menor B, que contaba entonces con 16 años de edad, caminaba seguida por sus hermanos, C y R, por el interior del vaso principal de la piscina del Balneario de Agua Marina del complejo M, muy cerca de la pared izquierda del referido vaso en una zona de libre acceso para cualquier usuario y en la que existía una decoración que simulaba una gruta cuando la misma se sumergió por debajo de la lámina de agua, quedando su brazo derecho atrapado en el interior de un orificio de succión de agua existente en la pared de la piscina, cuya boca de 9cm de diámetro se encontraba desprotegida, sin contar con una rejilla protectora ni con una cruceta en su interior o medida de seguridad que impidiera que cualquier usuario introdujera alguna parte de su cuerpo en el interior de dicho tubo.

Al pasar al lado del lugar donde B había quedado sumergida, R notó cómo su hermana trataba de llamar su atención agarrando o golpeando su pierna. R trató de ayudarla para levantarla, dándose cuenta entonces que la menor no podía salir, por lo que pidió ayuda a su hermana C, que caminaba tras ellos, quien a su vez, y tras intentar sacar a la menor del interior de la piscina en la que había quedado atrapada, pidió ayuda a los socorristas. Ante dicha petición de ayuda, varios socorristas, G, H, primero, y I, después, se tiraron al agua en la zona donde estaba atrapada la menor, de forma que un total de 4 personas trataron de sacar a B de debajo del agua sin llegar a conseguirlo, hasta que, por indicación de M, coordinador del personal del balneario y socorristas, J R paró el funcionamiento de la bomba de succión conectada al orificio donde había quedado atrapada B, siendo entonces cuando fue posible extraer el brazo de la menor del orificio de succión y sacar a B del agua.

Al quedar atrapado el brazo de B en el interior del tubo de succión y ocupar el cuerpo de la misma todo el orificio, se hizo el vacío de forma instantánea en el interior de dicho tubo al encontrarse en funcionamiento la bomba de succión, siendo esta circunstancia la que impidió extraer el brazo de Belen pese a la fuerza aplicada por familiares y socorristas. Para entonces, B había permanecido demasiado tiempo debajo del agua, falleciendo por ahogamiento. Una vez fuera del agua, los intentos de reanimación fueron infructuosos.

El orificio de succión de agua en el que quedó atrapado el brazo derecho de la menor estaba conectado a una bomba de succión que únicamente podía desconectarse en caso de emergencia accediendo a un sótano del complejo hotelero de la empresa M en el que estaba instalado el cuadro de control de dicha bomba. Resolvió la Sentencia nº363/21, de treinta de diciembre, del Juzgado de lo Penal Nº 3 de Castellón de la Plana:

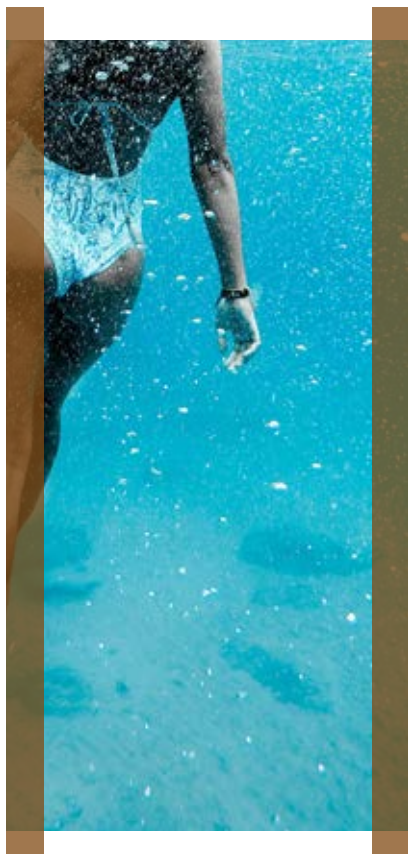
“concurren todos los elementos necesarios configuradores del delito de homicidio por imprudencia grave (142.1CP) por el que se ha formulado acusación, delito que se comete cuando la muerte de otra persona se produce por la imprudencia de un sujeto al haber infringido el deber objetivo y subjetivo de cuidado que le era exigible (un error que podría haberse evitado), la imprudencia radica precisamente en la falta de intencionalidad a la hora de cometer el hecho, siendo necesarios los siguientes requisitos:

a) Una conducta humana consistente en una acción u omisión no dolosa.

En el caso examinado, el accidente se produjo, precisamente, porque la rejilla de protección no estaba en el orificio de succión, siendo que, como ya se ha señalado con anterioridad, todos los peritos coincidieron en que debía estar protegido con dicho elemento, rejilla que tenía que estar anclada a una tapa con tornillería, y luego sujeta a la pared con silicona, concretamente, según resultó de la prueba pericial, se hacía uso de sika-flex, material apto para agua marina. Esto es, de haberse realizado un adecuado mantenimiento, se habría detectado la inexistencia de rejilla en dicho tubo de succión, y el resultado no se hubiera producido.

b) Que dicha conducta infrinja un deber objetivo de cuidado.

El riesgo de atrapamiento en un orificio de succión sin rejilla de protección, orificio que por sus dimensiones -en este concreto caso, 9 cm de diámetro-, era totalmente previsible, pues es lo suficientemente ancho como para que pueda introducirse un brazo o cualquier otra parte del cuerpo y hacer vacío de forma inmediata, vacío que solo podía eliminarse parando el motor de la bomba de succión, cuya fuerza o presión, en este caso, resulta indiferente, pese a ser un hecho discutido en el plenario, pues fue lo suficiente como para generar el vacío,



lógica e indiscutible.

Se atribuye responsabilidad penal a J , en tanto Jefe o Encargado de Fontanería, por cuanto de la prueba que ha sido practicada en el plenario se desprende que entre sus atribuciones se encontraba la de gestionar y coordinar el adecuado mantenimiento de las instalaciones del balneario, y más en concreto, la de encargar a sus operarios H y C , cualquier reparación o sustitución de las rejillas que no se encontrasen en buen estado. En definitiva, era él quien debía asegurarse de la efectividad de las revisiones de las medidas de seguridad, y en concreto, de la existencia o no de rejillas en los orificios de succión, revisión que de haberse efectuado, habría detectado la incidencia, y habría dado las ordenes precisas para su reparación.

Se atribuye responsabilidad penal a H y a C , técnicos de balneario, pues los mismos debieron haber efectuado un mantenimiento adecuado de las instalaciones del balneario, y en concreto, debieron haber comprobado que los orificios de succión de las piscinas del complejo se encontraban protegidos con las correspondientes rejillas, siendo quienes, de forma ordinaria y habitual llevaban a cabo la sustitución de rejillas caídas, y quienes comunicaban a su superior, J , cualquier incidencia que pudieran haber apreciado en el ejercicio de sus funciones, pues eran los que diariamente efectuaban una «revisión» de las instalaciones.

Se atribuye responsabilidad penal a A , en tanto era el Jefe del departamento de Ingenieros, el encargado de la elaboración del proyecto de las instalaciones en el año 2003, el encargado de la elaboración de un Plan de Emergencia y Autoprotección, en los cuales, no se constató el riesgo grave

y conocido de un posible atrapamiento del bañista en orificios de succión, en tanto no dio las instrucciones precisas a sus empleados con relación a si algún orificio de succión (o cualquier otro orificio capaz de causar este u otro daño) se encontraban desprotegidos, y en tanto que fue él el que se encargó de llevar a cabo, tras el accidente, la coordinación de la revisión que diariamente encomendó a los socorristas y a los técnicos de balneario.

Se atribuye responsabilidad penal a P A , en tanto director del complejo « M », lugar en el que se produjo el siniestro, dado que es, en última instancia, el responsable de que las medidas de seguridad se vean del todo cumplidas, el encargado de dar las directrices adecuadas a sus empleados, y el encargado de velar por la seguridad de todos los usuarios en sus instalaciones.

Se atribuye responsabilidad penal a R , en tanto, en el acto del juicio, todos los intervinientes, ya fueran acusados o testigos, lo consideraron como responsable de recursos humanos del complejo, lugar en el que se produjo el accidente, siendo, al igual que P A , encargado de que dicho desenlace nunca se hubiera producido, teniendo siempre que velar por el cumplimiento de todas las medidas de seguridad, incluso, en el caso de haberse delegado.

No se atribuye la responsabilidad penal a M , habida cuenta que sus funciones en la mercantil se ceñían a la coordinación de socorristas y cajeros, no teniendo atribuida la función de revisión del estado de las rejillas de protección hasta la producción del accidente. Y dicho razonamiento es el que de igual modo debe ser de aplicación en el caso de B , en tanto se encargaba de la limpieza de los vasos.”

impidiendo que la menor pudiera sacar por si sola o con la ayuda de varias personas, entre ellos familiares y socorristas, su brazo de dicho orificio, no siendo sino hasta la parada del motor cuando quedo liberado el brazo de la menor.

c) Que la conducta produzca un daño a un tercero en un bien jurídico que se encuentre protegido por la Ley.

En este caso, dicha conducta omisiva causó el fallecimiento de la menor B .

d) Una relación causal entre el daño y la acción u omisión voluntaria.

La relación causal entre el fallecimiento y la ausencia de un debido mantenimiento en las instalaciones del complejo que hubieran permitido constatar la inexistencia de rejilla de protección en el orificio de succión en el que se produjo el atrapamiento y su reparación, es una cuestión

Resulta de interés en orden a las UTEs (Uniones Temporales de Empresas) y su capacidad para ser parte procesal - pues sabido es carecen de personalidad jurídica -la Sentencia núm. 1.098/2021 de 27 de julio, de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Supremo -Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara -:

“Por todo ello, fijamos la siguiente doctrina en respuesta a las cuestiones con interés casacional Primero: Con el fin de evitar situaciones de indefensión, el órgano jurisdiccional debe requerir la subsanación del defecto procesal, consistente en aportar el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones por parte de las Uniones Temporales de Empresas, salvo que tales documentos ya obren en el expediente, en cuyo caso, no es preciso tal requerimiento. Segundo: en el caso de ejercicio de acciones judiciales por parte de uniones temporales de empresas (UTEs), el acuerdo previo para entablar tales acciones no debe ser adoptado individualmente por cada una de las empresas que integran la UTE, resultando suficiente con que se acuerde, de forma singular, por el órgano de la UTE que se encuentre facultado para litigar en nombre de la propia UTE. Tercero: en el supuesto de que alguna de las empresas que compongan una UTE se encuentra en situación de concurso, no es preciso que la administración concursal adopte un acuerdo expreso facultando al órgano correspondiente de la UTE para entablar acciones judiciales, salvo que el otorgado con anterioridad a la declaración del concurso, haya perdido su

validez. CUARTO.- Resolución de las pretensiones deducidas en el recurso de casación. Por todas las razones expuestas procede declarar haber lugar al presente recurso de casación, ordenando la retroacción de actuaciones. Efectivamente, La sentencia recurrida, sin entrar a conocer del fondo del asunto, acordó inadmitir el recurso contencioso-administrativo, estimando la alegación vertida por el Ayuntamiento en el escrito de contestación a la demanda. Por ello ordenamos retrotraer las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de dicha sentencia para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana se pronuncie sobre el fondo del recurso núm. 200/2017 ... QUINTO.- Pronunciamiento sobre costas. En relación con las costas procesales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto en lo que se refiere a las causadas en este recurso de casación. Y respecto de las correspondientes a la instancia, cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad.”

En numerosas comunidades de España el ataque de lobos al ganado es un hecho que sucede con frecuencia y la indemnización de sus consecuencias ha de ser dilucidada por los tribunales con profundas discusiones en la determinación del daño emergente y el lucro cesante -¿hallaremos agazapado el concepto de “sueños de ganancia”?- ; sobre ello, la Sentencia nº 64/2022, de 16 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Burgos, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Ponente Dª. M. Begoña González García -:

“Aplicación al caso con la determinación de la indemnización procedente. Ya hemos resuelto en numerosas ocasiones que resulta procedente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos por la actora aplicando las reglas generales de la



responsabilidad patrimonial establecidas en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, sin que puedan entenderse compensados tales daños por las cantidades abonadas en otros casos, por la Junta de Castilla y León de acuerdo a lo regulado y a los precios de ganado fijados para este tipo de reclamaciones en las distintas Ordenes de Ayudas para paliar los daños producidos en Castilla y León por lobos al ganado vacuno, pues no olvidemos que no puede excluirse el régimen general de responsabilidad patrimonial previsto en la Ley 40/2015, y el hecho de que la Administración únicamente responda de los daños derivados de lucro cesante y daños indirectos, se opone, con carácter general, a la responsabilidad patrimonial de la Administración que diseña nuestra Constitución y regulan los referidos artículos. Desde esta perspectiva, entendemos que para efectuar las valoraciones aquí cuestionadas, el informe pericial emitido no tiene por qué utilizar valores de referencia oficial como los establecidos en la Orden FYM/147/2019, por ser una valoración para establecer una ayuda paliativa

limitada y condicionada por la Administración, ni tampoco el establecido en el Real Decreto 389/2011, de 18 de marzo, por el que se establecen los baremos de indemnización por el sacrificio de animales en el marco de los programas nacionales de lucha y control de determinadas enfermedades, por ser un baremo para indemnizar por sacrificio obligatorio para erradicación de enfermedades, que no es el caso, *estimando este Tribunal correcta la valoración acudiendo al libre mercado* de vacuno, y así lo ha declarado reiteradamente, entre otras, en la sentencia de 24 de octubre de 2014 recaída en el recurso 40/2014, o en la de 13 de febrero de 2017, recurso 9/2016 y el recurso 2/2017 sentencia de 26 de enero de 2018,.

No obstante dicha conclusión, si procede reconsiderar la determinación de su concreto importe indemnizatorio, ya que en este caso no estamos ante animales siniestrados, ni por tanto ante un daño directo derivado de los ataques, sino ante un daño indirecto, concepto más propio de un *lucro cesante* o la pérdida del beneficio que supone para el ganadero que

la tasa de fecundidad se vea disminuida por los ataques, por lo que no estamos ante un daño emergente por la pérdida de un animal concreto como consecuencia del ataque, sino ante la valoración de «lucro cesante», que se pone de manifiesto y nace indefectiblemente asociado al suceso, con manifestación y efecto futuro por la existencia de una expectativa cierta de una tasa de fecundidad y por tanto no estamos hablando de puras expectativas, sino de *ganancias futuras que hubiese tenido la entidad recurrente, si no hubiese sufrido la acción del lobo*, pero no se trata de un daño directo y emergente en el momento del ataque, siendo jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo como la sentencia de 12 de diciembre de 2017, nº 1940/2017, recurso 2451/2016, que: «... si bien la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables y los conceptos de lucro cesante y daño emergente, partiendo del principio contenido en los



artículos 1.106 del Código Civil y 115 de la Ley de Expropiación Forzosa y de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre y 4 de diciembre de 1980, 14 de abril y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 10 de junio, 12 y 22 de noviembre de 1985), es de tener en cuenta que en el concepto de lucro cesante: a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo (así en sentencia de 15 de octubre de 1986) que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes. ... b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, puesto que la indemnización ha de limitarse al daño emergente que genera el derecho a la indemnización. ... c) Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala (sentencia, entre otras, de 3 de febrero de 1989) (se requiere) (falta) una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia de 15 de octubre de 1986, entre otras) ha de apreciarse de

modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios, lo que se acredita por la variabilidad cuantificadora y el distinto ámbito temporal previsible, que se contiene en los diversos dictámenes periciales.» Teniendo en cuenta esos criterios reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, debemos rechazar la propuesta que se hace por el perito en su informe y ello por las siguientes razones: O la sentencia del Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 5ª, S 25 de abril de 2017, nº 708/2017, recurso 606/2016, en la que se concluía que: El deber de reparación integral del daño, como recuerda la STS de 24 de noviembre de 2015 rec. 956 / 2014, debe comprender «el llamado daño emergente, integrado por el valor de la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio del perjudicado; así como el llamado lucro cesante, integrado por la ganancias dejadas de percibir». Ahora bien, esas dos modalidades del daño patrimonial en sentido estricto, comportan, de una parte, que han de quedar acreditados de tal forma que tanto unos como otros sean reales o manifestamente potenciales conforme a las condiciones que generarían esa pretendidas ganancias que no responden, como se viene puntualizando por la jurisprudencia, a un «sueño de ganancias», carente de toda conexión lógica de las condiciones del perjudicado sino a meras expectativa o de eventual dudosas o contingentes que no encuentran fundamento en esas condiciones fácilmente constatables.»

Por lo que llegados a este punto la Sala considera

que procede reconsiderar la cuantificación de la indemnización por la pérdida de la fecundidad, en cuanto a que los 8 terneros en los que se determina dicha pérdida y que no suponen un daño directo de los ataques o un daño emergente, dado que es un daño indirecto o estimativo de lo que los ataques afectan a la tasa de fecundidad de la ganadería y por tanto como un lucro cesante o pérdidas que, para las ganancias de la explotación ganadera suponen los ataques a los lobos, por lo que dichos 8 terneros, solo han de ser valorados en función de su consideración como lucro cesante, tal y como se realiza en la página 15 del informe pericial del Sr. Calixto, ya que han de ser considerados lógicamente como de una edad menor al mes a razón de 360,40 € unidad, que es el lucro cesante que para animales de esta edad se establece en el informe en función de la ganancia que se dice esperada de 895 € a la que resta el valor del animal calculado en el apartado 3.1.1.1 del citado informe, lo que determina un valor total de 2.883,20 €. Puesto que reiteramos también, en este punto, lo expuesto sobre la inexistencia de dato objetivo que determine que, porcentaje se habría debido destinar al cebo o engorde, finalmente procede concluir respecto de estos 8 supuestos animales considerados como pérdida de fecundidad, que no procede determinar indemnización por costes asociados al siniestro, como incorrectamente se realiza por el Perito Sr. Calixto en la página 17 de su informe, ya que los costes asociados al siniestro deben resarcirse en atención a cada uno de los siniestros efectivamente producidos y no los hipotéticos resultantes de dicha pérdida de fecundidad.”





Puesta al día internacional

En torno a la relación entre la historia reciente de la responsabilidad civil y los accidentes de tráfico hoy, cuando intervienen vehículos de distintas nacionalidades.

por Ubaldo González Garrote

Abogado

Profesor Derecho Mercantil

Universidad de Castilla La Mancha

Si contemplamos la historia del seguro de responsabilidad civil, poco podemos destacar con anterioridad a la Edad Media, pero sí con posterioridad a este momento, ya que corresponde al renacimiento italiano y al nacimiento ahí del derecho mercantil, el inicio del origen lejano del seguro de responsabilidad civil. Así, podemos considerar con carácter general dos grandes etapas muy diferenciadas, la que va hasta el nacimiento del derecho mercantil en Italia, y desde ahí hasta nuestros días.

Nace la figura del comerciante italiano como precursor y como mecenas de los artistas del renacimiento, y pronto adquiere la categoría de clase social alta (debía adherirse a los gremios de comerciantes mediante el pago de un alto canon), y en unos años los comerciantes de las Ciudades Estado italianas de Génova y Venecia, principalmente, comienzan a comerciar sus mercancías por la ribera del Mediterráneo, llegando desde Livorno que sigue siendo hoy el principal puerto de Italia, hasta España, Francia y norte de África: Barcelona (Ordinacions de la ciutat de Barcelona), Valencia- Alicante (Llibre del Consulat de Mar), Marsella, Túnez, Argel y Orán como puertos más significativos. Por esta vía se expande rápidamente el florecimiento del derecho mercantil y por ende de los seguros, ya que los viajes por mar necesitaban asegurar el éxito de la feliz arribada a puerto, los préstamos a la gruesa ventura, y de alguna manera la responsabilidad civil del cargador.

No podemos pasar por alto en el siglo siguiente la importancia de un acontecimiento, germen del seguro moderno, que va a revolucionar e impulsar como ningún otro el mundo del seguro: lo constituye en 1666 el gran incendio de Londres, que provocó que se impusiera el seguro de incendios con carácter obligatorio. Si bien no era un seguro de responsabilidad civil (es netamente un seguro de daños), sí va a propiciar que, al calor de este seguro, aparecieran nuevos riesgos que incidían en la responsabilidad civil. Sin olvidar que este hecho fue el germen que favoreció hasta hoy que las grandes aseguradoras a nivel mundial sigan siendo las inglesas (Lloyds fundada en 1686, Aon, Aig, Axa, Hiscox, ...).

También vio la luz en el s. XVIII el seguro de responsabilidad civil sobre los daños que pudieran provocar los esclavos en su huida intentando ser libres, debido a que, según las legislaciones de la época, sus dueños eran los responsables de los daños que causaran pues se les consideraba como animales. Este seguro se dio en EE.UU, Cuba y Centroamérica, y Brasil principalmente.

El siguiente hito que fomenta el desarrollo del sector asegurador lo constituye la Revolución Francesa (1789), pues de ahí surgieron años después, ya en pleno siglo XIX los seguros sociales de los trabajadores.

Pero sin duda, el siglo XX es el último impulsor del mundo asegurador tal como lo conocemos hoy, en el que se acuña la expresión

“derecho de seguros”. En este siglo sucederán fenómenos tan importantes como la fusión de numerosas aseguradoras por absorción de las “menores”, la internacionalización del seguro, ya que las grandes aseguradoras se implantan en multitud de países, y desde luego la aparición del vehículo a motor, que provoca la intervención del Estado en el derecho privado y en concreto en nuestro caso en la normativa aseguradora.

Mientras los automóviles, por su escasa potencia y su escaso número pudieron asimilarse inicialmente a otros medios de transporte (coches de tracción animal, bicicletas, motociclos, etc.) cuya peligrosidad era irrelevante, no se sintió inicialmente la necesidad de proteger a las víctimas de la circulación. Pero cuando esta circulación fue rápidamente aumentando al compás del creciente parque automovilístico de cada Estado (y proporcionalmente el número de víctimas), surgió la necesidad de crear un seguro especial que sirviese de cobertura de la responsabilidad civil. Fue el derecho de la víctima el que pasó a primera línea y esta consideración condujo a una doble modalidad que le aleja del clásico seguro de responsabilidad civil: la obligatoriedad del seguro y la acción directa de la víctima contra el asegurador.

Y en base a la evolución del automóvil y a esta doble modalidad citada, todos los países de nuestro entorno europeo van a legislar el seguro obligatorio. En 1925 comienza el movimiento legislativo europeo con la Ley especial Finlandesa, siguiéndole la de Noruega en 1926, Dinamarca en 1927, Suecia y Austria en



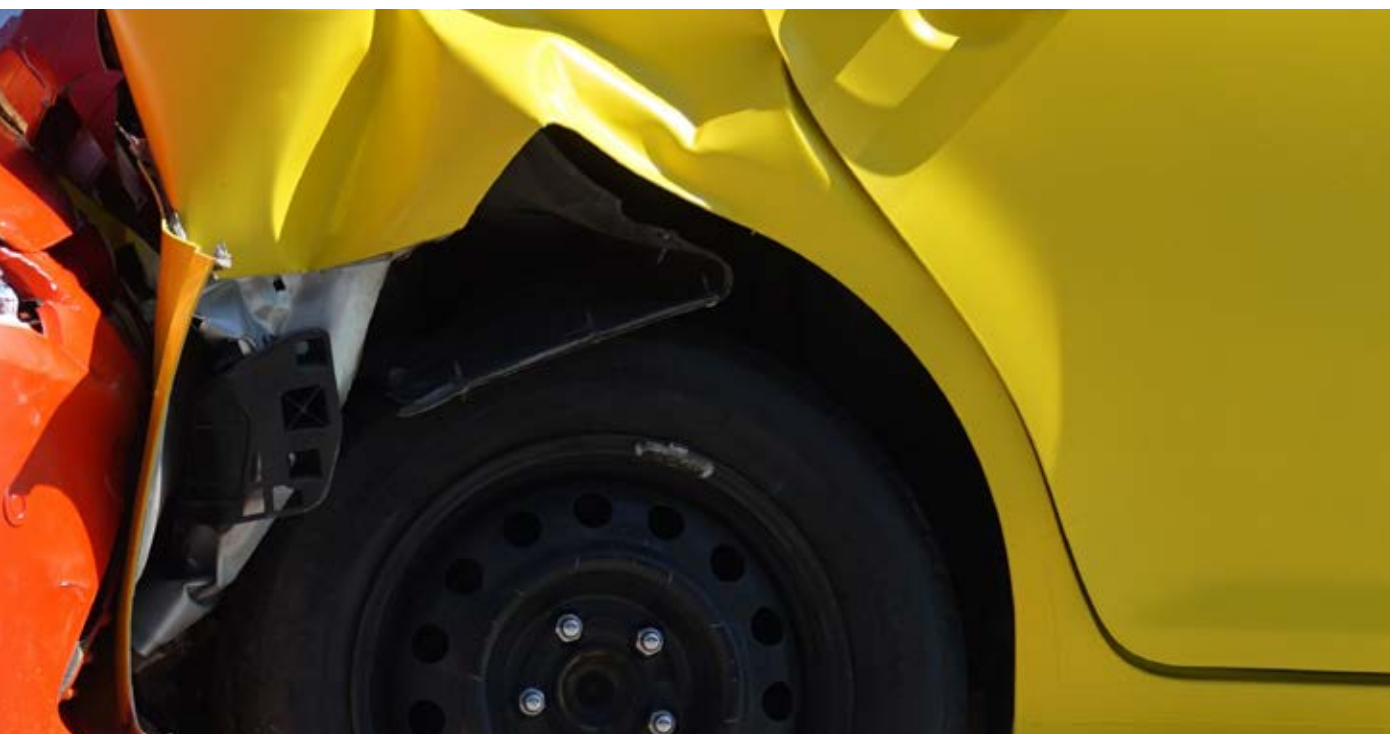
1929, Reino Unido e Irlanda del Norte en 1930, Suiza y Luxemburgo en 1932, Alemania en 1940, Francia en 1958, Holanda en 1963 e Italia en 1969.

En España, la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor de 24 de diciembre de 1962, entró en vigor tras varios aplazamientos, el 1 junio de 1965, comenzando en esa fecha la aplicación de la Ley que por primera vez en España proclamaba como hechos diferenciadores respecto a la normativa anterior, el seguro obligatorio y la acción directa contra el asegurador hasta nuestros días.

Sin embargo, y dada la gran movilidad con la que hoy en día nuestros vehículos circulan por distintos países del arco comunitario, e incluso extracomunitario, poco hemos avanzado desde entonces en la unificación de un procedimiento judicial comunitario, donde dispusiéramos de una clara competencia territorial de Tribunales, o de unas normas comunitarias que pudieran ponernos algo más fácil el simple hecho de tener una persona de Barcelona un accidente en Perpiñán o tener un ciudadano de Estrasburgo (Francia), un accidente en Stuttgart (Alemania). Separados por unos pocos kilómetros, pero alejados por una turbia legislación todavía con rasgos propios diferenciadores entre los 27 Estados miembros, a pesar de llevar ya muchos años conformando entre todos la Unión Europea. Y es que seguimos siendo islas jurídicas en numerosos escenarios, lejos de esa unificación de los distintos derechos europeos que llevamos años proclamando.

Si bien por fin, los 27 Estados miembros de la Unión Europea contemplan en sus legislaciones la acción directa (la normativa de la UE establecía plazo máximo para adaptarse los 27 miembros, el día 23-12-2023), por ejemplo, no están unificados los distintos sistemas de indemnización, y, ni tan siquiera los plazos de prescripción para las reclamaciones, con unas disparidades enormes entre países vecinos. Así, mientras en Portugal el plazo prescriptivo para el ejercicio de las acciones indemnizatorias es de 3 años, España 1 año, o Francia 5 años, resulta que en Luxemburgo son 30 años, algo completamente inaceptable y que hay que anotar en el debe del legislador comunitario. Si de sistemas indemnizatorios hablamos, aquí todavía encontramos un dislate jurídico más dispar, de modo que los letrados buscamos los recovecos procesales para intentar buscar que se nos aplique la norma del estado que más nos interesa. Aparte de que nuestros Jueces y Tribunales españoles no tienen obligación de conocer el derecho extranjero, han de ser las partes quienes lo invoquen y prueben su existencia y aplicación, porque de lo contrario el Juez nos aplicará el derecho sustantivo español y habrá que analizar en cada caso qué nos interesa más a la hora de que aplicar un sistema indemnizatorio u otro, o un plazo prescriptivo u otro. En todo caso los Jueces coadyuvarán, pero no tienen la obligación de conocer el derecho extranjero.

A partir de aquí, fijar el estado de la cuestión, determinando la competencia judicial internacional para encauzar nuestro asunto,



según la casuística de los intervinientes. Veamos las reglas generales que nos ayudarán a encauzar la cuestión procesal, al menos inicialmente, algo que no resulta baladí:

1º Cuando el demandado se encuentre domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea, se aplicará el “REGLAMENTO BRUSELAS I BIS”

2º Cuando el demandado se encuentre domiciliado en un Estado Efta (Suiza, Noruega o Islandia), se aplicará el “CONVENIO DE LUGANO 2001”

3º Cuando el demandado no se encuentre domiciliado en un Estado miembro de la UE ni de EFTA, se aplicará las reglas de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, esto no es cien por cien proclamable en la práctica procesal española, ni es de aplicación automática, pues dependerá de que ante cada Juez, invoquemos y justifiquemos la existencia de estos convenios, su aplicación y la eficacia que puedan otorgar nuestros Jueces a ellos en el ámbito del derecho español. Sin

olvidar también la existencia del Convenio de La Haya de 1971, y el Reglamento Roma II. En conclusión, nos encontramos ante una jurisprudencia que a veces es sorprendente por la disparidad de criterios pese a la existencia de los Convenios citados, que bien pudiera darse solución de una manera definitiva en el marco de la Unión Europea mediante las Directivas oportunas que para eso existen.

El desarrollo de estos apartados y el análisis de la cuestión tal cual se encuentra hoy día, merecen una especial exégesis en los siguientes artículos de nuestra revista con invocación de la jurisprudencia española más relevante.

N. de la R. Debido a un error tipográfico en la Revista núm. 73 año 2020 (edición impresa) y en esta misma sección internacional, el Autor del artículo “[Viajes vinculados](#)” y “[viajes combinados](#)”: [Diferencias conceptuales y unificación de los distintos sistemas europeos de responsabilidad civil. Directiva 2015/2302.](#)” debió figurar Ubaldo González Garrote, en lugar de la persona que aparece como autor.



Ley de Contrato de Seguro

4ª Edición



SINOPSIS

La obra contiene un estudio de cada uno de los artículos de la Ley de Contrato de Seguro, haciendo un análisis ordenado y sistemático de la doctrina jurisprudencial emanada de nuestros tribunales, con especial referencia a las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

NOVEDADES

Desde la anterior edición, pese a no haber modificaciones legislativas relevantes de la Ley de contrato de seguro, ha habido una abundante jurisprudencia, también del Tribunal Supremo, que enriquece y sigue creando una doctrina jurisprudencial que sirve a los especialistas en esta materia tan casuística para resolver los cuantiosos asuntos que se plantean a diario en la práctica aseguradora. Por ello, en esta nueva edición, hemos tratado de recopilar y sistematizar dicha doctrina para que sirva de ayuda a cualquier persona que tenga interés en su análisis.

Coordinador: José Antonio Badillo Arias

Características: 480 páginas y encuadernación rústica

ISBN: 978-84-1390-597-6

Editorial: Aranzadi

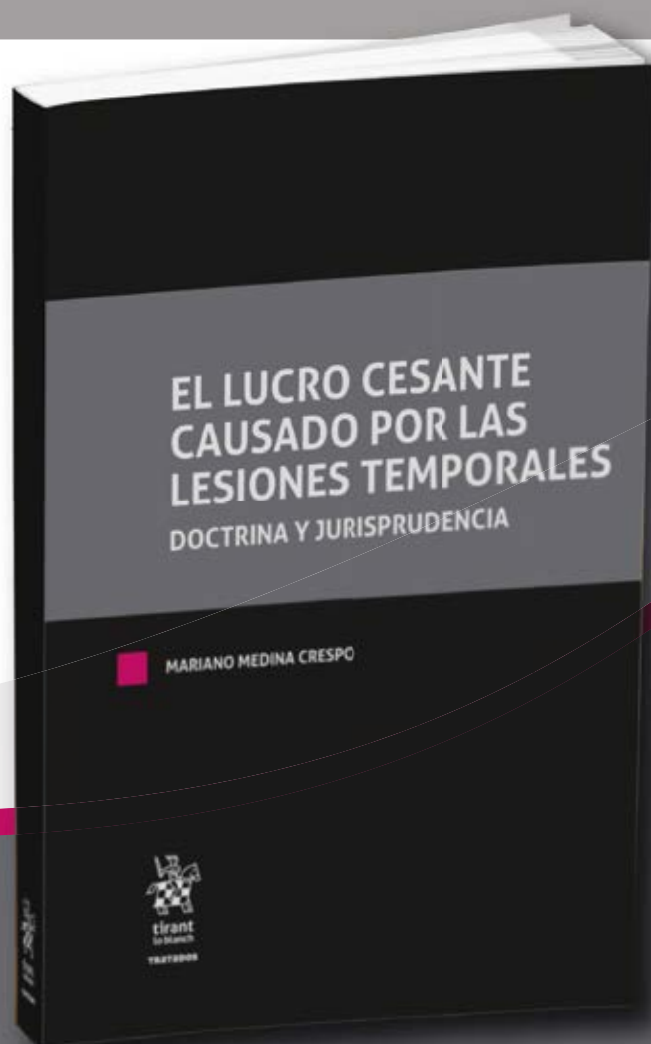
Número de Edición: 4

Fecha de Edición: 03/03/2022

THOMSON REUTERS
ARANZADI

EL LUCRO CESANTE CAUSADO POR LAS LESIONES TEMPORALES

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA



Esta voluminosa obra aborda el análisis teórico-práctico de la mitad de un artículo -el 143- dedicado al resarcimiento del lucro cesante originado por las lesiones temporales laboralmente impositivas en el Baremo de Tráfico introducido por la Ley 35/2015, sobre la responsabilidad civil automovilística. Aunque no trata de modo específico de la reparación del correctamente denominado lucro cesante padecido por quien se dedica a las labores de su hogar, la obra contiene puntuales indicaciones de utilidad sobre la parte que de dicho artículo disciplina tal materia. Se desentrañan las omisiones y ocultaciones, las deficiencias e insuficiencias, que se detectan en el precepto analizado, aunque el uso de los cánones interpretativos legales permite la efectiva consecución del resarcimiento pleno, sin ninguna limitación cualitativa ni cuantitativa.

ISBN: 9788413780399

Editorial: Editorial Tirant lo Blanch

Fecha de la edición: 2022

Lugar de la edición: Valencia, España

Colección: Tratados

Encuadernación: Cartoné

Medidas: 24 cm

Volumen: Estuche (2 Vols.)

Nº Pág.: 1820

Idiomas: Español



**tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL

Para más información:
solicitudinfo@tirant.com

914 45 47 85

La Responsabilidad Civil Del Compliance Officer (Dúo)



La obra pretende dar respuesta a cuestiones siempre demandadas por el sector del Compliance: la relación jurídico-contractual entre la persona jurídica y el oficial de cumplimiento y la responsabilidad civil a la que puede enfrentarse este último. El trabajo efectúa un completo y riguroso análisis de este nuevo perfil profesional (el oficial de cumplimiento normativo o compliance officer), considerándose el primer estudio que se realiza son este alcance privatista.

- Configura la responsabilidad civil de un perfil profesional en auge: el oficial de cumplimiento normativo o compliance officer.
 - Obra original y única con un estudio de la relación jurídico-privada y la responsabilidad civil del compliance officer.
- Relevancia e interés para el sector del Compliance.
- Destinado a oficiales de cumplimiento normativo y personas jurídicas destinatarias del art. 31 bis CP.

Autor: Juan Carlos Velasco Perdigones

Características: 480 páginas y encuadernación rústica

CM: 10020161 ISBN: 978-84-1391-699-6

PVP DÚO S/IVA: 58,70 € PVP DÚO C/IVA: 61,05 €

PVP PROVIEW S/IVA: 41,34 € PVP PROVIEW C/IVA: 42,99 €

CMProview: 10020160 ISBN Proview: 978-84-1391-698-9

THOMSON REUTERS
ARANZADI

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

