

nº 84

Cuarto Trimestre. Año 2022



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Los seguros de
daños de las
comunidades de
propietarios y las
acciones
subrogatorias de
las aseguradoras.
Jurisprudencia
reciente

“Inidoneidad
interruptiva” en la
acción de
responsabilidad
patrimonial
sanitaria

La valoración y
cuantificación del
daño en los
cárteles de
vehículos

asociacionabogadosrcs.org

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Parte general
Delimitación y especies.
Elementos. Efectos o consecuencias

Mariano YZQUIERDO TOLSADA

8ª edición

 CUATRECASAS

 Dykinson, S.L.

NOVEDAD EDITORIAL

Un estudio detallado de los problemas generales de la responsabilidad civil extracontractual. Un libro accesible para todos, que resultará muy práctico no sólo para alumnos, sino también para juristas y todas aquellas personas, profesionales o no, que tengan interés en acercarse al mundo del Derecho y que actúan en los campos de la salud, del deporte, de la abogacía, etc.

8ª edición, 2022, 784 páginas

PVP: 67,00 €

Realice ahora su pedido a info@dykinson.com y benefíciese de un 5% de descuento


ÍNDICE

- CAPÍTULO I. RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD CIVIL PURA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO: UNA INJUSTIFICADA DUALIDAD NORMATIVA
- CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
- CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN U OMISIÓN
- CAPÍTULO V. EL DAÑO
- CAPÍTULO VI. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD
- CAPÍTULO VII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (I). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS PROPIOS
- CAPÍTULO VIII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (II). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS AJENOS
- CAPÍTULO IX. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (III). EN LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS ANIMALES Y DE LAS COSAS INANIMADAS
- CAPÍTULO X. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XI. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XII. VÍAS O CAUCES DE RECLAMACIÓN
- CAPÍTULO XIII. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XIV. LAS FORMAS DE REPARACIÓN
- CAPÍTULO XV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL



nº84

Cuarto Trimestre. Año 2022



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 84

EDITORIAL

Daño moral por derecho al honor de las personas jurídicas.

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

DOCTRINA

- Los seguros de daños de las comunidades de propietarios y las acciones subrogatorias de las aseguradoras. Jurisprudencia reciente.

Alberto Javier Tapia Hermida.....11

- “Inidoneidad interruptiva” en la acción de responsabilidad patrimonial sanitaria. (Aproximación crítica a la STS, Sala 3ª. núm. 2722/2022 de 30 de junio de 2022)

Jaime Avelino González Marín.....29

- La valoración y cuantificación del daño en los cárteles de vehículos.

Juan F. Garnica Martín.....45

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 6 de octubre de 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Daños derivados del empleo de un producto sanitario defectuoso. La Administración sanitaria no debe responder de las lesiones causadas como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. La responsabilidad debe recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios.63

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 21 de noviembre de 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL: No se impondrán los intereses del artículo 20 de la LCS, cuando en la demanda se solicite expresamente un tipo de interés legal menos gravoso.75

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 22 de noviembre de 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Contrato de seguro de vehículo a motor con cobertura de privación del derecho de conducir. La cláusula que excluye la cobertura por constituir la infracción un delito doloso de exceso de velocidad no se puede considerar limitativa de los derechos del asegurado, por lo que conllevará la exoneración del pago de la indemnización por mala fe del asegurado.89

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Cobertura por la garantía de la responsabilidad civil del Seguro del Hogar por daños causados por el perro propiedad de la hija del asegurado, que también reside en la vivienda asegurada, aunque no esté identificada en póliza. 99

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes.

Por José María Hernández-Carrillo Fuentes.....119

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

El pacto de Cuota Litis en litigios de responsabilidad civil y seguro: una reflexión de alcance internacional desde España en cuanto al análisis de los argumentos a favor o en contra.

Por Jorge Fuset Domingo155

PERLAS CULTIVADAS

- Acta de Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, celebrada en Barcelona el día 10 de noviembre de 2022.167

- XXII Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Barcelona 10, 11 y 12 de noviembre de 2022.170

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

Daño moral por derecho al honor de las personas jurídicas

por Javier López y García de la Serrana
Director

Es interesante poder detenernos a analizar si realmente las personas jurídicas tienen derecho a reclamar en concepto de daño moral, si son susceptibles de sufrir este tipo de daño, cuáles son sus características y sobre todo, bajo qué fundamento pueden ejercitar las acciones encaminadas a ser resarcidas por dicho perjuicio. Se trata por tanto de determinar si dentro de nuestro actual ordenamiento jurídico existen las normas y herramientas jurídicas que dan soporte a tal pretensión, pues no cabe duda de que son cada vez más los supuestos en los que se plantean este tipo de reclamaciones. El marco normativo que regula esta materia lo encontramos en nuestra Constitución y en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pero ha sido nuestra jurisprudencia la que sin duda ha definido el derecho al honor en el caso de las personas jurídicas y ha marcado sus requisitos.

No obstante, la primera pregunta que debemos hacernos es si la citada ley es aplicable también a las personas jurídicas, y previamente, si las personas jurídicas tienen reconocidos precisamente los derechos que son objeto de protección en esta norma. Así, tomando prestada la clasificación de teorías que sobre este tema recoge **ANDREY SOBCHENKO** en su estudio comparativo con el derecho ruso¹, tras abordar el panorama de la práctica jurídica y doctrinal española podemos encontrar tres concepciones del daño moral para el supuesto que nos ocupa:

1. Las personas jurídicas gozan plenamente del derecho al honor y pueden utilizar todos los medios de protección previstos por la LO 1/1982. Esta concepción, en este sentido, nos presenta la posibilidad de aplicar el mecanismo compensatorio de la indemnización por daño moral tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, reconociendo a ambas como titulares del derecho al honor.
2. En esta segunda opción las personas jurídicas son reconocidas también como titula-

¹ Sobchenko, A., "El daño moral y las personas jurídicas a la luz de la experiencia española y rusa". *Ars Iuris Salmanticensis ESTUDIOS* Vol. 8, 83-106 Diciembre 2020. Ediciones Universidad de Salamanca.

res del derecho al honor, pero a diferencia de la anterior, tienen su propio ámbito de protección en caso de intromisiones ilegítimas, que se denomina como reputación corporativa. Ello significa que las consecuencias tras una intromisión en el ámbito íntimo de la persona física y una intromisión en la esfera de la reputación corporativa de la persona jurídica son distintas, y difiere su repercusión en el contexto de daños y perjuicios causados. Ello llevaría a concluir que las personas jurídicas no se consideran como entes que puedan obtener la indemnización por daño moral.

3. Esta última opción parte de considerar que las personas jurídicas no son titulares del derecho al honor, pues les faltaría un elemento esencial, el cual es el componente subjetivo de este derecho, una consideración que cada persona tiene por sí misma y que por tanto es imposible de alcanzar a las personas jurídicas, con la consecuencia esencial de que no gozan del sistema de la protección previsto en la LO 1/1982.

Se considera por tanto aquí que las personas jurídicas solo pueden gozar de un derecho distinto, independiente del daño moral, que se identifica con el derecho especial a la reputación corporativa, y que ante un ataque frente al mismo, podrán demandar el resarcimiento del daño causado a su reputación.

Veamos entonces cuál es la opción elegida por nuestros Tribunales y cuáles son sus consecuencias a efectos resarcitorios. Debemos partir de la idea de que el concepto de daño moral ha ido evolucionando en un sentido no restrictivo, de manera que se supera el carácter personalísimo que lo define para acoger precisamente otros ámbitos donde puede detectarse el ataque o intromisión al derecho al honor o la intimidad que provocan precisamente un daño moral. Así, ya en la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 podemos leer lo siguiente: *«Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas»*.

Esta previsión resulta del todo lógica y, entiendo, coherente con el propio sentido del derecho al honor, pues precisamente la posibilidad de que la interpretación de este derecho vaya de la mano de la evolución de nuestra sociedad y de los valores que en cada momento representen mayor repercusión en la misma, permitirá que la protección del mismo amparada por nuestra Constitución, responda verdaderamente a los fines para los que está previsto, es decir, el amparo de la esfera más íntima de la persona, ya sea persona física o jurídica.

Vemos por tanto como la propia LO 1/1982, rectora en esta materia, ya prevé la posibilidad de una interpretación amplia del derecho al honor y a la intimidad, lo cual, unido a la evolución de las relaciones mercantiles, económicas y sociológicas, ha propiciado precisamente que nuestros juzgados y tribunales se hayan decantado por acoger la primera de las anteriores opciones, considerando que las personas jurídicas gozan del derecho al honor, y pueden aplicar las disposiciones de la LO 1/1982 para proteger sus intereses vulnerados. Así, a partir de la doctrina sentada con la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1.995, se puede afirmar que de la propia sistemática constitucional el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. En consecuencia podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico viene proclamando que la persona jurídica tiene derecho al honor, protegido constitucionalmente por el artículo 18.1 de la Constitución y regulado por la Ley 1/1982, de 5 de mayo y por tanto tiene legitimación activa para ejercitar las correspondientes acciones que le asisten para la defensa del citado derecho.

Así, el derecho al honor de las personas jurídicas, y por tanto el daño moral que sufren cuando éste es infringido, se traduce o relaciona con la repercusión que determinadas acciones de terceros puedan tener frente a su prestigio o reputación profesional. Se trata de este modo del derecho de la persona jurídica a mantener el buen nombre de su empresa y asimismo, su derecho a poder ver resarcidos los daños que se producen cuando esa reputación se ve lesionada. **ALMA M. RODRÍGUEZ GUTIAN** define el prestigio profesional como *“la pública estima de un sujeto en cuanto desarrolla una actividad económica”*².

Nuestro Tribunal Supremo acoge esta concepción, entre otras, en la sentencia de 19 de

² Rodríguez Gutian, A.M., “El derecho al honor de la persona jurídica”. Montecorvo-Madrid 1996.

mayo de 2020, donde se concluye sobre la naturaleza jurídica de la indemnización por daño moral y se reconoce su carácter personalista, pero también, bajo el mismo razonamiento se reconoce la existencia de una evolución en esta materia que lleva a reconocer el derecho moral de las personas jurídicas relacionado con las incidencias en su prestigio mercantil o reputación corporativa: *“La indemnización por daños morales, derivada de la vulneración de un derecho fundamental, se dirige a compensar el sufrimiento, dolor, incertidumbre, angustia, ansiedad... que la citada vulneración haya podido producir a la trabajadora. En este caso se concreta en la ansiedad que sufre la trabajadora por la pérdida del trabajo y la pérdida de oportunidades de desarrollo profesional. Son dos daños diferentes a los que corresponden dos indemnizaciones diferentes. No cabe oponer que, a la vista del consignado concepto de daño moral, este no podría predicarse de las personas jurídicas. A este respecto se han reconocido expresamente daños morales a las personas jurídicas, teniendo dicha consideración el infligido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas (STS, Sala I, 20-2-2002)”*.

También a destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2020, en cuanto considera que el prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, científica o similar, y que tiene repercusión en el ámbito social, forma parte de la trascendencia en que desenvuelve el honor.

Sin embargo, también nos encontramos con algunos pronunciamientos jurisprudenciales que crean líneas de confusión en esta materia, pareciendo que el derecho al honor de las personas jurídicas fuera de una “segunda categoría” y que por tanto los criterios para su estimación se pudieran relajar en cierto sentido. Citemos como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017, la cual se expresa en los siguientes términos: *“La demandante y recurrente es una persona jurídica privada, y por tanto, aunque a diferencia de las personas jurídicas de derecho público (sentencia del pleno 408/2016, de 15 de junio), sí sea titular del derecho al honor (SSTC 139/1995 y 183/1995, y sentencias de esta sala 344/2015 de 16 de junio, 594/2015 de 11 de noviembre, 534/2016 de 14 de septiembre y 35/2017 de 19 de enero), y pueda resultar ofendida en cuanto al aspecto exterior de ese derecho fundamental, de trascendencia o valoración social, que «no cabe simplemente identificar con la reputación empresarial, comercial, o, en general, el mero pres-*

tigio con que se desarrolla la actividad» (sentencia 534/2016, de 14 de septiembre), no puede obviarse que la misma jurisprudencia también viene insistiendo en «la menor intensidad de la protección del derecho al honor cuando su titular es una persona jurídica», (sentencia 35/2017, de 19 de enero, con cita de la sentencia 594/2015 de 11 de noviembre)”.

En el mismo sentido, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2020 nos recuerda que para estimar que se ha producido la vulneración del llamado prestigio profesional, es necesario un cierto grado de intensidad, pues no basta la mera crítica profesional, sino que es precisa la injuria o la descalificación innecesaria del comportamiento profesional de una persona, poniendo en duda o menospreciando su ética en el desarrollo de su actividad o profesión.

También para ayudarnos con el alcance y definición del derecho al honor en las personas jurídicas tomemos la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2011 en la que se nos describe del siguiente modo: *“Tercero. Interesa destacar que la protección del derecho al honor se ha hecho extensiva también a las personas jurídicas habiendo señalado el Tribunal Constitucional (sentencia de 26 de septiembre de 1995) que en tanto que el derecho al honor de la persona jurídica física está vinculado y en íntima conexión con la dignidad de la persona que proclama el artículo 10-1 de la Constitución, la protección del derecho al honor contenida en el artículo 18, al ser aplicado a las personas jurídicas, se concreta en la protección de los fines para los que la misma se ha constituido”*.

Resulta también interesante en materia de vulneración de derechos fundamentales de las personas jurídicas, la distinción que marca el Tribunal Supremo en el tratamiento del derecho al honor y el derecho a la propia imagen, pues en este último caso no se prevé el reconocimiento de la protección constitucional en el supuesto de las personas jurídicas, precisamente en atención a la naturaleza jurídica del mismo al considerarse que la persona jurídica no es titular del bien objeto de amparo por la citada norma. Veamos por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2009, en la que la Sala de lo Civil lo argumenta del siguiente modo: *“En efecto, el derecho fundamental a la propia imagen es el derecho de la persona a difundir su propia imagen y a impedir esa difusión por parte de terceros. Se trata, en consecuencia, como ha reiterado esta Sala, de un derecho ligado al ámbito de la intimidad*

de la persona. El TC considera que tiene como contenido «el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento» (STC 72/2007, de 16 de abril, FJ 5). De esto se sigue que, por su propia naturaleza, el derecho a la propia imagen sólo tiene sentido en relación con la persona física. Los signos asociados a la imagen de las personas jurídicas, como parte de su activo cultural, están protegidos mediante la regulación de la propiedad intelectual e industrial, cuya vulneración no comporta por sí misma la infracción de un derecho fundamental.” Es necesario por tanto que sepamos distinguir bien el objeto de protección en cada derecho fundamental, pues solo haciendo uso del más idóneo, se obtendrá la respuesta esperada en el ejercicio de nuestras acciones judiciales.

Sin embargo, en materia de estimación o no de la vulneración del derecho al honor, cuando nos encontramos en conflicto con el libre ejercicio del derecho a la información, la respuesta de nuestra jurisprudencia viene siendo similar a la que se produce cuando la reclamación del derecho infringido se ejercita por una persona física, así, dice la sentencia de la Audiencia Provincial de LLeida de fecha 13 de abril de 2011 que “En consecuencia, el ámbito material de la libertad de expresión está sólo delimitado «por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas»- Sentencia de 12 de julio de 2004 -.” Recordando igualmente la sentencia, que el Tribunal Supremo marca como requisitos a



tener en cuenta en este conflicto de derechos fundamentales, elementos tales como el contexto en el que se produce la información o declaración, la trascendencia pública de quien es objeto de esa información y los términos expresados en la misma.

Pero llegados a este punto cabe también plantearse cómo responde nuestra jurisprudencia ante la necesidad de cuantificación del daño moral de las personas jurídicas, qué criterios utiliza y cuáles son, en suma, los parámetros a tener en cuenta para determinar las indemnizaciones de daños y perjuicios en estos asuntos. Partamos de una idea base y es que actualmente no se permite tomar en consideración, a efectos de cuantificación de la indemnización a otorgar, la ganancia patrimonial que la

intrusión en el derecho al honor haya producido para aquel que ha generado el daño, y ello dado que, en palabras de **MARÍA L. ATIENZA NAVARRO**³ *“en nuestro derecho de daños, la institución de la responsabilidad civil no pretende castigar un determinado comportamiento, ni reprochar una conducta, sino que busca algo distinto: la reparación del daño; y, para dicha reparación será indiferente el beneficio que haya podido obtener el infractor”*. Por tanto serán otros los parámetros que nuestra jurisprudencia deba utilizar para esta labor, tomando para ello como referencia lo dispuesto en la LO 1/1982.

En este sentido, me permito remitirme en parte a mi anterior editorial publicada en el número 70 de nuestra revista de julio de 2019. En ella analizaba la prueba y la cuantificación del daño moral en general y entre las sentencias citadas en aquella, podemos recuperar por su interés a lo que ahora nos ocupa, la mencionada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2016, por cuanto para determinar la indemnización que correspondía en un supuesto de vulneración del derecho al honor como consecuencia de la publicación de las fotos de una chica en *top-less*, estimó correcto aplicar el siguiente cálculo, consistente en multiplicar por 2 céntimos de euro cada espectador que vio tales imágenes (1.139.000 espectadores) y además, conceder la cantidad de 20 euros por cada día que las imágenes estuvieron publicadas en la web del medio de comunicación demandado, lo que dio un resultado total de 35.380 euros. Vemos así, que con este método de valoración de los daños y perjuicios causados se tiene en consideración la trascendencia y repercusión mediática de la publicación, tal y como ya reconoce la Ley 1/1982, hallando un modo de cálculo que es extrapolable a muchos otros supuestos.

Citemos también otras sentencias para tener una perspectiva de cuáles son las cuantías que por desprestigio profesional se vienen concediendo por nuestros juzgados o tribunales, así por ejemplo, la sentencia de 8 de junio de 2015 de la Audiencia Provincial de Madrid concede la cantidad de 6.000 euros por desprestigio profesional, siendo en el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, que también concede la cantidad de 6.000 euros por desprestigio profesional. Y la

³ Atienza Navarro, M.L., “Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Rev. bol. de derecho n. 15, enero 2013.



sentencia de la Audiencia Provincial de la Islas Baleares concede al demandante el 50% de lo solicitado por daño moral, es decir, 4.000 euros frente a los 8.000 euros solicitados en la demanda. Además de las anteriores, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2020, en un supuesto de vulneración del derecho al honor ante la imputación de corrupción política al demandante, concede la cuantía de 30.000 euros como indemnización. Citemos también la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008, en el supuesto de unas publicaciones donde se estimó la existencia de vulneración del derecho fundamental, y tras haberse solicitado por el demandante la cantidad de 4 millones de euros en concepto de indemnización por daño moral, la resolución judicial estimó el perjuicio causado en el importe de 600 euros.

Por último y dada su particular pronunciamiento, citemos la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011, por cuanto aun apreciando la existencia de vulneración del derecho fundamental, desestimó la indemnización que de forma simbólica se había solicitado por el demandante cuantificada en el importe de 1 euro, y ello por considerar precisamente que las cuantificaciones simbólicas vacían de contenido la especial protección constitucional de la que gozan los derechos fundamentales. Dice así la sentencia. *“Se solicitó por el demandante una indemnización simbólica de 1 euro, cantidad insignificante si se considera en el contexto de la reparación del daño causado, lo que lleva a esta*

Sala a la desestimación de esta pretensión. Según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de noviembre de 2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1. y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001, FJ 8).”

Con todo ello, debemos concluir que nos encontramos ante una materia que, como decíamos, evoluciona con el tiempo y se adapta a los condicionantes que en cada momento va imponiendo nuestra sociedad, sin ser ajena a los cambios que se producen en la misma y dando respuesta a las necesidades que continuamente van apareciendo. El hecho de que sea la jurisprudencia la que, como en muchos otros casos, va marcando los criterios para la aplicación de este derecho, nos obliga a que todos los operadores jurídicos que participamos en esta disciplina, estemos permanentemente actualizados y seamos conocedores de por dónde dirigen sus pasos nuestros juzgados y tribunales; y ello por cuanto de otro modo no seremos capaces de poner todas las herramientas, jurídicamente existentes, a disposición de los intereses que en cada momento debamos defender.

Enero 2023





doctrina

Los seguros de daños de las comunidades de propietarios y las acciones subrogatorias de las aseguradoras

Jurisprudencia reciente

Alberto Javier Tapia Hermida
Catedrático de Derecho Mercantil
Abogado

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN: LA PARTICULAR COMPLEJIDAD DE LOS SEGUROS DE DAÑOS DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS Y DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS ACCIONES SUBROGATORIAS DE LAS ASEGURADORAS

II.- LOS SEGUROS DE DAÑOS DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

- A) Noción
- B) Características
 - 1. Seguro de daños mixto o combinado
 - 2. Seguro obligatorio y voluntario
- C) Elementos
 - 1. Objetivos
 - 2. Subjetivos
 - a) Asegurador
 - b) Tomador del seguro
 - c) Asegurado
 - d) Beneficiario
 - e) Tercer perjudicado
- D) Contenido

III.- LAS ACCIONES SUBROGATORIAS DE LAS ASEGURADORAS

- 1. Justificación
- 2. Requisitos
- 3. Consecuencias

IV. JURISPRUDENCIA RECIENTE EN LA MATERIA

- A) La Sentencia 557/2021 de 21 de julio de 2021
 - 1. Identificación
 - 2. Supuesto de hecho
 - 3. Conflicto jurídico
 - 4. Doctrina jurisprudencial

B) La Sentencia 860/2021 de 21 de diciembre de 2021

1. Identificación
2. Supuesto de hecho
3. Conflicto jurídico
4. Doctrina jurisprudencial

D) La Sentencia 530/2022 de 5 de julio de 2022

1. Identificación
2. Supuesto de hecho
3. Conflicto jurídico
4. Doctrina jurisprudencial

V.- CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN: LA PARTICULAR COMPLEJIDAD DE LOS SEGUROS DE DAÑOS DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS Y DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS ACCIONES SUBROGATORIAS DE LAS ASEGURADORAS

Debemos comenzar este estudio constataando la particular complejidad de este tipo de seguro de daños¹ porque se trata de pólizas mixtas de daños que combinan dos tipos de coberturas cualitativamente diversas, como son los daños en las cosas que están en el patrimonio del asegurado (en este caso, la comunidad asegurada) en especial (incendio, inundación, rayo, explosión, etc.) y daños que afectan al patrimonio del asegurado (en este caso, la comunidad asegurada) en general (responsabilidad civil y defensa jurídica).

Esta especial complejidad se proyecta sobre la jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que resuelve en última instancia acciones subrogatorias de las aseguradoras cuando se producen conflictos de responsabilidad civil cruzada entre las aseguradoras de las comunidades tomadoras y aseguradas en las pólizas y los inquilinos y asegurados que además y con frecuencia, son tomadores de sus particulares pólizas de seguros de hogar. Esta complejidad, como veremos al comentar las tres Sentencias de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo², se refleja en los dos sín-

tomas procesales siguientes: la disparidad de criterios entre la primera y la segunda instancia con estimación de los recursos de apelación respectivos; y la disparidad de criterio de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo con el de las respectivas Audiencias Provinciales con la consiguiente estimación de los recursos de casación respectivos en las dos primeras Sentencias que comentaremos.

Anticipamos desde ahora que un diagnóstico certero de un litigio en la materia y de su probable solución exige combinar dos criterios: uno subjetivo, que tenga en cuenta los diversos roles o papeles que juegan las comunidades y sus inquilinos como tomadores y asegurados y, en especial, la precisión del rol predominante (cuando, en el caso de los inquilinos, pueden aparecer como co-asegurados en su condición de copropietarios de los elementos comunes y de terceros perjudicados como propietarios individuales de sus pisos o locales privativos o de bienes que se encuentren en locales comunes como garajes); y un criterio objetivo, que precise la cobertura contratada por la póliza litigiosa; precisión particularmente necesaria en este tipo de pólizas mixtas de daños que combinan dos tipos de coberturas cualitativamente diversas (daños en las cosas y responsabilidad civil).

En este último sentido, veremos cómo se cumple la regla general de proporcionalidad directa en todo contrato de seguro que nos dice

1 Sobre los seguros de daños en general, el lector puede consultar nuestra *Guía del Contrato de Seguro*, 2ª ed., Colección Monografías Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor (2022), pp.177 y ss.

2 Procede recordar que, existen otras Sentencias recientes de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supre-

mo que tratan de las comunidades de propietarios como es el caso de la Sentencia núm. 34/2022 de 24 enero. RJ 2022\550 que versa sobre una reclamación de honorarios de abogado y, más en concreto, de la determinación de los ya abonados.

que, a mayor amplitud potencial de cobertura, más dispersión potencial de garantías cubiertas existe en una póliza y más necesaria es la determinación de la cobertura contratada y debatida en caso de litigio.

II.- LOS SEGUROS DE DAÑOS DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

A) Noción

El seguro de comunidades de propietarios es un seguro de daños de naturaleza mixta por el que el asegurador, a cambio del pago de una prima, cubre los daños a los bienes instalados en el respectivo edificio y sus locales y el patrimonio de la comunidad de propietarios titular del edificio en su conjunto.

B) Características

1. Seguro de daños mixto o combinado

Este tipo de pólizas suelen cubrir dos tipos de daños:

a) En ocasiones, se comportan como seguros de daños en las cosas³ porque suelen cubrir los daños en las cosas que están en el patrimonio del asegurado (en este caso, la comunidad asegurada) en especial (incendio, inundación, rayo, explosión, etc.)⁴. Entre las coberturas es-

pecíficas de este tipo de pólizas encontramos, en la práctica aseguradora -con desglose de sublímites de las respectivas sumas aseguradas y determinación de los requisitos específicos del siniestro- las de reconstrucción de jardines por daños sufridos por plantas y árboles a consecuencia de fenómenos atmosféricos (lluvia, viento, pedrisco o granizo y nieve).

b) En ocasiones, se comportan como seguros de deudas⁵ porque suelen cubrir los daños que afectan al patrimonio del asegurado (en este caso, la comunidad asegurada) en general (responsabilidad civil y defensa jurídica)⁶. En este sentido, una cobertura típica de este tipo de seguro es la de responsabilidad civil, por la que el asegurador cubrirá el patrimonio de la comunidad cuando sea deudora de una responsabilidad civil extracontractual derivada de situaciones como, por ejemplo, el desprendimiento de elementos de la fachada que golpeen a transeúntes. En particular, a los efectos de este comentario, nos interesa destacar que, en la práctica, las pólizas suelen cubrir la responsabilidad civil de los copropietarios, desglosando las sumas aseguradas por las indemnizaciones y fianzas, costes judiciales y de dirección derivados de reclamaciones entre copropietarios en su condición de poseedores de viviendas o locales del edificio⁷.

3 Sobre este tipo de seguros de daños, el lector puede consultar Sánchez Calero, F./ Sánchez-Calero Guilarte, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II cit. pp. 532 y ss. y nuestra *Guía del Contrato de Seguro*, cit. pp.199 y ss.

4 En la práctica, las pólizas suelen desglosar las sumas aseguradas por referencia a los bienes asegurables (vivienda mobiliario) y las coberturas de daños materiales detallando -con sin requisitos específicos del siniestro y con o sin límites específicos de suma asegurada- el incendio y otros daños (incendio, explosión o implosión, humo de origen accidental, impacto directo del rayo o corrientes eléctricas anormales inducidas por el mismo, hundimiento accidental del terreno por obras ajenas al inmueble asegurado, colisión o impacto de vehículos terrestres, aeronaves así como ondas sónicas y turbulencias producidas por éstos y objetos procedentes del exterior, actos vandálicos), fenómenos atmosféricos (lluvia, viento, pedrisco o granizo y nieve), daños eléctricos: daños por agua (daños causados a los bienes asegurados por fugas o derrames accidentales procedentes de tuberías, aparatos electrodomésticos, omisión del cierre o desajuste de grifos, llaves de paso o válvulas, localización de averías y reparación de tuberías con daños, localización de averías y reparación de tuberías sin daños, exceso de consumo de agua por avería de tuberías generales, daños generados por atascos en las tuberías, daños causados por filtraciones o goteras derivadas de fugas en las bajantes ocultas de aguas pluviales), roturas (cristales, lunas, espejos y vidrieras, fregaderos y aparatos sanitarios fijos, muebles de metacrilato, mesas de mármol, granito, piedra o minerales análogos, placas de cocina en

materiales cerámicos vitrificados), robo, etc. y daños por esta causa, hurto y apropiación indebida, etc. Destacan, en particular las denominadas prestaciones especiales d este tipo de seguros de daños de las comunidades como son las coberturas de inhabilitación del edificio (con alojamiento provisional en un hotel o con alquiler de una vivienda, plaza de garaje o local provisional), el salvamento, desescombro y extracción de lodos, los daños a los bienes asegurados por las medidas adoptadas para extinguir o contener el siniestro, los daños estéticos, etc.

5 Sobre este tipo de seguros de deudas, el lector puede consultar Sánchez Calero, F./ Sánchez-Calero Guilarte, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II cit. pp. 538 y ss. y nuestra *Guía del Contrato de Seguro*, cit. pp.225 y ss.

6 En la práctica, las pólizas suelen desglosar las sumas aseguradas por referencia a los bienes asegurables (vivienda y mobiliario) y las coberturas de daños materiales detallando -con sin requisitos específicos del siniestro y con o sin límites específicos de suma asegurada.

7 La responsabilidad civil que suele abarcar indemnizaciones y fianzas, costes judiciales y dirección jurídica por daños causados a terceros por los elementos e instalaciones del edificio asegurado de los que deba responder el asegurado en su condición de propietario del inmueble, por acciones u omisiones negligentes de los empleados del inmueble y por la realización de trabajos de reforma, por accidentes de trabajo del personal dependiente del asegurado, por actos o errores cometidos por la junta rectora de la comunidad (p.ej. errores en la emisión de certificados de copropietarios por parte del presidente de la comunidad), por daños y perjuicios causados a terceros por contaminación.

Conviene tener en cuenta, a estos efectos, la jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad civil de las comunidades de propietarios en aspectos tales como la responsabilidad derivada de los daños causados en elementos privativos del inmueble por el mal estado de conservación de los elementos comunes⁸.

Otra cobertura típica opcional de este seguro de comunidades cuando opera como un seguro de patrimonio es la defensa jurídica que abarcará el pago de las costas judiciales, dirección jurídica y gastos conexos; amparando la reclamación de daños y perjuicios, derecho laboral, derechos relativos al edificio, defensa penal y la reclamación del pago de cuotas co-

8 En este sentido, la Sentencia núm. 491/2018 de 14 septiembre. RJ 2018\5139 considera procedente dicha responsabilidad derivada de los daños causados en elementos privativos del inmueble por el mal estado de conservación de elementos comunes; estimando, asimismo que el plazo de prescripción de la acción de reparación de daños causados por el incumplimiento del deber de conservación de los elementos comunes del inmueble es el general de las acciones personales y no el anual de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

munitarias. Suele incluir un servicio telefónico de orientación jurídica.

Advertimos de las consecuencias jurídicas del carácter mixto o combinado de este tipo de seguro de daños: Por una parte, confiere una particular complejidad potencial a los litigios derivados. Por otra parte, obliga al jurista a seguir el sistema racional especializado -o descendente en busca de respuesta- de aplicación de la LCS que comienza con la normativa específica que pueda dictarse sobre este seguro, para seguir con la Sección correspondiente -de entre la 2ª a la 9ª- del título II de la LCS, después con la Sección 1ª de este mismo título II y acabar con el título I de esa misma LCS.

Por último, conviene advertir que el seguro de comunidad de propietarios debe diferenciarse del seguro de hogar porque asegura el edificio en su totalidad, desde la estructura o fachada hasta elementos eléctricos o bienes materiales. En este sentido y a los efectos de reclamaciones de responsabilidad civil cruzada, conviene reparar en la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal



Supremo sobre el ejercicio de la acción directa de los perjudicados por los daños causados en los seguros del hogar su inmunidad respecto de las excepciones personales que pueda tener la aseguradora frente a la comunidad asegurada⁹.

2. Seguro obligatorio y voluntario

Este seguro de comunidades tiene carácter voluntario; salvo en algunas Comunidades Autónomas -como las de Valencia y Madrid- en las que tiene carácter obligatorio y debe incorporar las coberturas de incendios y de responsabilidad civil frente a terceros. Por lo anterior, en la práctica se suelen distinguir las coberturas obligatorias de responsabilidad civil (que incluye el

pago de indemnizaciones y fianzas) y de incendio y otros daños; de las coberturas opcionales de daños eléctricos, daños por agua, etc.

C) Elementos

1. Objetivos

El objeto de este seguro serán los elementos comunes del edificio susceptibles de copropiedad en los términos del artículo 396 del Código Civil¹⁰ y de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH), que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute. En la práctica aseguradora suelen cubrirse mediante este seguro los edificios de viviendas que contengan locales comerciales y oficinas, incluyendo las zonas comunes tales como piscinas, zonas ajardinadas, etc. y los edificios de viviendas con garajes particulares y/o trasteros.

Tal y como hemos indicado con anterioridad al referirnos al carácter mixto o combinado de este tipo de seguro de daños, su cobertura objetiva suele alcanzar, en la práctica aseguradora, dos tipos de daños:

a) Por una parte, las pólizas suelen cubrir los daños en las cosas que están en el patrimonio del asegurado (en este caso, la comunidad asegurada) en especial. Esta cobertura de daños materiales alcanza el incendio y otros daños, los fenómenos atmosféricos, los daños eléctricos

⁹ En este sentido, la Sentencia 911/2022, de 14 de diciembre de la Sección 1ª de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 1192/2019, Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg) versa sobre el ejercicio de la acción directa de las perjudicadas por los daños causados por una perra contra la aseguradora y la inmunidad respecto de las excepciones personales que pueda tener la aseguradora frente a su asegurado. En concreto, considera el siniestro cubierto por la póliza y, en consecuencia, estima en parte el recurso extraordinario por infracción procesal y estima el recurso de casación diciendo: *“Nos encontramos ante un seguro de hogar. Es hecho que no se discute que la dueña de la perra D.ª N habita en la vivienda objeto del contrato de seguro. Igualmente, según la normalidad de las cosas, los animales conviven con sus dueños, así resulta además de la documentación de la perra. La madre de D.ª N simplemente paseaba a J, y su domicilio no se encuentra en Rivas de Vaciamadrid, sino en Madrid, de lo que se deduce una detención puntual de la canina. La compañía no niega que la póliza cubra los daños causados por los perros que vivan en el hogar, sino que se limita a afirmar que el tomador del seguro no es dueño ni poseedor del animal. Se fundamenta, para ello, en que, en las precitadas condiciones particulares de la póliza, figura como residentes habituales en la vivienda solo 1 persona. Ahora bien, la acción directa del perjudicado es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, y dentro de ellas se encuentran las relativas a la declaración del riesgo y su agravación y, por ende, las concernientes a que la perra viva, en contra de lo declarado, en la vivienda asegurada, y la residencia en ella de una persona más, como es D.ª N, lo que deviene un hecho indiscutido. La actora propone la testifical de la dueña de la perra, del tomador del seguro y de la servidora de la posesión. Con respecto a dichas pruebas, la demandada las reputa innecesarias, en la audiencia previa, cuando serían básicas para acreditar que el siniestro no está amparado en la póliza de seguro del hogar en la modalidad de «responsabilidad civil ampliada a la vida privada», basada en que el perro no vive en el domicilio -en contra de la presunción de que lo hace con el propietario- o que la dueña del perro no tiene ninguna relación con el tomador del seguro. En cualquier caso, desconocemos las condiciones de exclusión, no justificadas por la compañía, y no podemos darlas por acreditadas. Por otra parte, tampoco le corresponde justificar a las demandantes el peso de la perra que, además, es hembra y mestiza de Beauceron, y que la sentencia, sin que nadie hubiera cuestionado tal dato, ni propuesto prueba alguna para acreditarlo (art. 282 LEC), considera excede de 20 kg”.*

¹⁰ El artículo 396 del Código Civil dispone: *“Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles”.*

cos, los daños por agua, el robo, la cobertura de asistencia en el edificio como la administración de fincas, reparaciones, reformas y otros servicios, servicios de emergencias, control de plagas), etc.

b) Por otra, las pólizas suelen cubrir los daños que afectan al patrimonio del asegurado (en este caso, la comunidad asegurada) en general (responsabilidad civil y defensa jurídica). Esta cobertura de la responsabilidad civil abarca los gastos de defensa y fianzas civiles y las condiciones suelen la limitación geográfica y el ámbito temporal de la cobertura. Una de las coberturas adicionales típicas de este seguro es la responsabilidad civil patronal para los casos de accidente laboral de los empleados de la comunidad. En este sentido, la póliza suele cubrir los accidentes de los empleados, incluyendo las indemnizaciones y gastos sanitarios en caso de fallecimiento, invalidez permanente, incapacidad permanente total y absoluta, gran invalidez e invalidez temporal del empleado, así como los gastos sanitarios por asistencia médica, desplazamientos y estancias.

Por último, con ocasión del comentario de la Sentencia 530/2022 de 5 de julio de 2022 de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, veremos que constata que, entre las coberturas típicas de este seguro, está la de vehículos en garaje que protege a la comunidad de los daños directos que puedan sufrir los vehículos que se hallen depositados en el interior del garaje del riesgo asegurado a consecuencia de incendio, rayo o explosión.

2. Subjetivos

a) Asegurador

Dada la multiplicidad de los riesgos cubiertos por este tipo de seguro de daños, la entidad aseguradora contará con la autorización para “seguros generales” que abarca todos los ramos de seguro directo distinto del seguro de vida enumerados en el apartado A) del Anexo a la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR) sobre “ramos de seguro distintos del seguro de vida y riesgos accesorios” (apartado 8º).

b) Tomador del seguro

Esta condición puede ser coextensa con el ámbito de aplicación de la LPH¹¹. La carencia

de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios no empece su capacidad de obrar para suscribir este tipo de seguros por cuenta propia en lo que afecta a los elementos comunes¹²; y por cuenta ajena ya que los inquilinos serán asegurados individualmente para ciertas coberturas y, en todo caso, como copropietarios por la cuota de participación que conste en el título constitutivo de la comunidad ex art.5 de la LPH. Puede contratar la póliza el presidente de la comunidad de propietarios¹³ o el administrador de fincas, si está autorizado para ello.

c) Asegurado

En el caso de que el edificio o conjunto de edificios objeto de cobertura esté sujeto a la normativa de propiedad horizontal, se considerará como asegurada a la comunidad de propietarios. Las pólizas suelen indicar que, además, tendrán la condición de asegurados -cuando así se indique expresamente en las condiciones generales- los copropietarios o los inquilinos de los pisos o locales que conformen el edificio asegurado. De tal manera que estos

de aplicación: a) A las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5. b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal. Estas comunidades se regirán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros. c) A los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en esta Ley. d) A las subcomunidades, entendiendo por tales las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica. e) A las entidades urbanísticas de conservación en los casos en que así lo dispongan sus estatutos”.

12 Por ejemplo, en la Sentencia núm. 632/2012 de 29 octubre (RJ 2012\9731) de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo se refleja la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación activa de una comunidad de propietarios para interponer una acción declarativa de dominio sobre la vivienda adquirida por los copropietarios a los promotores para que sea ocupada por el portero se reconoce al ser un elemento común. De tal manera que la comunidad de propietarios esta legitimada para ejercitar una acción de declaración de propiedad como propietaria afirmando tal condición en ella y no en los propietarios individuales que contrataron con los promotores.

13 V. el art.13.3 de la LPH y la doctrina jurisprudencial sobre su legitimación activa y la extensión de las facultades del presidente a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen, abarcando, en su caso, la reclamación por el presidente de vicios constructivos en varias viviendas del inmueble se puede ver en la :Sentencia núm. 383/2017 de 16 junio (RJ 2017\2878).

11 Cuyo artículo segundo dispone: “Esta Ley será

seguros para comunidades pueden cubrir a los propietarios frente a los posibles siniestros que pueden tener dentro de las zonas comunes (tejas sueltas, rotura de tuberías principales, incendios, etc.) o relativas a la gestión de la comunidad, como es la reclamación por impago de gastos comunitarios.

d) Beneficiario

Estas pólizas definen, en ocasiones, a otro personaje al que denominan -impropiamente en términos estrictos de la LCS- beneficiario que será la persona a quien el tomador del seguro o en su caso el asegurado reconoce el derecho a percibir, en la cuantía que corresponda, la indemnización derivada de la póliza. Añadiendo en ocasiones que, a los efectos de la cobertura de daños materiales tendrán, asimismo, la condición de beneficiarios los propietarios de las viviendas o locales que integren el edificio o conjunto de edificios, cuando los daños sufridos afecten a partes o elementos privativos de un determinado piso o local.

e) Tercero perjudicado

Respecto a la cobertura de responsabilidad civil y, en particular, del eventual ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS contra el asegurador, será tercero cualquier persona, física o jurídica- distinta de la comunidad tomadora y asegurada y del comunero (en su rol de co-asegurado)- que tenga derecho a ser indemnizada.

Un aspecto particularmente conflictivo en esta cobertura es la exclusión de la condición de tercero que hacen las condiciones generales de este tipo de pólizas de las personas que convivan con el asegurado y de sus familiares hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad. En la práctica, las pólizas, en ocasiones, incluyen expresamente a dichos familiares en la condición de terceros respecto a la cobertura de responsabilidad civil cuando el siniestro derive de incendio o daños por agua que produzcan daños a viviendas colindantes, cuyo propietario o inquilino sea familiar del asegurado. También se puede incluir en la cobertura el pago de indemnizaciones pecuniarias de que pudiera resultar civilmente responsable el asegurado, como propietario de un animal doméstico, respecto a los daños corporales y materiales que de dicha propiedad se derive. En el supuesto de que el asegurado se configure como comunidad de propietarios y a los efectos de esta cobertura de responsabilidad civil, se suele predicar la consideración de terceros perjudicados a los copropietarios, arrendata-

rios o usuarios del edificio, así como las personas que convivan con los ellos.

Según veremos, uno de los aspectos más frecuentes y complejos en este tipo de seguros es el de las relaciones entre la comunidad y los copropietarios en caso de que se active la cobertura de responsabilidad civil, cuando, por ejemplo, la rotura de una tubería comunitaria provoque la inundación de unas de las viviendas del edificio. Supuesto en el que el copropietario de la vivienda afectada aparece como un tercero para la comunidad que, por lo tanto, quedaría protegido como tal por la cobertura de responsabilidad civil.

También será preciso diferenciar los daños cubre la responsabilidad civil del seguro para comunidades respecto de los que cubre el seguro de hogar individual en los casos en los que, por ejemplo, un copropietario cause daños a otro vecino en sus bienes particulares, por ejemplo, si accidentalmente causas desperfectos en otra vivienda como consecuencia de una reforma en la suya

D) Contenido

Tal y como suele ocurrir con el contrato de seguro, tiene una importancia fundamental el deber precontractual de la comunidad tomadora de declarar las circunstancias del riesgo en los términos del art. 10 de la LCS¹⁴. En la práctica, las pólizas suelen identificar este deber con la denominación de bases de *la cobertura* que definen como las respuestas del tomador al cuestionario sometido por la aseguradora; añadiendo que estas respuestas son las bases que aseguradora ha tenido en cuenta para determinar la prima aplicable y aceptar la emisión del contrato. En particular, suelen añadir que Las características constructivas del edificio, su estado de mantenimiento, antigüedad, ubicación y uso al que se destina, así como las medidas de protección de las que dispone y su adecuado mantenimiento y permanente estado de funcionamiento son las bases sobre las que se acuerda la cobertura.

Como en todo contrato de seguro, su contenido se integra por las obligaciones sinalagmáticas de pagar la prima por el tomador¹⁵ y la prestación por el asegurador cuando ocurra el siniestro objeto de cobertura. En este último

14 El lector puede consultar nuestra *Guía del Contrato de Seguro*, cit. pp.129 y ss.

15 El lector puede consultar nuestra *Guía del Contrato de Seguro*, cit. pp.153 y ss.

sentido, la cobertura suele clasificarse atendiendo bien a la etiología del daño diferenciándose los daños por fuego (incendio, explosión y caída de rayo), por agua (inundaciones, roturas y filtraciones), por fenómenos atmosféricos en general, los daños eléctricos (subidas de tensión y cortocircuitos); o bien a los bienes dañados, de forma singular, como los daños por roturas de lunas, cristales y mármoles, el robo, expoliación y hurto: el mobiliario, joyas y dinero o de forma conjunta como es la responsabilidad civil, garantía que cubre los daños a terceros que pueda causar la comunidad de propietarios¹⁶.

Además, a la póliza de un seguro de comunidades se puede añadir una garantía de protección jurídica que puede incluir la reclamación a propietarios por impago.

III.- LAS ACCIONES SUBROGATORIAS DE LAS ASEGURADORAS

Dado que el denominador común de las Sentencias de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que comentamos en este artículo es el ejercicio de la acción subrogatoria por las aseguradoras en este tipo de seguros de comunidades; conviene ofrecer una síntesis de la regulación de la subrogación del asegurador en el art.43 de la LCS que establece que asegurador que paga la indemnización al asegurado se subroga en los derechos y acciones que, por razón del siniestro, correspondieran a aquél frente a terceras personas responsables del mismo y hasta el límite de la indemnización pagada¹⁷.

¹⁶ Es importante constatar que la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido, en su Sentencia núm. 831/2008 de 18 septiembre (RJ 2008\5521) que el recargo por demora del art.20 de la LCS alcanza en el seguro de responsabilidad civil a las acciones ejercitadas tanto por el asegurado como por terceros perjudicados en un caso de un accidente en una piscina de una comunidad de propietarios.

¹⁷ El art. 43 LCS establece: *“El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercer en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse. El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con*

Exponemos a continuación tres aspectos básicos¹⁸.

1. Justificación

La justificación de este efecto subrogatorio es doble: Por un lado, resulta imprescindible para mantener el principio indemnizatorio que previene el enriquecimiento injusto del asegurado conforme al art. 26 de la LCS. En efecto, si el asegurado, una vez cobrada la indemnización, pudiera dirigirse contra el tercer causante del daño y tuviera éxito con su reclamación, su posición patrimonial posterior al siniestro podría ser mejor que la anterior por cuanto hubiera percibido no solo la indemnización sustitutiva del daño sino también la indemnización de daños y perjuicios del tercero. Esta primera justificación es la que lleva a eliminar este efecto subrogatorio de manera expresa en los seguros de personas por parte del art. 82 de la LCS por cuanto, en ellos, no existe posibilidad de enriquecimiento injusto porque únicamente indemnizan de forma presunta el daño. Por otro lado, el segundo fundamento reside en aspectos empresariales del seguro; por cuanto el ejercicio con éxito de estos derechos de subrogación permite a los aseguradores repercutir los fondos obtenidos en su explotación comercial y rebajar las tarifas al conjunto de sus asegurados¹⁹.

2. Requisitos

La efectiva subrogación del asegurador exige el cumplimiento de cuatro requisitos: Primero, el asegurado que ha percibido la indemnización debe tener un crédito frente a un tercero como consecuencia del mismo daño que ha motivado el cobro de aquélla²⁰. Segundo, el

los términos de dicho contrato. En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

¹⁸ El lector puede consultar Sánchez Calero, F., *Comentario al artículo 43 de la LCS, en Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (dir. Sánchez Calero, F.), Editorial Aranzadi, Navarra, octubre (2010), pp.948 y ss. y nuestra *Guía del Contrato de Seguro*, cit. pp.194 y ss.

¹⁹ Ver Sánchez Calero, F., *Comentario al artículo 43 de la LCS* cit., pp.950 y ss.

²⁰ Los tribunales consideran que no basta que se haya producido aquel pago para que nazca el derecho a subrogarse, sino que también es necesario que el asegurador acredite como elemento constitutivo de su pretensión que el asegurado fue perjudicado por el siniestro (STS 20.11.1991). En este sentido, la sentencia de la AP de Madrid (Sección 11.ª) núm. 301/2018 de 23 julio (JUR 2018, 240389) ha admitido la subrogación del asegurador en un seguro de robo en el que el robo se produjo en un local asegurado

asegurador debe haber cumplido su obligación de abonar la indemnización al asegurado²¹. Tercero, el asegurador debe manifestar su voluntad de ejercitar por vía de subrogación aquellos derechos y acciones porque no olvidemos que el art. 43 de la LCS señala que dicho asegurador «podrá ejercitar» esta acción²².

sobre el que la empresa demandada habría instalado un sistema de alarma que no funcionó al no advertir la presencia de los intrusos ni emitir por ello señal alguna. Los tribunales han desestimado la subrogación del asegurador en un seguro de incendio cuando éste fue causado por un menor de 8 años que prendió fuego a una planta artificial en un bar falleciendo una persona al considerar que faltó la causa adecuada de propagación a todo el local y que existieron causas concomitantes de mayor entidad como la falta de dotación de extintores y la falta de actuación diligente de los bomberos [STS 27.06.2005 (RJ 2005, 4438)]. En sentido contrario, han desestimado la subrogación del asegurador en un seguro de incendio cuando el siniestro fue debido a la autocombustión espontánea de varios bloques de espuma colocados para su secado en un callejón cuando la demandada puso los medios adecuados para evitar la producción del incendio que se propagó a las naves colindantes por el fuerte viento que azotaba el lugar [STS 14.07.2004 (RJ 2004, 4674)].

21 Los tribunales se han pronunciado sobre el requisito de que el asegurador haya pagado la prestación [STS 07.05.1993 (RJ 1993, 3448)]. En concreto, La STS 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3448), dice que si el asegurador no ha pagado «carece de legitimación ad causam para ejercitar la subrogación».

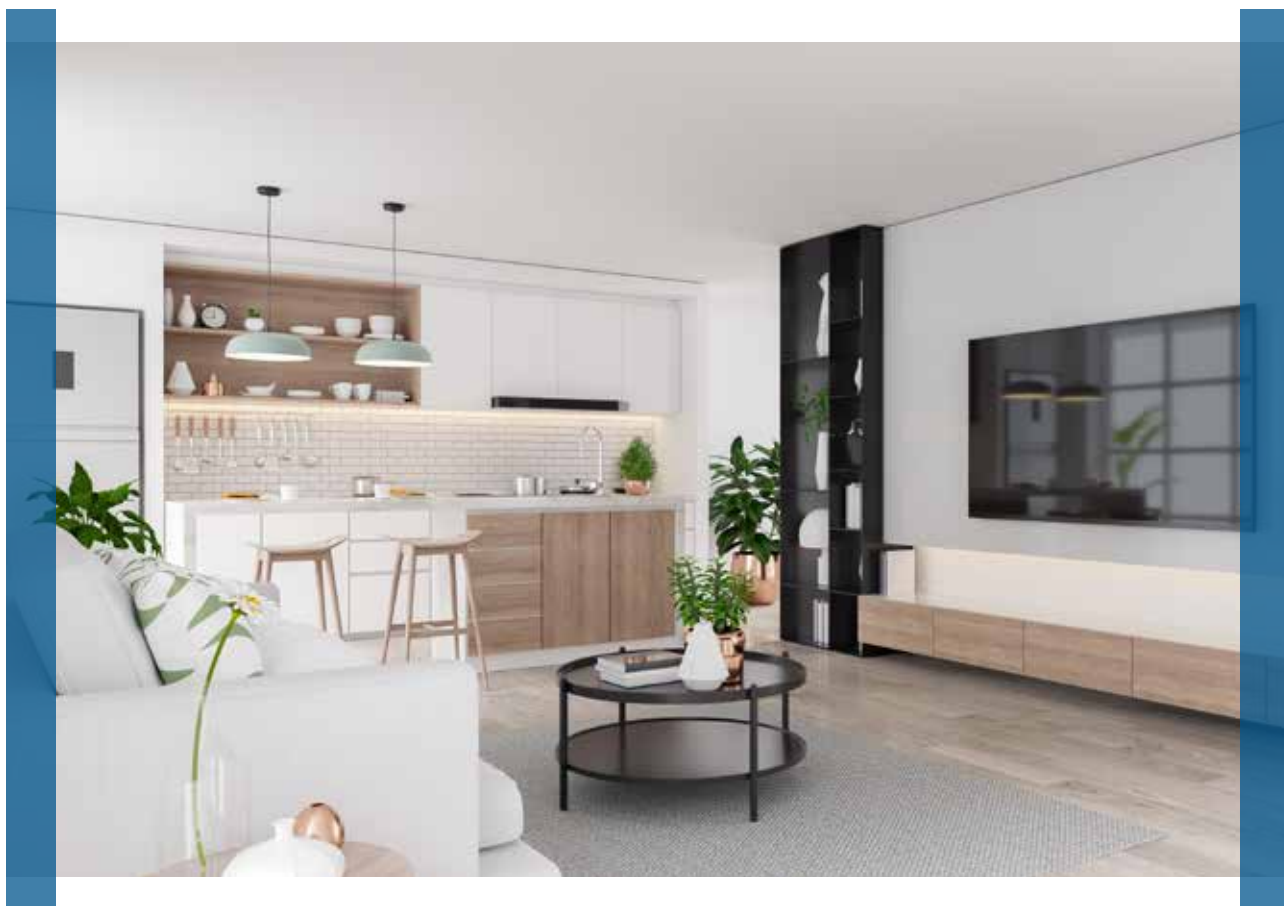
22 Ver Sánchez Calero, F., *Comentario al artículo 43*

3. Consecuencias

La circunstancia de que el asegurador se subroga en el mismo derecho del asegurado frente a terceros tiene dos consecuencias: La primera consiste en que aquel asegurado será responsable frente al asegurador de los perjuicios que pueda causarle en su derecho a subrogarse. La segunda reside en que el asegurador carece de subrogación para actuar contra las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del propio asegurado ni contra los causantes del daño que sean parientes del asegurado en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad o que sean padres adoptantes o hijos adoptivos que convivan con al asegurado²³.

de la LCS cit., pp.955 y ss.

23 Los tribunales han desestimado la subrogación del asegurador en un seguro de incendio cuando éste fue causado por un menor de 8 años que prendió fuego a una planta artificial en un bar falleciendo una persona al considerar que faltó la causa adecuada de propagación a todo el local y que existieron causas concomitantes de mayor entidad como la falta de dotación de extintores y la falta de actuación diligente de los bomberos [STS 27.06.2005 (RJ 2005, 4438)]. Ver Sánchez Calero, F., *Comentario al artículo 43 de la LCS cit.*, pp.967y ss.



IV.- JURISPRUDENCIA RECIENTE EN LA MATERIA

A) La Sentencia 557/2021 de 21 de julio de 2021

1. Identificación

Esta Sentencia 557/2021 de 21 de julio de 2021 de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo²⁴ trata de una acción subrogatoria ejercitada por una aseguradora en reclamación de las cantidades satisfechas a la comunidad de propietarios por los daños en elementos comunes del edificio debido al incendio originado en el local del demandado. Con el resultado final de la desestimación de la demanda por considerar que no es posible la subrogación contra el propio asegurado y que, en este caso, el demandado no ostentaba la condición de tercero causante del daño. Todo ello porque el contrato de seguro fue concertado por la comunidad de propietarios del inmueble del que aquel forma parte en cuanto propietario de un local. Incluía la garantía del incendio. Los daños indemnizados son los sufridos en elementos comunes, siniestro con respecto al cual se hallaba igualmente cubierto el demandado. La póliza no decía que los propietarios estaban únicamente asegurados por los daños que sufrieran en su piso o local de naturaleza privativa, sino que también se extendía a los elementos comunes de los que son cotitulares.

2. Supuesto de hecho

a) Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros tenía concertada una póliza de seguros "Generali Comunidad" con la Comunidad de Propietarios del edificio X, sito en la Provincia de León.

b) En las condiciones generales de la póliza suscrita, concretamente en el artículo 4, relativo a "Garantía Novena: Responsabilidad Civil", se señalaba que: "En los términos y condiciones establecidos en esta Garantía, la Compañía toma a su cargo la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivarse para el Asegurado y, en su caso para los copropietarios del Edificio Asegurado, por los daños materiales o personales, así como por las pérdidas económicas consecuencia directa de los mismos, causados involuntariamente a terceros en virtud de: 9.1 La Responsabilidad civil inmobiliaria. 9.1.1. Como propietario o copropietario del Edificio Asegurado, y, a continuación, enumera los supuestos

objeto de cobertura, que son: "9.1.2 Por las acciones realizadas dentro de sus instalaciones, por el Asegurado, los copropietarios del Edificio Asegurado, así como por el personal del mismo, fijo o eventual, en el desempeño de sus funciones al servicio de la Comunidad, tales como jardinería, servicios de seguridad y vigilancia; 9.1.3 Por el uso de ascensores, montacargas y escaleras mecánicas, siempre que cumplan las condiciones exigidas por las disposiciones normativas vigentes para tales aparatos; 9.1.4 Con ocasión de obras de ampliación, mantenimiento o reforma de las instalaciones comunitarias, siempre y cuando tales obras tengan la consideración de obras menores, según la licencia u ordenanza municipal reglamentaria o su presupuesto sea inferior a 100.000 euros".

c) Sobre las 21,15 horas del día 20 de noviembre de 2014, acaeció un incendio en el local de la planta baja, situado entre dos portales del edificio asegurado, del que era propietario el demandado Sr. X., integrante de la comunidad de vecinos tomadora del seguro

d) Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros pagó a los asegurados como indemnización de los daños sufridos un importe total de 26.616,82 euros,

3. Conflicto jurídico

a) Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros, interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad contra el Sr. X.

b) El demandado solicitó su absolución, al defender que la sustitución legal del acreedor sancionada por el primer párrafo del artículo 43 LCS, se refiere a la del asegurador que, una vez pagada la indemnización, se subroga en "los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo", y, en el caso enjuiciado, el asegurado de Generali no es otro que el demandado, dada su condición de copropietario de la comunidad asegurada y, por ello, Generali no podía subrogarse en una imposible acción que el Sr. Isidoro ostentase contra sí mismo, derivada del incendio de su local, ni tampoco en las del resto de copropietarios asegurados frente a otro asegurado, el demandado, quien no ostenta la condición de tercero.

c) El Juzgado de primera Instancia n.º 3 de León dictó Sentencia de fecha 23 de enero de 2017, por la desestimó la demanda, al considerar que la etiología del incendio era accidental y que, en el local titularidad del demandado, no

24 Rec. 910/2018, Ponente: Seoane Spiegelberg, José Luis, LA LEY 115490/2021, ECLI: ES:TS:2021:3162.

existía ninguna actividad generadora de riesgo que permitiera invertir la carga de la prueba; por consiguiente, la pretensión ejercitada no podía ser acogida, si no concurría responsabilidad exigible al demandado.

d) La sección 2.^a de la Audiencia Provincial de León, dictó Sentencia en fecha 13 de diciembre de 2017, en la estimó el recurso de apelación de la aseguradora al considerar, en contra del criterio sustentado por el juzgado, que el daño causado era susceptible de ser imputado jurídicamente al demandado, y, con respecto a la acción subrogatoria deducida, se razonó que, entre las garantías contratadas, figura la de responsabilidad civil, por una suma objeto de cobertura de 600.000 euros y con sublímite por víctima de 150.000 euros.

4. Doctrina jurisprudencial

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia 557/2021 de 21 de julio de 2021 estima el recurso de casación interpuesto por el demandado y, casando la Sentencia dictada por la AP León, desestima el recurso de apelación presentado por la aseguradora demandante y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestimó la demanda de reclamación de cantidad en ejercicio de la acción subrogatoria del art. 43 LCS. Todo ello conforme a un razonamiento que podemos exponer en forma del silogismo siguiente:

a) Premisa mayor: Los presupuestos y requisitos de la acción subrogatoria del art. 43 de la LCS

En este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia expone los fundamentos de la acción subrogatoria del art. 43 de la LCS que determinan, a su vez, los requisitos de ejercicio que son: La prevención de la impunidad patrimonial del causante del daño gracias a la existencia de un contrato de seguro; la prevención del enriquecimiento injusto del asegurado; y la finalidad de dotar a las aseguradoras de los recursos económicos precisos para cumplir su función de socialización del daño, a través de la satisfacción de primas razonables²⁵.

b) Premisa menor: Circunstancias del caso

En este sentido, el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia parte de la base de

tomar en consideración que la póliza suscrita por la comunidad de vecinos comprendía como riesgo asegurado, el incendio y que el art. 45 de la LCS dispone que por el seguro contra incendios el asegurador se obliga a indemnizar los daños producidos por incendio en el objeto asegurado. Asimismo, toma en consideración la etiología que establece el art. 48 de la LCS. Seguidamente, la Sentencia entra a valorar que el contrato de seguro fue concertado por la comunidad de propietarios del inmueble del que el demandado forma parte, en su condición de propietario de un local y que el art. 10 de las Condiciones generales de la póliza litigiosa entiende por asegurado, la persona que tiene un interés económico sobre el bien objeto del seguro y que indiscutiblemente, el demandado ostentaba este interés económico en cuanto titular del local que resultó incendiado, así como en su condición de copropietario del inmueble y, por consiguiente, cotitular de los elementos comunes del edificio objeto de cobertura²⁶.

c) Conclusión: estimación del recurso y asunción de la instancia por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo

de seguro, que no ha concertado, así como para impedir el enriquecimiento del propio asegurado ante la eventualidad de que cobrara una doble indemnización: una de su propia compañía aseguradora y otra del autor material del siniestro, todo ello unido a la finalidad de dotar a las compañías de seguros de los recursos económicos precisos para cumplir su función de socialización del daño, a través de la satisfacción de primas razonables (doctrina de los "recursos suplementarios" para la mejor explotación del negocio de seguro), constituyen los pilares sobre las que se construye la acción subrogatoria que a las compañías atribuye el art. 43 de la LCS".

26 En este sentido, el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia dice: "Para decidir dicha cuestión controvertida hemos de partir de la base de que la póliza suscrita por la comunidad de vecinos comprende, como riesgo asegurado, el incendio. Conforme al art. 45 de la LCS, "[...] por el seguro contra incendios el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar los daños producidos por incendio en el objeto asegurado"; y, a tenor del art. 48 de dicha disposición general, "[...] el asegurador estará obligado a indemnizar los daños producidos por el incendio cuando éste se origine por caso fortuito, por malquerencia de extraños, por negligencia propia o de las personas de quienes se responda civilmente. El asegurador no estará obligado a indemnizar los daños provocados por el incendio cuando éste se origine por dolo o culpa grave del asegurado". (...) Pues bien, el contrato de seguro fue concertado por la comunidad de propietarios del inmueble del que el demandado forma parte, en su condición de propietario de un local. Según las condiciones generales de la póliza, concretamente en su art. 10, se entiende por asegurado, la persona que tiene un interés económico sobre el bien objeto del seguro. Indiscutiblemente, lo ostenta el demandado, en tanto en cuanto titular del local que resultó incendiado, así como en su condición de copropietario del inmueble y, por consiguiente, cotitular de los elementos comunes del edificio objeto de cobertura. (...) La garantía

25 En este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia dice: "La evitación de que el causante del daño se vea beneficiado por la cobertura de un contrato

En este sentido, el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia estima el recurso de casación y dicta la sentencia procedente en sentido estimatorio del recurso de apelación ya que la aseguradora demandante, tras descartar reclamación inicial de los daños causados en el local del demandado, delimita su pretensión a los daños en elementos comunes (portales, cajas de escalera, fachada, bajante comunitarias, instalación eléctrica) y el resarcimiento de la tasa por la actuación del servicio de incendios. Con el resultado último de la desestimación de la demanda²⁷.

B) La Sentencia 860/2021 de 21 de diciembre de 2021

1. Identificación

del incendio, conjuntamente con la de explosión y rayo, se encontraba prevista en el artículo 4 de las condiciones generales, en las que, tras señalar que cubriría los daños materiales en los bienes asegurados y definía lo que se entiende por incendio -cobertura no discutida- adiciona, en un apartado 1.4, concerniente a efectos secundarios, que resultan cubiertos los daños causados, por “[...] la acción de humos, vapores, polvo, carbonilla y cualquier otra consecuencia similar derivada de un siniestro de incendio, explosión o caída de rayo originados en el Edificio Asegurado o en sus colindantes”. (...) Los daños indemnizados, objeto de la demanda, son los sufridos en el local del recurrente, inicialmente reclamados a éste por la compañía de seguros en pretensión luego abandonada; así como en elementos comunes, siniestro con respecto al cual se hallaba igualmente cubierto el demandado, dada la definición de asegurado como “[...] la persona que tiene interés económico sobre el bien objeto del seguro”, como indiscutiblemente lo ostentaba el recurrente con respecto a la reparación en dichos elementos, por lo que la cobertura suscrita abarcaba los daños causados en portal, cajas de escalera, fachada, bajantes comunitarias e instalación eléctrica. También la cobertura comprende los efectos secundarios del incendio en los términos descritos y que se extiende a los causados por el humo en otros elementos del inmueble, que requieren pintura y lavado. No resulta de la sentencia de la Audiencia que los indemnizados por la compañía fueran daños de otra naturaleza”.

27 En este sentido, el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia dice: “Al acogerse el motivo de casación, corresponde dictar la sentencia procedente, que ha de ser desestimatoria del recurso de apelación. (...) En efecto, la compañía, tras descartar de su inicial reclamación los daños causados en el local del demandado, delimita su pretensión a daños en elementos comunes, portales, cajas de escalera, fachada, bajante comunitarias -sobre la calificación de particulares de las conducciones de aguas ver el apartado denominaciones de las condiciones generales-, instalación eléctrica. Otros derivados indirectamente por la acción del humo de escasa cuantía, como son las partidas de pintura y lavado. Igualmente se pretende el resarcimiento de la tasa por la actuación del servicio de incendios, cuando está expresamente previsto en la condición general tercera relativa a la garantía de gastos, la intervención del servicio de Bomberos. Existen, por último, dos facturas por importe de 1.717,62 euros y 898,15 euros, que no constan a qué concretos daños responden, por lo que la reclamación de la actora tampoco procede sea acogida en relación a dichas partidas. (...) Todo ello, conlleva a la desestimación de la demanda”.

Esta Sentencia 860/2021 de 13 de diciembre 2021 de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo²⁸ resuelve en última instancia un pleito en el que ventila el ejercicio de una acción subrogatoria del art. 43 LCS ejercitada por la aseguradora de la comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal contra la aseguradora de la propietaria de la vivienda en la que se originó el incendio que causó daños en elementos comunes. La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo estima el recurso de casación porque considera que -a efectos de la responsabilidad por daños ejercida por vía de subrogación- el copropietario no es asegurado sino tercero responsable, salvo que otra cosa resulte de la propia póliza concertada por la comunidad. La cobertura de la demandada resulta de la existencia de un seguro del hogar concertado con la propietaria y que cubre su responsabilidad civil sin que, dada la ausencia de coincidencia de interés entre la comunidad y el copropietario, pueda considerarse al mismo como asegurado a efectos de la acción subrogatoria ejercida.

2. Supuesto de hecho

a) Mutua de propietarios Seguros y Reaseguros a Prima Fija tenía concertada una póliza con la comunidad de propietarios del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal en una finca sita en Barcelona.

b) El 24 de agosto de 2012, vigente la póliza, se originó un incendio en el calentador de gas instalado en la cocina de la vivienda del piso X de la finca. Como consecuencia del fuego, aparte del calentador, se produjeron daños en la cocina y en otras dependencias del piso y también en la vivienda de la planta inferior del piso X. Resultaron igualmente afectados tanto por el humo como por el agua que salió del calentador el rellano de los ascensores, que se inundó, y, tras filtrarse por debajo de las puertas del montacargas y los tres ascensores, el agua cayó por sus huecos y, al encontrarse las cabinas en la planta baja, se causaron daños en los mecanismos, instalaciones eléctricas y electrónicas de los aparatos elevadores.

c) La vivienda pertenecía a la Sra. X, que tenía concertado con Axa Seguros Generales S.A. un seguro del hogar.

d) Axa indemnizó al propietario del piso de la planta inferior y también a su asegurada por

28 Rec. 5538/2018, Ponente: Parra Lucán, María de los Angeles, LA LEY 115490/2021, ECLI: ES:TS:2021:3162.

los daños en su vivienda (continente y contenido).

e) En cumplimiento de su póliza, Mutua indemnizó a la comunidad de propietarios la cantidad de 25.644,25 euros correspondientes a los daños en los ascensores siniestrados.

3. Conflicto jurídico

a) Mutua interpuso demanda contra Axa por la que solicitó el reembolso de esa cantidad por la responsabilidad de su asegurada; fundando su pretensión en los arts. 1902 del Código Civil y 43 de la LCS.

b) Axa, la aseguradora demandada, además de oponerse a la demanda, interpuso demanda reconvenicional por la que solicitó, por aplicación del art. 32 LCS, el reembolso por parte de Mutua de la cantidad de 12.810,54 euros. Explicó que se trataba de la suma correspondiente a la cantidad proporcional que entendía le correspondía asumir a Mutua del total de 23.931,53 abonados por Axa a la propietaria del piso X por los daños en el continente de la vivienda y que también estaban cubiertos por la póliza suscrita por la comunidad de propietarios.

c) La Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Barcelona dictó Sentencia de fecha 15 de marzo de 2016, en la que decidió:

c.1) Estimar sustancialmente la demanda interpuesta por la Mutua de Propietarios Seguros y Reaseguros a Prima fija frente a Axa Seguros, condenándole a pagar a la actora la suma de veinticinco mil seiscientos cuarenta y cuatro euros con veinticinco céntimos (25.644,25 euros), más el interés legal de dicha cantidad desde el día 7.5.15 hasta la fecha, devengando el total el interés legal elevado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago al actor, sin pronunciamientos sobre las costas procesales.

c.2) Desestimar sustancialmente la demanda reconvenicional interpuesta por la representación procesal de Axa seguros frente a Mutua de Propietarios Seguros y Reaseguros a Prima fija, absolviéndola de los pedimentos de la reconvenición, sin imposición de costas.

d) La Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia en fecha 10 de octubre de 2018, por la que estimó el recurso de

apelación de Axa, sin hacer imposición de las costas causadas por el recurso, revocó la sentencia del juzgado y en su lugar desestimó la demanda interpuesta por Mutua y estimó la reconvenición de Axa, con imposición de costas.

e) Contra la sentencia de la Audiencia, Mutua interpuso recurso de casación por el que impugna la desestimación de su demanda contra Axa

4. Doctrina jurisprudencial

Según hemos visto, el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por la aseguradora de la comunidad de propietarios contra la aseguradora de la vivienda donde se originó el incendio causante de los daños en elementos comunes, y desestimó la demanda reconvenicional formulada por la aseguradora demandada; y la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia de instancia, desestimó la demanda y estimó la demanda reconvenicional. Finalmente, la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado. Todo ello conforme a un razonamiento que podemos exponer en forma del silogismo siguiente:

a) Premisa mayor: Los presupuestos y requisitos de la acción subrogatoria del art. 43 de la LCS

El Fundamento de Derecho Cuarto parte de la base de identificar la la acción que ejercita Mutua por vía de subrogación y al amparo del art. 43 LCS como una acción de responsabilidad extracontractual que hubiera correspondido a la comunidad como perjudicada frente a la persona responsable. Seguidamente, constata la posibilidad de que la comunidad exija responsabilidad civil al copropietario por daños causados en elementos comunes conforme a la legislación estatal y autonómica aplicable²⁹.

b) Premisa menor: Circunstancias del caso

El Fundamento de Derecho Cuarto centra la cuestión controvertida en decidir si Mutua

²⁹ En este sentido, el Fundamento de Derecho Cuarto dice: "La acción que ejercita Mutua por vía de subrogación y al amparo del art. 43 LCS es la de responsabilidad extracontractual que hubiera correspondido a la comunidad como perjudicada frente a la persona responsable. (...) No cabe duda de la posibilidad de que la comunidad exija responsabilidad civil al copropietario por daños causados en elementos comunes. Así resulta con claridad de las obligaciones que la legislación de propiedad horizontal impone a

puede ejercitar contra el comunero las acciones que corresponderían a la comunidad contra el responsable y, de estar asegurado, contra su aseguradora. A continuación, fija su atención en la póliza litigiosa según la cual, la asegurada de Mutua es la comunidad de propietarios y considera a los copropietarios como terceros a efectos de la responsabilidad civil con el fin de que queden cubiertos frente a siniestros que se originen en instalaciones de la comunidad y de cuyo mantenimiento la comunidad es responsable. Por esta misma razón, la póliza contratada por la comunidad de propietarios no alcanza la cobertura de la responsabilidad civil individual de cada copropietario. Cobertura que, en el caso de la propietaria del piso en el que se incendió el calentador si cubre la póliza de seguro de hogar que tenía contratada con Axa³⁰.

c) Conclusión: Estimación del recurso de casación

los copropietarios de mantener en buen estado sus elementos privativos y de las prohibiciones de uso de los elementos comunes o privativos que dañen a la comunidad (art. 553- 38.1 CC Cataluña, dado que la finca se encuentra en Barcelona, y art. 553- 40 del mismo Código, cuyo apartado 3 reconoce expresamente que la comunidad tiene derecho a la indemnización por los perjuicios que se le causen). A la misma conclusión se llegaría a la vista de las obligaciones que el art. 9.1 de la Ley de propiedad horizontal impone a los copropietarios: "a) respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos"; "b) mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder"; "g) observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas y de los daños causados".

30 En este sentido, el Fundamento de Derecho Cuarto dice: *"La cuestión controvertida es si Mutua puede ejercitar contra el comunero las acciones que corresponderían a la comunidad contra el responsable (y, de estar asegurado, contra su aseguradora: la acción subrogatoria procede contra el responsable civil pero, si éste tiene concertado un seguro de responsabilidad civil, el derecho de subrogación podrá ejercitarse contra su aseguradora, conforme al art. 76 LCS, lo que ha sucedido en el caso). (...) En el caso que juzgamos, según la póliza, la asegurada de Mutua es la comunidad de propietarios, comunidad cuyos intereses, a efectos del seguro contratado, no siempre son idénticos a los de todos y cada uno de los copropietarios individualmente considerados. Así se explica que en el seguro concertado por la Mutua se considere a los copropietarios como terceros a efectos de la responsabilidad civil con el fin de que queden cubiertos frente a siniestros que se originen en instalaciones de la comunidad y de cuyo mantenimiento la comunidad es responsable; de la misma manera que, por el contrario,*

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en el fallo de su Sentencia 860/2021 de 13 de diciembre 2021:

- c.1) Estima el recurso de casación interpuesto por Mutua de Propietarios de Seguros y Reaseguros a Prima Fija contra la sentencia dictada en fecha 10 de octubre de 2018 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.^a).
- c.2) Casa y anula dicha sentencia en el sentido de desestimar el recurso de apelación de Axa Seguros Generales S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Barcelona de fecha 15 de marzo de 2016 en el único extremo de dejar sin efecto la desestimación de la demanda interpuesta por Mutua de Propietarios Seguros y Reaseguros a Prima Fija frente a Axa Seguros.
- c.3) Confirma el fallo de la sentencia del Juzgado por la que se declaró estimar sustancialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Mutua de Propietarios Seguros y Reaseguros a Prima Fija frente a Axa Seguros, condenando a la misma a pagar a la actora la suma de 25.644,25 euros, más el interés legal de dicha cantidad desde el día 7.5.15 hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, devengando el total el interés legal elevado en dos puntos desde la fecha de esa sentencia hasta el completo pago.

D) La Sentencia 530/2022 de 5 de julio de 2022

1. Identificación

Esta Sentencia 530/2022 de 5 de julio de 2022 de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo³¹ que resuelve en última instancia un pleito donde se ejercita una acción subrogatoria por la aseguradora de la comunidad de propietarios de propiedad horizontal contra el comunero causante de daños en elementos comunes del inmueble³².

Mutua no cubre la responsabilidad civil individual de cada copropietario. Inversamente, la cobertura de la responsabilidad civil de la propietaria del piso en el que se incendió el calentador se extiende, según la póliza de Axa, a los daños causados a terceros, entendiéndose por tales los perjudicados que sean personas distintas al tomador y al asegurado".

31 Ponente: Vela Torres, Pedro José, LA LEY 150823/2022 ECLI: ES:TS: 2022:2904. RJ 2022\3812.

32 El lector puede ver su comentario por Lopez Garcia de la Serrana, J. *Comentario a la Sentencia de 5 de julio de*

La sentencia de primera instancia desestimó todas las demandas acumuladas de reclamación de cantidad por daños producidos por un incendio en el garaje de la comunidad de propietarios. La Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia de primera instancia y estimó íntegramente las demandas acumuladas. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados.

2. Supuesto de hecho

a) El día 23 de noviembre de 2014 se produjo un incendio en el garaje de la comunidad de propietarios del edificio sito en Badalona.

b) El origen del incendio fue un cortocircuito en la parte posterior eléctrica de un motocicleta estacionada en la plaza X; propiedad de Sr. X y asegurada con un seguro de responsabilidad civil de vehículos de motor con la compañía Seguros FIATC.

c) El incendio produjo daños en las instalaciones del inmueble y en varios vehículos estacionados en el garaje.

3. Conflicto jurídico

En base el “resumen de antecedentes” del Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia comentada, podemos secuenciar el conflicto jurídico en las fases siguientes:

a) El siniestro dio lugar a cinco reclamaciones judiciales que acabaron acumuladas en el procedimiento en que se interpone el recurso de casación. En concreto:

a.1) La compañía de seguros Ocaso S.A., aseguradora de la comunidad de propietarios del edificio, reclamó al Sr. X y a FIATC la cantidad de 29.110,33 € por los trabajos de urgencia sobre la instalación eléctrica del garaje para retomar el suministro, más los intereses legales y costas.

a.2) La compañía de seguros L'Équité Compagnie d'Assurances sur les risques de toute nature, aseguradora de la motocicleta Y, propiedad del Sr. Y, que resultó siniestro total, y que indemnizó a su asegurado en la cantidad de 2.200 €, que reclamó al Sr. X y a FIATC, más intereses y costas.

a.3) El Sr. Y, propietario de la motocicleta Y, reclamó al Sr. X y a FIATC la suma de 446 €, como importe de un casco y un impermeable.

a.4) La compañía de seguros Pelayo S.A., aseguradora del vehículo Z, propiedad de Sr. Z, reclamó a FIATC los daños sufridos en el incendio en dicho vehículo, que fueron indemnizados por Pelayo a su asegurado, por importe de 8.505 €, intereses legales y costas.

a.5) Línea Directa Aseguradora S.A. y el Sr. W, aseguradora y propietario del vehículo W, que resultó siniestro total, reclamaron al Sr. Mauricio y a FIATC 7.020 €, más intereses y costas.

b) Los demandados se opusieron a todas las demandas:

b.1) Con carácter general, porque, aunque no negaban el incendio y sus consecuencias, consideraban que se trató de un incendio fortuito de la motocicleta, por un fallo eléctrico y no por un mal uso o defecto de utilización, ya que se encontraba estacionada desde hacía días, sin que se tratara de un hecho de la circulación susceptible de ser cubierto por un seguro de responsabilidad civil del automóvil.

b.2) Respecto de la reclamación de Ocaso, alegaron falta de legitimación activa para accionar contra el Sr. X, al no concurrir el requisito de la alteridad, por ser el demandado miembro de la comunidad asegurada (que carece de personalidad jurídica propia), puesto que el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS) exige que el daño se cause por un sujeto ajeno a la cobertura del contrato de seguro concertado.

2022 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Ponente: Pedro José Vela Torres. Publicado por INESE en el nº 8/Año 58 de la Revista de Responsabilidad Civil y Seguro y por HISPACOLEX el 30/08/2022 con el título La aseguradora de la comunidad de propietarios puede subrogarse frente al comunero responsable cuando solo se reclame la indemnización abonada por daños comunes. Este comentario llega a las siguientes conclusiones que nos parecen de especial interés: “Si bien esta sentencia, junto con las dos anteriores, nos dan unas pautas a la hora de interpretar estas pólizas, de las que podemos destacar a modo de conclusión las siguientes: a) El seguro de la comunidad de propietarios lo abona ésta y no los comuneros, pues, aunque no tiene personalidad jurídica propia sí tiene fondos propios. b) El primer requisito para que prospere la acción de subrogación, es que por la aseguradora de la Comunidad únicamente se reclame el importe abonado por daños que afecten a los elementos comunes del edificio. c) Los aspectos claves que debemos analizar de la póliza son tanto el concepto de asegurado como el objeto asegurado -si se incluyen también elementos privativos o sólo comunes-, y por último, si se cubre la responsabilidad civil de los comuneros o sólo la de la Comunidad frente a éstos”.

b.3) Por último, alegaron que el resto de perjudicados debían ser indemnizados por Ocaso, en tanto que aseguradora de la comunidad de propietarios del garaje, con cobertura del riesgo de incendio y daños, tanto de los vehículos como del inmueble.

c) El magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Badalona dictó sentencia n.º 46/2018, de 23 de febrero, por la que desestimó todas las demandas acumuladas; al considerar que el incendio constituyó un caso fortuito, del que el propietario de la motocicleta no debía responder, y que tampoco era un hecho de la circulación, lo que exoneraba a su aseguradora.

d) La sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en fecha 22 de noviembre de 2018 que estimó el recurso de apelación al considerar que: (i) el estacionamiento o aparcamiento de un vehículo es un hecho de la circulación y no concurren los requisitos para entender que el incendio de la motocicleta fuera un caso fortuito; (ii) en cuanto a la legitimación activa de Ocaso, debe reconocérsele, porque en tanto que aseguradora de la comunidad no aseguraba la responsabilidad civil de los comuneros. Como consecuencia de lo cual, re-

vocó la sentencia de primera instancia y estimó íntegramente las demandas acumuladas.

e) El Sr. X y FIATC interpusieron recurso de casación basado en un único motivo que denunciaba la infracción del art. 43 LCS, en cuanto al ejercicio de la acción subrogatoria de la aseguradora de una comunidad de propietarios frente a un comunero.

4. Doctrina jurisprudencial

Según hemos visto, el Juzgado de Primera Instancia desestimó las demandas; y la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia de instancia, estimando las demandas. Finalmente, la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación conforme a un razonamiento que podemos exponer en forma del silogismo siguiente:

a) Premisa mayor: La acción subrogatoria de la aseguradora de la comunidad contra el copropietario causante del incendio en la jurisprudencia reciente de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comentada establece la base legal



transcribiendo el art.43 da la LCS y jurisprudencial de la cuestión con alusión a las dos sentencias recientes de la Sala que acabamos de comentar. Y acababa ofreciendo un “diagnóstico diferencial” en los términos siguientes: *“En resumen, las dos sentencias citadas ofrecen soluciones diferentes en función de las distintas circunstancias contractuales de las pólizas en cuyo fundamento reclamaba la aseguradora. A la vista de las respectivas pólizas, en la sentencia 557/2021 concluimos que el comunero tenía la condición de asegurado, puesto que tenía interés en el objeto del seguro, según la propia definición del contrato; mientras que en la sentencia 860/2021, llegamos a la conclusión contraria, puesto que el comunero, en ese caso, no tenía tal interés, por no estar cubierta la responsabilidad civil entre comuneros”.*

b) Premisa menor: Las circunstancias del caso

El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comentada dice al respecto: *“En el caso que nos ocupa, examinada la póliza resulta que se trataba de un seguro multirriesgo (que incluía el riesgo de incendio) en el que la tomadora era la comunidad de propietarios y que el objeto asegurado era el garaje del edificio (de hecho, como situación del riesgo se describe “Cl Pau Rodó Garajes”.*

c) Conclusión: Desestimación del recurso y estimación de la demanda

La estimación final de la demanda se basa en que solo reclamaba la indemnización de los daños en elementos comunes y nada referente a la plaza de aparcamiento propiedad del comunero demandado donde se originó el incendio causante de los daños; por lo que no cabía considerar que la aseguradora había ejercitado su acción de subrogación contra un asegurado, posibilidad vedada por el art. 43.2 LCS³³.

V.- CONCLUSIONES

1ª. Los seguros de las comunidades de pro-

³³ En concreto, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comentada dice: *“Sobre esa base, debemos tener en cuenta que la demanda de Ocaso solo reclamaba la indemnización de los daños en elementos comunes y nada referente a la plaza de aparcamiento propiedad del Sr. Mauricio. En particular, Ocaso indemnizó a la comunidad por daños constructivos en el edificio afectantes a la instalación eléctrica, el sistema de emergencias, la puerta basculante de acceso, la pintura de los techos y paramentos de la totalidad del garaje y el forjado del techo en la zona superior a la plaza núm. NUM001. Y es en esa indemnización en la que se subroga, conforme al art. 43 LCS. (...) En consecuencia, no cabe considerar que la compañía de seguros haya ejercitado*

pietarios se presentan como pólizas mixtas de daños que combinan dos tipos de coberturas cualitativamente diversas, como son los daños en las cosas que están en el patrimonio del asegurado (en este caso, la comunidad asegurada) en especial (incendio, inundación, rayo, explosión, etc.) y daños que afectan al patrimonio del asegurado (en este caso, la comunidad asegurada) en general (responsabilidad civil y defensa jurídica).

2ª. Dicha naturaleza mixta o combinada de las coberturas de daños otorga una particular complejidad de este tipo de seguro de daños que se manifiesta con ocasión del ejercicio de las acciones subrogatorias de las aseguradoras cuando se producen conflictos de responsabilidad civil cruzada entre las comunidades tomadoras y aseguradas y los inquilinos y co-asegurados que, con frecuencia, son tomadores de sus particulares pólizas de seguros de hogar.

3ª. Para evaluar adecuadamente el ejercicio de las acciones subrogatorias de las aseguradoras contra los terceros responsables del daño cubierto y pagado al asegurado o al tercero perjudicado hay que tener presente que, en estos casos, confluyen en escena cuatro personajes que desempeñan, en ocasiones, diferentes papeles y son:

- El asegurador, que paga la indemnización.
- El asegurado, papel que ocupará la comunidad tomadora respecto de los elementos comunes y los inquilinos en cuanto copropietarios de los elementos comunes por sus respectivas cuotas de participación conforme al art.5 de la LPH.
- El tercero perjudicado, papel que puede ocupar una persona física o jurídica que sea tercera ajena a las dos anteriores o puede ser un inquilino en cuanto propietario del piso o local dañado de su exclusiva propiedad en los términos del art.5 de la LPH.
- El tercero causante y responsable del daño frente a quien la comunidad asegurada tiene la acción de reclamación indemnizatoria en la que la aseguradora que ha pagado la indemnización se puede subrogar al amparo del art.43 de la LCS.

4ª. La particular complejidad de este tipo de seguro de daños se constata con el examen de la jurisprudencia reciente de la Sala Primera

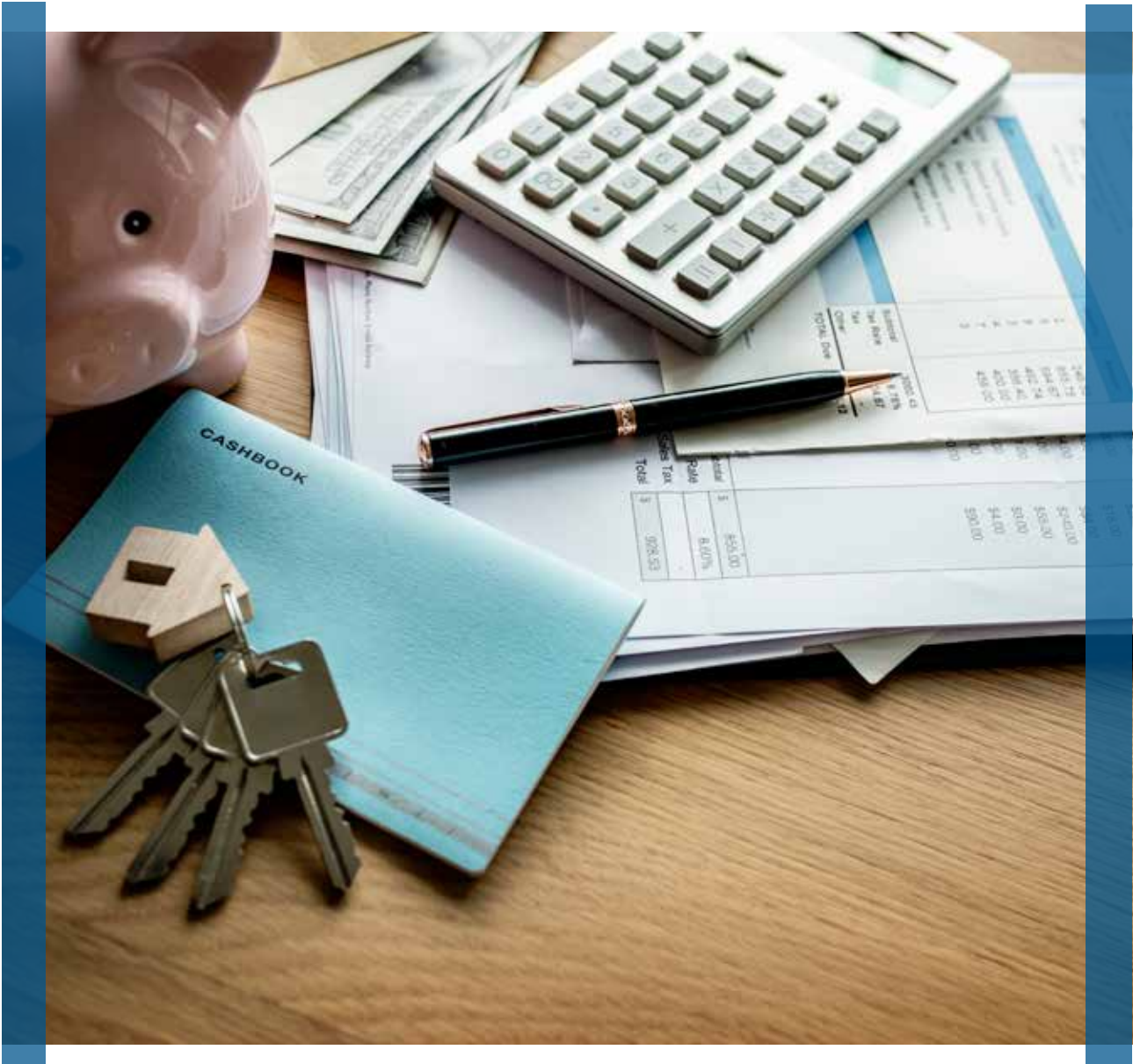
su acción de subrogación contra un asegurado, por lo que el recurso de casación debe ser desestimado”.

de lo Civil del Tribunal Supremo que resuelve en última instancia acciones subrogatorias de las aseguradoras donde muestra dos síntomas en dicho sentido: la disparidad de criterios entre la primera y la segunda instancia con estimación de los recursos de apelación respectivos; y la disparidad de criterio de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo con el de las respectivas Audiencias Provinciales con estimación de los recursos de casación respectivos en las dos primeras Sentencias que comentaremos.

5ª. A la vista de esta jurisprudencia reciente de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo concluimos que un diagnóstico certero de un litigio en la materia y de su probable solución exige combinar dos criterios:

a) Un criterio subjetivo, que tenga en cuenta los diversos roles o papeles que juegan las comunidades y sus inquilinos como tomadores y asegurados y, en especial, la precisión del rol predominante en el caso litigioso.

b) Un criterio objetivo, que tome en consideración la cobertura de la póliza litigiosa. En este sentido, en estos seguros de daños de las comunidades de propietarios se cumple la regla general en todo contrato de seguro de proporcionalidad directa que nos dice que, a mayor amplitud potencial de cobertura, más dispersión potencial de garantías cubiertas en una póliza y más necesaria es la determinación de la cobertura contratada y debatida en el caso concreto.





“Inidoneidad interruptiva” en la acción de responsabilidad patrimonial sanitaria

(Aproximación crítica a la STS,
Sala 3ª. núm. 2722/2022
de 30 de junio de 2022)

Jaime Avelino González Marín
Abogado

SUMARIO

- 1.- RESUMEN.
- 2.- LA “INIDONEIDAD” DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES PARA OBTENCIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA, A EFECTOS DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.
- 3.- UN ESCRITO PRESENTADO A LOS SOLOS EFECTOS DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN CARECE DE IDONEIDAD INTERRUPTIVA EN ESTE ÁMBITO.
- 4.- UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LAS SENTENCIAS EN QUE SE BASA LA NUEVA DOCTRINA.
- 5.- LA NO VIRTUALIDAD SUPLETORIA DEL ART. 1973 DEL CC EN EL ÁMBITO DE LA RECLAMACIÓN PATRIMONIAL.
- 6.- ESTADO PREVIO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.
- 7.- NO TRASLACIÓN DE LA DOBLE DOCTRINA INSTAURADA, AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN VIA CIVIL CONTRA LA ASEGURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN.
- 8.- CONCLUSIONES.
- 9.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.
- 10.- LISTADO DE PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS.

I.- RESUMEN

El presente estudio, se inserta dentro del marco general de la prescripción de las acciones y más concretamente en el campo de los actos eficaces para su interrupción, si bien, dentro de la esfera de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Busca una aproximación crítica, a la doble doctrina que se fija en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2722/2022, de 30 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2722), dictada en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que en su FJº 4º, incide de forma expresa y directa, en la forma de interrumpir -y de haber interrumpido con anterioridad a esta doctrina-, el ejercicio de las acciones por responsabilidad patrimonial, en los supuestos de reclamación a la administración por daños sanitarios.

A tal fin, en el presente trabajo, se alerta y a la vez se cuestiona, la procedencia de enfocar únicamente la determinación del daño, en la fijación del dies a quo del plazo de prescripción, dejando a un lado, otros elementos jurídicos de la responsabilidad patrimonial, como la propia relación de causalidad, un presupuesto que en el terreno de los daños sanitarios, alcanza una trascendencia máxima por la complejidad en su determinación.

A continuación, nos aproximamos de forma crítica, a la fundamentación de cada uno de esos criterios doctrinales que establecen la inidoneidad interruptiva de algunos actos jurídicos, mediante el análisis de las sentencias previas que le han servido de base, añadiendo unas breves referencias a otras sentencias de los tribunales menores, que defendían un criterio divergente al ahora instaurado. Se realiza finalmente, una aproximación a su alcance en la jurisdicción civil, en acciones dirigidas únicamente frente a la aseguradora de la Administración Sanitaria, cuando se ha venido interrumpiendo la acción, mediante escrito o diligencia preliminar.

II.- LA “INIDONEIDAD” DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES PARA OBTENCIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA, A EFECTOS DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.

Esta anunciada ineficacia interruptiva de las diligencias preliminares, se deriva de la primera aseveración doctrinal, contenida en el FJº4º Apartado I, de la sentencia comentada, que establece como doctrina, en bases a las SSTs de lo Contencioso, de 2 de marzo de 2011y 16 de diciembre de 2011, que:

“(I) la interposición de una diligencia preliminar para la obtención de la historia clínica no constituye una acción idónea a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la actuación sanitaria”.

De la genérica dicción doctrinal, y del contexto de la propia sentencia (FJº Tercero, apartado D), se podría concretar el alcance limitado y razonable de tal doctrina, únicamente, a los supuestos de hecho donde se acredite la no idoneidad de la interposición de la diligencia preliminar, para la obtención de la historia clínica, a efectos de interrumpir la prescripción. Ahora bien, literalmente, no parece distinguir unos supuestos de otros, incluyendo expresamente, a todos los casos donde se alegue la interrupción de la prescripción, por mérito de estas diligencias, en el ámbito de la reclamación patrimonial.¹

Del estudio de la sentencias, que son especialmente referenciadas por la comentada, “prima facie” se comprueba, que resuelven supuestos ciertamente diferenciados, siendo una característica común en dichas resoluciones, la comprobación fáctica, de la necesidad o no de estas diligencias preparatorias de la acción, para conocer el daño, asumiendo una especial restrictividad interpretativa, cuando no se hubiese intentado pedir previamente dicha documentación, por los cauces ordinarios extrajudiciales.

No encontramos el encuadre razonable de tal doctrina, ni en el derecho administrativo ni en el derecho común, pues sin duda la víctima, tiene la posibilidad legítima de acreditar el daño o su antijuricidad, por todos los medios extrajudiciales a su alcance, y, pese a las dificultades que pueda encontrarse, y el tiempo que eso le ocupe, si que le es posible. Por tanto es una obligación

¹ A nivel Civil, la presentación de la solicitud de diligencias preliminares interrumpe la prescripción de la acción a la que va dirigida, no la caducidad que no admite posibilidad alguna de suspensión, según la doctrina jurisprudencial restrictiva del instituto de la prescripción por la que son válidos, a estos efectos, actos procesales a preparar la acción o para obtener la satisfacción del derecho pretendido y que revelan una voluntad claramente conservativa del mismo, pronunciándose en este sentido la STS 12-11-07 -EDJ 2007/213145- y STS 20-11-01 -EDJ 2001/43381-.

Es innegable que las diligencias preliminares encajan en el supuesto previsto en el art.1973 CC -EDL 1889/1-, ya que a través de ellas el demandado obtiene suficiente conocimiento de lo que se va a pretender de él en el juicio futuro, como medio válido y adecuado de expresión de esa voluntad conservativa. La STS 5-4-05 -EDJ 2005/40618- dice «la cesación del “iter” obró con la presentación de las Diligencias Preliminares del juicio, planteadas por la parte actora previamente a la de la demanda (...)».

imperativa para la víctima prevista en la norma administrativa, aportar al proceso esos iniciales elementos de prueba, y si no ha podido conseguir la información necesaria para el éxito de su reclamación, durante el corto plazo de un año que transcurre desde su estabilización, habría de permitírsele interrumpir la acción aún vigente, conforme a la única norma que lo regula, de forma común y pacífica, en el art. 1973 del Código Civil. Solo así se protegería su derecho de defensa y el legítimo acceso al proceso.

Cosa distinta sería que el poder legislativo, y siguiendo al profesor Cano Campos², crease una regla clara y general que recogiera los criterios para determinar el dies a quo en este ámbito. Traemos a colación al respecto, un extracto de los fundamentos que utilizaba la Sentencia dictada por la Sección de Refuerzo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 15 de abril de 2021, que fuera casada por la sentencia comentada y que a nuestro parecer, y por su razonabilidad, no debió de serlo:

“4º en líneas generales resulta difícil que un paciente reclame la responsabilidad de la organización sanitaria sin haber aclarado si la lesión sufrida es injusta, en el sentido de que no tiene el deber de soportarla, por no responder al infortunio azaroso de la práctica médica sino a los fallos de la atención recibida o al error humano; igualmente resulta difícil que el paciente conozca la ilegitimidad del daño sufrido si no tiene acceso a la historia que documenta las actuaciones clínicas seguidas con su persona, pues una cosa es que el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial comporte una instrucción y otra distinta que tenga que acudir al mismo sin poder ejercer en condiciones óptimas el derecho de defensa, para lo cual puede ser extremadamente útil y en ocasiones indispensable que el paciente que siente agraviado tenga acceso a la documentación clínica”.

III.- UN ESCRITO PRESENTADO A LOS SOLOS EFECTOS DE INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN CARECE DE “IDONEIDAD INTERRUPTIVA” EN ESTE ÁMBITO.

La idoneidad objeto de este apartado, se deriva de la segunda aseveración doctrinal con-

tenida en el FJ^{4º}, Apartado II, de la sentencia comentada, cuando establece como doctrina, en base a las mismas SSTs de lo Contencioso, de 2 de marzo de 2011 y 16 de diciembre de 2011, que:

“(II) la presentación de un escrito limitado a comunicar la intención de interrumpir la prescripción mediante su presentación al amparo del artículo 1973 del Código Civil no puede determinar dicha interrupción en el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la asistencia sanitaria, al no ser acción idónea para ello”.

Tal como viene enunciada esta doctrina en el párrafo transcrito, habría de incardinarse únicamente, en los supuestos en que se ha presentado un escrito limitado única y exclusivamente a comunicar, la intención de interrumpir la prescripción conforme al Código Civil, si bien, del contexto decisorio, bien pudiera resultar extensiva, a grandes rasgos, a cualquier escrito de reclamación a la administración, en el que no solo se manifesté expresamente, la voluntad de ejercitar la acción en un futuro.

Siguiendo a Gallardo Castillo, María Jesús³, conforme con la jurisprudencia imperante, las causas de interrupción de la prescripción se habrán de interpretar de modo generoso o, al menos, no restrictivo o conforme a reglas más favorables para el reclamante y se deben ponderar las circunstancias concurrente en el cómputo de los plazos, para evitar de este modo, que su finalización haga perecer automáticamente el derecho sustantivo a la indemnización.

Se presenta por otra vertiente, una clara contradicción jurídica. Y es que, si la víctima remite escrito especificando el acto administrativo que fue origen del daño y por el cual se reclama, la administración, o bien simplemente no contesta, o bien la considera susceptible de subsanación, por no reunir los requisitos del art 66 y 67.2 LPAC, y en ese caso, indefectiblemente, entraría en juego, a favor del reclamante, el mecanismo del art. 68.1 LPAC.

Cierto que, en el caso de procederse a la subsanación, y dictarse una resolución expresa, habrá de seguir en todo caso este proceso administrativo hasta su conclusión, conforme a la

2 CANO CAMPOS, T. (2019). “El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración: el tópico de la actio nata”. Revista de Administración Pública, 210, 175-216. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.07>

3 Gallardo Castillo, María Jesús, Colex 1ª edición, enero 2021, “Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial”. Cap. IV, I.1: Prescripción de la acción para reclamar. PP.210.

doctrina de la Sala 1ª del TS a estos efectos,⁴ y cierto también, que en el caso de no atender el reclamante, la petición de subsanación, se le tendría por desistido de su petición, previa resolución expresa, que debería dictarse en los términos previstos en el artículo 21 de la LPAC, teniendo presente la obligación general de la administración, de tramitar las solicitudes que se presente, dictando y notificando al interesado las resoluciones pertinentes al efecto.

Y es por esta cierta coyuntura, que podría el perjudicado por daños sanitarios, -que hubiera formulado reclamación, a los solos efectos de interrumpir la prescripción-, encontrar una vía de escape al decaimiento de su acción, en aquellos supuestos que no obtuvieron respuesta por la administración, y que si bien, se les priva ahora de eficacia interruptiva, no pierden en modo alguno, la consideración de reclamación administrativa subsanable, que debió ser res-

4 La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia del Pleno de fecha 5 de junio de 2019 (LA LEY 71480/2019), estima el recurso de casación interpuesto por la aseguradora Zúrich España, y resuelve limitar la condena por indemnización, en la suma fijada en la resolución administrativa que había reconocido la responsabilidad de la administración sanitaria en un caso de mala praxis médica.

pondida o exigida la subsanación por la Administración, y por tanto, aun susceptible de la interposición de un recurso contencioso para el administrado.⁵

IV.- UN APROXIMACIÓN CRÍTICA A LAS SENTENCIAS EN QUE SE BASA LA NUEVA DOCTRINA.

Como punto de partida general, y por condensar adecuadamente, nuestra posición al respecto, se comparte plenamente el criterio de la Sentencia dictada por la Sección de Refuerzo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con

5 Interpretando el art. 46 de la LJCA, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo -así como el criterio consolidado y pacífico resto de órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa- partiendo de la concepción de la desestimación por silencio administrativo, como mera ficción legal, concluyeron que «la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el artículo 46.1 LJCA». La(STC 52/2014 de 10 de abril de 2014 que corrobora el criterio ya plasmado por anteriores sentencias del mismo Tribunal y del Tribunal Supremo, como las SSTS 269/2004, de 23 de enero; 2024/2006, de 21 de marzo; 4384/2007, de 30 de mayo; 1600/2009, de 31 de marzo; y 1978/2013, de 17 de abril.



sede en Sevilla, de fecha 15 de abril de 2021, - la que fuera casada por la sentencia comentada-, cuando en su punto 3º indica, al tratar las sentencias analizadas, que: “...más que de jurisprudencia consolidada resulte más exacto hablar de criterios del Alto Tribunal que no resultan enteramente compatibles entre sí, o más bien al contrario, lo que permite a esta Sala resolver acudiendo a aquel con el que se muestra más conforme, según su propio y personal entendimiento de en qué consiste la interrupción de la prescripción de la acción de reclamación de daños personales”.

Desde esta oportuna perspectiva, realizaremos una aproximación general, a las siguientes sentencias, que han condicionado de uno u otro modo, la doctrina instaurada:

4.1.- La STS Sala 3ª de 2 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:857).

En la medida en que la ratio decidendi de la doctrina creada, está basada, en su apartado II, y de modo expreso, en esta STS Sala Tercera, de 2 de marzo de 2011, resaltamos sus aspectos decisorios fundamentales, para concluir con la escasa potencialidad para coadyuvar razonablemente, a la fijación de la doctrina instaurada.

En primer lugar, nos parece impropia, la referencia que realiza la sentencia comentada, a esta STS de 2/03/2011, cuando los supuestos de hecho discutidos son esencialmente distintos. En un caso, el de la sentencia referenciada, se inició por la administración, la tramitación del burofax enviado, como si se tratase de una reclamación de responsabilidad patrimonial, pero esta no se había subsanado en plazo, por lo que era un supuesto de caducidad⁶. Por el contrario, en el caso de la sentencia en liza, se produjo una reclamación, con posterior desistimiento del reclamante y nueva reclamación posterior. Por tanto, se trata de supuestos de hechos diferentes, que hubieron de obtener su específica y diferenciada subsunción.

Como inciso indicar, que como el desistimiento se produjo antes de dictarse resolución, sin desestimación o estimación total/parcial de la reclamación, tampoco entraría en juego la doctrina instaurada por el STS del pleno 321/2019, de 5 de junio (ECLI: ES:TS:2019:1840), ni tampoco el art. 28 LJCA, al no tratarse de una resolución firme.

Como fundamento más sustancial y así mismo extravagante, esta sentencia de 2 de marzo de 2011, indica en su FJº5º, párrafo 5º, que: “La invocación del Art. 1973 del Código Civil es superflua y carece de virtualidad en este proceso porque la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es exigible exclusivamente de acuerdo con la Ley 30/1992, que regula tanto sus aspectos sustantivos como procesales, en el título X, capítulo primero, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo”.

A nuestro parecer no vemos un argumento razonable y concreto a esta cuestión, pues, ni el antiguo art. 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ni el actual art. 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPAC), en modo alguno, se ocupan o niegan, ni directa ni indirectamente, la causas de interrupción de la prescripción de la acción, y por tanto, correspondería una aplicación supletoria del art. 1973 del C Civil, y jurisprudencia que lo desarrolla⁷, que si se ocupa de modo común, en esta cuestión.

Sorprende, que esta STS de 2 de marzo de 2011, en su FJº5º, indique: “En relación con la prescripción de la acción el Art. 142.5 de la Ley citada dispone que “en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”. Así lo expresa la Ley de modo categórico cuando dice que el derecho a reclamar prescribe al año, y no es susceptible de interrupción”.

Como vemos, se afirma sin ambages, que la ley administrativa expresa de manera categórica, que la acción para reclamar no es susceptible de interrupción, pero lo cierto es, que tan categórica aseveración, no tiene reflejo alguno en dicho ordenamiento administrativo.

De hecho, resulta contradictorio, que en el FJº Segundo de esta sentencia, se reconozca, a su vez, la posibilidad de interrumpir el plazo, en determinadas circunstancias. Se advierte el contradictorio beneplácito del Tribunal, con la idoneidad de interrumpir la prescripción, cuando se manifieste la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, por alguna de las vías posibles para ello, tal como lo viene aceptando en general, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el orden civil y Contencioso Administrativo. No obstante, el FJº Tercero de esta sentencia, se desvía de esta línea jurisprudencial y prosigue con la errónea asimilación, entre

⁶ El art. 92.3 Ley 30/1992, actual art. 95.3 LPAC, señala que los procedimientos caducados no interrumpirán la prescripción.

⁷ OO

el día inicial de cómputo del plazo, constreñido únicamente a la determinación del daño y la interrupción de este.

En todo caso, conforme con la jurisprudencia asumida en la propia sentencia, las reclamaciones han de ser idóneas y procedentes y han de estar encaminadas a lograr el resarcimiento. Es la voluntad de hacer efectiva tal responsabilidad -independiente del momento en el que se decida hacerlo-, la que subyace a todo escrito presentado “a los solos efectos de interrumpir la prescripción”.

4.2.- La STS Sala 3ª de 16 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8829).

La STS de 16 de diciembre de 2011 -recurso de casación núm. 2599/2007, sec. 4ª, PTE: Martí García, Antonio-, es señalada con especial referencia en la sentencia comentada, y en ella, se cofundamenta de forma más específica, la doctrina ahora instaurada.

En general, se observa también en el FJº Primero, in fine, de esta sentencia, una confusa asimilación entre el concepto jurídico del “dies a quo”, con los modos o actos para interrumpir la prescripción de las acciones. A su vez, el resultado interpretativo alcanzado en esta sentencia de 16 de diciembre de 2011, a efectos de establecer el “dies a quo”, se centra únicamente en el momento de la estabilización del daño, minusvalorando por el contrario, la importancia relativa al conocimiento de la existencia de la relación causal y su antijuricidad.

De esta forma, termina pretiriéndose uno de los elementos fundamentales que configuran la doctrina del Tribunal Supremo, sobre la “actio nata”. En definitiva, la decisión de estas sentencias incurre en el vicio de la incongruencia interna, cuando, tras reconocer en sus fundamentos, la virtualidad de los dos elementos de la doctrina de la “actio nata”, deciden finalmente, la aplicación de uno solo de ellos, en detrimento de la pervivencia de la acción ejercitada.

Y es precisamente la falta de consideración en estas sentencias, de este elemento preterido de la “actio nata”, lo que a buen seguro, ha podido motivar la minusvaloración en esos procesos, de la historia clínica, como fuente de prueba encaminada, no solo a la acreditación del daño, sino también, y a un nivel similar, la necesaria justificación de la relación causal y su antijuricidad, requisitos exigidos ambos, para poder tramitar el expediente, conforme con el art. 67.2 de la LPAC.

En el FºJº3º de esta sentencia, cuando analiza la presentación de una diligencia preliminar para la obtención de una historia clínica, y sus efectos en orden a interrumpir la prescripción-, considera que la víctima, debe en todo caso obtener los elementos de prueba necesarios para su reclamación, en el plazo de un año desde el inicio del “dies a quo” o posteriormente, pero dentro del proceso administrativo iniciado dentro de ese plazo, sin que exista la necesidad de acudir a otros mecanismos judiciales o extrajudiciales.

Sin embargo, resulta ciertamente contradictorio con la propia normativa administrativa, ya que la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado es precisamente el requisito que recoge en primer lugar, el art. 32.2 LRJSP, para legitimar la reclamación patrimonial. A su vez, con la reclamación, hay que aseverar la imputación material o jurídica, a quien corresponda, y justamente en base a dicho daño y su relación causal, se establecerá la indemnización que pudiese corresponder.

Dado que, de un modo general, la carga de la prueba en esta materia corresponderá a quien alega los hechos, creemos razonable en derecho, que se pueda utilizar por la víctima, cualquier medio de prueba admisible y obtenerse a través de cualquier procedimiento, también reconocido en derecho, ya sea de carácter judicial o extrajudicial, y sin perjuicio alguno, de la virtualidad de temporáneos e idóneos actos interruptivos, ahora denostados, pero desde siempre, aceptados por la doctrina de la Sala de lo Civil TS.

4.3.- La STS Sala 3ª de 21 de marzo de 2.000 (ECLI:ES:TS:2000:224).

La aproximación a esta sentencia, utilizada también en otras sentencias pero en un sentido contrario⁸, nos orienta en alguna medida, sobre cuáles son los supuestos interruptivos que la nueva doctrina admite. El FJº Tercero, apartado C, de la sentencia comentada, nos expresa su razón decisoria a dichos efectos, y que basa, en la sentencia objeto de este epígrafe:

“La Administración se ha venido apoyando en la STS (Sección 6ª) de 21 de marzo de 2000 (recurso de casación núm. 427/1996), que sobre

8 La Sentencia núm. 675/2006, de 23 marzo, dictada por Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2; JUR 2007\168749), que en su FJº Segundo, otorga idoneidad interruptiva a los telegramas, a los que considera reclamación suficiente a estos efectos.

las concretas acciones que pueden determinar la interrupción del plazo de prescripción de un año para reclamar en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al margen de la pendencia de un proceso penal, admite, exclusivamente, “la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980)”.

Pero resulta, que esta STS, de 21 de Marzo de 2000, no pretende en absoluto, una enumeración cerrada de las causas de interrupción de la reclamación patrimonial, o preterir la aplicación del art. 1973 del Código Civil. Por el contrario, lo que si realiza, es un refrendo de la doctrina del TS sobre la “actio nata”, proyectada, no solo al ámbito del conocimiento del daño, sino también, conforme a sus propias palabras: “...y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción”.

A mayor abundamiento, el FJº Tercero de esta sentencia, no parece remar a favor de la doctrina ahora fijada, y basta con transcribir su contenido a estos efectos: “Esta Sala tiene, en efecto, declarado (sentencia de 4 de julio de 1990, entre otras muchas) que el principio de la «actio nata» impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo de prescripción mientras no se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción. La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal ..., sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980).

Pues bien, la sentencia que motiva este trabajo utiliza de forma indiferenciada el adverbio “exclusivamente”, precisamente, en el mismo lugar, donde esta sentencia del TS de 21 de marzo de 2.000, utilizaba la expresión adverbial “incluso”, expresión que ahora, extrañamente, no se incluye en la sentencia. En cualquier caso, no es lo mismo la exclusividad de los supuestos, -ahora pretendida en la sentencia comentada-, que la inclusividad que se pretendía, en aquella sentencia del 21 de marzo de 2.000, que no

era excluyente de otros modos de interrumpir la prescripción y, conforme a derecho común.

Y es precisamente el párrafo final del F. FJº, Tercero de esta sentencia, el que reafirma esta posición de la Sala, cuando expresa: “De esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello”.

4.4.- La STS Sala 3ª de 18 de Octubre de 2011 (ECLI ES:TS:2011:7062).

La sentencia comentada, para la fijación de la doctrina comentada, se apoya también de una forma referencial, en la STS 18 de Octubre de 2011, Recurso Casación 5097/2007 Sala Tercera, Ponente D. Celsa Pico Lorenzo.

Vemos que su FJº Primero, solo se circunscribe al ámbito del conocimiento o cuantificación del “alcance del daño”, y además, se trata de un caso, donde no existían actos previos de interrupción de la prescripción y pretendía alegarse por la perjudicada, que no se había obtenido cabal conocimiento del daño, hasta un año después de sufrir la hepatitis que se imputaba a la administración, sin haber interrumpido la acción durante el año posterior al diagnóstico considerado como definitivo.

Expresa la Sentencia de 18 de marzo de 2011: “De esta manera, en nuestra Sentencia de 18 de octubre de 2011, recurso 5097/2007, hemos declarado que el tiempo dedicado para la obtención de un dictamen preprocesal para comprender el alcance del diagnóstico, no enerva que quedase desde ese momento anterior determinado el alcance de las lesiones y de la secuela, que marca el inicio del cómputo del plazo para efectuar la reclamación.

Nuevamente, se unifican los conceptos del “dies a quo” con el de interrupción de la prescripción de la acción. A su vez, esta diatriba queda entrelazada, con el acto, no interruptivo, de obtener una pericial extrajudicial. Y es que resulta razonable en este caso, que la acción haya prescrito, porque se retrasó la labor pericial, sin haber interrumpido acciones, y debió interrumpirse en plazo. Pero de ahí, a vaciar de efectos interruptivos, a toda reclamación o

exhibición, que resulte extramuros del procedimiento penal o de la propia responsabilidad patrimonial, es un largo recorrido, que atentaría al derecho de defensa y se alejaría de la interpretación restrictiva de la prescripción, exigida por nuestro Tribunal Supremo.

Ciertamente, este caso no parece paradigmático, para apoyar una doctrina general y generalizada, como la ahora comentada, pues no se discutió en ese proceso, el medio para interrumpir, sino la misma falta de interrupción del plazo, para el ejercicio de la acción. Es claro, que un perjudicado, salvo excepciones, no puede pretender que su plazo se extienda, más allá del año establecido, amparado por el tiempo que le lleve obtener las pruebas precisas, pero lo que no resulta razonable en modo alguno, es impedirle que dentro del plazo, manifieste con eficacia, su interés conservatorio de la acción vigente, mientras culmina esas pesquisas probatorias.

5.- LA “NO VIRTUALIDAD” SUPLETORIA DEL ART. 1973 DEL CC EN EL ÁMBITO DE LA RECLAMACION PATRIMONIAL.

Al carácter extravagante y rigorista de esta doctrina, se sumaría el hecho de que, a pesar de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico, de una regla de supletoriedad general del Derecho común sustantivo y procesal (Art. 4 del Código civil y art. 4 de la LEC⁹), - junto con un ordenamiento privado, en el que se contempla una regulación de los actos interruptivos de la prescripción¹⁰, no prevista en la ley administrativa-, la sentencia comentada y la doctrina que establece, opta sin ambages, por no acudir a la norma prevista en el art. 1.973 del Código Civil,

⁹ Artículo 4 LEC. Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.

¹⁰ El profesor Manuel Albadalejo García en sus Comentarios al art. 1.973 del Código Civil, fue claro al respecto: “...sin duda que entre el mero recordatorio de una deuda, sin ninguna dosis de reclamar su pago, y el puro acto de simplemente exigir de forma inexorable éste, hay una serie de posibilidades intermedias en las que debe entenderse que hay una reclamación -y, por tanto, interrupción de la prescripción- siempre que la conciencia social estime que se trata de una conducta en la que, con más o menos suavidad y de forma más o menos tajante o apremiante, se muestre la decisión de obtener el pago. Mas esto que digo, no lo digo principalmente por precisar la frontera entre lo que no es reclamar y lo que sí lo es, aunque con fórmulas corteses, sino porque, a tenor del espíritu de nuestra ley, cabe que se reclame una deuda, pero sin exigir inexcusablemente a quien se reclama, el pago actual y total de la misma.”

a pesar de lo que viene establecido en el artículo 1.7 del Código Civil que prescribe que “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

Sobre la supletoriedad del derecho civil, respecto de aquellas lagunas que pudieran existir en el derecho administrativo, se ha pronunciado la STS, de 29 de enero de 2020, de la Sala 3ª (ECLI:ES:TS:2020:211), en la que se aborda la problemática del sistema de fuentes en Derecho Administrativo, respecto de vacíos normativos sobre una determinada materia. Dicha sentencia de 29 de enero afirma que, “ante la ausencia de norma en materia contractual o convencional pública, resultaría de aplicación supletoria las restantes normas de derecho administrativo”, pero subrayando que “ello sólo será así si la norma administrativa cubriera con plenitud el vacío dejado en la legislación contractual”, pues, en defecto de las anteriores, deberá acudir a las “normas de derecho privado”.

Es decir, aunque admite, la preferencia del Derecho Administrativo sobre el Derecho Civil, en la aplicación supletoria de normas que solventen lagunas jurídico-administrativas, lo supedita no obstante, a que dichas otras normas de Derecho Administrativo, sean realmente idóneas a tal fin, en el sentido de poder colmar las citadas lagunas, de forma plena. En este sentido, exige una coincidencia básica, entre el caso analizado y el supuesto de hecho para el que se contempla la norma.

Y este como decimos, no es el caso de la sentencia que se comenta ahora, pues ante la inexistencia de norma específica administrativa, sobre los actos que se consideran interruptivos de la acción de responsabilidad patrimonial, se opta por fijar una doctrina, que se aparta radicalmente de la norma supletoria contenida en el art. 1973 de Código Civil, generando con ello, una tremenda inseguridad jurídica.

6.- ESTADO PREVIO DE LA CUESTIÓN INTERRUPTIVA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.

No se desconoce ni minusvalora en este trabajo, la existencia de diversas corrientes doctrinales, que en esta jurisdicción Contenciosa Administrativa, y previas a la sentencia objeto de estudio, ofrecían perspectivas diferentes sobre los casos de interrupción de la prescripción de forma escueta, o solo a efectos interruptivos.



Ofrecemos en este apartado, solo unas pinceladas, que no pretenden ser exhaustivas, sobre el reflejo jurisdiccional de la corriente doctrinal que realiza una interpretación restrictiva de la prescripción en la “Jurisprudencia menor”, y que resultaba contraria a la ahora establecida en la doctrina analiza. La otra y contraria corriente doctrinal, ya ha sido objeto de análisis al estudiar las sentencia referenciadas en la sentencia objeto de crítica en este trabajo:

Así, como reflejo de esta corriente doctrinal menos rigorista, se sitúa la Sentencia núm. 432/2010 de 19 febrero dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo (JUR 2010\145994), que expresó la idoneidad de la interrupción de la prescripción mediante una comunicación telegráfica escueta.¹¹

¹¹ Lo expreso de esta forma: “Por este motivo, aun siendo consciente la Sala de la existencia de una corriente doctrinal que sostiene la inidoneidad de la comunicación telegráfica escueta para interrumpir la prescripción, sin embargo no se acepta la misma como acertada, salvo que incurra en supuestos de un abuso muy grave del derecho. Por dicha razón en un caso como el de autos, aunque hubiera sido deseable una mayor agilidad en el actuar de la parte demandante, no deja de considerarse que ésta nunca aban-

En la misma línea, la Sentencia de 21 octubre 2008, Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) JUR 2010\145994, se situaba en la misma corriente doctrinal, desestimando la prescripción, mediante una aplicación restrictiva y extensiva de la interrupción de la prescripción, mediante telegramas, donde únicamente figuraban los datos del accidente, y se manifestaba la voluntad de reclamar la responsabilidad patrimonial a la Administración y de interrumpir el plazo de prescripción.¹²

Muy relevante resulta a estos efectos, la Sentencia núm. 675/2006, de 23 marzo, dicta-

donó la persecución de lo que entendía era su derecho y ello impide en el presente supuesto apreciar la prescripción aducida por la administración demandada”.

¹² Lo expresó así: “No comparte la Sala la tesis del Abogado del Estado, ya que el plazo prescriptivo quedó interrumpido tanto por las distintas actuaciones llevadas a cabo por la actora, como son los telegramas enviados al Ministerio de Fomento en fechas en las que figuraban los datos del accidente, y se manifestaba la voluntad de reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración y de interrumpir el plazo de prescripción, fecha esta a partir de la última se iniciaría el plazo prescriptivo, de conformidad con la doctrina mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

da por Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª; JUR 2007\168749), que en su FJº Segundo, otorga idoneidad interruptiva a los telegramas, a los que considera reclamación suficiente a estos efectos.¹³

En similar posición, la sentencia núm. 224/2006, de 21 febrero del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª; JUR 2006\155095, en su FJº Segundo, recuerda que el plazo de un año previsto para reclamar a la administración la responsabilidad patrimonial es un término de prescripción, con dos consecuencias directas. Una, que por basarse la prescripción en motivos de seguridad jurídica más que de justicia intrínseca, sus normas ha de ser objeto de interpretación restrictiva y las dudas resolverse a favor de la temporaneidad de la acción, con base en el principio “pro actione”.¹⁴ Y otra, que la prescripción establece causas de interrupción, conforme al art. 1973 del Código Civil¹⁵. Así lo expresaba esta sentencia:

Añade esta sentencia una consideración muy oportuna, en relación con el valor de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando indica:

Si bien esta tesis emana de la jurisdicción civil, no hay razón para rechazarla por esta única causa, dado que el carácter informador del

ordenamiento jurídico que es otorgado a la doctrina del Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código Civil) lo es con independencia de la jurisdicción de que proceda, y la misma Sala Tercera, en las resoluciones anteriormente citadas, hace referencia a la doctrina Sala Primera como fundamento de sus propios pronunciamientos en materia de prescripción”.

También se detiene en otra cuestión relevante a estos efectos, en relación con la petición de la historia clínica y el “dies a quo” para el inicio de la acción¹⁶:

“Nótese que éste únicamente exige la cuantificación de la reclamación «si fuere posible», eventualidad que podría no concurrir en el caso examinado porque la reclamante solicitaba el historial clínico del fallecido, instrumento que bien pudiera destinarse, entre otros fines, a facilitar el cálculo de la indemnización en función de la causa atribuible al servicio en que se produjo el fallecimiento...La falta de disposición de tales documentos daba lugar a la imposibilidad de ejercitar la acción, por lo que el inicio del plazo prescriptivo ha de calcularse a partir del momento en que el perjudicado contó con todos los elementos necesarios para dicho ejercicio. Dicho de otro modo, «la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad» (STS. de 28-4-1998), y ello con arreglo al principio de la «actio nata”.

La Sentencia núm. 991/2006 de 31 mayo. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, JUR 2007\33459, acoge también esta doctrina del siguiente modo:

“Y como indica la STS de 14 de junio de 2005 cuando se ha admitido, excepcionalmen-

¹³ Se basa la decisión, precisamente, en una de las sentencias esgrimidas por la sentencia aquí comentada, como fundamento de la doctrina que establece: “Al respecto, la STS de 21 de marzo de 2000 (RJ 2000/4049) ha señalado que dicha Sala tiene, en efecto, declarado ... que el principio de la «actio nata» impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo de prescripción mientras no se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción. La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se produce en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello. Y sucede en este procedimiento que el 23.10.02 la compañía de seguros mandó telegrama reclamando los daños, reclamación suficiente a los efectos buscados pues su contenido es suficientemente expresivo de su razón de pedir y los efectos de interrupción que pretende...”.

¹⁴ SSTS. de 13-12-94, 14-5-94 y 23-6-2001.

¹⁵ Así lo ha venido considerando tradicionalmente la jurisprudencia respecto de acciones de responsabilidad patrimonial (SSTS. de 19-11-1977, 7-7-1982, 20-2-2001 y 13-10-2004, por citar algunas resoluciones de diferentes épocas).

¹⁶ La sentencia de 21 febrero del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª; JUR 2006\155095, en su FJº Segundo: “Esta teoría ha sido aplicada por la jurisprudencia contencioso-administrativa (además, de en las Sentencias citadas, en las de fecha 13-6-2000, 16-5-2002, 20-12-2004, 10-3-2005 y otras). La STS. de 13-5-2005 declara: «sobre el cómputo del plazo de prescripción de un año establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, ésta no puede ejercitarse sino desde el momento en que resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Esta doctrina tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de “actio nata” (nacimiento de la acción), según el cual el plazo de prescripción de la acción comienza en el momento en que ésta puede ejercitarse».

te, un efecto interruptivo de la prescripción en supuestos de envío de telegramas (así, las sentencias de otras Secciones de este Tribunal de 9 de enero y 16 de mayo de 2002), ha sido por asignar a la comunicación telegráfica la consideración de reclamación cuando en ella se contienen los elementos precisos para propiciar una reacción de la Administración, es decir, cuando se informe del lugar, momento y circunstancias en que se produjo el daño, así como la identidad del perjudicado y la entidad y alcance de los daños, informaciones todas que si se podían deducir del telegrama en cuestión”.

Ya la sentencia de la Audiencia Nacional de dieciséis de mayo de dos mil dos (JUR 2002\144799), contemplaba la eficacia interruptiva de la prescripción por el envío de un telegrama a la Administración, en cuanto comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁷.

En definitiva, la razonabilidad de esta corriente doctrinal, previa a la doctrina ahora comentada, coincidente con la línea crítica de este trabajo, resulta más acorde con el sistema de fuentes establecido, pues respecta de forma sustancia y no figurada, la doctrina de la actio nata y otorga efectos interruptivos a la simple voluntad de ejercitar la acción por unos hechos y daños debidamente identificados, mediante una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción y de su interrupción.

7.- NO TRASLACION DE LA DOBLE DOCTRINA INTAURADA AL EJERCICIO DE LA ACCION DIRECTA EN VIA CIVIL CONTRA LA ASEGURADORA DE LA ADMINISTRACION.

Se plantea en este apartado, en qué medida esta nueva doctrina comentada, pudiera desplegar sus efectos, en los casos legítimos de ejercicio de acción directa¹⁸, dirigida únicamente frente a la aseguradora de la administración,

17 En el mismo sentido, la sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de Sentencia de 28 abril 2006. JUR 2006\199073.

18 1. La jurisprudencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo tiene claro que dicha acción “exclusivamente directa” es perfectamente posible, y la jurisdicción competente sólo puede ser la civil. Así lo entiende la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo a partir de sus autos de 18 octubre 2004 y 28 junio 2004, que tras reconocer que el artículo 9.4 LOPJ, tras su reforma en 2003, “ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el asegurador”, matizan a continuación que tal precepto no es aplicable al caso en que se demanda únicamente a la compañía de seguros.

y ante la jurisdicción civil, cuando además, se ha venido interrumpiendo la acción, bien por reclamaciones extrajudiciales o bien mediante diligencias preliminares, dirigidas a la administración asegurada.

Como primer apunte en esta cuestión, y con carácter general, esta doctrina, al pertenecer a otro orden jurisdiccional, no constituyen jurisprudencia para la Sala de lo Civil, ni por ello, la vinculan en sus decisiones. El apartamiento de esta doctrina por la jurisdicción civil no constituirá motivo de casación, por infracción de jurisprudencia (STS, Sala Primera, de lo Civil, nº. 991/2005, de 13 Diciembre 2005 Nº rec. 1554/1999); (ECLI: ES:TS: 2005:7396)).

Es pacífica la doctrina civil, que permite a la víctima, el ejercicio de la acción civil directa, prevista en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, ante la jurisdicción civil, cuando únicamente se ejercita la acción, frente a la aseguradora de la administración¹⁹.

Siguiendo estos postulados, resume esta cuestión en profundidad, el magistrado Seoane Spiegelberg²⁰, indicando, que se trataría de una cuestión prejudicial no devolutiva, puesto que su conocimiento corresponde a la jurisdicción civil, y que obligará a los tribunales de este orden jurisdiccional, en base a al art. 42 LEC, a constatar la previa existencia de responsabilidad de la administración, mediante la aplicación de lo normado en los actualmente vigentes arts. 32 a 35 de la Ley 40/2015²¹.

Situándonos en el eventual ejercicio por el perjudicado, de esa acción directa ante la jurisdicción civil, por daños producidos en la actividad administración sanitaria, nuestro ordenamiento jurídico general, entiende la prescripción, como una limitación del ejercicio tardío de los derechos, que debe ser objeto de una interpretación restrictiva, a l no estar basada en razones de estricta justicia, teniendo un marcado carácter excepcional, como de forma reiterada, viene destacando la Sala Primera.²²

19 SSTS 579/2019, de 5 de noviembre; 473/2020, de 17 de septiembre y 501/2020, de 5 de octubre, así como el auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013.entre otras.

20 Seoane Spiegelberg, JL., “La acción civil directa del perjudicado contra la aseguradora de la administración sanitaria”; pp. 17- 20.

21 SSTS 152/2010, de 22 de marzo y 321/2019, de 5 de junio.

22 Al señalar que es una institución que, no funda-

En lo que respecta a la presentación de la demanda de diligencias preliminares, en el ámbito civil o mercantil, hay una consolidada doctrina jurisprudencial, por la que son válidos los actos procesales dirigidos a preparar la acción, que revelan una voluntad claramente conservativa del mismo, ya que a través de ellas, el demandado obtiene suficiente conocimiento de lo que se va a pretender de él en el juicio futuro, como medio válido, adecuado- y en definitiva "idóneo"-, de expresar esa voluntad conservativa.²³

Más recientemente, refirma esta doctrina, la STS 10 Civil de 10 Junio de 2020, sec. 1ª, S 10-06-2020, nº 279/2020, rec. 2770/2017 (EDJ 2020/597443) PTE.: Seoane Spielberg, José Luis, que insiste en su FJº3º, apartado 4, en la idea de que: *"La presentación de unas diligencias preliminares, en tanto en cuanto constituyen manifestación exteriorizada de la voluntad de preparar el ejercicio de una acción judicial (art. 256.1 LEC), han de valer como causa legítima de interrupción de la prescripción, ya sea ésta civil o mercantil"*.

Como respuesta a la cuestión aquí debatida, podemos concluir que las diligencias preliminares dirigidas contra la Administración sanitaria, interrumpen la prescripción para la reclamación en vía civil contra dicha aseguradora, por ser necesario, no solo el historial clínico, sino cualquier otra documentación pertinente, que pudiera obtenerse a través de aquellas, para fundamentar el daño o el funcionamiento normal o anormal de la administración, y ello, a pesar de que las diligencias preliminares, no se dirigiesen directamente frente la futura demandada.²⁴

En lo que respecta al efecto interruptivo en la jurisdicción civil, de las reclamaciones extra-

da en principios de estricta justicia, sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, que determina que su aplicación por los tribunales deba ser cautelosa y restrictiva (SSTS 877/2005, de 2 de noviembre (EDJ 2005/171440); 134/2012, de 27 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre; 708/2016, de 25 de noviembre, 721/2016, de 5 de diciembre y 326/2019, de 6 de junio entre otras muchas).

23 Se pronuncian en este sentido la STS 12-11-07 -EDJ 2007/213145- y la STS 20-11-01 -EDJ 2001/43381- que lo encajan en el supuesto previsto en el art.1973 CC.

24 De especial significación y encaje en la cuestión sometida a consideración, por ser precisamente el caso estudiado en este trabajo, es el **FJº Tercero de la SAP De Madrid, Sección 18ª, de fecha 28-10-2016**, Nº 408/2016, REC. 769/2016 (EDJ 2016/230715), donde añade la existencia de una relación de solidaridad legal entre asegurado y aseguradora, conforme con el párrafo primero del art. 1974 del CC, en relación con el art. 76 de la LCS.

judiciales, el criterio jurisprudencial del TS, no exige excesivas formalidades a los actos interruptivos, otorgando ese efecto a cualquier *"... reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello"*.

La STS Sala 1ª de 21/07/2008 (RC 698/2002) de la que fue ponente la Excm. Sra. Mª Encarnación Roca Trías, posteriormente Vicepresidenta del Tribunal Constitucional, ya incidió en la falta de formalidad en los actos interruptivos, cuando expresó que: *"1º Para que se produzca una interrupción extrajudicial no se requiere que se formulen las reclamaciones por escrito ni que asuman ninguna forma; otra cosa será la prueba de que se haya efectuado el acto interruptivo, pero no debe confundirse la dificultad de prueba con la forma de determinados actos y así la jurisprudencia ha entendido que este tipo de reclamación puede adoptar formas diversas, como cartas reclamando daños (SSTS 11 febrero 1966, 11 marzo 2004)"*,



En este sentido, la reciente STS Sala 1ª 14/02/2022 (RC 3345/2018), nos recuerda que: *“una reclamación extrajudicial (ausente de formalismos en su redacción) puede interrumpir el plazo de ejercicio de una acción”*, por lo que no excluye, sino que facilita la virtualidad de aquellos actos interruptivos clásicos, basados en el art. 1973 del CC, de tal forma que se puede manifestar la voluntad de ejercitar la acción, sin formalismos y sin tener que accionarla” ipso facto”.

Esta cuestión, es precisamente objeto de análisis, en la propia sentencia objeto de comentario, STS Sala 3ª, num. 2722/2022, cuando en su *FJº Tercero, apartado D*, alude a la diferente naturaleza de la solicitud de reclamación patrimonial, con respecto a la demanda civil, y a las diferentes exigencias iniciales para la reclamación.

Por tanto, esta nueva doctrina proveniente del orden jurisdiccional Contencioso Administrativo, no habría de tener efecto alguno sobre las acciones emprendidas en el orden Civil, mediante la acción directa contra la aseguradora de la Administración Sanitaria, siempre que la acción se ejercite en plazo, o este, haya sido in-

terruptido conforme a lo dispuesto en el art. 1973 del Código Civil, dado que, dentro de esta ausencia de formalismos, la Sala Primera ha considerado válido para interrumpir la prescripción, tanto la presentación de unas diligencias preliminares, como cualquier comunicación, en la que simplemente se manifiesta, la voluntad de conservar la acción, para su accionamiento posterior.

8.- CONCLUSIONES.

Primera.- Se puede afirmar, que esta doble doctrina fijada únicamente para el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria resulta muy condicionada por la casuística y a su vez, se presenta ajena a la obligada supletoriedad del derecho civil, generando inseguridad jurídica, precisamente en una cuestión, respecto de la que ya existe una solución pacífica. El Tribunal, atiende a una apreciación de la prescripción, que vulneraría a nuestro parecer, el art. 67. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el art. 1973 del CC, de necesaria aplicación supletoria, conforme al art. 1.7 del Código Civil.

De cualquier modo, se haya negado o no por esta nueva doctrina, eficacia al art. 1973 del CC, en el ámbito de la reclamación patrimonial sanitaria, lo cierto es que la solución establecida -de tintes absolutamente rigoristas-, no está basada en una concreta norma administrativa sobre la interrupción de la prescripción, que le pudiera servir de cauce, para evitar la supletoriedad prevista en el sistemas de fuentes del ordenamiento jurídico español, convirtiendo así al instituto de la prescripción, en una especie de “reloj de arena,” sujeto a caducidad, y por tanto, sin las habituales posibilidades interruptivas, algo que no ha ocurrido antes, en ningún otro orden jurisdiccional.

Segunda.- Una reclamación patrimonial de esta naturaleza, precisa de una correcta valoración del daño conforme al baremo orientativo vigente, que puede implicar por su compleja estructura valorativa, la intervención de médicos, traumatólogos, neurólogos, neurocirujanos, neurofisiólogos, psiquiatras, rehabilitadores, técnicos ortoprotésicos y de ayudas técnicas, adaptadores, ingenieros, arquitectos, expertos en valoración del daño, actuarios, etc., así como informes de diversas especialidades, según el tipo de lesión que se está valorando. Y todos han de comenzar su trabajo desde el conocimiento integral del cuadro clínico tras su estabilización, que es cuando se inicia el plazo de



un año. Pretender desplegar tal recorrido probatorio en el seno del proceso administrativo, resultaría una entelequia²⁵, ajena a la realidad material y contraria a la economía procesal.

En concurrencia temporal con esta compleja preparación y justificación de la valoración de daño personal sufrido, esta la necesidad de contar con las pericias precisas, para acreditar las posibles infracciones a la “lex artis ad hoc”, de los profesionales sanitarios, o el cumplimiento de los deberes de organización y dirección de los centros médicos de tal naturaleza.

Otro hándicap que se presenta a la víctima para atender a la caducidad de este reloj de arena, es el financiero, pues las pericias que exige el sistema de valoración de daños para una correcta reclamación tienen, en conjunto, un coste muy elevado, que no siempre será posible a la víctima afrontar fácilmente y menos aún, en un solo año desde su estabilización, máxime, si a ello hemos de sumarle, los ingen-

tes gastos, que pudiera generar su tratamiento médico, quirúrgico y de rehabilitación, presente y futura.

Tercera.- Obligar doctrinalmente y “ex novo” a estos justiciables, a que presenten o hubieren presentado, -con la premura de un año desde que se produce la estabilización clínica-, una reclamación que exige normalmente una preparación extensa y compleja, cuya consecución no siempre es posible, en un plazo de tal naturaleza, y por causas no siempre imputables a la víctima, es abocarla a una reclamación desde su origen, presidida por la caducidad implacable, y desprovista por tanto, en muchos supuestos, de todos los elementos de defensa que la víctima, legítimamente pretendiera desplegar, para el mejor fin de su reclamación, y para cumplir así, con la obligación legal de valorar con su pretensión, todos los elementos exigidos para la reclamación patrimonial.

Cuarta.- Resulta de una relevancia importante, que esta doctrina comentada, alcanza a multitud de supuestos, pasados, presentes y futuros, donde es, o fue necesario, y conveniente para las víctimas, aplazar el inicio de la reclama-

²⁵ Actualmente se deben justificar como elementos indemnizatorios, el perjuicio personal básico, el particular y el perjuicio patrimonial, que contempla el daño emergente y el lucro cesante.



ción patrimonial, interrumpiendo la acción, por el medio que fuere.

Son muchos los asuntos judiciales o extra-judiciales, que se sustentan, -con base en la legislación común y jurisprudencia autorizada-, en diversos actos interruptivos, tales como las cartas con acuse de recibo, faxes, burofaxes, telegramas, correos electrónicos certificados o diligencias preliminares, que ahora se interpretan doctrinalmente como superfluas e ineficaces, y que por tanto, no interrumpirían la prescripción, y podrían ser sistemáticamente desestimados en adelante, mediante un mecanismo de desestimación anticipada del fondo, que atenta a la seguridad jurídica y en perjuicio de las víctimas.

Ello, reduce retroactivamente las garantías de la víctima ante el daño sanitario, dado que nuestro TC, mantiene la retroactividad de la jurisprudencia²⁶, matizada eso sí, en la STC de 22 enero 2015, en base a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, interdicción de la arbitrariedad y principio tempus regit actum, principios que aconsejan, la no aplicación retroactiva de esta doctrina, a los susodichos actos jurídicos interruptivos, previos a la misma

Esta doctrina, a nuestro parecer, ha venido a generar inseguridad jurídica, y a buen seguro, más litigiosidad. Cada litigante interpretará subjetivamente el concepto - ciertamente incierto- de la "idoneidad", dificultándose sobremanera, la deseada objetivación de los planteamientos extrajudiciales de las partes, en aras, a su previo entendimiento.

Sería deseable para los perjudicados por daños sanitarios, que en sucesivas sentencias de la Sala Civil o de lo Contencioso, esta doctrina fuera perfilándose con más precisión, en su verdadero alcance y extensión, o, en el mejor de los casos, resultase superada, por otra corriente menos extravagante y ajustada al sistema de fuentes establecido. En el peor de los casos, de terminar imperando la misma, esperamos que los distintos operadores jurídicos que intervengan en asuntos de esta naturaleza, y dentro de sus respectivas competencias y cometidos, garanticen en toda su extensión, el derecho de defensa de los perjudicados, teniendo siempre presente la seguridad jurídica en liza, especialmente en aquellos casos, que por ser anteriores a esta nueva y gravosa doctrina, no pudieron ser regidos conforme a ella.

²⁶ STC 95/1993, de 22 marzo y 145/2012, de 2 julio, matizada eso sí, en la STC de 22 enero 2015

9.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- CANO CAMPOS, T. (2019). "El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración: el tópico de la actio nata". Revista de Administración Pública, 210, 175-216. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.07>
- CHAVES, JR, (2017)" *La puñalada del plazo de prescripción en la responsabilidad patrimonial*" Blog: delaJusticia.com.
- COBO OLVERA, TOMAS Y COBO PERALTA, (2.022) "Procedimiento para la reclamación patrimonial de las AAPP..." (8ª edición).
- EDUARD-VALENTIN PAVEL, (2021). "La prescripción de la responsabilidad patrimonial por daños...". Revista General de Derecho Administrativo, nº 58, Octubre 2021.
- GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESUS, Collex (1ª edición, enero 2021), "Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial". PP.210-226.
- MESEGUER YEBRA, J, Bosch; 2 edición (2006), "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: indemnización y plazo de prescripción: Biblioteca Básica de Práctica Procesal nº 387 (Biblioteca Básica).
- PASCUAU LIAÑO, MIGUEL. "El ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración Pública" Revista Responsabilidad Civil y Seguro. Doctrina
- SEOANE SPIEGELBERG, JL. Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo., "La acción civil directa del perjudicado contra la aseguradora de la administración sanitaria"; pp. 17- 20.

10.- PRINCIPALES SENTENCIAS UTILIZADAS:

- STS, Sala 3ª. núm.2722/2022 de 30 de junio de 20229 (ECLI:ES:TS:2022:2722).
- STS Sala 3ª de 2 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS: 2011:857).
- STS del pleno 321/2019, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1840)
- STS Sala 3ª de 16 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS: 2011:8829).

- STS Sala 3ª de 21 de marzo de 2.000 (ECLI:ES:TS:2000:224).
- STS Sala 3ª de 18 de Octubre de 2011 (ECLI:ES:TS: 2011:7062).
- STS, de 29 de enero de 2020, de la Sala 3ª (ECLI:ES:TS:2020:211).
- STS, Sala 1ª, de 13 Diciembre 2005; (ECLI:ES:TS: 2005:7396).
- STS Sala 1ª, de 10 Junio de 2020, (EDJ 2020/597443).
- SAP De Madrid, Secc. 18ª, de 28 de octubre de 2016, (EDJ 2016/230715).
- STSJ de Andalucía, Sala 3ª de 15 de abril de 2021, (casada por la sentencia comentada).
- Sentencia núm. 432/2010 de 19 febrero dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo (JUR 2010\145994).
- Sentencia de 21 octubre 2008, Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) JUR 2010\145994.
- Sentencia núm. 675/2006, de 23 marzo, dictada por Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2; JUR 2007\168749).
- Sentencia núm. 224/2006, de 21 febrero del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª; JUR 2006\155095.
- Sentencia núm. 991/2006 de 31 mayo. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª, JUR 2007\33459).
- Sentencia de la Audiencia Nacional de dieciséis de mayo de dos mil dos (JUR 2002\144799).



La valoración y cuantificación del daño en los cárteles de vehículos

Juan F. Garnica Martín

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

SUMARIO

- I.- LA APUESTA POR LA TUTELA PRIVADA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.
- II.- EL DERECHO AL PLENO RESARCIMIENTO Y MEDIDAS ADOPTADAS PARA GARANTIZARLO.
- III.- PRESUPUESTOS PARA EL ÉXITO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD.
- IV.- EL HECHO ILÍCITO CONTEMPLADO DESDE LA PERSPECTIVA DE SU RELACIÓN CAUSAL CON EL DAÑO.
- V.- CAUSALIDAD Y PLURALIDAD DE RESPONSABLES.
- VI.- SOBRE LA PRESUNCIÓN DE DAÑO.
- VII.- DETERMINACIÓN DEL SOBREPREGIO: CUESTIONES PREVIAS:
 - A) Reglas sobre la carga de la prueba;
 - B) Estándares probatorios;
 - C) Estimación judicial del daño.
- VIII.- LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN.

I.- LA APUESTA POR LA TUTELA PRIVADA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A diferencia de lo ocurrido en los EE UU donde la tutela privada del derecho de la competencia viene de lejos, en España (y en parte en Europa) es un fenómeno bastante reciente, podría decirse que propio del siglo XXI y que no ha llegado a nuestros tribunales de forma significativa hasta los últimos años. En el derecho europeo se apostó por la tutela de la defensa de la competencia a través del derecho público (public enforcement) de forma muy esencial y solo recientemente, y probablemente tras la evidencia de fracaso de ese sistema, se ha optado por la tutela privada (*private enforcement*), mediante el ejercicio de acciones civiles.

Tras la apertura a la tutela privada, lo que se ha instalado en los países europeos es un sistema dual, público y privado, en la aplicación de las normas sobre la defensa de la competencia que parte de la idea de que se trata de dos sistemas complementarios entre sí. A la vez que complementariedad, entre la aplicación pública y la privada existe interconexión que se ha visto intensificada a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

La Directiva prevé en su art. 9 que, una vez firme la resolución en la que la autoridad nacional declare la infracción del derecho de la competencia, dicha declaración se considera irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional del propio Estado al que pertenezca la autoridad. Con ello se han pretendido resolver los conflictos entre la tutela pública y la privada y facilitar esta segunda descargándola de la necesidad de probar el hecho dañoso cuando la misma se inste después de haber adquirido firmeza la resolución sobre la tutela pública.

Las acciones por la defensa de la competencia pueden ser acciones consecutivas (*follow-on*) que deberán dirigirse frente a las empresas que han sido declaradas responsables del cártel o bien acciones aisladas o independientes (*stand alone*) para que se declare que la empresa ha infringido las normas sobre la defensa de la competencia y se declaren las consecuencias oportunas de derecho privado. La Directiva apuesta de forma muy decidida por las acciones *follow-on*.

No ha sido casualidad que la nueva normativa comunitaria coincida con el gran incremento que se ha apreciado en nuestros tribunales de justicia de los asuntos en los que se ejercitan acciones privadas en materia de defensa de la competencia sino que en buena parte es consecuencia de la nueva perspectiva adoptada en el derecho europeo, con la introducción de instituciones como los programas de clemencia que han facilitado las denuncias y con la regulación del acceso a la prueba. A los asuntos del cártel del azúcar, resueltos por SSTs de 8 de junio de 2012 y 7 de noviembre de 2013, han seguido la saga de asuntos del cártel de los sobres y más tarde los numerosos asuntos del cártel de los camiones y del de los coches. De manera que podemos decir que en la práctica de los tribunales especializados en mercantil las reclamaciones civiles relacionadas con la legislación sobre defensa de la competencia ha pasado a ser una de las ocupaciones fundamentales, tanto por número de asuntos como por las dificultades que su enjuiciamiento nos ha aportado.

Por lo común, se trata de acciones consecutivas (*follow-on*), esto es, subsiguientes a una resolución administrativa de carácter firme que ha apreciado la existencia de un cártel formado por una serie de empresas. Esa situación es el primer factor que habrá tenerse en cuenta al afrontar la acción civil de responsabilidad pues el juez civil pasará a estar vinculado no solo por la apreciación de la existencia de un cártel y la pertenencia al mismo de determinadas empresas sino también por el relato de hechos que haya tomado en consideración la resolución administrativa para llegar a tales conclusiones.

En el caso del cártel de los coches, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) en resolución de fecha 23 de julio de 2015, en el expediente S/0482/13, apreció que los fabricantes de automóviles y sus concesionarios llegaron a acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica relativa a vehículos nuevos, usados, venta de recambios y servicios postventa entre empresas fabricantes y distribuidoras de marcas de automóviles en España, con el consecuente perjuicio que ello tuvo para el cliente final. La referida resolución fue objeto de numerosos recursos ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que sustancialmente fueron desestimados, por lo que devino firme.

En el caso de los camiones, se trata de una decisión de la Comisión Europea de 19 de julio

de 2016 (publicada el 6 de abril de 2017) que apreció la concurrencia de un cártel que determinaba una infracción del art. 101 del TFUE por fijación de precios en el espacio económico europeo desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011 entre los principales fabricantes de camiones.

II.- EL DERECHO AL PLENO RESARCIMIENTO Y MEDIDAS ADOPTADAS PARA GARANTIZARLO

La Directiva establece en su art. 3.1 que los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio.

El apartado 2 del propio artículo 3 dispone cuál es el alcance de ese derecho al pleno resarcimiento cuando establece:

*«El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haber cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el **daño emergente** y el **lucro cesante**, más el pago de los **intereses**».*

Especialmente hay que referirse al hecho de que el legislador comunitario no se haya referido solo a los dos apartados típicos del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) sino que ha incluido asimismo como un concepto autónomo de daño los intereses. El apartado 20 de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE”, que acompaña a la comunicación número 2013/ C-167/07 de la Comisión sobre la misma materia publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, número C-167/19, de 13 de Junio de 2013 (en lo sucesivo, la Guía) dice:

«La adición de intereses también deberá tenerse en cuenta. La concesión de intereses constituye un elemento indispensable de la reparación. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición. La legislación nacional debe te-

ner en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia antes citados».

Como puede deducirse del contenido de esa indicación de la Guía, los intereses a los que se refiere no coinciden con lo que comúnmente venimos considerando como intereses moratorios, en el sentido de que no están sometidos a su régimen de exigibilidad. Se trata más bien de una actualización de la deuda dineraria, que es una deuda de valor y que, como consecuencia de la pérdida del valor del dinero, se ha podido ver seriamente disminuida como consecuencia del simple transcurso del tiempo. Por tanto, lo que nos dice la Comisión es que una vez calculada la indemnización (daño emergente + lucro cesante) es preciso proceder a actualizar su valor y que para ello se deben tener en cuenta factores tales como el tipo de interés legal o bien otras formas de interés. Nuestros tribunales se han hecho eco de esa indicación y toman como referencia para proceder a la actualización el tipo del interés legal, que durante muchos años ha sido incluso más elevado que la tasa de inflación.

En sentido contrario, el art. 3.3 de la Directiva establece que el pleno resarcimiento no justifica una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo. Por consiguiente, el legislador europeo no acepta la idea de que la acción de resarcimiento pueda convertirse en instrumento sancionatorio de la conducta ilícita y sitúa los límites del daño resarcible en el efectivamente sufrido por el afectado. Y, en esa línea, a diferencia de lo que ocurre en los EE UU, admite que se pueda deducir del daño reclamable el sobrecoste que el afectado hubiera repercutido a terceros (art. 12.2 Directiva). Ello puede resultar muy relevante en el caso del cártel de los camiones, donde resulta fácil representable la posibilidad de que el adquirente haya podido repercutir el sobrecoste a través de su facturación a sus clientes. Y en el cártel de coches la regla general será que no exista repercusión, con la excepción de los vehículos destinados a usos comerciales, como por ejemplo auto-taxi.

Con todo, a pesar de que en el artículo 12.2 de la Directiva se afirma que los Estados deben establecer normas procesales que impidan que se puedan reclamar sobrecostes repercutidos, el art. 13 dispone que la carga de la prueba de la repercusión debe pesar sobre la parte demandada, quien al efecto podrá solicitar exhibición de documentos del afectado o de terceros.

El legislador europeo no se ha limitado a definir el daño reclamable sino que ha establecido medidas que faciliten su reparación. Una de ellas es la establecida en el art. 12.1 de la Directiva que permite que la acción de resarcimiento se pueda ejercitar no solo por quien sufrió de forma directa el daño sino también por quien lo sufrió de manera indirecta.

Otras medidas tienen que ver directamente con los problemas que plantea la cuantificación. Y sin perjuicio de que sobre ellas nos extendemos más adelante de forma más detallada, avanzamos la idea de que se refiere a ellas el art. 17 de la Directiva cuando afirma que:

«1. Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños

y perjuicios pero resultará prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles.

2. Se presumirá que las infracciones de carteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción».

III.- PRESUPUESTOS PARA EL ÉXITO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Como ya hemos anticipado, pueden reclamarse todos los daños y perjuicios sufridos, pero solo los daños y perjuicios pues el legislador europeo no acepta indemnizaciones de carácter punitivo, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos. Por ello será necesario enjuiciar de forma estricta cuál es el daño que se puede reclamar o conceder. Ello nos conduce a las reglas propias de toda reclamación de daños y perjuicios.

Existe coincidencia en indicar que los presupuestos para que pueda prosperar una acción de responsabilidad por infracción de nor-



mas sobre la defensa de la competencia son sustancialmente los mismos que para cualquier acción de responsabilidad por culpa extracontractual, esto es:

- a) Un acto ilícito, que en el caso de acciones *follow-on* se identifica con el que la resolución administrativa ha declarado probado.
- b) Un resultado dañoso sufrido por el reclamante.
- c) Relación de causalidad entre el acto ilícito y el resultado dañoso.

El juez mercantil vendrá condicionado por lo que haya resuelto la autoridad administrativa (y los tribunales del orden contencioso) respecto de la existencia del acto ilícito, esto es, la existencia de un cártel y la pertenencia al mismo de determinadas empresas, de forma que no será razonable que en el proceso civil haya que entrar en esa cuestión. Creo que la única salvedad puede provenir del particular concepto de “empresa” que es preciso aplicar en el ámbito de la defensa de la competencia, que no se corresponde estrictamente con el concepto de personalidad civil. La STJUE de 14 de marzo de 2019 (asunto Sumal, C-724/17) ha considerado que la víctima de una práctica contraria a la competencia llevada a cabo por una empresa puede ejercitar la acción de resarcimiento por daños y perjuicios indistintamente contra una sociedad matriz que haya sido sancionada por la Comisión Europea o contra una filial “siempre que esas dos sociedades constituyan, conjuntamente, una unidad económica”. Por tanto, lo que podrá ser discutido es si concurren las circunstancias que permiten atribuir a esas dos sociedades el carácter de unidad económica o “empresa”, en el sentido del derecho europeo de la competencia, que no es un concepto jurídico sino funcional o económico.

En desarrollo de la idea que he expresado en el párrafo anterior, la víctima deberá demostrar que el acuerdo contrario a la competencia celebrado por la sociedad matriz por el que la misma ha sido condenada se refiere a los mismos productos que aquellos que comercializa la filial (apartado 52 de STJUE de 14 de marzo de 2019). En cualquier caso, esa necesidad de demostración solo está referida al caso de que la víctima haya decidido dirigir su demanda frente a una filial no sancionada en el procedimiento administrativo en el que sí lo estuvo la matriz. La extensión de la responsabilidad de la filial a la matriz tampoco plantea duda alguna que se puede suscitar, en este caso con muchos

menos inconvenientes, pues la jurisprudencia comunitaria la venía aceptando con anterioridad a la resolución indicada.

La determinación del daño plantea cuestiones mucho más complejas en las que nos extenderemos en nuestra exposición porque constituye el núcleo de la misma. Para comenzar he de decir que en la determinación se han de diferenciar dos ámbitos bien distintos: i) el primero, la existencia misma del daño, esto es, la determinación del “*an*”; y ii) segundo, la determinación del “*quantum*”, o importe concreto. Los problemas que se producen en cada uno de esos ámbitos son distintos y aconsejan que no se mezclen porque la forma de proceder es asimismo diversa en cada uno de esos ámbitos. En la determinación del “*an*” es preciso estar a las reglas ordinarias de la prueba, con algunas especialidades, como son las pruebas por presunciones. En la determinación del “*quantum*” las reglas son especiales, en el sentido de que están presididas por la idea de que las dificultades probatorias no han de impedir el resarcimiento efectivo. Por ello con frecuencia se acude a la discrecionalidad judicial para intentar evitar la frustración del resarcimiento. Más adelante entraremos en el desarrollo de esas ideas.

Por otra parte, en directa relación con la concreta existencia del daño (*an*) es preciso analizar el nexo de causalidad pues solo se responde del daño que pueda ser imputado o puesto en relación con la concreta conducta infractora. Esa puesta en relación puede plantear problemas muy simples, cuando la relación causal sea fácilmente apreciable, o bien muy complejos, cuando el juicio de inferencia causal no resulte fácilmente apreciable. En el ámbito de la defensa de la competencia lo más frecuente es precisamente que el enjuiciamiento del nexo de causalidad plantee problemas severos, como ocurre en los casos de los cárteles de coches y camiones.

IV.- EL HECHO ILÍCITO CONTEMPLADO DESDE LA PERSPECTIVA DE SU RELACIÓN CAUSAL CON EL DAÑO

Partiendo de la perspectiva de que el daño viene representado por el hecho de que la existencia del cártel ha debido suponer para el particular afectado que formula su reclamación un mayor desembolso al adquirir su vehículo, será muy relevante que se pueda atribuir a la conducta infractora el efecto de haber dado lugar a un incremento del valor. Si la conducta infractora no ha dado lugar a incremento alguno, la consecuencia será que no exista daño.

Por tanto, será preciso convencer al juez de que la conducta infractora que han determinado la sanción por constituir un cártel ha determinado un incremento del valor del vehículo y los integrantes del mismo solo responderán en el caso y en la medida en que tal incremento se hubiera producido.

Por tanto, los hechos probados que conducen a la declaración de la infracción por la autoridad de competencia constituyen el sustrato fáctico principal a partir del cual cabe construir la pretensión indemnizatoria. La declaración de antijuridicidad hecha por la autoridad de competencia proporciona el perímetro fáctico a partir del cual podrá eventualmente identificarse el daño indemnizable causado. Ello no obstante, las decisiones de las autoridades de competencia no se pronuncian ni sobre la existencia del daño, ni sobre las circunstancias de su causación por los co-infractores, siendo este cometido exclusivo del juez civil, lo que significa que en esas resoluciones es muy probable que no se encuentren datos muy significativos desde la perspectiva del enjuiciamiento de la acción de resarcimiento.

La cuestión está en si podemos deducir de la existencia de la infracción administrativa (por la existencia de un cártel) que existe daño. Y no resulta fácil hacer esa imputación en los casos en los que, como con frecuencia ocurre, la infracción es por el objeto y no por los efectos. En las infracciones por objeto, dado que no es necesario acreditar los efectos, se realiza una investigación más simple, menos compleja. Ahora bien, las infracciones por objeto se construyen sobre la base de una experiencia sólida y fiable del carácter pernicioso para la competencia de ciertas conductas, de forma que se fundan en una experiencia previa adquirida de que esas conductas producen un efecto anticompetitivo (STJUE de 2 de abril de 2020, en asunto C-228/18 Budapest Bank).

Aunque en las infracciones por objeto no sea necesario comprobar el alcance de los efectos al examinar la autoridad administrativa la existencia de ilícito, de ello no se deriva que no se comprueben los mismos al menos de forma implícita. El daño y los efectos adversos para los operadores en el mercado afectados deben aparecer al menos como probables.

El Tribunal de Justicia ha advertido que la utilización por las autoridades de competencia de la categoría de infracciones por objeto –que dispensa la prueba de los efectos– ha de ser restrictiva (STJUE de 2 de abril de 2020, en

asunto C-228/18 Budapest Bank), partiendo del examen de la conducta en cuestión, los objetivos que pretende alcanzar y el contexto económico y jurídico en que se desarrolle, que deben constituir una restricción manifiesta de la competencia, siendo claramente nocivos. Es menester comprobar que las circunstancias en las que tiene lugar la conducta explican por qué, con toda probabilidad, el daño a la competencia es inevitable.

Por tanto, la constatación de la existencia de una infracción por objeto constituye un sólido indicio de la existencia de daño a los afectados por la conducta infractora.

A ello tenemos que añadir que la apreciación a los efectos administrativos de la existencia de una “conducta única y continuada” entre los diversos integrantes del cártel no impide al juez civil identificar una concreta relación de causalidad con el concreto demandado en aquellos casos en que se declaren infracciones complejas en las que se puedan distinguir distintos comportamientos de los que se deriven los daños reclamados. La apreciación de conducta única y continuada se utiliza en el derecho de la competencia para permitir la imputación conjunta de todos los participantes en el cártel y exige que entre ellos exista un plan común. Ahora bien, la apreciación de la existencia de una conducta única y continuada a los efectos de la infracción no impide analizar de forma singularizada el nexo de causalidad.

En el caso del cártel de vehículos, la CNMC aprecia una “infracción única y continuada” que consistió en intercambios de información sensible de tres tipos que afectaban a diferentes mercados o dimensiones del mercado de automóviles, concretamente:

- a) Gestión empresarial.
- b) Servicios de postventa.
- c) Y marketing.

Con tales actuaciones, las marcas intercambiaban numerosa información de enorme trascendencia, pues, entre otras muchas cuestiones, intercambiaban datos relativos a la rentabilidad y la facturación de sus redes de concesionarios, desglosando la venta de automóviles y las actividades de posventa; datos relativos a los márgenes comerciales y cuál era la política de remuneración ofrecida por las marcas a sus redes de concesionarios; las estructuras, características y organización de sus redes de con-

cesionarios así como datos sobre políticas de gestión de dichas redes; también las condiciones de sus políticas y estrategias comerciales actuales y futuras de marketing de posventa; las campañas de marketing que realizaban al cliente final y también los programas de fidelización de sus clientes.

La participación de los diversos fabricantes en cada uno de esos intercambios de información aparece detallada en la resolución administrativa, de forma que la acción de responsabilidad es preciso que parta de los concretos hechos que la misma detalla acerca de esa participación para establecer de forma concreta el nexo causal entre el daño reclamado y la conducta infractora.

Otro factor a tomar en consideración para analizar la existencia o no de nexo causal es el temporal, pues la participación de las diversas empresas participantes en el cártel no ha sido la misma durante el largo lapso temporal de actuación del cártel (2006-2013).

V.- CAUSALIDAD Y PLURALIDAD DE RESPONSABLES

La responsabilidad por los daños que la actuación del cártel haya podido producir corresponde, en principio, a todos los participantes en el mismo, siempre que el concreto daño reclamado pueda ser imputable a sus actos concretos. En el caso del cártel de los vehículos la CNMC consideró acreditada la participación de 23 empresas, entre las que cabría hacer la imputación de responsabilidad por los daños producidos.

De acuerdo con lo previsto en el art. 73.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), en su texto posterior a la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, en nuestro derecho es clara la responsabilidad solidaria de los coparticipantes en el cártel. Pero esa norma no resulta de aplicación directa a las demandas por daños consecutivas a la resolución de la CNMC S/482/13, según la doctrina que cabe extraer de la STJUE de 22 de Junio de 2022 (asunto C-267/20), que dio respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia de León y consideró momento relevante para determinar la aplicación de normas sustantivas el de la finalización del cártel.

No obstante, pese a que esa norma (y la propia Directiva) no resulte de aplicación, el régimen de responsabilidad de los diversos corresponsables no parece que pueda ser otro que el de la solidaridad, aunque la misma haya

de tener su fundamento en la doctrina jurisprudencial. Se trata de la idea de “solidaridad impropia” a la que ha acudido con frecuencia la jurisprudencia, particularmente cuando no resulta posible deslindar la responsabilidad de cada uno de los partícipes en la producción del daño.

La consecuencia de ello es que podrán ser objeto de discusión tanto los diversos cursos causales respecto de cada uno de los codemandados, en el caso de que fueran varios, como la imposibilidad o gran dificultad de distinguir entre cada uno de ellos a los efectos de producción del daño, si bien esta última cuestión creo que está en la propia naturaleza de las cosas, de manera que poca actividad probatoria precisa. Por tanto, la solidaridad entre coparticipantes prácticamente tiene el mismo carácter y extensión tanto en el caso de que resultara de aplicación el art. 73.1 LDC como cuando no lo resulta, con la única duda de si resulta de aplicación en este último caso la doctrina jurisprudencial acerca de la no aplicación de la norma establecida en el art. 1974 CC sobre la interrupción de la prescripción entre corresponsables solidarios (STS de 14 de marzo de 2003 y Acuerdo de Junta General de Magistrados de Sala Primera de 27 de marzo de 2003).

VI.- SOBRE LA PRESUNCIÓN DE DAÑO

El art. 76.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, en su texto procedente de la reforma legal operada para trasponer la Directiva 2014/104/UE, dispone:

«3. Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario».

El referido precepto es trasposición del art. 17.2 de la Directiva, cuyo contenido es el siguiente:

«Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción».

La cuestión que se ha planteado es si tales normas resultan de aplicación en los cárteles de vehículos y la respuesta la ha dado la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20) de la que cabe deducir que no es aplicable, atendido que consideró como el momento relevante para determinar la aplicación de normas sustantivas el de la finalización del cártel, lo que se ha de considerar producido antes de haberse dictado la resolución de la CNMC.

Ahora bien, que no resulte de aplicación esa presunción de carácter legal no significa que no pueda acudirse a presunciones de carácter judicial (*de homine*) para llegar a la misma o similar conclusión. En definitiva, se trata de si se puede aplicar la regla jurisprudencial del daño ex re ipsa, esto es, la presunción de que el daño está en la naturaleza de las cosas. Creo que la creación de la presunción legal a que antes me he referido no ha sido otra cosa que una forma de conceder seguridad jurídica en un ámbito precisado de ello para desterrar cualquier duda acerca de que, como regla, el daño está en estos casos en la naturaleza de las cosas, esto es, en los hechos que han determinado la apreciación de un ilícito contra la competencia.

Así lo hemos venido apreciando los tribunales en las numerosas sentencias recaídas en relación con el cártel de los camiones y esa misma idea resulta de aplicación al cártel de los coches. Aunque la infracción es por objeto y consiste en sustancia en intercambio de información, de ello no se deriva que no pueda presumirse la existencia de daño. Como hemos anticipado, la apreciación del ilícito contra la competencia presupone que los hechos que lo justifican no resultan irrelevantes desde la perspectiva de los efectos, pues en otro caso no hubiera sido posible apreciar el ilícito.

En la Guía de la Comisión, después de destacar la existencia de estudios empíricos que acreditan que todos los cárteles determinan un

incremento del coste medio, se afirma que «*los tribunales nacionales, basándose en este conocimiento empírico, han declarado que es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuánto más duradero y sostenible ha sido un cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto (147)*».

En cualquier caso, esto es, tanto sea judicial como legal la presunción de daño, la misma es *iuris tantum*, esto es, admite prueba en contrario. Comúnmente esa prueba es de carácter general, esto es, tiende a negar que el cártel haya causado a los adquirentes de vehículos daño alguno, esto es, que haya supuesto un incremento efectivo del precio de los vehículos. Por lo general, ese esfuerzo probatorio tiene muy escaso éxito porque pugna contra la idea de que la existencia del cártel no ha pretendido alterar las reglas de la competencia, lo que suele considerarse una contradicción en los términos. Si ha existido cártel ha sido precisamente para que los que participaran en él pudieran obtener provecho y ese provecho se traduce en perjuicio para alguien, los participantes en el mercado como compradores.

Cuestión distinta es que el esfuerzo probatorio pueda ir dirigido a acreditar que en el caso concreto de la compra de un vehículo determinado no se ha producido daño alguno porque concurren circunstancias tan particulares que



así lo prueben. Aunque se trata de situaciones difíciles de imaginar, no se pueden descartar de forma absoluta. En otro caso la simple presunción *iuris tantum* se estaría convirtiendo en lo que no es, esto es, una presunción *iuris et de iure*.

En el proceso administrativo las marcas alegaron que su actuación no tuvo un grado de nocividad suficiente en el mercado, de forma que esa alegación ya fue tomada en consideración y desechada en el referido procedimiento. La STJUE, de 19 de marzo de 2015 (C-286/13, asunto *P Dole Food y Dole Fresh Fruit*) ha sintetizado cuándo puede apreciarse que un determinado tipo de coordinación entre empresas tiene el grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del art. 101 TFUE.

La jurisprudencia ha sostenido que una práctica puede ser concertada si reduce la incertidumbre estratégica, en tanto en cuanto, en el contexto de un contacto directo entre competidores mediante un intercambio de información así como la desvelación del comportamiento propio que uno tiene o pretende tener, las empresas no actúan en el mercado con la debida autonomía y lo hacen con el propósito de influir en el mercado produciendo, en consecuencia, un resultado colusorio (a modo de ejemplo, STJUE, de 16- 12-1975, asunto *Suiker Unie*, STJUE, de 24- 07-1981, asunto *Züchner* o STJUE, de 28- 05-1998, asunto *John Deere Ltd*).

Las Directrices de la Comisión Europea 2011/C 11/01 sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal refrendan que, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico del intercambio de información, dichos intercambios tienen capacidad de debilitar o suprimir la incertidumbre del mercado, calificando tales conductas como restricciones por objeto.

Todo lo anterior solo resulta de aplicación a los casos de acciones consecutivas (*follow-on*), atendido que en las mismas ya se ha analizado previamente por la autoridad administrativa la incidencia de la conducta sobre el mercado y solo se habrá sancionado en el caso de que haya tenido una incidencia efectiva. Pero cuando no exista un pronunciamiento de infracción será en el propio proceso civil en el que habrá que entrar de forma previa al examen de la acción de daños en esa cuestión, lo que no releva al juez civil de tener que examinar la incidencia concreta de la conducta en el mercado.

VII.- DETERMINACIÓN DEL SOBREPRECIO: CUESTIONES PREVIAS

Si la determinación de la existencia del daño no plantea especiales problemas en los casos de acciones consecutivas a un procedimiento administrativo de infracción, como hemos analizado, la cuantificación del sobreprecio plantea problemas muy agudos y respecto de los cuales no será fácil deducir del procedimiento administrativo previo datos de interés que puedan ayudar a realizar esa cuantificación cuando la infracción sea por objeto.

Esas dificultades han determinado que la Directiva establezca remedios que tienden a garantizar el resarcimiento efectivo. Ya hemos adelantado la idea que ahora me propongo desarrollar. El art. 17 de la Directiva afirma que:

«1. Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultará prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles».

El precepto que acabamos de transcribir se refiere a tres ideas distintas, todas ellas fundamentales desde la perspectiva de dar efectividad al principio de la íntegra reparación y pone deberes a los Estados:

- a) Reglas sobre la carga de la prueba.
- b) Estándares probatorios.
- c) Estimación judicial del importe de los daños.

La transposición de esas normas en nuestro derecho se ha efectuado en el art. 76 de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece (en la parte relevante):

«Artículo 76. Cuantificación de los daños y perjuicios.

1. La carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de

la competencia corresponderá a la parte demandante.

2. Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños».

Puede observarse que, si bien puede considerarse adecuadamente traspuesta, la idea relativa a la estimación judicial del daño, nada se dice sobre estándares probatorios y lo que se dice acerca de la carga de la prueba es dudoso que sea adecuado al espíritu de la Directiva. A continuación analizaré cada una de esas ideas de forma separada.

A) Reglas sobre la carga de la prueba

Es dudoso que fuera necesario transponer regla alguna sobre la carga de la prueba cuando en nuestro derecho tenemos una regulación más que aceptable en el art. 217 LEC. Pero, si se quería establecer alguna regla especial, parece poco razonable que esa regla consista en la reiteración de un criterio de carácter general como es que la carga de la prueba de los hechos constitutivos pesa sobre la parte demandante (art. 217.2 LEC) porque eso es tanto como no decir nada. E incluso puede que llegue a ser menos que nada, si se llegara a entender que esa supuesta regla especial, que ya hemos visto que no tiene nada de especial, excluye la aplicación de otras reglas del art. 217 LEC que la moderan, como es el caso de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC).

No estoy sugiriendo que la regla del art. 76.1 LDC pueda ser interpretada en el sentido de que excluya la aplicación del art. 217.7 LEC, porque si fuera así el problema sería importante, ya que habría que concluir que nuestro legislador habría traspuesto en sentido contrario al que le ordena la Directiva y creemos que la cosa no da para tanto. Lo que no tengo tan claro es que la Directiva no obligara a dar un paso más y a establecer una verdadera regla especial, como otras contenidas en el propio art. 217 LEC, que facilitarían la carga de la prueba que pesa sobre la parte demandante. Se me ocurre pensar en reglas concretas que penalizaran la falta de colaboración de los infractores al no permitir el acceso a los medios de prueba a su disposición. Los principios de disponibilidad y facilidad probatoria son un buen instrumento en ese sentido pero los jueces con frecuencia echan de menos

normas más específicas que les permitan extraer consecuencias más concretas.

B) Estándares probatorios

Hablar de estándares probatorios en nuestro derecho no resulta demasiado frecuente. Quizá esa sea la razón por la que nuestro legislador no se ha ocupado de esta cuestión al transponer la Directiva, a pesar de la gran importancia que tiene en la práctica. Un gran número de acciones de daños (no estoy hablando ya solo en el ámbito de la defensa de la competencia sino con carácter general) acaban frustrándose porque el juez aplica un estándar probatorio incorrecto o poco adecuado para el enjuiciamiento de ese caso. En mi opinión, es uno de los problemas más importantes a los que tenemos que hacer frente en el enjuiciamiento de las acciones de resarcimiento. Con mayor motivo en el ámbito de la defensa de la competencia.

Para que se entienda lo que quiero decir, empezaré explicando qué es el estándar de prueba porque pocas veces hemos reparado en esta cuestión ni los jueces ni la doctrina más al uso. La cuestión tiene que ver con el convencimiento judicial y con la actividad probatoria necesaria para conseguir el éxito de convencer al juez acerca de que una alegación fáctica constituye un hecho probado. Si le preguntamos a un juez medio cuánto de convencido tiene que estar acerca de la veracidad de una alegación fáctica, concretamente: i) si muy convencido, con una probabilidad rayana en la certeza absoluta; ii) bastante convencido, con un grado de probabilidad de al menos un 80%; o iii) simplemente convencido, pensando que es más probable que sea cierto a que no lo sea, creo que la respuesta que recibiría esa pregunta se dividiría fundamentalmente entre las dos primeras opciones y muy pocas respuestas se decantarían por la tercera, a pesar de que esta última es la únicamente aceptable en el enjuiciamiento civil.

En los ordenamientos que se han ocupado de una cuestión tan importante, como es el caso de los EE UU, tienen muy claro que el convencimiento depende solo de que sea más probable la veracidad que la no veracidad, de manera que se conforman con un estándar probatorio cercano a una probabilidad de algo más del 50 % y ese es el mismo parecer que expresa la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión en Europa y en nuestro país. En España es una cuestión de la que no se suele ocupar siquiera la doctrina de Derecho Procesal y es preciso acudir a la Teoría General del Derecho para en-

contrar autores que lo hayan hecho, lo que creo que resulta insólito.

Pues bien, esto es, lo que nos ha querido decir la Directiva, que el grado de convencimiento exigible no debe ser especialmente elevado sino que tiene que ser solo el razonable y situado en los parámetros antes mencionados (más probable que sí a que no). En directa relación con ese grado de convencimiento está el esfuerzo probatorio a que se ha de ver obligada la parte. Si el estándar probatorio es muy elevado, como, por ejemplo, es exigible que ocurra en el enjuiciamiento penal, el esfuerzo probatorio que deberán efectuar las partes (particularmente aquella sobre la que pese la carga de la prueba) habrá de ser también muy importante y el riesgo de que no sea considerado por el juez como suficiente será muy alto.

Creo que algo tan importante y que en nuestro ordenamiento tenemos tan mal interiorizado hubiera requerido que nuestro legislador hubiera dicho algo al transpone la Directiva, aunque ello no quita para que la regla de la interpretación conforme con la Directiva pueda ser invocada y obligue al juez civil a seguir un estándar de exigencia probatoria correcto, esto es, moderado y conforme con las dificultades

probatorias que el caso plantee. De forma que, si como regla el estándar probatorio en el enjuiciamiento civil debe ser muy moderado, en el caso del enjuiciamiento de los daños derivados de las infracciones en defensa de la competencia todavía habría de ser más moderado, menos exigente.

El problema que se plantea en esta materia recuerda un poco al que ha venido planteando históricamente en nuestro derecho el enjuiciamiento del lucro cesante. Nuestra actual doctrina jurisprudencial no exigía certidumbre sobre la ganancia sino que se conformaba con algo menos, como podía verse en la STS de 8 de julio de 1996: «*las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva*». Afortunadamente ese criterio fue rectificado, como puede verse en la STS (1ª) de 15 de julio de 1998 (RJ 1998/5550) donde se baja el listón y se habla de “*ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso*”. Por tanto, el TS acude a la regla “*id quod plerumque accidit*” (lo que normalmente ocurriría), que permite un enjuiciamiento razonable basado en presunciones judiciales.



Como ocurre en el caso del lucro cesante, en el ámbito de la defensa de la competencia, aquello por lo que se reclama suele ser una hipótesis de daño no una realidad concreta y determinada. Por tanto, hay que tratarla como tal y no exigir una prueba demasiado exigente porque las hipótesis se basan solo en criterios de probabilidad de que puedan llegar a producirse, razón por la que no puede ser exigido mayor esfuerzo probatorio que aquel que permita representarse el daño reclamado como probable. Aquí no existe certeza, existe solo probabilidad y ello constituye un importante inconveniente cuando el juez no acepta ese punto de partida y pretende refugiarse en un estándar probatorio exigente.

La Directiva le está diciendo a ese juez que actúa siguiendo ese criterio que lo está haciendo de manera incorrecta y hubiera sido bueno que nuestro legislador también lo hubiera expresado con la misma o mayor claridad si cabe.

C) Estimación judicial del daño

La tercera idea que recoge la Directiva en su voluntad de reforzar la tutela privada del derecho de la competencia consiste en permitir un método de cuantificación tan peculiar como es el de confiar en el criterio discrecional del juez cuando haya fracaso el esfuerzo de las partes siguiendo las reglas generales sobre la prueba.

Aunque pueda parecer otra cosa, en nuestro país tenemos una larga tradición de cuantificación del daño por estimación judicial pues ese fue el sistema vigente en nuestro enjuiciamiento penal durante decenios. En los arts. 103 y 104 del Código Penal de 1973 se establecía que para la cuantificación de los daños y perjuicios se procedería *según la regulación del tribunal*, expresión en la que se consideraba ínsita una referencia a la equidad hasta el extremo que la cuantificación realizada por el juez se consideraba inatacable por vía de recurso. Ese sistema de cuantificación estuvo vigente hasta el año 1995 en que fue modificado el Código Penal, año en el que asimismo entró en vigor el sistema de baremos para los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos de motor.

Ahora bien, que se haya querido dar entrada como sistema de cuantificación a la discrecionalidad judicial para evitar que se frustre el derecho al íntegro resarcimiento no significa que se haya querido postular un sistema como el que acabo de referir que sufrimos en el enjuiciamiento penal en el pasado. En realidad, ese

no puede considerarse como un sistema de enjuiciamiento, o al menos como un sistema serio de enjuiciamiento, sino que se trata de algo distinto: un remedio extremo que es razonable que un ordenamiento jurídico acoja. Y de hecho, en la Directiva no se ha incorporado nada nuevo, nada que no existiera ya en algunos ordenamientos jurídicos de forma explícita. En otros ordenamientos jurídicos, como ocurre en el italiano, se autoriza expresamente al juez a usar criterios de equidad para cuantificar el daño si el mismo no ha resultado posible probarlo en su debida entidad. Así se dispone en el art. 1226 del Código Civil (en sede de obligaciones contractuales, aunque con aplicación también al daño contractual por la expresa disposición del art. 2056, 1 CC): *«si el daño no puede ser probado en su debida entidad, puede liquidarlo el juez según su prudente criterio de equidad»*.

En similar sentido, puede verse en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, presentados en Viena en 2005¹, en cuyo art. 2:105 se establece que *«el daño debe probarse de acuerdo con los criterios procesales ordinarios. El tribunal podrá estimar la cuantía del daño cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa»*.

También en el ámbito del derecho europeo existen precedentes del recurso a la estimación judicial, como ocurre en el caso de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, en cuyo artículo 13 se dispone que cuando las autoridades judiciales fijan los daños y perjuicios:

- a) *tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho;*
- b) *o como alternativa a lo dispuesto en la letra a), podrán, cuando proceda, fijar los daños*

¹ Estos Principios no tienen carácter oficial sino que son el producto de una iniciativa privada de diversos juristas de diversos estados integrados en el grupo de trabajo European Group on Tort Law, fundado en 1992. Sobre el particular puede verse más ampliamente los trabajos de uno de los integrantes del grupo de trabajo, el español MARTIN CASALS, Miquel, *Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil*, en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, www.indret.com, mayo 2005.

y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

Aunque esa Directiva no ha sido objeto de una transposición especialmente fiel a su letra y a su propia finalidad, la Comisión europea ha publicado unas “Directrices sobre determinados aspectos de la Directiva 2004/48/CE” en las que incide en el carácter de valoración discrecional o a tanto alzado y se manifiesta a favor de que los tribunales de los Estados miembros puedan aplicar el criterio de la cantidad a tanto alzado cuando lo consideren oportuno. Es decir, en contra de lo que resulta de la transposición hecha por nuestro legislador o de la interpretación de los tribunales, que han desnaturalizado la norma comunitaria y la han sustituido por un criterio alternativo para la parte consistente en la regalía hipotética. Algún día habrá que reparar ese desajuste.

El art. 17.1 de la Directiva se establece que *«(l)os Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultará prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles».*

Por tanto, aunque pueda existir riesgo de que se pretenda acudir a la estimación judicial para evitar costos y aunque puedan existir buenas razones para justificar que el recurso a la estimación judicial se pueda generalizar en supuestos de litigiosidad masiva, en realidad el remedio que pone a nuestra disposición el legislador europeo no permite que se produzca esa generalización injustificada. Para poder acudir a la estimación judicial es preciso que la parte haya hecho un esfuerzo probatorio razonable y que a pesar del mismo no hayan aflorado los frutos deseados, esto es, no haya sido posible llegar a cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos.

El esfuerzo probatorio que la parte se ve obligada a hacer para que pueda estar justificado acudir a esta forma de cuantificar debe estar referido a “todas las pruebas disponibles”. Hay que entender que “disponibles” para la parte actora, sobre la que comúnmente pesara la

carga probatoria. Ahora bien, esa disponibilidad no tiene por qué ser directa, esto es, no exige que sea la parte actora quien tenga un control inmediato sobre la fuente de prueba. Aunque la parte que ha de acreditar la cuantía del daño no tenga control directo sobre la fuente de prueba, ello no le exonera de la carga de haber intentado al menos su aportación. De manera que la falta de disponibilidad está relacionada con la imposibilidad de acceso al medio probatorio después de haber intentado aportarlo al proceso.

Por tanto, la imposibilidad de cuantificar o la dificultad excesiva deben juzgarse a partir de que la parte que soporta la carga haya hecho el esfuerzo razonable de acreditación, atendidas las circunstancias, y que el mismo no haya conseguido el fin propuesto por causas independientes de la voluntad de la propia parte. Si no ha existido la diligencia necesaria en el esfuerzo probatorio desplegado por la parte no estará justificado que se pueda acudir al arbitrio judicial. Y si ha existido un esfuerzo probatorio razonable de la parte, tampoco está justificado acudir a la fijación del daño por medio de la estimación si aplicando un estándar probatorio aceptable resultara posible cuantificar siguiendo las reglas generales.

Ahora bien, no resultará fácil determinar cuándo ha existido un esfuerzo razonable por la parte, atendido que son muchos los factores a considerar, tales como las dificultades que entraña el acceso efectivo a las fuentes de prueba, las dudas sobre el éxito que se pueda atribuir a determinados medios y el propio costo de los mismos, que al menos *prima facie* debe ser soportado por la parte.

Tampoco creo que resulte fácil determinar cuándo puede considerarse no acreditada la cuantía del sobreprecio, esto es, cuándo es imposible o excesivamente difícil cuantificarlo. Por lo común, no se trata de un juicio *ex ante* sino *ex post*, que deberá ser realizado por el juez a partir de la prueba practicada. En ese juicio tiene una importancia decisiva el estándar probatorio que el juez aplique; cuanto más elevado sea ese estándar más fácil se justificará acudir al juicio estimatorio; cuanto menos elevado mayor justificación tendrá llevar a cabo ese juicio aplicando las reglas generales.

Por otra parte, tampoco podemos dejar de lado lo que pueda entenderse por “estimación judicial” del daño. La estimación judicial no creo que suponga, simplemente, confiar en el criterio puramente discrecional del

juez, esto es, un juicio de equidad que pueda presentarse desprovisto de reglas objetivas. En mi opinión el método estimativo no autoriza a tanto; no es razonable que se pretenda simplemente sustituir las reglas generales sobre la prueba por el criterio discrecional del juez, entendido como libre discrecionalidad. A lo que autoriza el método estimativo es más bien a otra cosa, a una valoración flexible en la que el juez no utilizará parámetros seguros o firmes sino meros indicios. Por tanto, la actividad probatoria de las partes, aunque puede que no consiga el convencimiento del juez, estará al servicio, cuando menos, de suministrar esos parámetros indiciarios que deben guiar el criterio estimativo.

Por tanto, aunque la cuantificación se pueda realizar “a tanto alzado”, podríamos decir que con “trazo grueso”, ello no exonera al juez de justificarla adecuadamente y esa justificación exige que acuda a los indicios que le hayan podido suministrar las partes o que de cualquier otra forma hayan sido introducidos en el proceso. En otro caso existe el riesgo de la arbitrariedad y de que el enjuiciamiento del daño en este ámbito se haga siguiendo los pa-

trones de la “justicia del cadí”, como fue común en el enjuiciamiento penal de hace algunas décadas.

VIII.- LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN

Por otra parte, la Directiva no se limita a establecer las reglas a que nos acabamos de referir en su propósito de facilitar el resarcimiento sino que obliga a los Estados a poner a disposición de los órganos jurisdiccionales una actividad de asesoramiento (art. 17.3 Directiva). Ello obedece a muy buenas razones pues la actividad de cuantificar el daño presenta problemas técnicos cuya resolución suele exceder las capacidades técnicas de las que están provistos los titulares de los órganos jurisdiccionales.

Esa enorme dificultad que plantea cuantificar el daño ha determinado que las autoridades europeas no se hayan limitado a aprobar la Directiva sino que la Comisión europea ha elaborado una valiosa “Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos



101 o 102 del TFUE”, que acompaña a la comunicación número 2013/ C-167/07 de la Comisión sobre la misma materia publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, número C-167/19, de 13 de Junio de 2013.

Puede decirse que se trata no solo de unas Guías prácticas sino también didácticas, por el tono en el que aparecen escritas y sin duda que creo que ha sido un esfuerzo loable por parte de las autoridades europeas que va a contribuir a traernos luz fuera incluso del ámbito de la defensa de la competencia, en la medida en la que ponen el acento en la dificultad técnica que comporta la valoración del daño y aportan criterios muy valiosos que pueden permitir traer racionalidad a este ámbito, a la vez que contribuir a obtener una mayor eficacia.

Aunque las indicaciones que la Guía incorpora no sean vinculantes para los tribunales, son tan valiosas que no han pasado inadvertidas sino que se han convertido en el eje vertebrador de los diferentes criterios de valoración que se están haciendo servir en los tribunales. Y la razón de ello se encuentra en su propia calidad técnica y en que los Estados, al menos es el caso de España, carecen de criterios legislativos o jurisprudenciales que puedan ayudar a afrontar la cuestión de la cuantificación del daño con el rigor que la misma exige.

Como se afirma en la Guía, *la cuestión clave en la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones contrarias a la competencia es, por tanto, determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción. Esta situación hipotética no puede observarse directamente y, por lo tanto, es necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia con el que comparar la situación real (12).*

Por tanto, y sin descartar supuestos concretos en los que puedan existir medios de prueba más directos, supuestos en los que se aplicarán las normas generales sobre la prueba, lo relevante es partir de la idea de que con mucha frecuencia no van a existir medios de prueba directos del daño y habrá que acudir a medios indirectos, medios cuya valoración exige un juicio estimativo. La cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia está, por su propia naturaleza, sujeta a limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. No puede haber un único valor «verdadero» del daño sufrido que pueda determinarse sino únicamente las mejores estimaciones basadas en supuestos y aproximaciones (17).

Afirma que Guía que existen diversos métodos para elaborar un escenario sin infracción a efectos de cuantificar el daño en acciones de daños y perjuicios en asuntos de competencia (26).

Los métodos más utilizados por las partes y los órganos jurisdiccionales consisten en estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma. Estos métodos comparativos toman los datos (precios, volúmenes de ventas, márgenes de beneficio y otras variables económicas) observados en el periodo no afectado o en los mercados no afectados como una indicación del escenario hipotético sin la infracción (27).

La Guía no pretende hacer una exposición cerrada de los métodos que se pueden utilizar para cuantificar el daño sino que se muestra como una exposición abierta, meramente ejemplificativa, que acepta que los métodos no son exhaustivos y están expuestos a evolución. La utilidad de la guía creo que es enorme porque no solo expone y describe métodos sino también reglas técnicas de aplicación, con lo que, aunque pueda aportar un grado alto de complejidad a la valoración del daño, pretende convertirse en un instrumento útil para conseguir racionalidad. Ahora bien, ese alto grado de complejidad parece más adecuado para un escenario de tutela colectiva que de tutela individualizada, por el alto coste que las periciales pueden alcanzar. Y precisamente la tutela colectiva no parece constituir regla general en los procesos iniciados en el ámbito de los cárteles de vehículos.

La Guía expone dos tipos de métodos:

- a) Los métodos comparativos, que parten de la premisa de que el escenario de contraste puede considerarse representativo del probable escenario sin infracción y de que la diferencia entre los datos de la infracción y los datos elegidos como comparación se debe a la infracción.
- b) Los métodos no comparativos.

Entre los métodos comparativos, a su vez, la Guía desarrolla los siguientes:

- (i) Comparación diacrónica en el mismo mercado.

(ii) Comparación con datos de otros mercados geográficos.

(iii) Comparación con datos de otros mercados de productos.

(iv) Combinar la comparación diacrónica con la comparación de mercados.

Entre los modelos no comparativos la Guía hace referencia a los modelos de simulación, análisis basado en los costes y financiero y otros métodos. Los métodos de simulación utilizan modelos económicos de comportamiento del mercado. Otros métodos basan su análisis sobre la base de costes de producción y un margen de beneficios razonable. El método basado en los costes consiste en utilizar alguna medida de los costes de producción por unidad y añadirle un margen por el beneficio que habría sido «razonable» en el escenario sin infracción (107).

Cada uno de estos métodos y técnicas tiene sus propias características, ventajas e inconvenientes,

que pueden hacerlos más o menos adecuados para estimar el perjuicio sufrido en unas circunstancias concretas. En particular, se diferencian en la medida en que se basan en datos que resultan de interacciones reales del mercado o en supuestos basados en teoría económica y en la medida en que controlan otros factores distintos de la infracción que puedan haber afectado al solicitante de los daños y perjuicios. Por otra parte, los métodos y técnicas se diferencian en cuanto a su sencillez de utilización y el tipo y la cantidad de datos requeridos.

La decisión con arreglo a la legislación aplicable en cuanto a si debe utilizarse alguno de los métodos y técnicas descritos en la Guía práctica —y, en tal caso, cuál—, puede también depender de la disponibilidad de otras pruebas, por ejemplo, pruebas documentales presentadas por las empresas sobre sus actividades que demuestren que se aplicó realmente un incremento de precios acordado ilegalmente por determinado importe. Y, en cualquier caso, será una decisión que habrá de tomar la parte actora aunque en esa elección no podemos considerar que sea



completamente libre sino que ha de procurar que el método elegido sea el que mejor se adecúe a las concretas circunstancias del caso.

Quien está en condiciones de elegir entre los diversos métodos a los que me he referido o bien de hacerlo por cualquier otro es el perito a quien la parte haya encomendado la valoración del daño. De forma que podría decirse que lo que hace la Guía no es otra cosa que dar carta de naturaleza a los diversos métodos ya conocidos por los peritos, de forma que la parte adversa, al cuestionar el peritaje puede cuestionar el método empleado como poco apropiado, atendidas las circunstancias.

Una de las conclusiones recogidas en la Guía es que ningún método es superior a otro y que todos ellos son relativos, en la medida que pretenden acreditar de forma indirecta o por indicios una situación hipotética. Por ello no descarta la posibilidad de que el método que se utilice no sea único sino producto de una combinación de métodos. En ese sentido afirma en su apartado 125:

«Puede ocurrir que en un asunto dado se contemple la aplicación de varios métodos (por ejemplo, comparación diacrónica y comparación entre mercados geográficos), ya sea de forma alternativa o acumulada. Cuando dos métodos distintos den resultados similares, estas apreciaciones pueden llevar a un ordenamiento jurídico a atribuir mayor valor probatorio a la estimación de daños y perjuicios, posiblemente un límite inferior, basado en estos métodos. Cuando, sin embargo, la aplicación de dos métodos dé resultados aparentemente contradictorios (especialmente cuando las dos partes contrarias se basen en métodos diferentes), por lo general no es adecuado sacar simplemente la media de los resultados, ni sería adecuado considerar que los resultados contradictorios se anulan mutuamente en el sentido de que deben desecharse ambos métodos. En tal situación, sería más conveniente examinar las razones de la divergencia de los resultados y considerar cuidadosamente las ventajas e inconvenientes de cada uno de los métodos y de su aplicación en el asunto en cuestión».



Y, en cualquier caso, concluye que solo es posible estimar, no medir con certeza y precisión, cómo habría sido probablemente el hipotético escenario sin infracción. Por tanto, por adecuado que sea el método o métodos elegidos y por bien aplicado que haya sido, las conclusiones obtenidas siempre parecerán legítimamente discutibles. Ello no es *per se* razón suficiente para apartarse de ellas.

Ahora bien, la cuestión más compleja no está en cuál es el método que el perito o los peritos hayan aplicado en su informe sino a partir de qué datos está aplicando el perito el método. En la fiabilidad o no de los datos es donde creo que se juega de forma esencial la partida. Cuando no existen datos de carácter público que sean fiables, como ocurre en el caso del cártel de los coches y en menor medida también en el de los camiones, la aplicación de cualquier método aparece salpicada de dudas porque los peritos deberán operar con datos dudosos, no contrastados o difícilmente contrastables, con frecuencia obtenidos directamente de la parte infractora y cuya comprobación no resultará fácil. En tales casos, por bien elegido que sea el método, sus conclusiones siempre serán dudosas.

Eso creo que es lo que ha estado ocurriendo en el enjuiciamiento de los asuntos relativos al cártel de los camiones, en los que nos encontramos con periciales muy enjundiosas pero que no nos acaban de convencer (o al menos no nos convencen plenamente) porque no ofrecen una trazabilidad que permita contrastar adecuadamente los datos en los que se basan. Esa es la razón por la que se ha producido una tendencia muy pronunciada a terminar recurriendo a la estimación judicial del daño. Ahora bien, de ello no se sigue que tales periciales hayan resultado inútiles, en la medida en que el criterio estimativo se ha ido determinando con fundamento en esas periciales. Ejemplo de ello lo tenemos en la expe-

riencia de mi propio tribunal. En los primeros pronunciamientos sobre el cártel de los camiones, después de valorar ambas periciales y no acabarnos de creer los datos de los que partían, acabamos acudiendo a fijar el daño en un 5 % del valor de compra del vehículo. Más adelante, otras periciales, sin llegar a convenernos plenamente, nos hicieron ver que el anterior criterio estimativo tampoco era adecuado, lo que nos ha llevado a corregirlo y fijarlo en el 10 %.

La situación en la que nos encontramos ahora, después de haber dictado unas decenas de resoluciones, es que aún no hemos despejado todas las dudas. La más trascendente de todas es si hemos de juzgar caso a caso en función de las diversas periciales o bien si hemos de optar por mantener un mismo criterio con independencia de las periciales. Cosas de la litigiosidad en masa.

Argumentos no faltan para defender cada una de esas posturas. La ortodoxia procesal parece justificar que se enjuicie cada caso como si fuera nuevo y a partir de la prueba practicada en el juicio. No obstante, no resulta demasiado razonable sostener ese determinismo que parece al servicio de que la función del órgano jurisdiccional sea más la de decidir qué parte ha sido más hábil en la elección de perito que en resolver controversias civiles. Mi opinión personal es que el tribunal, en estos casos sustancialmente idénticos, debe acabar encontrando un camino y aplicando siempre la misma solución. Una justificación para esa toma de postura se encuentra en que las periciales son instrumentos para facilitar al órgano jurisdiccional "máximas de la experiencia humana adquirida" y que el tribunal no puede permanecer impermeable al conocimiento que va adquiriendo cada vez que juzga un asunto. De manera que el conocimiento adquirido (siempre que constituya una máxima de la experiencia humana) lo puede utilizar para resolver casos similares.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Daños derivados del empleo de un producto sanitario defectuoso. La Administración sanitaria no debe responder de las lesiones causadas como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. La responsabilidad debe recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª)
de 6 de octubre de 2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

La representación procesal de D. Carlos Francisco interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación por responsabilidad patrimonial que presentó el 18 de enero de 2016 ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, por los perjuicios causados como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso (Ala Octa (r)) en el Hospital Universitario Río Hortega de Valladolid con ocasión de la operación quirúrgica (desprendimiento de retina en el ojo derecho) ala que fue sometido el 17 de diciembre de 2014.

SEGUNDO.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Valladolid (Sección Primera)

dictó sentencia (PROV 2021, 18904) con fecha 10 de noviembre de 2020, cuyo fallo literalmente establecía:

“[...] PRIMERO: Estimar el presente recurso contencioso-administrativo nº 866/2016 interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Francisco contra la desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad patrimonial, que se anula por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

SEGUNDO: Reconocer el derecho del actor a ser indemnizado en la cantidad de 50.000 euros, más el interés legal del dinero desde la notificación de la sentencia hasta su completo pago, por aplicación del artículo 106.2 de la Ley de la Jurisdicción.

TERCERO: Las costas se imponen a las partes demandada en los términos y con el límite establecido en el último Fundamento de Derecho.”

TERCERO.-

Contra la referida sentencia (PROV 2021, 18904) prepararon recurso de casación las representaciones procesales de la Comuni-

dad Autónoma de Castilla y León y de Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. y, en auto de 14 de enero de 2021 dictado por el Tribunal de instancia, se emplazó a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, así como la remisión de las actuaciones.

CUARTO.-

La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de fecha 20 de mayo de 2021 (PROV 2021, 172251) declaró que la cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar:

“[...] Sí la Administración sanitaria que realiza correcta y adecuadamente un acto sanitario debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso -previamente autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios- cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad o, si por el contrario, la responsabilidad debe recaer en el productor o, en su



caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios.”

Y, a tal efecto, dicho auto identificó como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación:

“[...] Artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1478, 2076), de Régimen Jurídico del Sector Público, 135 a 138 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 9, 10 y 11 Ley 29/2006, de 26 de julio (RCL 2006, 1483 y RCL 2008, 970), de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y 7 del Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre (RCL 2011, 1726), por el que se crea la Agencia Española de Medicamentos y productos sanitarios.”

QUINTO.-

La parte recurrente Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. formalizó la interposición del recurso de casación en escrito presentado el 31 de mayo de 2021, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó:

“[...] que tenga por presentado este escrito, junto con sus copias, y por formalizado en tiempo y forma escrito de INTERPOSICIÓN del RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sección Primera, Valladolid, de 10 de noviembre de 2020, nº 1150/2020 (PROV 2021, 18904) (procedimiento ordinario nº 866/2016); y, siguiéndose el procedimiento por sus cauces, se dicte sentencia en la que se acuerde casar la sentencia (PROV 2021, 18904) objeto de recurso, desestimar la demanda formulada en su día por don Carlos Francisco y, en su consecuencia, absolver a la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN- SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA Y LEÓN (SACYL) y a la aseguradora MAPFRE ESPAÑA Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”

Y en escrito presentado el 28 de junio, la Comunidad Autónoma de Castilla y León, también parte recurrente, solicitó:

“[...] tenga por presentado este escrito se sirva admitirlo, y tener por formulado, en tiem-

po y forma, el ESCRITO DE INTERPOSICIÓN del recurso de casación y dar al mismo el trámite legal hasta, en su día, dictar Sentencia que, con íntegra estimación del presente Recurso de Casación, case y anule las sentencia (PROV 2021, 18904) citada en el encabezamiento de este escrito, y en su lugar, resolviendo el debate planteado, desestime el recurso contencioso-administrativo.”

SEXTO.-

Por providencia de 30 de junio de 2021 se dio traslado a las partes comparecidas como recurridas, a fin de que pudieran oponerse al recurso, y en escrito presentado el 13 de septiembre siguiente, la representación de D. Carlos Francisco solicitó:

“[...] que tenga por presentado este escrito de oposición al recurso de casación y tras la pertinente tramitación se dicte por éste esta sentencia de acuerdo a la doctrina ya establecida por esta Sala en asuntos precedentes.”

SÉPTIMO.-

No habiendo evacuado el trámite conferido las recurridas WM Bloss, S.A. y Alamedics GMBH & CO. KG, se les tuvo por caducado el trámite de oposición y de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1998, 1741), considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

OCTAVO.-

Por providencia de fecha 6 de septiembre de 2022 se designó nuevo magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 4 de octubre de 2022, en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso.

Se impugna en este recurso la sentencia (PROV 2021, 18904) dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Valladolid (Sección Primera), de fecha 10 de noviembre de 2020, que estimó el recurso contencioso-administrativo nº 866/2016 inter-



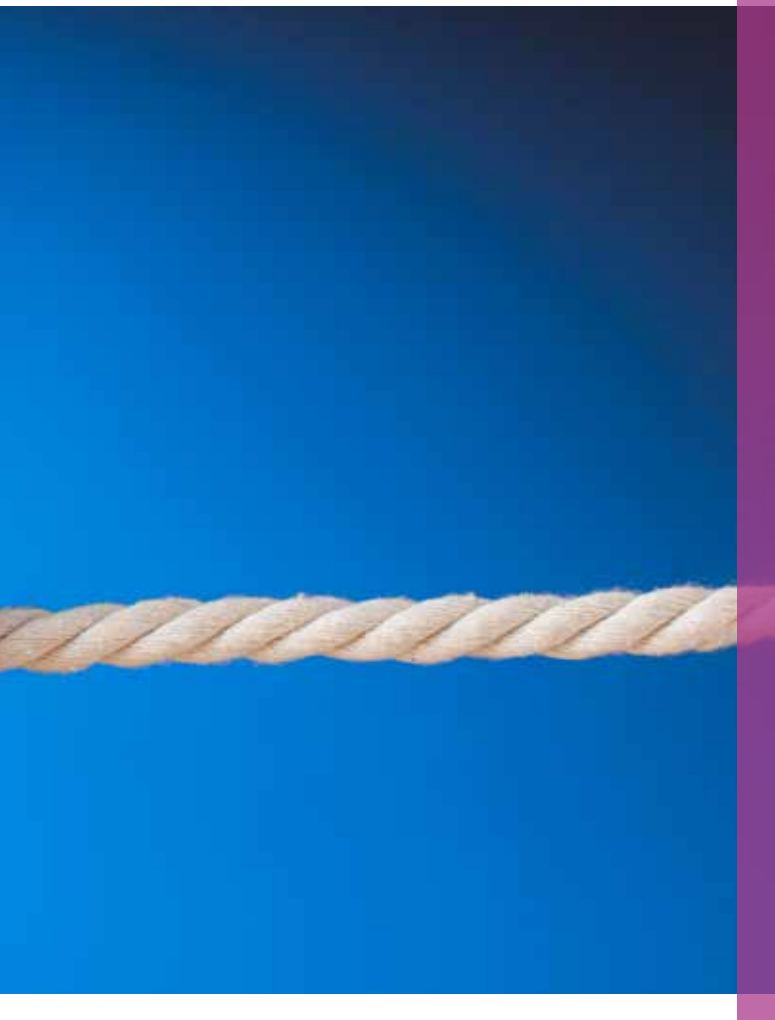
puesto por la representación procesal de D. Carlos Francisco contra la desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada el 18 de enero de 2016 ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, de indemnización por daños y perjuicios causados a aquél como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso (Ala Octa (r)), que le fue aplicado en el Hospital Universitario Río Hortega de Valladolid con ocasión de la operación quirúrgica (desprendimiento de retina en el ojo derecho) a la que fue sometido el 17 de diciembre de 2014.

La sentencia (PROV 2021, 18904) impugnada anuló la resolución impugnada y reconoció al actor el derecho a ser indemnizado en la cantidad de 50.000 euros, más el interés legal del dinero desde la notificación de la sentencia hasta su completo pago, por aplicación del artículo 106.2 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1998, 1741), con imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- La cuestión de interés casacional suscitada en este recurso.

Conforme a lo dispuesto en el auto de admisión (PROV 2021, 172251) dictado por la Sección Primera de esta Sala en fecha 20 de mayo de 2021 la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar:

“Si la Administración sanitaria que realiza correcta y adecuadamente un acto sanitario debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso -previamente autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios- cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad o, si por el contrario, la responsabilidad debe recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios.”



TERCERO.- El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.

Esta parte recurrente manifestó en dicho escrito -en síntesis- que, no existiendo ninguna peculiaridad en este caso, la pretensión casacional de este recurso es coincidente con la cuestión examinada y resuelta en las sentencias nº 1806/2020 (RJ 2020, 5615), nº 50/2021 (RJ 2021, 151) y nº 92/2021 (RJ 2021, 563) (antes citadas), sin perjuicio de lo cual, desarrolló en su escrito los siguientes motivos del recurso:

1) Infracción de norma y jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial de la administración: inexistencia de responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.

2) Inexistencia de antijuridicidad en el resultado. imposibilidad de prever o evitar los daños causados en la prestación sanitaria.

3) Infracción de norma y jurisprudencia en relación con la regulación de la responsabilidad civil por productos defectuosos.

Finalizó su escrito solicitando de esta Sala “se dicte sentencia en la que se acuerde casar la sentencia (PROV 2021, 18904) objeto de recurso, desestimar la demanda formulada en su día por don Carlos Francisco y, en su consecuencia, absolver a la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN - SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA Y LEÓN (SACYL) y a la aseguradora MAPFRE ESPAÑA Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”

CUARTO.- El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

La Comunidad Autónoma de Castilla y León sostuvo en su escrito de interposición -también en síntesis- la concurrencia de infracción de los artículos 135 a 138 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; así como de los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 29/2006, de 26 de julio (RCL 2006, 1483 y RCL 2008, 970), de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; y del artículo 7 del Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre (RCL 2011, 1726), por el que se crea la agencia española de medicamentos y productos sanitarios.

Pues bien, a estos efectos debe tenerse en cuenta que esta misma cuestión ha sido planteada y resuelta por esta Sala en sentido favorable a la tesis de las recurrentes en diversas sentencias, entre las que pueden citarse las siguientes:

STS nº. 1.806/2020, de 21 de diciembre (RJ 2020,5615) (RC 803/2019); STS nº. 50/2021, de 21 de enero (RJ 2021, 151) (RC 5608/2019 (RJ 2021,151); STS nº. 92/2021, de 28 de enero (RJ 2021, 563) (RC 5467/2019 (RJ 2021, 563); STS nº.824/2021, de 9 de junio (RJ 2021, 3188) (RC 2437/2020); y la más reciente STS nº. 232/2022, de 23 de febrero (RJ 2022, 1107) (RC 2560/2021).

Por esta razón, la Sección de Admisión estimó pertinente informar a las partes que, de cara a la tramitación ulterior del recurso, consideraría suficiente que en los escritos de interposición manifestasen si su pretensión casacional coincidía con la que fue resuelta en las sentencias referidas, o, si por el contrario, presentaba alguna peculiaridad.

Y, tras reiterar el contenido del auto de admisión (PROV 2021, 172251) y el razonamiento empleado por la Sala de instancia, invocó la STS nº. 1.806/2020 (RJ 2020, 5615) (antes mencionada), concluyendo su escrito del siguiente modo:

“La errónea interpretación de la normativa aplicable por del Juzgador de instancia ya ha sido corregida por la doctrina jurisprudencial fijada en la STS antes citada, en el sentido de que la Administración sanitaria -cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la lex artis- no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello.

La aplicación al presente caso de la doctrina jurisprudencial ya fijada conlleva la estimación del recurso de casación, con revocación de la Sentencia recurrida y subsiguiente desestimación del recurso contencioso-administrativo”.

QUINTO.- El escrito de oposición de la parte recurrida.

La parte recurrida se opuso a los recursos presentados, manifestando en su escrito que “

El recurso ha de ser resuelto conforme esta Sala ha expresado su criterio en procedimientos anteriores, por sus mismas alegaciones, y en lo que interesa a esta parte, dejando la posibilidad de interponer nueva reclamación en el plazo de un año frente a la Agencia Española del Medicamento, frente al fabricante, frente a su aseguradora y frente a la distribuidora en España del producto sanitario”, solicitando que, tras la pertinente tramitación, “se dicte por éste esta sentencia de acuerdo a la doctrina ya establecida por esta Sala en asuntos precedentes”, sin condena en costas a esa parte por la complejidad jurídica del asunto debatido.

SEXTO.- Doctrina jurisprudencial sobre la cuestión de interés casacional suscitada.

Como antes dijimos, esta Sala ya se ha pronunciado en sentencias anteriores acerca de la

misma cuestión de interés casacional planteada en este recurso, estableciendo la siguiente doctrina jurisprudencial: la Administración sanitaria -cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la lex artis- no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello.

Por tanto, planteándose ahora idéntica cuestión y, no apreciando que concurren razones que justifiquen que nos apartemos de esa doctrina, la reiteramos expresamente, asumiendo al respecto la fundamentación expresada por esta Sala en las sentencias antes mencionadas, que es conocida por las partes personadas en este recurso.

SÉPTIMO.- La aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado: conclusiones y costas.

En el presente caso, los hechos acaecidos, sobre los que no existe controversia, son los siguientes:

1) Las lesiones sufridas por D. Carlos Francisco se produjeron como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso (gas C3F8 PERFLUOROCTANO ALA OCTA) durante la intervención quirúrgica por desprendimiento de retina en el ojo derecho a la que se sometió en el Hospital Río Hortega de Valladolid el 17 de diciembre de 2014.

2) El fabricante del citado producto era alemán (Ala Medics), habiendo sido introducido aquél en el mercado español por el distribuidor español W.M. Bloss.

3) La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios emitió alerta sanitaria advirtiendo sobre el carácter defectuoso de dicho producto con fecha 26 de junio de 2015, con posterioridad a su utilización por parte del Servicio de Salud de Castilla y León durante la mencionada intervención quirúrgica.

4) El referido producto sanitario había obtenido el sello o marchamo CE, otorgado

por el Organismo Notificado BSI Group, por lo que, de acuerdo la normativa comunitaria, dicho producto sanitario podía circular libremente en la Unión Europea, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Directiva 93/42/CEE (LCEur 1993, 2128) sobre productos sanitarios.

Pues bien, partiendo de los hechos descritos, no albergamos duda alguna de que la aplicación de la referida doctrina jurisprudencial al caso ahora examinado determina la procedencia de estimar los recursos de casación ahora enjuiciados y de casar la sentencia (PROV 2021, 18904) de instancia, debiendo desestimarse el recurso contencioso administrativo formulado en su día por D. Carlos Francisco contra la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial, pudiendo éste reclamar los perjuicios sufridos como consecuencia de la utilización del producto sanitario defectuoso antes mencionado bien del fabricante, bien del distribuidor, bien de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, o de todos ellos, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia, como hemos establecido en las demás sentencias dictadas sobre esta misma cuestión.

Y, en cuanto a las costas, conforme a lo previsto en los artículos 93 y 139 LJCA (RCL 1998,1741), disponemos respecto de las de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y la mitad de las comunes; y, respecto de las de la instancia, no efectuamos imposición ala vista de la complejidad jurídica del caso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución (RCL 1978, 2836), esta Sala ha decidido :

PRIMERO.- Reiterar la doctrina jurisprudencial indicada en el Fundamento Sexto de esta sentencia.

SEGUNDO.- Declarar haber lugar y estimar los recursos de casación nº 1299/2021 interpuestos por las representaciones de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., contra la sentencia nº 1.150/2020, de 10 de noviembre (PROV 2021, 18904), dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid.



TERCERO.- Casar y anular la sentencia (PROV 2021, 18904) impugnada por no ser conforme a Derecho.

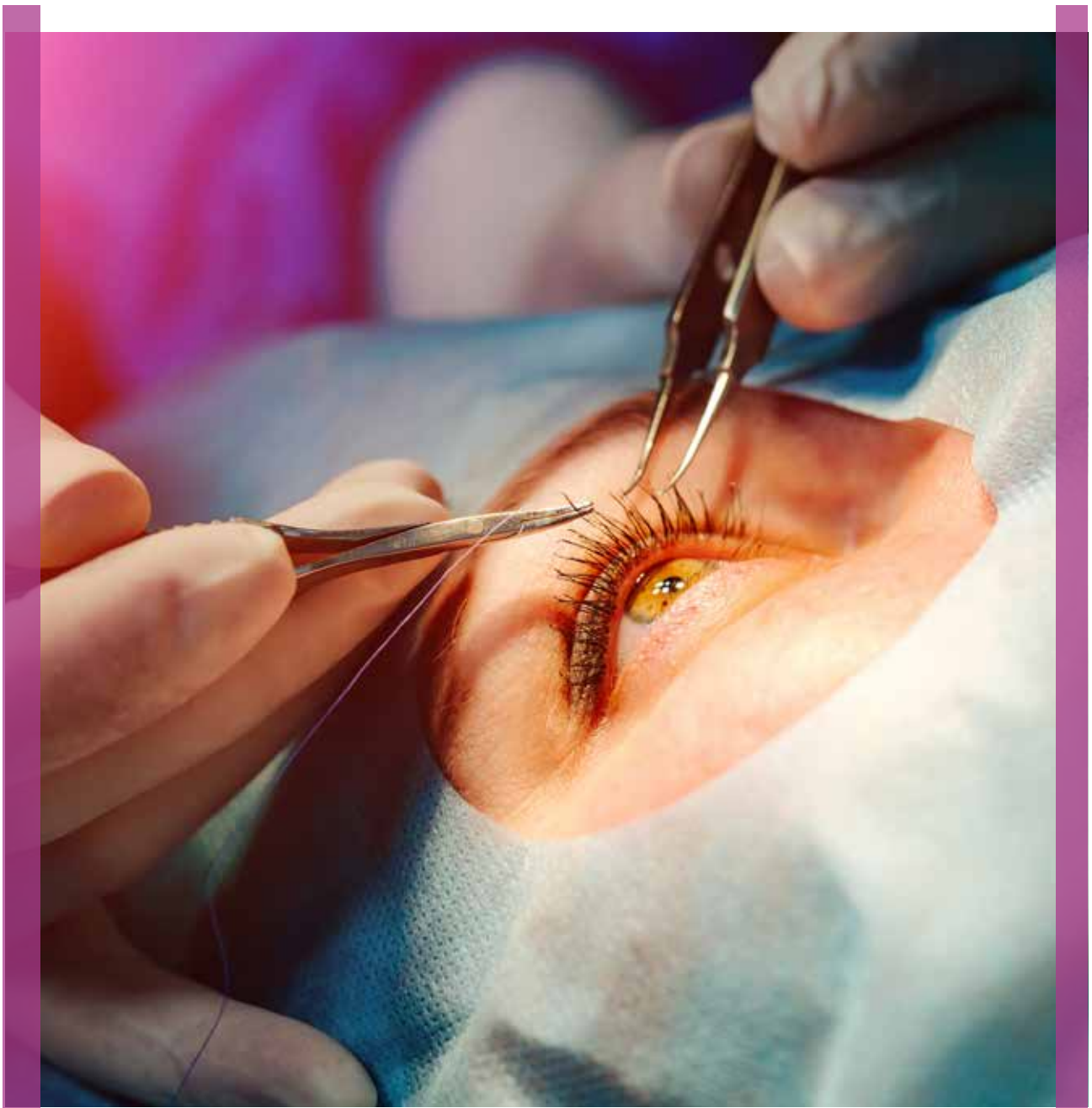
CUARTO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo nº 866/2016 formulado en su día por D. Carlos Francisco contra la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial, pudiendo éste reclamar los perjuicios sufridos como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso (Ala Octa (r)) durante la operación quirúrgica a la que fue sometido el 17 de diciembre de 2014, bien del fabricante, bien del distribuidor, bien de

la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, o de todos ellos, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia, como hemos establecido en las demás sentencias dictadas sobre esta misma cuestión.

QUINTO.- Imponer las costas en los términos establecidos en el último Fundamento de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.



Por **María del Carmen García Garnica**
Catedrática de Derecho Civil de la UGR

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL USO DE PRODUCTOS SANITARIOS DEFECTUOSOS, AL HILO DE UN NUEVO PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL CASO “ALA OCTA”

1. ANTECEDENTES

La sentencia de la Sala 3ª (sección 5ª) del Tribunal Supremo, núm. 1259/2022, de 6 de octubre (ponente Excmo. Sr. D. Fernando Román García), se pronuncia sobre la responsabilidad derivada de las lesiones sufridas por un paciente a causa del empleo de un producto sanitario defectuoso por la Administración sanitaria.

La singularidad del caso radica en la inexistencia de mala praxis, derivando los daños exclusivamente del uso del producto sanitario. Concretamente, un producto empleado en cirugía de retina para readherirla en su posición correcta, comercializado como “Ala Octa”, fabricado por la alemana ALA MEDICS GmbH y distribuido en España por W. M.

Su interés radica, además, en el hecho de que no se trata de un caso aislado. Han sido numerosos y repartidos por la geografía española los pacientes afectados por el citado producto sanitario, en el periodo de tiempo que medió entre su autorización y la posterior alerta de cese de utilización y retirada del mercado, sufriendo pérdidas irreversibles de visión.

Bloss, que en el momento de su empleo estaba autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante AEMPS), habiéndose alertado su toxicidad (la de algunos lotes -v. gr., con más detalle sobre los hechos, véase la STS 232/2022, de 23 de febrero-) con posterioridad a su uso, ordenándose el cese de su utilización, comercialización y retirada del mercado por la AEMPS con fecha de 26 de junio de 2015. Circunstancias éstas que llevaban a cuestionar si quién aplicó el producto, en este caso la Administración sanitaria, debía o no responder de los daños causados.

Su interés radica, además, en el hecho de que no se trata de un caso aislado. Han sido numerosos y repartidos por la geografía española los pacientes afectados por el citado producto sanitario, en el periodo de tiempo que medió entre su autorización y la posterior alerta de cese de utilización y retirada del mercado, sufriendo pérdidas irreversibles de visión.

En el caso resuelto por la sentencia comentada, el paciente formuló recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de su reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante la Consejería de Salud de la Junta de Castilla y León, por los perjuicios causados por el uso del citado producto sanitario en la intervención quirúrgica a la que fue sometido con fecha de 17 de diciembre de 2014.

El recurso fue estimado por Sentencia de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Valladolid, de fecha 10 de

noviembre de 2020, condenando a la Comunidad Autónoma de Castilla y León y a su aseguradora, Mapfre España, a indemnizar al actor con la cantidad de 50.000 euros, más el interés legal del dinero desde la notificación de la sentencia hasta su completo pago (art. 106.2 LJCA).

Frente a ese pronunciamiento, las dos condenadas formularon recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando la infracción de la doctrina jurisprudencial sentada en sus previos pronunciamientos absolutorios de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria con respecto a los daños producidos por el uso del mismo producto sanitario, antes de la alerta de su toxicidad y sin que se apreciara mala praxis en el caso concreto; invocando las SSTS núm. 1806/2020, de 21 de diciembre (RC 803/2019); núm. 50/2021, de 21 de enero (RC 5608/2019); núm. 92/2021, de 28 de enero (RC 5467/2019); núm. 824/2021, de 9 de junio (RC 2437/2020); y núm. 232/2022, de 23 de febrero (RC 2560/2021) (FJ 4º de la sentencia comentada).

2. RESPONSABLES DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL USO DE PRODUCTOS SANITARIOS DEFECTUOSOS, SIN QUE MEDIE MALA PRAXIS EN EL ACTO SANITARIO

Con estimación del recurso de casación formulado por la Administración sanitaria y su aseguradora, esta sentencia reitera la doctrina ya fijada por el Tribunal Supremo en las alegadas por las recurrentes, exonerándolas de responsabilidad por los daños sufridos por el actor (FJ 6º y apdo. 2º del fallo).

Se consolida, así, la doctrina del Tribunal Supremo por la que se exonera a la Administración sanitaria por los daños causados por productos defectuosos utilizados en actos sanitarios realizados conforme a la "lex artis"; en contra del criterio mantenido, en relación al mismo supuesto objeto de estos Autos, por buena parte de la jurisprudencia menor (a título ilustrativo, aparte de la aquí recurrida STSJ de Castilla y León núm. 1150/2020, de 10 de noviembre; cabe citar la STSJ de Murcia núm. 628/2019, de 20 de diciembre; las SSTSJ de Cantabria núm. 382/2018, de 28 de septiembre, núm. 115/2019, de 29 de marzo y núm. 39/2020, de 30 de enero; la STSJ País Vasco de 12 de noviembre de 2018); y por el propio Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos anteriores, en los que estimó la responsabilidad de quien empleó el producto sanitario defectuoso, asimilándolo al suministrador y salvado su derecho de repetir frente al fabricante (así la STS, 1ª, núm. 766/1999, de 24 de septiembre; la núm. 750/2010, de 15 de noviembre, comentada por Paniza, en la Revista



Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 2/2011; o la núm. 34/2020, de 21 de enero). Pronunciamientos que facilitaban la indemnidad del perjudicado, al permitirle accionar directamente frente a quien había empleado el producto sanitario defectuoso, por considerar que le era imputable “el riesgo” creado por su utilización y del que había resultado “un daño antijurídico que el interesado no está obligado a soportar”; sin imponerle accionar frente a otro u otros posibles responsables, de quienes no había demandado servicio alguno.

Esta sentencia se suma, así, a la línea jurisprudencial que actualmente mantiene la Sala 3ª del Tribunal Supremo, concibiendo la infracción de la “lex artis” como factor determinante de la responsabilidad de la administración sanitaria. De modo que, *“pese al carácter objetivo que se proclama de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la que nos ocupa, la responsabilidad sanitaria cuenta con un evidente componente subjetivo o culpabilístico, cuyo elemento de comprobación es el ya reiterado del ‘incumplimiento de la lex artis ad hoc’ ”*, rechazando también que pueda aplicarse a los *“actos médicos propiamente dichos”* la objetivación de la responsabilidad patrimonial prevista en la normativa de consumidores y usuarios (así lo dispone expresamente, con abundante cita de otras y en relación a los daños causados por el uso del mismo producto sanitario que la comentada, la STS, 3ª, secc. 5ª, núm. 232/2022, de 23 de febrero, FJ 2º).

La relevancia de esta sentencia radica en que, con ella, el TS consolida su rechazo a la posibilidad de accionar directamente ante la Administración sanitaria para reclamar y obtener la reparación de daños causados por productos sanitarios defectuosos, sin que haya mediado mala praxis en el propio acto médico.

El TS también rechaza que la imputación del daño pueda sostenerse en el hecho de que la Administración sanitaria haya creado el riesgo de que aquel se produjera; afirmando que, en realidad, el riesgo no deriva de la aplicación del producto defectuoso, previa y debidamente autorizado o, más concretamente, de su utilización “de conformidad con la lex artis”, “sino de la fabricación del mismo por su productor, así como de la falta de control por la Administración competente para ello”.

Y, en virtud de todo ello, concluye que el perjudicado puede reclamar los perjuicios sufridos como consecuencia del empleo del producto sanitario defectuoso “bien del fabricante, bien del distribuidor, bien de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, o de todos ellos, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia” (FJ 7º y apdo. 4º del fallo).

De hecho, ya han estimado las reclamaciones formuladas frente a la aseguradora de la farmacéutica alemana, con aplicación de los intereses del artículo 20 de la LCS, entre otras, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Totana, Murcia, de 11 de noviembre de 2022, o las SSAP Madrid núm. 136/2022, de 25 de marzo y núm. 145/2022, de 14 de marzo. Más improbable, pese a lo dispuesto en la sentencia, sería que prosperara una reclamación frente a la AEMPS, toda vez que es obligado permitir el acceso al mercado nacional de los productos sanitarios que -como era el caso- cuentan con el marchamo CE (así lo subraya, igualmente, el magistrado Evaristo González González, la *Revista española de Derecho Administrativo*, 200/2019).

3. RELEVANCIA PRÁCTICA DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La relevancia de esta sentencia radica en que, con ella, el TS consolida su rechazo a la posibilidad de accionar directamente ante la Administración sanitaria para reclamar y obtener la reparación de daños causados por productos sanitarios defectuosos, sin que haya mediado mala praxis en el propio acto médico.

Ello supone el abandono del criterio mantenido por la jurisprudencia menor, en relación a supuestos sustancialmente análogos de daños causados por el uso del mismo producto sanitario; sino también por el propio TS, en relación a daños causados por otros productos sanitarios defectuosos. Y, con ello, el consiguiente agravamiento de la posición de los perjudicados (así lo han advertido, v. gr., el dictamen nº 43/16 del Consejo Consultivo de La Rioja o la STSJ de Murcia de 20 de diciembre de 2019, y Vicente Lomas Hernández, en su comentario a la STS, sala 3, sec. 5ª, de 21 de diciembre de 2020, también sobre daños causados por el uso de Ala Octa, <https://elderecho.com/sts-ala-octa-lex-artis-y-responsabilidad-patrimonial-sanitaria-por-medicamento-defectuoso>).

Esta doctrina, presumiblemente, pretende contener y evitar una excesiva expansión de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, basándose para ello en una interpretación restrictiva de la normativa tuitiva de consumidores y usuarios, expresamente aplicable a “los servicios sanitarios” (art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007) y de la garantía que la responsabilidad patrimonial de la Administración supone para los administrados, con respecto a los daños derivados del funcionamiento (normal y anormal) de los servicios públicos, por mandato del artículo 106 de la Constitución, desarrollado por la legislación ordinaria.

No en vano, no se ha tardado en advertir que esta solución resultará extrapolable a otros supuestos análogos que puedan producirse; conduciendo al cuestionable resultado de tratar al paciente al que se le ha aplicado un producto defectuoso por la Administración sanitaria o un facultativo, como si hubiera sido él mismo quien lo hubiese adquirido para su uso particular. A título ilustrativo, en el contexto de la actual pandemia, esta doctrina pondría a la Administración sanitaria a cubierto de posibles reclamaciones en caso de eventuales lotes defectuosos de las vacunas frente a la COVID-19 (tal y como lo advierte Cueto Pérez, en la Revista de Administración Pública, 217, 2022, pp. 167 y ss.; subrayando, además, como al amparo de una normativa análoga, en Francia se mantiene el criterio, más tuitivo para los administrados, de permitir accionar directamente frente a la Administración sanitaria, salvado su derecho de repetir frente al fabricante del producto sanitario defectuoso, aun cuando no medie mala praxis de aquella).

En atención a ello, no sería aventurado plantearse la posible revisión de la actual exoneración jurisprudencial de responsabilidad por los daños causados por productos sanitarios defectuosos de quien los dispensó al paciente al amparo del derecho europeo, no sólo porque pueda suponer una interpretación excesivamente restrictiva de la normativa reguladora de la responsabilidad por productos defectuosos; sino también por posible vulneración del derecho de toda persona a la reparación de los daños causados por las instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que consagra el artículo 41.3 de la Carta de Derechos fundamentales europea como parte del derecho a una buena administración. De hecho, no está de más recordar que, recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Reino de España por incumplimiento del Convenio de Derechos Humanos, por no respetar la normativa sobre consentimiento informado (STE-DH de 8 de marzo de 2022), corrigiendo el relajamiento de este deber que se observaba en la más reciente jurisprudencia del TS.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

No se impondrán los intereses del artículo 20 de la LCS, cuando en la demanda se solicite expresamente un tipo de interés legal menos gravoso

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 21 de noviembre de 2022

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. Francisco Javier Manjarín Albert, en nombre y representación de Laboratorios Cosméticos Lamarvi, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Tokio Marine Insurance Limited, Sucursal en España, en la que solicitaba se dictara sentencia:

“[...] declarando a la demandada responsable frente a mi principal y condenando a Tokio Marine Insurance Limited, Sucursal en España al pago de la cantidad de 178.547,34 dólares USA o su equivalente en euros en el día de pago, con un límite de 150.000 euros, con más sus intereses legales, todo ello con imposición de costas a la demandada por imperativo legal”.

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid y se registró con el n.º 621/2016. Una vez fue admitida a trá-

mite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^ª Inma Lasala Buxeres, en representación de Tokio Marine Insurance Limited, Sucursal en España, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

“[...] dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo a mi representada de los pedimentos de la parte demandante, con expresa imposición de costas a ésta última, por todas las razones expuestas en este escrito”.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona dictó sentencia de fecha 5 de julio de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

“DESESTIMO la demanda interpuesta por Laboratorios Cosméticos Lamarvi, S.A.U. contra Tokio Marine Insurance Limited, Sucursal en España y, en consecuencia, absuelvo a la de-

mandada de todas las pretensiones contra ella ejercitadas, sin condena en costas”.

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Laboratorios Cosméticos Lamarvi, S.A., e impugnada por Tokio Marine Insurance Limited, Sucursal en España.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 1238/2017. y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de septiembre de 2018 (PROV 2018, 273780), cuya parte dispositiva dispone:

“FALLAMOS:

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Laboratorios Cosméticos Lamarvi, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercan-



til núm. 9 de Barcelona de fecha 5 de julio de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca en su totalidad, condenando a Tokio Marine Europe Insurance Limited Sucursal en España a pagar a la actora la suma de 178.547'34 \$ (con el límite de 150.000 €, por ser el contravalor máximo fijado en la póliza), intereses legales y costas en primera, que se imponen a la actora. Respecto del recurso, no hay costas en segunda instancia.

Se desestima la impugnación a la sentencia efectuada por Tokio Marine Insurance Lmtd. Sucursal en España. No hay imposición de costas de la impugnación a la parte impugnante”.

Con fecha 6 de noviembre de 2018 se dictó auto de aclaración (PROV 2022, 243783) de la referida sentencia (PROV 2018, 273780) con la siguiente parte dispositiva:

“Debe estimarse la aclaración solicitada por Lamarvi, indicando que los intereses legales son

los referidos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) .

No ha lugar al complemento o aclaración solicitada por Tokio Insurance”.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.^a Inma Lasala Buxeres, en representación de Tokio Marine Insurance Limited, Sucursal en España, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

“Primer motivo.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.1, apartado 2º de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)) en relación con el artículo 218 de la LEC.

Segundo motivo.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.1, apartado 2º de la LEC) en relación con el artículo 218 de la LEC.

Tercer motivo.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.1, apartado 2º de la LEC) en relación con los artículos 218.1 y 465.5 de la LEC.”.

Los motivos del recurso de casación fueron:

“Primer motivo de casación.

El presente motivo se interpone al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso con vulneración de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) y el artículo 456 de la Ley de Navegación Marítima (RCL 2014, 1045) en relación con el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial dictada sobre la materia.

Segundo motivo de casación.

El presente motivo se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso con vulneración de lo dispuesto en la Cláusula 4.1 de las ICC “A” incluidas en la póliza



(Documento 6 de la demanda), el artículo 52 de la Ley de Contrato de Seguro y la Doctrina jurisprudencial dictada sobre la materia.

Tercer motivo de casación.

El presente motivo se interpone al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso por vulneración del artículo 437 de la Ley de Navegación Marítima en relación con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Contrato de Seguro y la doctrina jurisprudencial dictada sobre la materia”.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4338) , cuya parte dispositiva es como sigue:

“1º) Admitir el motivo tercero del recurso de casación y el motivo tercero del recurso extraordinarios por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de procesal de Tokio Marine Kiln Insurance Ltd., sucursal en España, contra la sentencia n.º 641//2018, de 28 de septiembre (PROV 2018, 273780) , dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, y su auto de aclaración de 6 de noviembre de 2018 (PROV 2022, 243783) , en el rollo de apelación n.º 1238/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 621/2016, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona.

2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno”.

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 30 de septiembre de 2022 se nombró ponente al que lo es en este

trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de noviembre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

1.- El presente proceso versa sobre la acción de reclamación de cantidad, que es ejercitada por la entidad actora Laboratorio Cosméticos Lamarvi, S.A., contra la mercantil Tokio Marine Europe Insurance Limited, Sucursal España. La pretensión ejercitada se fundamentó en el contrato de seguro de transporte concertado entre las partes litigantes, que cubría los siniestros comprendidos entre el 1 de marzo hasta el 31 de diciembre de 2014, periodo de tiempo que fue prorrogado a su vencimiento por un año adicional. Se estableció un límite de daños objeto de cobertura hasta 150.000 euros.

2.- El 21 de diciembre de 2014, la actora vendió a su delegación mexicana VMV Cosmetic Group S.A. de C.V., con domicilio en México D.F., productos de peluquería valorados en 139.205,45 euros.

En fecha 23 de diciembre de 2014, la mercancía llegó vía marítima hasta el puerto de Veracruz, en donde fue cargada en un camión del transportista terrestre Trafiter S.A. de CV. El contenedor, en el que se transportó la mercancía, fue depositado en un almacén de Terraports, ubicado en la autopista de Veracruz.

El 3 de enero de 2015, fue trasladado al almacén de Sotavento, lugar del que fue sustraído por personas desconocidas.

3.- La actora presentó demanda, en la que postuló la condena de la aseguradora a abonarle la cantidad de 178.547,34 dólares o su equivalente en euros, en el día de pago, con el límite de 150.000 euros, más sus intereses legales y costas.

La referida demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, que la tramitó como juicio ordinario 621/2016. Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia 178/2017, de 5 de julio, que desestimó la demanda.

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por la actora recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sen-

tencia 641/2018, de 28 de septiembre (PROV 2018, 273780), revocatoria de la pronunciada por el Juzgado, con estimación de la demanda y correlativa condena a Tokio Marine Limited a abonar a Lamarvi, S.L., la suma reclamada, con los intereses legales y costas, todo ello sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las devengadas en segunda instancia. Igualmente, desestimó la impugnación de la demandada.

5.- Ambas partes presentaron complemento o aclaración de la sentencia (PROV 2018, 273780). Por auto de 6 de noviembre de 2018 (PROV 2022, 243783), el tribunal provincial desestimó la solicitada por la entidad demandada, y, con estimación de la aclaración formulada por la actora, dispuso que los intereses legales, objeto de condena, son los referidos en el art. 20 de la LCS (RCL 1980, 2295). A tal efecto se razonó:

“Respecto del complemento solicitado por Lamarvi, debe indicarse que los intereses legales a los que hace mención la sentencia son los de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) (art. 20) sin que ello suponga un cambio en el objeto del recurso ya que en la interpretación de la pretensión de la actora no debe remitirse a los intereses de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), del CC (LEG 1889, 27) o del CCo (LEG 1885, 21), sino a los que legalmente correspondan, por lo que es pertinente la aclaración”.

6.- Contra dicha sentencia (PROV 2018, 273780) interpuso la sociedad demandada recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. Por auto de esta Sala, de 29 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4338), únicamente se admitió el motivo tercero de ambos recursos extraordinarios, con lo que quedó delimitado, de esta forma, el objeto del proceso sometido al conocimiento del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal

Para resolver el único motivo de este recurso lo haremos sistematizándolo en los apartados siguientes:

2.1 Motivo y desarrollo del recurso

Se interpuso por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1, apartado 2.º de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), en relación con los artículos 218.1 y 465.5 de la LEC.

En su desarrollo, se sostiene que la sentencia (PROV 2018, 273780) es incongruente en tanto en cuanto en la demanda se postularon los intereses legales de los arts. 1100 , 1101 y 1108 del CC (LEG 1889, 27), así como art. 576 LEC, mientras que la sentencia (PROV 2018, 273780) , al admitir la aclaración de la parte actora, condenó a los establecidos en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS (RCL 1980, 2295)), con lo que se vulneró, además, lo dispuesto en el art. 214 de la LEC, con merma del derecho de contradicción de la parte demandada, que se vio imposibilitada para sostener que, por aplicación del art. 55, párrafo segundo de la LCS, en relación con los arts. 437.2 y 453 de la Ley 14/2014, de 24 de julio (RCL 2014, 1045), de Navegación Marítima, los intereses aplicables nunca pueden ser los del art. 20 de la LCS, sino el interés legal, fijado en los presupuestos del Estado, solicitado en demanda al amparo de los precitados arts. 1100 , 1101 y 1108 CC.

2.2 Sobre las exigencias del principio de congruencia

Como hemos declarado, en múltiples ocasiones, la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 548/2020, de 22 de octubre (RJ 2020, 3795); 87/2021, de 17 de febrero (RJ 2021, 812); 562/2021, de 26 de julio (RJ 2021, 3657); 611/2021, de 20 de septiembre (RJ 2021, 4436); 751/2021, de 2 de noviembre (RJ 2021, 4941); 202/2022, de 14 de marzo (RJ 2022, 1171); 364/2022, de 4 de mayo (RJ 2022, 4090) y 509/2022, de 28 de junio (RJ 2022, 3056), entre otras muchas).

En consecuencia, una sentencia es incongruente cuando concede más de lo pedido por las partes (ultra petita); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por los litigantes (extra petita); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas (citra petita), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (infra petitem), lo que no constituye infracción de incongruencia salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte (sentencias 604/2019, de 12 de noviembre (RJ 2019, 4646) ; 31/2020, de 21 de enero (RJ 2020, 67); 267/2020, de 9 de junio (RJ 2020, 2037); 526/2020, de 14 de octubre (RJ 2020, 3783); 37/2021, de 1 de febrero (RJ 2021, 376); 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo (RJ 2022, 1171); 364/2022, de 4 de



mayo (RJ 2022, 4090), y 509/2022, de 28 de junio (RJ 2022, 3056), entre otras muchas).

Esta obligada correlación entre las pretensiones deducidas por los litigantes, basadas en el *petitum* y la *causa petendi*, y lo resuelto en las sentencias judiciales, adquiere relevancia constitucional, toda vez que resultaría lesionado el principio de contradicción protegido por el art. 24 CE (RCL 1978, 2836), “[...] si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses [...]” (por todas, sentencias 69/2020, de 3 de febrero (RJ 2020, 300); 207/2022, de 15 de marzo (RJ 2022, 1421), y 509/2022, de 28 de junio (RJ 2022, 3056)).

En particular, sobre la incongruencia extra *petitum* (fuera de lo pedido) ha declarado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 41/2007, de 26 de febrero (RTC 2007, 41), que:

“[...] no existirá la incongruencia extra *petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero (RTC 1998,

9), FJ 2; 15/1999, de 22 de febrero (RTC 1999, 15), FJ 2; 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134), FJ 9; 172/2001, de 19 de julio (RTC 2001, 172), FJ 2; 130/2004, de 19 de julio (RTC 2004, 130), FJ 3)” (STC 250/2004, de 20 de diciembre (RTC 2004, 250), FJ 3”).

En este sentido, declaramos en la sentencia 377/2014, de 14 de julio (RJ 2014, 4776), cuya doctrina reproducen las más recientes 589/2022, de 27 de julio (RJ 2022, 3852); 605/2022, de 16 de septiembre (RJ 2022, 4382), y 715/2022, de 26 de octubre (RJ 2022, 4525), que:

“La sentencia de esta Sala núm. 1184/2007, de 6 noviembre (RJ 2007, 9105), con cita de la de 14 de julio de 1994 (sic) (RJ 1997, 5467), reitera la doctrina según la cual “la congruencia impone la necesidad de ajustarse a las pretensiones de las partes en cuanto acotan el objeto del proceso, pero dentro del mismo la respuesta judicial se mueve con flexibilidad siempre que se produzca conforme a esos límites (sin otorgar más de lo pedido -pero sí menos- y sin conceder algo no pedido o fuera del contenido de la pretensión)”.

2.3 Las circunstancias concurrentes y estimación del recurso interpuesto

Es evidente que los intereses del art. 20 de la LCS son distintos a los establecidos en los

arts. 1100, 1101 y 1108 del CC. Los primeros, ascienden a un “interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; que se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial; no obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100”. Además, se devengan desde el momento en que se produjo el siniestro.

Los intereses de los arts. 1100, 1101 y 1108 del CC, se devengan a partir de la reclamación judicial o extrajudicial, y son los fijados anualmente en los presupuestos generales del Estado, manifiestamente inferiores a los del art. 20 de la LCS.

Los intereses de demora procesal son los previstos en el art. 576 LEC. Se devengan, desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida, y ascienden a un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

En el caso presente, la demandante no se limitó a solicitar unos genéricos intereses legales sino los específicos de los arts. 1100, 1101, 1108 CC y 576 LEC, y, de esta manera, en su fundamentación jurídica, fijó los límites del debate sobre la indemnización por mora que no pueden ser alterados, ulteriormente, mediante un escrito de aclaración de sentencia (art. 412.1 LEC), en el que sustituyó los intereses postulados por los establecidos en el art. 20 de la LCS, precepto que no se invoca, en momento alguno, en la demanda.

El auto (PROV 2022, 243783) del tribunal provincial de aclaración de la sentencia (PROV 2018, 273780) dictada en apelación afectó, peyorativamente, al derecho de defensa de la parte demandada, que se vio imposibilitada para contradecir los intereses de demora aplicables durante la sustanciación de ambas instancias, y sostener que, al ser el contrato de seguro marítimo el principal y el de transporte terrestre secundario, por aplicación del régimen específico establecido por la Ley de Navegación Marítima, los intereses aplicables son los legales y no los del art. 20 de la LCS, todo ello por el juego normativo de los arts. 437.2 y 453 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en relación con el art. 55 II LCS.

Por otra parte, como hemos señalado en el auto de 18 de octubre de 2022 (PROV 2022,

340109), en recurso 4089/2019, en relación a los arts. 214 y 215 LEC, que

“Esta sala ha reiterado, en interpretación de dichos preceptos y del principio de invariabilidad de las sentencias, que la jurisprudencia constitucional declara que se integra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, que no es posible sobrepasar el objeto específico de estas excepcionales vías de aclaración, rectificación o complemento, y que resulta improcedente todo intento de combatir por estos cauces los razonamientos de una resolución firme, con los que se discrepa (ATS de 11 de febrero de 2013 (PROV 2013, 99448), rec. 691/2010; 22 de abril de 2014 (PROV 2014, 212622), rec. 396/2012 y 11 de diciembre de 2014 (PROV 2015, 23223), rec. 94/2013). De esta forma, estos remedios procesales no pueden utilizarse para fines ajenos a los expresamente previstos en la Ley, ni para replantear la cuestión controvertida al margen de los cauces específicos que otorga el procedimiento (ATS 4 de noviembre de 2014 (PROV 2015, 18167), rec. 2137/2013) y la solicitud de aclaración no puede ser un mecanismo para proclamar la discrepancia y disconformidad con lo resuelto en la resolución cuya aclaración se solicita (por todos ATS de 15 de octubre de 2014 (PROV 2014, 265197), rec. 2296/2012)”.

Por todo lo cual, procede estimar el recurso interpuesto y señalar que el interés legal aplicable es el legal de los arts. 1100, 1101 y 1108 CC, así como el previsto en el art. 576 LEC, postulado en la demanda, en atención al deber de congruencia, que impide dar cosa distinta a la solicitada y superior a la pedida en demanda, todo ello en aplicación de lo establecido en la Disposición Final 16. 1 regla 7.^a de la LEC.

TERCERO.- Recurso de casación

La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la declaración de incongruencia de la sentencia (PROV 2018, 273780) dictada por la Audiencia, conlleva a que no tenga sentido entrar a analizar el recurso de casación interpuesto, por pérdida de interés jurídico en su resolución, en el que se defiende que el interés aplicable es el legal ordinario y no el del art. 20 de la LCS (RCL 1980, 2295), mediante la invocación de las normas de derecho material o sustantivo que se consideran aplicables al caso.

CUARTO.- Costas y depósito

La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que no proceda entrar al examen del recurso de casación inter-

puesto, y determina no se haga especial condena en costas con respecto a ambos recursos extraordinarios (art. 398 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), así como que proceda la devolución de los depósitos constituidos para recurrir conforme al apartado 8 de la disposición adicional 15 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución (RCL 1978, 2836), esta sala ha decidido:

1º.- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia 641/2018, de 28 de septiembre (PROV 2018, 273780), de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación 1238/2017, todo ello sin imposición de costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2º.- Anular la precitada sentencia (PROV 2018, 273780), en el único sentido de que los intereses de demora aplicables son los legales del dinero fijados en el CC (LEG 1889, 27) y LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), ratificando el resto de los pronunciamientos de la sentencia (PROV 2018, 273780) recurrida.

3º.- No procede hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales correspondientes al recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.



Por **Mariano Medina Crespo**

Abogado

Doctor en Derecho

UN RECARGO QUE NO SE IMPUSO, QUE SE TUVO POR IMPUESTO Y QUE TERMINÓ POR SUPRIMIRSE

La sentencia que comento invita a una reflexión de cierta entereza sobre algunos aspectos de la controvertida y suave figura del recargo de intereses previsto en el art. 20 LCS. Anticipo mi conformidad con la decisión casacional de suprimir esos intereses que la AP, excitada de modo tardío por la demandante, había impuesto a través de una supuesta aclaración de la sentencia que había dictado previamente, aunque debe matizarse el fundamento de tal solución y puntualizarse, antes, su concreta base fáctica.

La actora había reclamado el cumplimiento de la cobertura de un seguro de transporte combinable (marítimo y terrestre) frente a la estimación de su aseguradora de que el siniestro quedaba al margen de su amparo, consistiendo el nefasto hecho en el robo del contenedor de la mercancía enviada desde España a Méjico, cuando, tras su arribo al puerto de Veracruz, se trasladó a un almacén y, después, a otro que la actora reputaba ser de tránsito, en espera de poderlo transportar a su destino en la capital del país, y del que se sustrajo con violencia. En su demanda, pretendió el importe de la mercancía arrebatada, más “los intereses legales”, sin especificación alguna en su suplico, aunque su consistencia quedaba concretada en la parte de su fundamentación.

El Juzgado desestimó la demanda por considerar que el seguro no socorría el siniestro referido; y, apelada la sentencia por la actora, la AP la revocó, estimando totalmente la demanda, con condena de la demandada a abonar a la demandante el principal reclamado, con “los intereses legales”, tal como se había suplicado.

El Juzgado desestimó la demanda por considerar que el seguro no socorría el siniestro referido; y, apelada la sentencia por la actora, la AP la revocó, estimando totalmente la demanda, con condena de la demandada a abonar a la demandante el principal reclamado, con “los intereses legales”, tal como se había suplicado.

La demandante promovió la aclaración de la sentencia apelatoria y aducía que, siendo tan legales los intereses ordinarios del art. 1108 CC como los especiales del recargo del art. 20 LCS, solicitaba la identificación de los reconocidos. Accediendo a tal pedimento, la AP aclaró que eran los del segundo precepto, sosteniendo que eran los originariamente interesados por la actora. La petición aclaratoria suponía que la demandante consideraba insatisfactorio que el fallo de la sentencia apelatoria se hubiera atendido literalmente a la fórmula genérica que ella había utilizado en su súplica, constituyendo una especie de reproche carente de un merecido auto-reproche previo que era elemental.

Tras esa aclaración, la aseguradora interpuso sendos recursos extraordinarios, el procesal y el sustantivo de casación, constandingo cada uno de tres motivos, de los que solo se admitieron uno del primero y otro del segundo. El admitido por infracción procesal denun-

COMENTARIO

ciaba que la sentencia recurrida, tras el auto aclaratorio, había incurrido en incongruencia *extra petitum* porque la actora solo había pedido la imposición de los intereses moratorios ordinarios y porque, por tanto, vulnerándose la contradicción procesal, la demandada había quedado privada de la posibilidad de oponerse a ese imprevisible recargo que se reconoció por la vía del remedio aclaratorio.

El TS asumió que, efectivamente, la demanda contenía una solicitud de intereses que identificaba con los del art. 1108, pues era a los que se había referido en su fundamentación, pero que, al solicitar la aclaración del fallo de la sentencia de segunda instancia, reclamó los del art. 20 LCS; y declara que el ruego de esa concreción, que no se hallaba en esa resolución, viabilizó que la AP sustituyera los intereses originariamente reclamados por los de la LCS, con lo que, al atenderlo, efectuó una modificación que le estaba vedada, sobrepasando los estrictos límites de una aclaración del fallo de una sentencia. Por ello, El TS estima el recurso, sin tener que entrar ya a conocer del motivo admitido del de casación; y, casando la sentencia recurrida, la anula en el extremo atinente a los intereses moratorios especiales, suprimiéndolos (pronunciamiento rescindente) y reemplazándolos por los ordinarios (pronunciamiento rescisorio).

Es curioso que, al diferenciar los intereses moratorios sustantivos ordinarios, los especiales del recargo y los procesales, el TS resalte que los primeros se devenguen desde la intimación extrajudicial o, en su defecto, desde la judicial, como si no fuera pertinente otro.



La sentencia recurrida, antes del auto aclaratorio, no había concretado el comienzo del devengo de los intereses legales que reconocía, como tampoco lo había hecho la demanda, al menos en su súplica; y el TS, al recuperar la instancia y efectuar, como Tribunal de Apelación, su pronunciamiento rescisorio (el propio de las antiguas “segundas sentencias”, que se mantienen para la casación penal), dispone que los intereses debidos son los moratorios ordinarios, pero tampoco fija la fecha inicial de su devengo, pese a que pudo y debió haberla concretado, con lo que su *decisum* carece de remate, dejando la cuestión deferida a su discusión en los trámites de la ejecutoria, acudiendo en este punto a la fórmula defectiva que habían plasmado, en primer lugar, la demandante y, después, la AP.

Pero la clave del asunto enjuiciado se ancla en la siguiente pregunta: ¿Puede el juez condenar al pago del recargo aunque el demandante no lo haya instado, es decir, puede imponerlo de oficio? La respuesta es afirmativa porque el art. 20 LCS prevé, de modo explícito, que sus intereses pueden cargarse *ex officio*. Pero, sentado que el recargo no está sujeto al principio rogatorio, la pregunta no se desvanece del todo porque surge la siguiente: ¿Puede imponerse de oficio al resolverse un recurso de apelación que revoque una sentencia que había desestimado la demanda, pero que podía haberlo reconocido en el caso de haberla acogido, pese a no haberlo pedido la parte actora? ¿Puede el escrito del

Al dictar el auto aclaratorio, la AP hizo trampa en el cierre de su solitario juzgador porque, objetivamente, los intereses impuestos *ex incuria*, *ex fatigatione* o *sine conscientia*, eran los ordinarios, pues, siendo incontestable que no se había pedido el recargo penitencial, si lo hubiera querido imponer, por considerar que debía imponerlo, tendría que haberlo justificado razonando que la demandada era merecedora de él

recurso de apelación de la parte actora pedir *in iure* su imposición, sin haberlo pedido en la demanda? Y, descendiendo al concreto supuesto de autos: ¿Qué pasó, en verdad, en el presente caso? ¿Cuáles son sus intrínquilis? ¿Cuál es su busilis?

Para brindar sus adecuadas respuestas y moverme por terreno más seguro, he acudido a la lectura de la SAP (José-María Fernández Seijo) y a la de su auto aclaratorio, aunque, naturalmente, no he accedido al escrito de demanda, ni al del recurso de apelación, ni al de la petición aclaratoria; y puntualizo que la oficialidad legal del recargo implica que, a pesar de que no se le pida, el juez tiene el deber de imponerlo, pero no de modo mecánico, sino solo y siempre que medie el fundamental requisito que habilita el ejercicio de esa singular *potestas*, contraído al aprecio persuasivo de la culpa de la aseguradora en la falta de atención de su comprometida cobertura, quedando impedida su atribución si obra una causa justificativa del impago. Esto significa que la aseguradora sabe (debe saber) que, aunque el demandante no pida el recargo, el juez debe, en su caso, establecerlo, por lo que siempre recae en ella la carga defensiva de razonar la improcedencia de su imposición, de modo que, de modo consecuente, le compete articular su oposición a que se le grave con él, aunque su adversario no lo haya requerido, pues su adición de oficio, en virtud de su explícita previsión legal, no produce indefensión que desactive el principio contradictorio.

COMENTARIO

En el caso de autos, cuando se impusieron los intereses legales, la SAP carecía de la más mínima referencia apreciativa de esa culpabilidad y no aludió para nada a los intereses en sus fundamentos, apareciendo en su fallo después de haber resuelto que estimaba totalmente la demanda; y, ante la escueta imposición de los intereses legales, con ausencia de cualquier expresión especificadora, la demandante solicitó la aclaración del fallo, pese a que tal ausencia le pertenecía previamente.

El TS dice que la demandante sustituyó la petición de los intereses moratorios ordinarios, únicos impetrados en la demanda, y la mutó a través del remedio de la aclaración, con el propósito de que se le reconocieran los especiales constitutivos del recargo. A su vez, el auto aclaratorio de la AP dice en que la demandante había solicitado que se solventara si los intereses legales reconocidos eran los ordinarios o los especiales y asevera que, ante la expresión genérica de su pedimento, le correspondía a ella desentrañar el sentido de la pretensión accesoria deducida, entendiendo que la actora había pedido los intereses legales que fueran pertinentes; y sostiene entonces que éstos eran los especiales, con la puntualización de que esta aclaración no alteraba el objeto del recurso acogido (*excusatio non petita, fit accusatio manifesta*). Por tanto, el auto aclaratorio no dice lo que el TS dice que dice, aunque se parezca.



El problema es que la AP aclaró lo que dice que quería decir la sentencia, pero no demostró que fuera lo que había querido decir; y hay que entender, bajo una objetiva perspectiva, que no lo era, según se induce de no haber dicho nada sobre los intereses en su fundamento; y, naturalmente, si quería imponer de oficio el recargo (cosa que ella niega con la expresión de su nuda volición) o a petición de parte (cosa que ella afirma, sin ser del todo cierto), tendría que haberse referido de modo específico a la conducta culpable de negar que el siniestro de autos encajara en la cobertura contratada.

Pero insisto en que no se ajusta a la realidad del debate la afirmación de que la actora había formulado una petición genérica de intereses, puesto que los fundaba en el art. 1108 CC, sin que fuera plausible efectuar una interpretación aislada de su desnuda mención en el suplico del libelo, debiendo hacerlo en conexión con los inequívocos términos de su fundamentación, pues vale, con su eficacia traslaticia, que *incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel responderé*, es decir, que es injusto juzgar o dictaminar con la vista puesta en una pequeña parte de la ley, si no se examina en su totalidad (Publio-Juvencio Celso, Libro 9 de su *Digesto, Digesto/Pandectas*, Libro 1, Título 3, ley 24), aunque, llevada esta frase al presente legal, considerado el contrato como *lex privata* y la sentencia como *lex concreta*, basta con acudir al art. 3 del CC.

Al dictar el auto aclaratorio, la AP hizo trampa en el cierre de su solitario juzgador porque, objetivamente, los intereses impuestos *ex incuria, ex fatigatione* o *sine conscientia*, eran los ordinarios, pues, siendo incontestable que no se había pedido el recargo penitencial, si lo hubiera querido imponer, por considerar que debía imponerlo, tendría que haberlo justificado razonando que la demandada era merecedora de él; y es que no cabe imponer una pena infundada, con independencia de que sea criminal o estrictamente civil. Téngase en cuenta que el recargo constituye, fundamentalmente, una pena civil que se impone con un tipo que, de corresponder a unos intereses estrictamente retributivos, serían usurarios. Ante la relevancia económico-social de la institución fundamental del seguro y ante la frecuencia detectada de su incumplimiento por parte de las entidades aseguradoras que hacen virtud del vicio de rechazar el socorro de los siniestros amparados, la finalidad del recargo es la preventivo-punitiva de reprimir los incumplimientos culpables, constituyendo una verdadera pena civil de la que el acreedor insatisfecho se convierte en beneficiario. Tan importante es la función económico-social del seguro, que, desde la reforma de 1995, al tiempo que se suavizaba el importe del recargo con un más que dudoso acierto, se estableció que, en su caso, tenía que imponerse de oficio. Por cierto: visto el casi sinfín de las defensas esgrimidas por la demandada en pro de que se desestimara la demanda, debe concluirse que había atesorado méritos para que se le impusieran los intereses de esa medida represiva.

Por todo ello, el auto aclaratorio, con su extralimitación (dado que el remedio de la aclaración carece de aptitud innovadora), determinó que la sentencia apelatoria cayera en el vicio de la incongruencia *extra petita*, porque, sin mediar pedimento en la segunda instancia, el recargo se terminó por reconocer después de no haberse reconocido en el fallo originario de la sentencia recaída. La incongruencia fue particularmente írrita, pues la AP lo introdujo cuando no podía modificar su fallo *in iure*, adoptando una nueva decisión contraria a la plasmación de la adoptada e incurriendo así en una incongruencia *extra iudicatum* que, como modalidad singular de la incongruencia *extra petita*, es de mayor calado que una normal o sólita, al modificarse *contra ius* la *res iudicata*, sin poderlo hacer formalmente en un auto aclaratorio y sin que, materialmente, pudiera haberlo hecho antes en el texto primitivo de la sentencia.

Tenía razón la demandada porque la SAP había cometido la inconsecuencia de imponer de modo intempestivo unos intereses especiales que, definitivamente, había dejado de imponer. Su incongruencia no consistía en haber impuesto unos intereses deja-

COMENTARIO

dos de pedir *ad tempus* (tesis de la recurrente y del TS), ni en que se hubieran pedido cuando no podían pedirse ya (opinión que sostengo, aunque pueda discutirse), es decir, cuando se apeló la sentencia (cosa que no hizo estrictamente, según parece) o cuando se pidió la aclaración de la sentencia apelatoria (cosa que, pese a lo que dice el TS, tampoco hizo, aunque deseaba que le cayera de rondón el beneficio del recargo, como, efectivamente, le cayó) con la técnica de tirar la piedra, pero escondiendo la mano, con un uso en el que y subyacía el propósito de conseguir que el resarcimiento del perjuicio causado por el impago del siniestro fuera sustituido por la reprensión y represión civil de la sobretasa que el impago culpable origina, con inclusión de tal resarcimiento que es el que ya se le había reconocido; y que es, en definitiva, el que le termina por reconocer el TS.

En mi opinión, la falta de petición de la imposición del recargo punitivo (que es una renuncia a la petición, pero no a su reconocimiento) impedía a la demandante recurrir su falta de imposición en la primera instancia (cosa que no hizo), por lo que es más que aconsejable que lo pida siempre la demanda, con reflejo en su suplico y con el añadido de la petición subsidiaria de que, de no imponerse, se reconozcan los inferiores moratorios ordinarios, con fijación de la fecha inicial de su devengo; aunque, solicitada la petición de los del recargo, es innecesaria esa petición subsidiaria, porque, siendo ambos moratorios (puros los primeros e impuros o complejos los segundos), quien puede reconocer lo más, y se le pide, puede reconocer lo menos que sí exige rogación, aunque es recomendable esa petición a modo de recordatorio de que es factible el reconocimiento de lo menos en defecto de lo más.

Por otra parte, el TS, aunque con una cierta referencia formulada *ob iter*, deja en el aire la cuestión de si el art. 437.2, inciso segundo, de la Ley de Navegación Marítima, al establecer que la demora en el pago obliga a la aseguradora a abonar los intereses legales devengados por la cantidad adeudada desde la fecha en que rechazó el pago debido (fijación legal del *dies a quo* de su devengo), impide, como sostenía la demandada, la aplicación del art. 20 LCS. Razón de más para sostener que, si la demandante aspiraba de modo silente a ser beneficiaria del recargo, tendría que haber jugado con sus cartas boca arriba y haberlo pedido, desde un principio, de modo explícito, justificando la aplicabilidad al caso del precepto que lo prevé, con invocación del carácter supletorio de la Ley en que se encuentra.

Contrato de seguro de vehículo a motor con cobertura de privación del derecho de conducir. La cláusula que excluye la cobertura por constituir la infracción un delito doloso de exceso de velocidad no se puede considerar limitativa de los derechos del asegurado, por lo que conllevará la exoneración del pago de la indemnización por mala fe del asegurado

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 22 de noviembre de 2022
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. José Antonio García Rodríguez, en nombre y representación de D. Basilio, interpuso demanda de juicio ordinario contra Seguros Órbita -Bilbao (Grupo Catalana Occidente), en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

“a) SE DECLARE LA OBLIGACIÓN de la aseguradora demandada de abonar a mi representado el subsidio de privación temporal del permiso de conducir de 1.000 €/mes durante 12 meses contemplado en las coberturas contratadas del seguro suscrito.

“b) SE CONDENE A SEGUROS ORBITA-BILBAO (Grupo Catalana Occidente) a pagar

al demandante la cantidad de 12.000 € (DOCE MIL EUROS), en concepto de subsidio por retirada del carnet de conducir durante 12 meses previsto en la póliza del contrato, más los intereses legales y costas”.

2.- La demanda fue presentada el 12 de abril de 2018 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo, se registró con el núm. 255/2018. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Pilar Oria Rodríguez, en representación de Bilbao, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con imposición de costas al demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Pri-

mera Instancia n.º 5 de Oviedo dictó sentencia de fecha 17 de octubre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

“Que desestimando la demanda interpuesta por D. Basilio, representado por el Procurador Sr. García contra la entidad de Seguros Órbita, representada por la Procuradora Sra. Oria, absuelvo a la entidad demandada de los pedimentos de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora”.

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Basilio.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número



de rollo 565/2018 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 15 de enero de 2019 (PROV 2019, 51255) , cuya parte dispositiva establece:

“Desestimar el recurso de apelación formulado por Don Basilio contra la sentencia dictada en fecha diecisiete de octubre de dos mil dieciocho por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, la que se CONFIRMA”.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. José Antonio García Rodríguez, en representación de D. Basilio, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

“Primero.- Al amparo del art. 477.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , por infracción de los arts. 19 de la Ley del Contrato del Seguro (RCL 1980, 2295) .

“Segundo.- Infracción del art. 3 de la Ley del Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295)“.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 23 de junio de 2021 (PROV 2021, 221417) , cuya parte dispositiva es como sigue:

“Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Basilio contra la sentencia dictada con fecha 15 de enero de 2019 (PROV 2019, 51255) por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 565/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 255/2018 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo.”

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 10 de noviembre de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- En 2009, D. Basilio concertó con la compañía de seguros Bilbao un contrato de seguro denominado “Órbita Más Conductor”, por el que se cubría el riesgo de suspensión o privación temporal del permiso de conducir al conductor asegurado, por sentencia judicial, con una indemnización mensual de mil euros, hasta un máximo de dieciocho mensualidades.

2.- Por sentencia firme de 8 de julio de 2014, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Avilés condenó al asegurado, como autor responsable de un delito contra la seguridad vial, entre otras, a la pena de privación del permiso de conducir vehículos a motor y ciclomotores durante doce meses. La conducta delictiva consistió en conducir el Sr. Basilio su vehículo a una velocidad de 120 kilómetros por hora en una zona urbana con limitación de la velocidad a 50 kilómetros por hora.

3.- El Sr. Basilio presentó una demanda contra la aseguradora, en la que solicitó que se



le indemnizara en la suma de 12.000 €, en atención al aseguramiento de la privación temporal del permiso de conducir.

La compañía de seguros se opuso alegando mala fe en la actuación del asegurado; y subsidiariamente, adujo pluspetición, por considerar que debían aplicarse las limitaciones que para los importes reclamados se fijaron en la póliza y que reducían la prestación al 50% de su importe para un periodo de tres meses.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por entender que, por tratarse de un delito doloso, concurría la circunstancia prevista en el art. 19 LCS (RCL 1980, 2295) : exoneración del pago de la indemnización por mala fe del asegurado.

5.- El recurso de apelación interpuesto por el demandante fue desestimado por la Audiencia Provincial. Partió de la base de que, según la sentencia penal condenatoria, el recurrente conocía tanto la limitación de velocidad a la que estaba sometido el tramo de vía por el que circulaba, como que ese lugar estaba controlado por un radar; por lo que debió representarse como posibilidad cualificada (altamente probable) que su actuar antijurídico podía llevar aparejada la privación de su derecho a conducir vehículos de motor y, aun así, lo aceptó.

Según la Audiencia Provincial, para interpretar el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) debe tenerse en cuenta el caso concreto y no es equiparable el caso enjuiciado al de quien conduce en estado de embriaguez, pues en este segundo supuesto, según y en qué circunstancias, cabe entender que el sujeto se representa la posibilidad de que su conducta sea descubierta en un alto grado, así como que correlativamente no acepta el resultado que pueda llevar aparejado, mientras que en el caso litigioso el actor conocía tanto que estaba sobrepasando muy ampliamente el límite de velocidad establecido, como también que el tramo de vía donde desarrolló su ilícito proceder estaba controlado por un radar; lo que da idea de que se representó con un alto grado de probabilidad que su conducción no pasaría inadvertida e iba a ser objeto de una sanción que conllevaría la pérdida temporal de su derecho a conducir vehículos de motor.

6.- El demandante ha interpuesto un recurso de casación.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación. Planteamiento. Admisibilidad

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 19 LCS (RCL 1980, 2295) y de la jurisprudencia que lo interpreta, concretada en las sentencias de esta sala 659/2015, de 23 de noviembre (RJ 2015, 5319), y 383/2013, de 24 de mayo (RJ 2013, 3616).

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que únicamente son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable para el caso de que se produzca. Tal doctrina, si bien hace referencia a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, es plenamente aplicable a la conducción por exceso de velocidad. Y desde esta perspectiva, no cabe considerar que un conductor que suscribe una póliza en la que se le ofrece un subsidio por la retirada del permiso de conducir se haya comportado con mala fe.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó la inadmisibilidad de este motivo, por no haberse justificado el interés casacional.

Esta objeción no puede ser atendida. La parte recurrente identifica la norma sustantiva supuestamente infringida y la jurisprudencia de esta sala que considera vulnerada. Es cierto que las sentencias invocadas no se refieren exactamente al mismo supuesto de hecho, pero también lo es que no hay ninguna sentencia de la sala que haya tratado este caso específico de la condena penal por exceso de velocidad y, por ello, la parte recurrente ha citado las sentencias que se refieren a supuestos, a su entender similares, de comisión de delitos que conllevan la privación del permiso de conducir.

TERCERO.- Mala fe del asegurado

1.- El art. 19 LCS (RCL 1980, 2295) establece como motivo de exención de la obligación de la aseguradora de pago de la prestación que “el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”.

La inasegurabilidad (palabra que, si bien no está reconocida en el diccionario de la Real Academia, es utilizada habitualmente en el argot asegurador) de los actos intencionados es consustancial al contrato de seguro, en el que el componente aleatorio debe ser ajeno a la vo-

luntad e intencionalidad del asegurado, puesto que de lo contrario se elimina la incertidumbre del riesgo a que se refiere el art. 1 LCS (sentencia 517/1999, de 8 de junio (RJ 1999, 4102)).

Previsión de nuestra legislación nacional que concuerda con los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro (PDECS/PEI-CL) de 1999, cuyo art. 9.101 prevé:

“(1) Ni el tomador del seguro ni el asegurado, según sea el caso, tendrá derecho a la indemnización si la pérdida fuera consecuencia de un acto u omisión por su parte realizado con la intención de provocar el daño [...]”.

2.- El precepto, al utilizar la expresión “mala fe”, se aparta de la terminología empleada en otros artículos de la misma Ley, en los que habla de “dolo” o “culpa grave”. No obstante, la jurisprudencia de esta sala ha equiparado esta mención a la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño antijurídico (sentencias 846/1994, de 1 de octubre (RJ 1994, 7440); y 631/2005, de 20 de julio (RJ 2005, 5099)). Como indicó la sentencia 639/2006, de 9 de junio (RJ 2006, 8202), para la interpretación del concepto de mala fe a que se refiere el art. 19 LCS, “lo relevante es que ha de tratarse de un acto consciente y voluntario del asegurado. Ha de ser un acto intencional y malicioso del asegurado”.

3.- Sobre este concepto de mala fe ha recaído una nutrida jurisprudencia en supuestos de seguros que cubren la retirada del permiso de conducir cuando la condena tiene su causa en la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Pero yendo más allá del supuesto penalmente típico que conlleva la privación del permiso de conducir, lo relevante es que la conducción en contra de lo prevenido en la Ley o que incurre en conductas penalmente castigadas implica un hecho intencional que no puede ser objeto de cobertura por el contrato de seguro, pues el que actúa de esta manera antijurídica es consciente de que infringe el ordenamiento jurídico aunque el resultado dañoso no sea querido (sentencia 704/2006, de 7 de julio). (RJ 2006, 6523) Aunque también se reconoce que no toda situación que incremente el riesgo debe equipararse a la existencia de dolo, intencionalidad o mala fe y son las aseguradoras quienes, en la economía del contrato de seguro, deben ponderar, mientras lo permita la Ley, con sujeción a los requisitos en ella establecidos, la oportunidad de excluir determi-

nados riesgos en uso de la libertad de pactos. Razonamiento conforme al cual, como regla general, la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas no ha sido considerada como hecho inasegurable, conforme al art. 19 LCS, ya que no cabe presumir la intencionalidad en la causación del siniestro (sentencias 86/2011, de 16 de febrero (RJ 2011, 2357); 876/2011, de 15 de diciembre (RJ 2012, 294); y 383/2013, de 24 de mayo (RJ 2013, 3616)).

Al margen de los delitos contra la seguridad vial, en relación con la interpretación del concepto de mala fe del art. 19 LCS, también ha recaído la sentencia 659/2015, de 23 de noviembre (RJ 2015, 5319), que se invoca en el recurso de casación. Pero esta resolución no contiene una doctrina general, pues al estimar el recurso extraordinario por infracción procesal por error patente en la valoración de la prueba, asumió la instancia y descartó que hubiera mala fe del asegurado porque apreció interrupción del nexo causal.

4.- En todo caso, la mala fe ha de ser causa del siniestro, esto es, ha de existir una relación o nexo de causalidad entre la actuación del asegurado y el siniestro. Como declaró la sentencia 428/1990, de 5 de julio (RJ 1990, 5776): “la buena o mala fe en el actuar del asegurado necesariamente ha de conectarse con la producción del evento o siniestro de que se trata”. De manera muy expresiva, la citada sentencia 631/2005, de 20 de julio (RJ 2005, 5099), indicó que:

“[n]o se pueden asegurar los propios delitos cometidos por el tomador del seguro, como propio asegurado, en cuanto el dolo va unido a, o está formado por, la intención de obtener una ganancia o beneficio a través del delito o acto ilícito o de mala fe, producido, y ello con evidente perjuicio, a través del engaño o la superchería, para el asegurador”.

5.- El delito contra la seguridad vial del art. 379.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) es un delito de riesgo de naturaleza dolosa. Sobre esa base, la cuestión estriba en determinar si, a efectos del art. 19 LCS, cabe equiparar el dolo penal a la mala fe a que se refiere el precepto o, por el contrario, no cabe tal asimilación, por cuanto la noción del dolo civil no es equivalente a la del dolo penal.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el delito contra la seguridad del tráfico por exceso de velocidad es de mera actividad, de peligro abstracto, en el que la consumación se produce

con la realización de la acción y la puesta en peligro del bien jurídico protegido, sin que sea necesario que se produzca un resultado lesivo entendido como una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos.

6.- Por las razones expuestas, al ser plenamente consciente el asegurado de la existencia de la limitación de velocidad, reforzada por la ubicación de un radar, es patente la intencionalidad de su conducta. Consciencia de la ilicitud que fulminó la aleatoriedad del contrato, al depender de la mera voluntad del asegurado la producción del siniestro y, derivadamente, el pago de la indemnización. Por lo que la sentencia recurrida aplicó correctamente el art. 19 LCS.

No siendo equiparable este caso a los de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, a los que se han referido otras sentencias de esta sala, por cuanto en ellos, en palabras de la sentencia 704/2006, de 7 de julio (RJ 2006, 6523):

“[n]o se demuestra por sí misma una intencionalidad en la producción del accidente, ni siquiera la asunción de un resultado altamente probable y representado por el sujeto como tal, sino sólo un acto ilícito administrativo o delictivo según las circunstancias”.

7.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- Segundo motivo de casación. Planteamiento. Admisibilidad

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 3 LCS (RCL 1980, 2295).

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente que la posibilidad de pactar el aseguramiento de riesgos dimanantes de la circulación de vehículos de motor distintos de los previstos, o incluso excluidos, en la normativa del seguro obligatorio está expresamente prevista en la Ley, por lo que su exclusión convencional debe considerarse como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, para cuya validez, deben cumplirse los requisitos de aceptación del art. 3 LCS, lo que aquí no sucedía.

Para justificar el interés casacional, invocó las sentencias de esta sala de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6576), 7 de julio de 2006, 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7106), 13 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5917) y 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 855).

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó la inadmisibilidad de este segundo motivo, por considerar que no atacaba la razón decisoria de la sentencia recurrida. Alegación que debe desestimarse, sin perjuicio de la estimación o desestimación del motivo, puesto que, aunque fuera implíci-



tamente, la Audiencia Provincial asumió que una exclusión de cobertura por mala fe no implicaba limitación de los derechos del asegurado, a los efectos de aplicación del art. 3 LCS. Por lo que, habiéndose identificado la norma sustantiva supuestamente infringida y la jurisprudencia que la interpreta (aun referida a supuestos de conducción en estado de embriaguez), el motivo es formalmente admisible.

QUINTO.- Contraposición entre la exoneración del asegurador por mala fe del asegurado y cláusulas limitativas

1.- Desde que se promulgó la LCS (RCL 1980, 2295) fue objeto de discusión, en casos de retirada del permiso de conducir vehículos a motor, si una interpretación demasiado estricta del art. 19 LCS podría desnaturalizar la cobertura de dicho riesgo, dejándolo vacío de contenido, puesto que, a excepción de las conductas imprudentes, una retirada del permiso siempre tendría como antecedente necesario una actuación dolosa del asegurado, sancionable administrativa o penalmente. Por lo que la exclusión supondría una limitación a los derechos del asegurado, sometida a los requisitos de validez del art. 3 LCS.

2.- De esta problemática se hizo eco la citada sentencia 704/2006, de 7 de julio (RJ 2006, 6523), que, respecto de un caso de seguro de accidentes en que concurrió la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, declaró

“La intencionalidad que exige la LCS para que concurra esta exclusión no se refiere en abstracto a cualquier conducta de la que se siga el resultado del siniestro, sino a la causación o provocación de éste. Admitir que, por principio, todo resultado derivado de una conducta tipificada como delictiva, aunque se trate de figuras de riesgo, no puede ser objeto de aseguramiento (dado que la exclusión de los supuestos de mala fe del asegurado responde a razones de moralidad del contrato ligadas a la licitud de su causa) no es compatible, desde el punto de vista lógico-formal, con el principio de libre autonomía de la voluntad que rige en esta materia contractual; y, desde una perspectiva lógico-material, no soporta una verificación del argumento cuando se contrasta con sus consecuencias desproporcionadas y contradictorias en relación con el ámbito usual del contrato de seguro y con el contenido que le asigna la ley en diversas modalidades obligatorias relacionadas con actividades susceptibles de causar accidentes.

“La exclusión de la cobertura del seguro de los siniestros ocasionados o padecidos por el asegurado conduciendo un vehículo de motor en situación de exceso de alcoholemia no puede aceptarse, aun reconociendo la gran relevancia de la función social del seguro, y aunque se considere necesaria su introducción en virtud de políticas de prevención o de otra índole, si no es objeto de una previsión específica en la norma. Así ocurre actualmente, a raíz de la transposición de normas de orden comunitario, en la regulación del seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor, aunque únicamente respecto del asegurado y no respecto del tercero que ejercita la acción directa como víctima o perjudicado (art. 10.a De la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de la Ley de Vehículos de Motor (RCL 2004, 2310) y 9.4 de su Reglamento y sentencias del Tribunal Superior De Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo de 1996 (RJ 1997, 483)). En otro caso, sólo cabe su introducción en las cláusulas de la póliza, pues, aun cuando es indudable que la ingestión excesiva de bebidas alcohólicas y la consiguiente conducción aumenta el riesgo de siniestro, no toda situación que incremente el riesgo debe equipararse a la existencia de dolo, intencionalidad o mala fe y son las aseguradoras quienes, en la economía del contrato de seguro, deben ponderar, mientras lo permita la ley, con sujeción a los requisitos en ella establecidos, la oportunidad de excluir determinados riesgos en uso de la libertad de pactos”.

Pero respecto de otras posibles conductas diferentes a la conducción en estado de embriaguez, matizó:

“Sólo son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca (como hemos apreciado recientemente en la STS de 9 de junio de 2006 (RJ 2006, 8202), que considera un supuesto en que “es razonable pensar en la imposibilidad de que tal colisión no se produjera”); esto es, los supuestos de dolo directo o eventual sobre el resultado, sin extenderlo a supuestos en que se comete intencionadamente una infracción, pero no se persigue la consecuencia dañosa producida o no se asume o representa como altamente probable. No todo supuesto de dolo penal, en su modalidad de dolo eventual, comporta dolo del asegurado equivalente a la producción intencional del siniestro, por cuanto en el ámbito civil del seguro una relación de causalidad entre la intencionalidad y

el resultado producido, mientras que en el ámbito penal el dolo puede referirse a conductas de riesgo. **La exclusión de las conductas dolosas del ámbito del seguro no responde ni tiene sentido como un reproche de la conducta en sí misma, sino en cuanto integra una intencionalidad del asegurado en la provocación del siniestro"**

3.- Este último es el caso que nos ocupa: el asegurado, pese a ser consciente de la limitación de velocidad y de que por la existencia de un radar necesariamente iba a ser detectada su conducta ilícita, actuó de modo intencional y provocó el siniestro, que es precisamente lo que excluye el art. 19 LCS. Si retomamos los ejemplos de conducta dolosa a los que se refería la sentencia 631/2005, de 20 de julio (RJ 2005, 5099), es como si el asegurado de incendio prendiera el fuego o el asegurado de robo sustrajera la cosa asegurada.

4.- En consecuencia, no se trata de una limitación de los derechos del asegurado sometida a los requisitos de transparencia del art. 3 LCS, sino de un supuesto de inasegurabilidad del daño por mala fe del asegurado.

Razón por la cual el segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

SEXTO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva que deban imponerse al recurren-

te las costas por él causadas, según previene el art. 398.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

2.- Asimismo, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución (RCL 1978, 2836) , esta sala ha decidido:

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Basilio contra la sentencia núm. 5/2019, de 15 de enero (PROV 2019, 51255), dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5ª, en el recurso de apelación núm. 565/2018.

2.º- Imponer al recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

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

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

Así se acuerda y firma.



Por **José A. Badillo Arias**
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

Recientemente, el pasado 22 de noviembre, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha vuelto a interpretar y aplicar, una vez más, el artículo 19 de la Ley de contrato de seguro, en el que se indica que el siniestro no estará cubierto en el caso en el que haya sido causado por mala fe del asegurado.

Se trataba de un seguro de automóvil en el que se cubría, entre otras coberturas, la retirada del permiso de conducir, hecho que ya presupone una conducta imprudente por parte del asegurado. En el caso analizado en la sentencia, el conductor sobrepasó un radar a 120 km/h, cuando la velocidad permitida era de hasta 50 km/h. Por estos hechos fue condenado como autor responsable de un delito contra la seguridad vial a la pena de privación del permiso de conducir vehículos a motor y ciclomotores durante doce meses.

El asegurado, al verse privado del permiso de conducir, reclamó a la entidad aseguradora la indemnización correspondiente, que fue rechazada por entender que había mala fe en la producción del siniestro (artículo 19 LCS).

La Sala concluye que el asegurado, pese a ser consciente de la limitación de velocidad y de que por la existencia de un radar necesariamente iba a ser detectada su conducta ilícita, actuó de modo intencional y provocó el siniestro, que es precisamente lo que excluye el art. 19 LCS.

Tras la correspondiente demanda, tanto en primera como en segunda instancia fueron rechazadas las pretensiones del conductor, por entender los juzgadores que, efectivamente, el asegurado había causado el siniestro de forma intencionada. De este modo, para la Audiencia Provincial, al interpretar el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro debe tenerse en cuenta el caso concreto y no es equiparable el caso enjuiciado al de quien conduce en estado de embriaguez, pues en este segundo supuesto, según y en qué circunstancias, cabe entender que el sujeto se representa la posibilidad de que su conducta sea descubierta en un alto grado, así como que correlativamente no acepta el resultado que pueda llevar aparejado; mientras que en el caso litigioso el actor conocía tanto que estaba sobrepasando muy ampliamente el límite de velocidad establecido, como también que el tramo de vía donde desarrolló su ilícito proceder estaba controlado por un radar; lo que da idea de que se representó con un alto grado de probabilidad que su conducción no pasaría inadvertida e iba a ser objeto de una sanción que conllevaría la pérdida temporal de su derecho a conducir vehículos de motor.

En su recurso de casación, el actor, alega, resumidamente, que únicamente son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable para el caso de que se produzca.

Para la Sala, que también desestima el recurso de casación, la inasegurabilidad de los actos intencionados es consustancial al contrato de seguro, en el que el componente aleato-

COMENTARIO

rio debe ser ajeno a la voluntad e intencionalidad del asegurado, puesto que de lo contrario se elimina la incertidumbre del riesgo a que se refiere el art. 1 LCS.

En tal sentido, la sentencia alude a la jurisprudencia de la Sala que ha equiparado esta mención a la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño anti-jurídico. Así lo estableció la sentencia 639/2006, de 9 de junio, al interpretar el concepto de mala fe a que se refiere el art. 19 LCS, "lo relevante es que ha de tratarse de un acto consciente y voluntario del asegurado. Ha de ser un acto intencional y malicioso del asegurado".

No obstante, la Sala también reconoce que no toda situación que incremente el riesgo debe equipararse a la existencia de dolo, intencionalidad o mala fe y son las aseguradoras quienes, en la economía del contrato de seguro, deben ponderar, mientras lo permita la Ley, con sujeción a los requisitos en ella establecidos, la oportunidad de excluir determinados riesgos en uso de la libertad de pactos. Razonamiento conforme al cual, como regla general, la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas no ha sido considerada como hecho inasegurable, conforme al art. 19 LCS, ya que no cabe presumir la intencionalidad en la causación del siniestro. El delito contra la seguridad vial es doloso, pero no así el delito de resultado, que es imprudente.

En todo caso, para negar la cobertura del siniestro por parte de la entidad aseguradora, la mala fe ha de ser causa del siniestro, esto es, ha de existir una relación o nexo de causalidad entre la actuación del asegurado y el siniestro. Como declaró la sentencia 428/1990, de 5 de julio: "la buena o mala fe en el actuar del asegurado necesariamente ha de conectarse con la producción del evento o siniestro de que se trata". De manera muy expresiva, la sentencia 631/2005, de 20 de julio, indicó que: "[n]o se pueden asegurar los propios delitos cometidos por el tomador del seguro, como propio asegurado, en cuanto el dolo va unido a, o está formado por, la intención de obtener una ganancia o beneficio a través del delito o acto ilícito o de mala fe, producido, y ello con evidente perjuicio, a través del engaño o la superchería, para el asegurador".

La Sala concluye que el asegurado, pese a ser consciente de la limitación de velocidad y de que por la existencia de un radar necesariamente iba a ser detectada su conducta ilícita, actuó de modo intencional y provocó el siniestro, que es precisamente lo que excluye el art. 19 LCS.

La sentencia, por tanto, entiende que existe relación de causalidad entre la conducta del asegurado y la producción del siniestro, cuestión que nos parece discutible, porque una cosa es que el delito contra la seguridad vial fuera doloso y otra es que cuando el conductor pasa el radar a exceso de velocidad tenga intención de que le priven del permiso de conducir.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Cobertura por la garantía de la responsabilidad civil del Seguro del Hogar por daños causados por el perro propiedad de la hija del asegurado, que también reside en la vivienda asegurada, aunque no esté identificada en póliza

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 14 de diciembre de 2022

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora D.ª Bárbara Egido Martín, en nombre y representación de D.ª María Luisa y D.ª Apolonia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Generali, en la que solicitaba se dictara sentencia:

“[...] por la cual se condene a la demandada a que abone a mi patrocinado las siguientes cantidades:

a) 26.384,19 euros en concepto de secuelas, días improductivos, gastos efectuados y perjuicios morales, al amparo de lo dispuesto en el Fundamento Jurídico de Derecho material Tercero.

b) Que se condene a la parte demandada al pago de los intereses, en el sentido especificado en el Fundamento Jurídicos de Derecho Material Cuarto.

c) Que se condene en costas a la parte demandada, en el sentido especificado en el Fundamento Jurídico de Derechos Material Quinto”.

2.- La demanda fue presentada el 1 de junio de 2016, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Madrid, se registró con el n.º 623/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª M.ª Jesús García Letrado, en representación de Generali España, S.A. Cía de Seguros y Reaseguros, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

“[...] dictar en su día sentencia por la que se desestime la misma, por los motivos expuestos, además de cuantos resulten de aplicación, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora por la temeridad y mala fe demostrada en el presente procedimiento”.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Madrid, dictó sentencia de fecha 8 de mayo de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

“Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación de DÑA María Luisa Y DÑA Apolonia, contra GENERALI SEGUROS, debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos de condena, con imposición de las costas a la actora”.

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª María Luisa.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 610/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de enero de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

“FALLAMOS: Que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. María Luisa contra la Sentencia de fecha 8 de mayo de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Madrid en el Juicio Ordinario n.º 623/16, condenando a la recurrente al pago de las costas causadas en esta segunda instancia”.

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Bárbara Egido Martín, en representación de D.ª María Luisa, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

“Primero.- Infracción del art. 218 LEC, vulneración del principio de congruencia por la Sentencia dictada por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Segundo.- Infracción de los arts. 3, 73 y 76 LCS en relación con el art. 217 LEC, vulneración



de las normas reguladoras de la distribución de la carga de la prueba respecto del contenido del contrato de seguro y de las normas delimitadoras del riesgo y/o limitativas de derechos del asegurado”.

El motivo del recurso de casación fue:

“Infracción del art. 1905 CC y del art. 73 LCS. Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el ámbito de responsabilidad previsto en el art. 1905 CC y en la póliza de seguro de responsabilidad civil”.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por me-

dio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

“1.º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Dña. María Luisa, contra la Sentencia dictada con fecha 11 de enero de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), en el rollo de apelación n.º 610/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 623/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Madrid.

2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las ac-



tuaciones estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

3.º) Contra la presente resolución no cabe recurso alguno”.

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 30 de septiembre se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 30 de noviembre del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los siguientes hechos relevantes.

1º.- Sobre las 21.40 horas, del día 2 de julio de 2015, cuando D.ª María Luisa paseaba a dos perras de raza Yorkshire, propiedad de su hija D.ª Apolonia, por la AVENIDA000, de la localidad de DIRECCION000, fue atacada por un perro de raza mestiza Beauceron, propiedad de D.ª Estibaliz, que era paseado, en esos momentos, por su madre D.ª Eugenia. El ataque se produjo al soltarse la perra y abalanzarse contra la actora, proyectándola contra el suelo, a la vez que atacaba a las dos perras Yorkshire. Como consecuencia de este ataque, una de las perras, propiedad de D.ª Apolonia, murió, resultando con lesiones D.ª María Luisa.

2º.- Por estos hechos, se presentó denuncia ante la Guardia Civil de DIRECCION000. Compareció en las diligencias la propietaria de la perra D.ª Estibaliz que manifestó que el animal estaba debidamente vacunado con indicación de su número de microchip, que no era de raza peligrosa, no poseía seguro específico, pero tenía cubierto los daños que causase por medio del seguro del hogar que tenían concertado con la compañía Generali, siempre que el canino no superase los 20 kg de peso. Consta, en el atestado, como domicilio propio de la compareciente, el de la AVENIDA001, n.º NUM000), de DIRECCION000.

3º.- Las actoras D.ª María Luisa y D.ª Apolonia promovieron, ante los juzgados de Ma-

drid, diligencias preliminares frente a la compañía de seguros Generali para que aportara la póliza correspondiente, la cual presentó las condiciones particulares del seguro en las que constaba como tomador y asegurado D. Luis, con domicilio en la AVENIDA001, n.º NUM000, de DIRECCION000, y, entre los riesgos asegurados, figuraba la “responsabilidad civil ampliada a la vida privada”, sin que se adjuntaran las condiciones generales referentes a tal cobertura. En las características de la vivienda figura ocupada por el propietario, y número de personas que residen en la vivienda habitualmente: 1.

4º.- Tras las oportunas reclamaciones a la aseguradora, que tenía abierto expediente por tal daño, negó hacerse cargo del siniestro, mediante correo electrónico de 23 de mayo de 2016, dirigido a la representación de las actoras, en el que se puede leer:

“[...] con relación al siniestro referenciado, y una vez analizada la documentación que poseemos lamentamos comunicarle que no procederemos a atender su reclamación al considerar que no existe responsabilidad de nuestro Asegurado en la ocurrencia de los daños reclamados”.

5º.- Así las cosas, D.ª María Luisa y D.ª Apolonia formularon la oportuna demanda, dirigida de forma exclusiva contra la compañía de seguros Generali, ejercitando la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS), en reclamación de la suma de 26.384,19 euros, por los daños y perjuicios sufridos. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Madrid.

En su contestación, la compañía aseguradora solicitó la absolución dado que el asegurado no era propietario, ni poseedor del animal, al ser ésta D.ª Eugenia. Igualmente, manifestó su disconformidad con el importe de las cantidades reclamadas en la demanda.

En la audiencia previa del juicio, la actora solicitó la declaración testifical de D.ª Trinidad, testigo presencial de los hechos, y de D.ª Estibaliz, propietaria del perro; D. Luis, tomador del seguro, ambos con el mismo domicilio, y D.ª Eugenia, que era la porteadora del animal con domicilio en Madrid, solicitando la citación judicial. La jueza le pregunta, entonces, a la representación jurídica de la entidad demandada, si, con respecto a los hechos en sí, tal y como ocurrieron, se opone. A lo que contesta que no. Con lo que concluye la jueza que dado que no

se discute la forma en que ocurrieron los hechos no se admite la testifical.

6º.- Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del referido juzgado en la que desestimó la demanda con base en los argumentos siguientes:

(i) La propietaria del perro, causante de los daños, está domiciliada en la vivienda, sita en AVENIDA001, n.º NUM000, y dicho domicilio es la vivienda principal de D. Luis, tomador del seguro y, a su vez, asegurado. La vivienda es propiedad del tomador y, en dicha vivienda, únicamente consta en la póliza un ocupante que es el tomador y asegurado. En las cláusulas relativas a las garantías del seguro de hogar, consta la denominada «garantía de responsabilidad civil ampliada a la vida privada».

ii) De acuerdo con el art. 7 de la LCS, la propietaria del perro, aun cuando resida en el domicilio asegurado, no puede tener la consideración de asegurada beneficiaria. El seguro suscrito, entre el tomador y Generali, no debe responder de los daños causados por el animal, que no consta en la póliza.

iii) De lo expuesto, se ha de afirmar la imposibilidad de considerar que la propietaria del perro o su poseedora cuando lo paseaba, -únicas responsables del daño-, puedan ser consideradas aseguradas a los efectos del particular riesgo de responsabilidad civil, por lo que la demanda debe ser desestimada. El animal no es propiedad, ni lo poseía o detentaba el tomador del seguro, en el momento del ataque.

7º.- Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó la sentencia pronunciada por el Juzgado, con fundamento en las consideraciones siguientes:

(i) Al no haberse acreditado suficientemente que el riesgo acaecido, y que dio lugar a la promoción del procedimiento, estuviere cubierto por la póliza de seguro de hogar, suscrito por D. Luis.

(ii) No fue objeto de impugnación, por ninguna de las partes, que la propietaria del perro causante de los daños y perjuicios reclamados viva en el domicilio asegurado; no obstante, a pesar de esa convivencia, no quedaba acreditada la verdadera relación con el tomador del seguro. Ni siquiera parecía tenerlo claro la propia recurrente, pues llegó a afirmar, en su escri-

to del recurso de apelación, que la dueña del perro “era, al momento del accidente, cónyuge, pareja, o conviviente estable en la vivienda donde también habitaba el tomador del seguro”. El que viviera en su casa no permite presumir una relación de tal naturaleza. Podría, incluso, tratarse de alguien con quien compartiera la vivienda, una simple amiga, o hasta una empleada del hogar.

(iii) No se puede concluir que, en la vivienda asegurada, habitara una unidad familiar formada por D. Luis, D.ª Estibaliz, una hija menor de ésta y un perro, lo que conforma carga de la prueba de la actora.

(iv) La parte actora no aportó las condiciones generales de la póliza, ni requirió a la demandada para hacerlo. En cualquier caso, consultada la página web de la aseguradora, se comprobó que, dentro de la cobertura denominada “responsabilidad civil ampliada a la vida privada”, en su art. 8.2, cubría la cobertura derivada de la propiedad o tenencia legal de perros de compañía que convivieran en la vivienda asegurada y que no fuesen utilizados con fines comerciales, siempre que no tuviesen un peso superior a 20 kilos. La cuestión es que el perro causante de los daños no era de tales características, al tratarse de un adulto de raza Beauceron.

(v) Ni siquiera se probó que en la vivienda asegurada viviera el perro, aunque sí su propietaria.

8º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

SEGUNDO.- Examen del primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto

2.1 Fundamento y desarrollo del recurso

Se fundamenta, al amparo del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por infracción del art. 218 LEC, por vulneración del principio de congruencia en que incurrió la sentencia dictada por la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

En su desarrollo, el recurso se construye sobre un doble argumento. El primero, que la aseguradora demandada no entró, en la contestación a la demanda, a discutir acerca de si el animal causante de los daños estaba cubierto por el clausulado general de la póliza, sencilla-

mente se limitó a decir que la propietaria del animal no era la asegurada, pero no proporcionó ese clausulado, ni argumentó si el animal estaba cubierto o no por la póliza, ni siquiera hizo alegaciones acerca de que el animal pesara más o menos de 20 kilogramos.

Por otra parte, nadie negó que la propietaria y el animal vivieran en el domicilio cubierto por la póliza suscrita con la aseguradora demandada. La sentencia de apelación entra a resolver sobre cuestiones no debatidas por las partes, y no resueltas en la sentencia de primera instancia.

2.2 Desestimación del recurso

Como hemos declarado, en múltiples ocasiones, la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 548/2020, de 22 de octubre; 87/2021, de 17 de febrero; 562/2021, de 26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre; 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo;

364/2022, de 4 de mayo, y 509/2022, de 28 de junio entre otras muchas).

En consecuencia, una sentencia es incongruente si concede más de lo pedido por las partes (*ultra petita*); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitum*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte (sentencias 604/2019, de 12 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 267/2020, de 9 de junio; 526/2020, de 14 de octubre; 37/2021, de 1 de febrero; 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo, y 364/2022, de 4 de mayo, entre otras muchas).

Pues bien, la sentencia no es incongruente, en tanto en cuanto resuelve la contienda litigio-



sa desestimando la demanda, cuestión distinta es que se hayan vulnerado las reglas concernientes a la carga de la prueba lo que es objeto del segundo motivo por infracción procesal.

TERCERO.- Segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

3.1 Fundamento y desarrollo del recurso

Se fundamenta, al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC, por infracción de los arts. 3, 73 y 76 LCS, en relación con el art. 217 LEC, vulneración de las normas reguladoras de la distribución de la carga de la prueba, respecto del contenido del contrato de seguro y de las normas delimitadoras del riesgo y/o limitativas de derechos del asegurado.

En su desarrollo, se señala, que el art. 76 LCS contempla la acción directa ejercitada contra la compañía de seguros demandada, y este precepto, junto con lo dispuesto en los arts. 73 y 3 LCS, establecen que la carga de la prueba frente al tercero perjudicado acerca del contenido de la póliza, sus limitaciones y exclusiones, le corresponden exclusivamente a la aseguradora, no al perjudicado, al cual le basta con acreditar el siniestro y la existencia de la póliza.

Continúa la argumentación del recurso, que las actoras sufrieron lesiones, por la agresión de la perra Canela, suelta y sin bozal. En el atestado, consta que la propiedad del animal es de D.ª Estibaliz, así como que esta señora vive, y así lo constata la policía, en la vivienda asegurada. D.ª Estibaliz, en ese momento, cumple con el inciso final de lo previsto en el art. 76 LCS, en tanto en cuanto dispone que “el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”. A tales efectos, manifiesta que no tiene seguro específico del perro, pero que está cubierta por la póliza de seguro del hogar. Además, esta persona proporcionó el número de expediente NUM001 relativo al siniestro enjuiciado.

Frente a lo que se dice en la sentencia, acerca la inactividad de la parte actora, se promovieron diligencias preliminares de exhibición, el 11 de febrero de 2016, ante los Juzgados de 1.ª Instancia de Madrid, cuyo conocimiento correspondió al número 18, que las tramitó con el número 176/2016. En ellas, se pedía a Generali la exhibición y entrega de la copia del expediente del siniestro, así como el contrato de seguro. Pues bien, la demandada tan solo aportó la póliza,

sin el condicionado general, ni el expediente. Lo que aportaron se incluyó en la demanda: el condicionado particular.

En la contestación a la demanda, como en el correo electrónico que obra en autos, la compañía Generali alegó que su asegurado no era responsable, pero no negaban los hechos, ni aportaron el condicionado general de la póliza. Se limitaron a decir que el poseedor del animal era D.ª Eugenia, y que el Sr. Luis no intervino en los hechos, ni era titular del animal, tampoco su poseedor. No dice nada de la propietaria del perro y conviviente en el mismo domicilio D.ª Estibaliz. La demandada no propuso prueba alguna, salvo una pericial para cuestionar el importe de los daños.

La actora solicitó como prueba, en la audiencia previa, la declaración testifical del tomador del seguro D. Luis, de la poseedora del animal y de su dueña, que no fue admitida, con la anuencia de la demandada, al no discutirse los hechos.

Concluye su alegato, la recurrente, sosteniendo que la cuestión litigiosa radica en determinar a quién corresponde probar la delimitación del riesgo asegurado por responsabilidad civil con la póliza de seguro del hogar, una vez sentado que la titular del perro habitaba en la casa de forma permanente: ¿a quién cubre, a todos los habitantes, o sólo al asegurado?, ¿cubre a los animales?, ¿de más o de menos de 20 kilogramos?. Si la titular dijo ante la policía que el perro pesaba menos de 20 kgs. y que estaba cubierto por el seguro del hogar, ¿qué prueba ha presentado Generali de lo contrario, de que no cubre al animal y de que éste pesara más de 20 kg?. En realidad, es la aseguradora demandada, por vía del art. 76 LCS, la que tiene esta carga de la prueba, frente al tercero perjudicado.

El art. 76 LCS establece que: “La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado” y con respecto a las exclusiones y delimitaciones de la póliza deben ser acreditadas por la aseguradora, que tiene la proximidad al medio de prueba, y que, además, pudo aportarlas en las diligencias preliminares o con el escrito de contestación a la demanda.

3.2 La carga de la prueba

No cabe confundir valoración probatoria y carga de la prueba. La primera es una operación previa, que hemos definido en las senten-

cias 468/2019, de 17 de septiembre; 141/2021, de 15 de marzo; 852/2021, de 9 de diciembre, y 653/2022, de 11 de octubre, como:

“[...] la actividad intelectual que ha de realizar el Juez a los efectos de determinar, con respecto a las afirmaciones fácticas realizadas por las partes, si éstas se han visto corroboradas por las pruebas propuestas y practicadas en el proceso, sometiendo a las mismas a un examen fundado en máximas de experiencia obtenidas por el propio Juez o establecidas en la ley, así como a través de los más elementales postulados de la lógica y la razón -sana crítica-, proceso que, además, ha de exteriorizar en la motivación de la sentencia, que zanja el conflicto judicializado sometido a su consideración”.

Manifestación de lo expuesto, la encontramos en el artículo 217 de la LEC, considerado como infringido, que no está normativamente ubicado en las disposiciones generales sobre la prueba (artículos 281 a298 de la LEC), sino entre los preceptos reguladores de los requisitos internos de la sentencia y sus efectos (artículos 216 a222 LEC), por lo que la vulneración de las reglas que disciplinan la carga de la prueba debe denunciarse por la vía de la causa 2.^a del art. 469.1 de la LEC, es decir por “infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia”.

En efecto, las reglas de juicio contenidas en el art. 217 de la LEC operan, únicamente, cuando, tras la valoración probatoria, un hecho relevante para la decisión del litigio no ha quedado acreditado. En tales casos, las reglas que contiene dicho precepto le indican al juez cómo ha de proceder a los efectos de estimar o desestimar las pretensiones o resistencias de las partes, toda vez que tiene el deber ineludible de resolver los litigios sometidos a su consideración como obligación impuesta por los artículos 24 de la Constitución, 1.7 del Código Civil y 11.3 Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que quepa acogerse al juramento de no ver claro el negocio - *sibi non liquere* (no le queda claro)-.

Por consiguiente, el art. 217 de la LEC, sólo se infringe cuando, ante un hecho dudoso, que no ha resultado acreditado, se atribuyen las consecuencias de la incertidumbre a la parte a quien no compete su demostración. En este sentido, nos manifestamos, por ejemplo, en las sentencias 144/2014, de 13 de marzo; 473/2015, de 31 de julio; o, más recientemente, 221/2022, de 22 de marzo; 358/2022, de 4 de mayo; 493/2022, de 22 de junio, y 653/2022, de 11 de octubre, entre otras.

En definitiva, mientras que las reglas de valoración están destinadas a fijar qué concretos hechos de los alegados y controvertidos por las



partes deben considerarse demostrados, las reglas de la carga de la prueba determinan, precisamente, las consecuencias procesales de la falta de prueba.

De esta manera, el art. 217.1 LEC norma que:

“Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”.

El art. 217.6 LEC, por su parte, hace la salvedad de que la ley establezca una específica atribución de la carga de la prueba, y el art. 217.7, que lo dispuesto en los artículos anteriores deberá conjugarse con los principios de disponibilidad y facilidad probatoria.

3.3 Las específicas características de la acción ejercitada en el proceso y su incidencia sobre la actividad probatoria de las partes

En el marco del contrato de seguro de responsabilidad civil, el perjudicado es un tercero. La víctima, al ser ajena a la relación convencional (art. 1257 CC), carece, en principio, de cualquier acción contra la compañía aseguradora para obligarla a resarcir el daño sufrido. No obstante, a los efectos de dispensar protección jurídica a las víctimas, se consagró normativamente la acción directa del art. 76 de la LCS, que permite al perjudicado y a sus herederos dirigirse contra la compañía aseguradora para obtener el resarcimiento del daño causado por el asegurado en la póliza.

Así las cosas, se configuró la acción directa como un derecho propio del perjudicado frente a la compañía de seguros, autónomo e independiente del que ostenta el asegurado contra su propia compañía (SSTS 87/2015, de 4 de marzo y 321/2019, de 5 de junio), de manera que el art. 76 LCS proclama que “la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado”, así como que “el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

Esta naturaleza autónoma de la que goza el derecho del perjudicado frente a la aseguradora, tiene como presupuestos necesarios los dos siguientes:

(i) Que exista un título de imputación jurídica que haga al asegurado responsable de la obligación del resarcimiento del daño (arts. 1101 y 1902 y ss. del CC); y que constituye carga de la prueba correspondiente al perjudicado reclamante como hecho constitutivo básico de su pretensión indemnizatoria, así como la acreditación de la realidad y cuantía del daño sufrido (art. 217 LEC), de manera tal que únicamente cabe la condena de la compañía si previamente se constata la responsabilidad del asegurado (SSTS 469/2001, de 17 de mayo y 129/2022, de 19 de febrero, y las citadas en ellas).

(ii) La existencia de una cobertura válida, suscrita entre el causante del daño y la compañía aseguradora, que comprenda su responsabilidad civil, pues si la cobertura de la póliza no ha nacido o se ha extinguido, el perjudicado carece de derecho contra la aseguradora. A estos efectos, el art. 76 de la LCS impone, como hemos visto, la obligación del asegurado de manifestar al perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

En definitiva, para obtener el resarcimiento del daño sufrido, el perjudicado cuenta con dos derechos cada uno de ellos instrumentalizado en las correspondientes acciones. El primero, derivado del acto ilícito causante del daño; y el segundo, del propio contrato de seguro que le confiere la acción directa. De tales derechos, surgen dos obligaciones correlativas diferentes: la del asegurado de resarcir el daño causado en el ámbito extracontractual o el contractual (arts. 1101 y 1902 CC), y la del asegurador, proveniente también de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS (SSTS 200/2015, de 17 de abril, que cita la de 12 de noviembre de 2013, reproducidas en la más reciente 321/2019, de 5 de junio).

La víctima puede acumular ambas acciones y ejercitarlas conjuntamente contra el autor del daño y su compañía aseguradora, unidos por vínculos de solidaridad (arts. 72 LEC), o contra cada uno de los responsables, independientemente, con el límite de que no puede enriquecerse consiguiendo un doble resarcimiento del daño.

3.4 Estimación del motivo

En el contexto expuesto las actoras ejercitan la acción directa contra la compañía de seguros. La dueña de la perra manifiesta que ha-

bita en la vivienda objeto de la póliza de hogar suscrita. Facilita el dato de que la compañía aseguradora es Generali e indica que el seguro de hogar, que le ampara, cubre los daños causados por la perra. Específica, incluso, que ello es así siempre que el canino no supere los 20 kg de peso. La circunstancia de facilitar dichos datos supone el conocimiento del seguro y su relación con el mismo. Aporta, también, prueba documental concerniente a la documentación de la perra causante de los daños, en la que consta su vacunación, así como el nombre de la dueña, y su domicilio en la vivienda asegurada.

La actora promueve, entonces, diligencias preliminares al amparo del art. 256.1.5.º LEC, y la compañía no se opone alegando ser ajena al siniestro (art. 260.1 LEC). Ahora bien, aporta únicamente las condiciones particulares de la póliza en las que figura “responsabilidad civil ampliada a la vida privada”; pero no las generales, que determinan el contenido de la cobertura suscrita, dato que, obviamente, conocía, al tratarse de condiciones impuestas y predispuestas por la propia compañía aseguradora.

Las demandantes acreditan la realidad del siniestro, la condición de propietaria del perro de D.ª Estibaliz, que ésta vive en el domicilio cubierto por la póliza del hogar, y que su madre, con domicilio en Madrid y no en DIRECCION000, localidad en la que se produjeron los hechos, se limitaba a pasearlo. Igualmente, demostraron la existencia del seguro con la cobertura de responsabilidad ampliada a la vida civil y que, según la dueña del perro, abarcaba los daños causados por éste.

La sentencia de la Audiencia concluye que no se ha acreditado suficientemente que el siniestro acaecido estuviere cubierto por la póliza de seguro de hogar, aunque obtiene el tribunal de la página web de la aseguradora que, dentro de la cobertura denominada “responsabilidad civil ampliada a la vida privada”, quedaban cubiertos los daños imputables al cabeza de familia, por razón de los arts. 1902, 1903 y 1910 del Código Civil (en adelante CC), así como a su cónyuge o a su pareja de hecho, y, en su art. 8.2, la cobertura derivada de la propiedad o tenencia legal de perros de compañía que convivieran en la vivienda asegurada y que no fuesen utilizados con fines comerciales, siempre que no tuviesen un peso superior a 20 kilos. En definitiva, considera que la actora no aporta las condiciones generales de la póliza, y que, además, el perro al ser de raza Beauceron, pesa más de 20 Kg.

Pues bien, considera la Sala que, tratándose del ejercicio de una acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora, en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), no se puede imponer a las demandantes que, incluso, promueven diligencias preliminares para obtener la póliza de seguro, que no acreditó suficientemente el ámbito de la cobertura, cuando la compañía no aporta al proceso las condiciones generales que ella misma redacta y que impone en su contratación en masa cuando además le son expresamente requeridas, las cuales devienen esenciales para la delimitación de la cobertura del seguro, máxime cuando no niega que resulten cubiertos los daños causados por animales.

Tampoco cabe que el tribunal provincial asuma funciones probatorias, que corresponden a la parte demandada (art. 282 LEC), como la relativa al peso de la perra, que se da por su puesta sin haber sido cuestionado, o las concernientes a las condiciones de la póliza y su vigencia a la fecha del siniestro.

En definitiva, entendemos que, en este caso, se han vulnerado las reglas de la carga de la prueba, y, por ende, debemos declarar que la incertidumbre probatoria, que se achaca a la parte actora, pesa en el proceso en contra de la compañía aseguradora, lo que implica la estimación de este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

CUARTO.- *El recurso de casación*

El recurso se fundamenta en la infracción del art. 1905 CC y del art. 73 LCS, así como jurisprudencia que lo interpreta con cita de las sentencias 937/2002, de 10 de octubre, y 529/2003, de 29 de mayo.

El motivo se debe estimar. El perro no se discute era titularidad de D.ª Estibaliz, con domicilio en la vivienda asegurada en DIRECCION000, localidad en la que se producen los hechos. La madre de ésta, con domicilio en Madrid, actuaba, al acaecer el siniestro, como una mera servidora de la posesión ajena, y en tal condición se limitaba a pasear a la perra.

El art. 1905 del CC hace responsable al poseedor del animal o al que se sirve de él, a responder de los daños que causase, aunque se le escape o extravíe. Es una responsabilidad que deriva del daño que pueda producir un animal y el comportamiento de éste constituye el título de imputación del daño. El fin de protección



de la norma alcanza al animal que se escapa o extravía. No se responde cuando el daño no proviene del riesgo derivado de la tenencia o utilización del animal, sino de una causa ajena como fuerza mayor o culpa de la víctima, en este caso inexistentes. La responsabilidad de D.^a Estibaliz resulta de su condición de dueña del animal, cuya posesión derivada de su titularidad dominical ostentaba aunque no en el concreto momento de producirse los hechos (sentencias 228/1983, de 28 de abril; 577/1991, de 18 de julio y 1022/2004, de 20 de noviembre).

QUINTO.- Asunción de la instancia

Nos encontramos ante un seguro de hogar. Es hecho que no se discute que la dueña de la perra D.^a Estibaliz habita en la vivienda objeto del contrato de seguro. Igualmente, según la normalidad de las cosas, los animales conviven con sus dueños, así resulta además de la documentación de la perra. La madre de D.^a Estibaliz simplemente paseaba a Canela, y su domicilio no se encuentra en DIRECCION000, sino en

Madrid, de lo que se deduce una detentación puntual de la canina.

La compañía no niega que la póliza cubra los daños causados por los perros que vivan en el hogar, sino que se limita a afirmar que el tomador del seguro no es dueño ni poseedor del animal. Se fundamenta, para ello, en que, en las precitadas condiciones particulares de la póliza, figura como residentes habituales en la vivienda solo 1 persona.

Ahora bien, la acción directa del perjudicado es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, y dentro de ellas se encuentran las relativas a la declaración del riesgo y su agravación y, por ende, las concernientes a que la perra viva, en contra de lo declarado, en la vivienda asegurada, y la residencia en ella de una persona más, como es D.^a Estibaliz, lo que deviene un hecho indiscutido.

La actora propone la testifical de la dueña de la perra, del tomador del seguro y de la servidora

de la posesión. Con respecto a dichas pruebas, la demandada las reputa innecesarias, en la audiencia previa, cuando serían básicas para acreditar que el siniestro no está amparado en la póliza de seguro del hogar en la modalidad de “responsabilidad civil ampliada a la vida privada”, basada en que el perro no vive en el domicilio -en contra de la presunción de que lo hace con el propietario- o que la dueña del perro no tiene ninguna relación con el tomador del seguro. En cualquier caso, desconocemos las condiciones de exclusión, no justificadas por la compañía, y no podemos darlas por acreditadas.

Por otra parte, tampoco le corresponde justificar a las demandantes el peso de la perra que, además, es hembra y mestiza de Beauceron, y que la sentencia, sin que nadie hubiera cuestionado tal dato, ni propuesto prueba alguna para acreditarlo (art. 282 LEC), considera excede de 20 kg.

Por consiguiente, consideramos el siniestro cubierto por la póliza.

Ante las discrepantes posiciones de las partes con respecto a la valoración del daño sufrido, debemos determinar ahora si procede acoger la petición indemnizatoria postulada en la demanda.

En este sentido, por la muerte del perro Yorkshire, propiedad de D.^a Apolonia, han resultado debidamente acreditados los daños a través de la prueba documental aportada. Precio del animal 1.200 euros, más 5% instado como daño moral, así como gastos de veterinario, por la atención e intervención quirúrgica practicada, así como incineración, 960 euros, lo que hace un total de 2.220 euros, por tal concepto resarcitorio.

Con respecto a las lesiones sufridas por D.^a María Luisa contamos con los siguientes elementos de juicio:

El parte inicial de lesiones, datado el día siguiente de desarrollarse los hechos, en el que consta caída de espalda y golpe occipital, no vómitos, ni síncope, dolor a la palpación muñeca izquierda, dolor palpación paravertebral desde cervical hasta coccígea, espinopresión negativa, no deformidad, no crepitacio, erosión pierna izquierda, y diagnóstico contusión.

En RMN de columna lumbar, de 16 de septiembre de 2015, consta edema óseo 11.^a vértebra dorsal y 2.^a lumbar; espondiolitis; pequeña hernia discal subligamentaria T-12-L1; protusiones pos-

terocentrales L1-L2 y L2-L3; hernia discal subligamentaria posterocentral izquierda L4-L5; pequeña hernia discal subligamentaria T12-L1.

En la RMN muñeca izquierda, del mismo día 16 de septiembre de 2015, consta esguince de ligamentos de radio y cúbito carpianos; gongliones quísticos en borde radical y cubital; desgarro en FCT, así como en músculo pronador cuadrado.

El diagnóstico inicial de fisioterapia es el siguiente: síndrome postraumático cervical; dorsalgia postraumática y contusión postraumática muñeca izquierda, con inicio de tratamiento 13 de julio de 2015 y fin 25 de septiembre de 2015, no consta informe de alta.

En informe de medicina familiar y comunitaria de 15 de octubre de 2015, consta que, al día de hoy, la paciente continúa con dolor y molestias a nivel cervico-dorsal 2.^o a contracturas musculares derivadas de la caída, así como dolor con limitación de la funcionalidad a nivel de muñeca izq., por lo que se beneficiaría de tratamiento rehabilitador.

Se aporta también informe psicológico del Instituto de Salud Pública de Madrid de 20 de noviembre de 2015, en el que consta que, tras los hechos, experimenta miedo intenso a salir a la calle y a los perros, estado de alerta continúa e insomnio, a fecha actual sigue acudiendo a recibir apoyo psicológico.

Con base en el historial clínico de la demandante, antes reseñado, y exploración efectuada, los dictámenes de los peritos designados por las partes discrepan en sus conclusiones.

Así, el elaborado por el Dr. Leandro, de 13 de enero de 2016, fija como periodo de sanidad 86 días, todos ellos impeditivos; así como secuelas: síndrome postraumático cervical, 5 puntos; algias dorso-lumbares, 4 puntos; estrés postraumático, 3 puntos, y limitación funcional de la muñeca izquierda, 6 puntos.

Por el contrario, la aseguradora aporta otro informe, elaborado por el Dr. Plácido, de 30 de enero de 2017 que, tras reconocimiento llevado a efecto el 21 de diciembre de 2016, manifiesta no existen evidencias de persistencia de clínica a nivel cervical y lumbar, y fija como secuelas: algias postraumáticas en mano y muñeca, 2 puntos, así como otro punto adicional por trastorno por estrés postraumático, que lo considera más propiamente indicativo de un trastorno adaptativo con clínica de tal naturaleza. En cuanto a la incapacidad temporal, la establece,

igualmente, en 86 días, de los cuales tan solo 12 días son impeditivos.

En este sentido, nos ofrece con respecto a las algias a nivel cervical, dorsal y lumbar, más consistencia el dictamen del perito de la parte demandada, al ser más completo y detallado, referirse a cada estructura corporal afectada, con valoración del cuadro clínico inicial que presentaba la lesionada y evolución posterior de la paciente en relación con la documentación clínica obrante en autos, exploración llevada a efecto el 21 de diciembre de 2016, más próxima en el tiempo, así como discusión médica de los signos que se describen en las pruebas obrantes en autos, con los criterios diagnósticos propios de la ciencia médica.

Así, con respecto a la columna cervical, tiene en cuenta que se descarta afectación neurológica, que los marcos y cefalea no persisten tras fase aguda, la paciente no lo refiere en anamnesis, ni se objetiva en la exploración física (Romberg y Uttemberger negativo). Finalizada la fisioterapia, la clínica cervical se ha resuelto sin secuelas, solo se recoge levemente contractura cervical en el informe de 15 de octubre de 2015 de MAP, pero, en la realizada por el Dr. Plácido, en diciembre de 2016, no se objetiva ninguna clínica, sólo se refiere molestias cervicales cuando sobrecarga, lo que constituye clínica habitual en pacientes de

edad de la lesionada, nacida el NUM002 de 1952.

Con relación a la columna lumbar, en el informe de MAP de 15 de octubre de 2015, no refleja persistencia de clínica de tal clase, sino dolor y molestias a nivel cervicodorsal. En la exploración de 21 de diciembre de 2016, la paciente refiere dolor episódico si realiza sobrecarga, y niega dolor mecánico crónico y/o continuo, no toma tratamiento analgésico de forma continua. La exploración física no refleja signos de importancia: no contracturas, no limitación de la movilidad, dolor a la extensión lumbar, no signos de comprensión neurológica. La presencia de dolor a la extensión es propia de afectación facetaria (articulaciones intervertebrales posteriores), forma clínica de afectación espondiloatrásica.

Concluye el perito, este apartado, con referencia a la clasificación de Coín, y señala que las protusiones-hernias que presenta la paciente en región lumbar, con osteofitos y deshidratación discal en todos los segmentos, así como ausencia de signos de lesión ligamentaria (las lesiones discales existentes son subligamentosas), tienen un origen claramente degenerativo, no necesitando haber sufrido un traumatismo para su desarrollo.

Con respecto a las lesiones en la muñeca izquierda, dolor con limitación de la funciona-



lidad en flexión dorsal (-15°) y palmar (-10°), con intenso dolor a la movilización pasiva y pérdida de fuerza comparativamente con contralateral, no sólo tiene base de constatación objetiva en RMN, sino que es también apreciada por el médico de la sanidad pública, en su informe de 15 de octubre de 2015, por lo que admitimos tal secuela, con la puntuación de 6 puntos.

Igualmente, el síndrome por estrés posttraumático, es reconocido por ambos especialistas, que discrepan, únicamente, en su puntuación, pues mientras que el Dr. Leandro la fija en 3 puntos, el Dr. Plácido en 1 punto. La horquilla de la secuela oscila entre 1 y 3. Fijamos una puntuación media de 2 puntos, al no constar que la secuela se sufra en el ámbito de su mayor gravedad.

En definitiva, establecemos la puntuación de las secuelas sufridas en 8 puntos.

Por lo que respecta, a los días de incapacidad temporal, el perito de la actora los fija en 86 días improductivos. Ambos peritos están de acuerdo como fecha de estabilización de las lesiones, el 25 de septiembre de 2015, en que finaliza la rehabilitación (RBH), si bien discrepan en la naturaleza de los días improductivos.

El perito de la compañía considera que son 12 los que ostentan tal consideración, en atención al informe de inicio de la fisioterapia, de 13 de julio de 2015, en el que consta no tiene ningún tratamiento inmovilizador que le impida realizar su vida habitual, ni pauta de reposo específica. Ahora bien, en dicho informe, consta padece, al menos en fase de tratamiento, un cuadro de algias agudas, con mareos y cefaleas, así como dolor intenso en muñeca izquierda, con limitación funcional apreciada, que determina que consideremos que, en tales condiciones, no podía dedicarse a sus ocupaciones habituales.



En consecuencia, la indemnización que corresponde a la actora consiste en 8 puntos de secuela a 768,34 euros punto = a 4610,04 euros, más el 10% de factor de corrección, se eleva a 5071,04 euros. La indemnización por los 86 días impeditivos es correcta la postulada en la demanda de 5.525,59 euros, lo que hace un total, adicionados los 225 euros de gastos de asistencia médica, de 10.821,63, por los daños sufridos por D.^a María Luisa.

Todo ello, con los intereses legales del art. 20 de la LCS, desde la fecha del siniestro. Dichos intereses se calcularán, durante los dos primeros años, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20% si aquel no resulta superior (sentencias de pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras, por las SSTS 632/2011, de 20 de septiembre; 165/2012, de 12 de marzo; 736/2016, de 21 de diciembre; 222/2017, de 5 de abril; 562/2018, de 10 de octubre; 140/2020, de 2 de marzo; 419/2020, de 13 de julio; 503/2020, de 5 de octubre, y 234/2021, de 29 de abril).

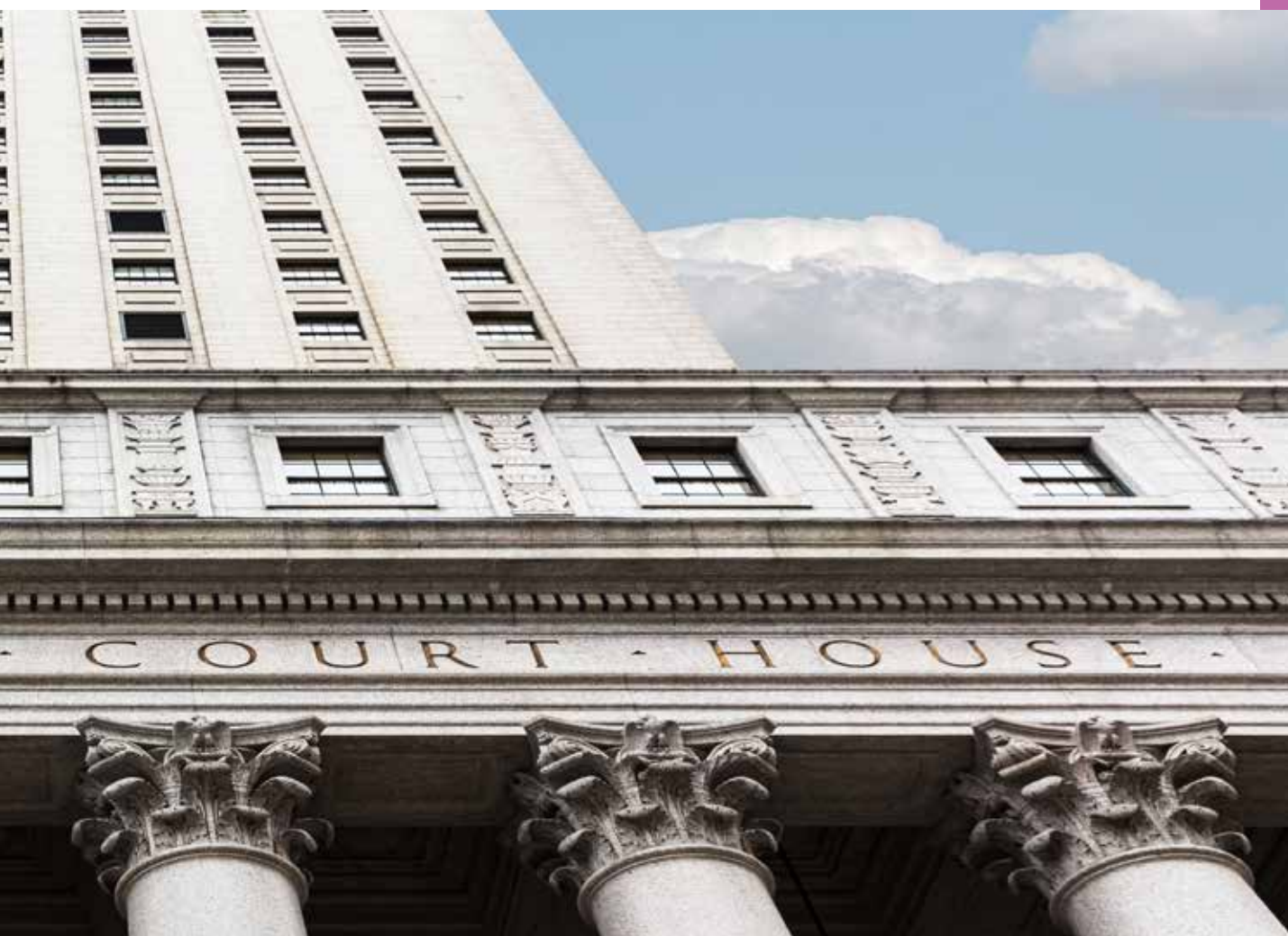
SEXTO.- Costas y depósitos

La estimación parcial de demanda, apelación y recursos extraordinarios por infracción procesal y casación conducen a que no se haga especial condena en costas (arts. 394 y 398 LEC), así como que proceda la devolución de los depósitos constituidos para recurrir (Disposición Adicional 15.^a 8 LOPJ).

FALLO

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

1.º- Estimar en parte el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, sin hacer especial pronunciamiento en costas y devolución del depósito constituido para recurrir.



2.º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por las demandantes contra la sentencia dictada el 11 de enero de 2019, por la sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 610/2018, sin imposición de costas y devolución del depósito constituido para recurrir.

3.º.- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto, estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la sentencia de 8 de mayo de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Madrid, en las actuaciones de juicio ordinario n.º 623/2016, y, con revocación de dicha resolución, condenamos a la compañía de seguros Generali a que abone a la demandante D.ª María Luisa, la suma de 10.821,63 euros por los daños sufridos, y a la demandante D.ª

Apolonia, la cantidad de 2.220 euros, todo ello con los intereses del art. 20 de la LCS, desde la fecha del siniestro, computados de la forma indicada en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia.

4.º.- No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de primera y segunda instancia, y se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir en apelación.

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

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

Así se acuerda y firma.



Por **José Manuel Villar Calabuig**
Abogado

Por muy acostumbrados que estemos, no deja de ser sorprendente como necesitamos la coherencia del Alto Tribunal ante resoluciones de instancia de un más que cuestionable nivel jurídico, vulnerando incluso, como veremos, las reglas de la carga de la prueba. Y una gran valentía, o atrevimiento, del letrado de la actora, y de la demandante, que no cesó en su empeño de que se resolviera debidamente su reclamación.

Supuesto de hecho: una persona sale de su domicilio con el perro de su hija, sin llevarlo atado, y el animal ataca a dos pequeños perros que paseaba otra persona, matando a uno de ellos, y causando lesiones a su propietaria. La propietaria del perro agresor no tenía seguro específico que cubriera el riesgo, pero su padre sí tenía concertada una póliza de hogar que daba cobertura de responsabilidad civil, ampliada a la vida privada, por daños causados por animales domésticos siempre que no superasen los 20 kg. A su vez, la persona que paseaba al perro agresor era la esposa del asegurado. Se comunicó el siniestro a la aseguradora, informando a la perjudicada de dicha póliza, y, tras la reclamación que formuló la lesionada, la entidad rechazó la cobertura alegando que el asegurado no era propietario ni poseedor del animal por lo que no era responsable de los daños causados por el perro de su hija. Y ello basándose en que la póliza tenía identificado en el riesgo solo a un ocupante.

“se han vulnerado las reglas concernientes a la carga de la prueba”

En realidad, la propietaria y su madre, que paseaba al perro, vivían en la vivienda asegurada. Mejor dicho, la propietaria estaba empadronada en dicha vivienda, lo que hace presumir que residía, y el perro, el día de la agresión, era seguro que estaba en la vivienda asegurada con los padres de la propietaria. Así quedó centrado el debate en si el seguro de hogar, contratado para una vivienda donde solo se identificaba a un ocupante (tomador y asegurado), debía responder por los daños causados por el canino de su hija cuando era paseado por su esposa.

Ante el rehusé de la aseguradora, se inicia reclamación judicial. Se plantea en primer lugar diligencias preliminares por las que se requiere a la aseguradora para aportar la póliza de seguros, tanto condiciones particulares como generales, así como copia del expediente abierto. La aseguradora decide aportar solo las condiciones particulares, circunstancia que aún no siendo sancionable si es reprochable, además de necesario para su defensa como ha acabado determinado el Ato Tribunal. Y a la vista de estas, las condiciones particulares, se formula demanda contra la aseguradora, exclusivamente, ejercitando la

COMENTARIO

acción directa del art. 76 de la LCS. En primera instancia es desestimada la demanda, se recurre y la AP resuelve confirmando la desestimación, condenando en costas en ambas instancias. La sentencia de primera instancia interpretó que efectivamente solo había un ocupante (tomador y asegurado) y en aplicación, sorprendente, del art. 7 de LCS determina que, aunque residiera en la vivienda, no era asegurada beneficiaria.

La Audiencia va mas a allá para confirmar la desestimación de la demanda, entendiendo que por la actora no se acreditaba la cobertura, no quedaba acreditada la relación de la propietaria con el tomador, que aún viviendo eso no acredita la relación con el tomador y que no se probó que el perro viviera en la vivienda, aunque si su propietaria. Es decir, establece que la carga de la prueba de la cobertura corresponde a la demandante, que probar la relación de la propietaria con su padre le corresponde a la demandante, que probar la unidad familiar de los tres familiares y el perro le correspondía a la demandante y que probar donde vivía el perro le correspondía a la demandante. Comentario aparte merece la labor de investigación realizada por la AP que buscó la póliza en internet y decide que el perro, por ser de raza Beauceron, no era de las características de lo previsto en la póliza, entendemos que por considerar que pesaba mas de 20 kilos. Motivo no alegado por la entidad demandada, cuando si lo hubiera hecho el resultado es posible que hubiera sido otro, pues efectivamente el peso de los perros adultos de esa raza supera seguro los 20kg.



Como ya hemos destacado otras veces del magistrado Sr. Seoane, es de agradecer no solo el desarrollo de la sentencia, para su mejor comprensión, sino también su calidad doctrinal y la fundamentación de la sentencia podría formar parte del mejor manual de derecho, en este caso de derecho procesal. Porque la sentencia incluye un excelente y sencillo estudio sobre la carga de la prueba y la acción directa. Precisamente, al desestimar el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, por entender que la sentencia no es incongruente, tiene una frase demoledora: *“la sentencia no es incongruente, en tanto en cuanto resuelve la contienda litigiosa desestimando la demanda, cuestión distinta es que se hayan vulnerado las reglas concernientes a la carga de la prueba lo que es objeto del segundo motivo por infracción procesal”*. Estimando el segundo motivo del recurso.

“No cabe confundir valoración probatoria y carga de la prueba”. Entiende la valoración probatoria como una operación previa, destinada a fijar que concretos hechos de los alegados y controvertidos por las partes deben considerarse demostrados, y las reglas de la carga de la prueba determinan las consecuencias procesales de la falta de prueba. Así, el art. 217 de la LEC se infringe cuando, ante un hecho dudoso, que no ha resultado acreditado, se atribuyen las consecuencias de la incertidumbre a la parte a quien no compete su demostración.

“No cabe confundir valoración probatoria y carga de la prueba”

Respecto de la acción directa, acción que permite a los perjudicados dirigirse contra la aseguradora (Art 76 de la LCS), y que es autónomo e independiente del que ostenta el asegurado contra su aseguradora e inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, sus presupuestos necesarios serían el título de imputación jurídica que haga responder al asegurado y la existencia de una cobertura válida. Por ello de los dos derechos del perjudicado, el derivado del acto ilícito y el derivado del contrato, surgen dos obligaciones correlativas diferentes, una primera del asegurado que debe responder del daño causado y otra del asegurador, que nace de la de su asegurado y de la existencia del contrato de seguro. Por ello, el perjudicado puede reclamar al causante, al causante y su seguro, o directamente al seguro. En el caso enjuiciado, que no podemos negar que llama la atención, solo se dirige la reclamación contra la aseguradora, pese al riesgo de que, como pasó en las dos instancias, no tuviera cobertura. Siendo menor la propietaria, como parece, es posible que existiera cierto acuerdo entre ambas partes, perjudicada y propietaria (incluidos sus padres) de buscar la indemnización de la aseguradora exclusivamente, sospechando se interrumpía anualmente la prescripción frente a la propietaria para el caso de que finalmente no tuvieran cobertura.

El Alto tribunal le da un giro absoluto a la carga de la prueba fijada por la Audiencia, que imponía a la actora, y determina que no corresponde a la demandante acreditar el ámbito de la cobertura (principio de disponibilidad y facilidad probatoria del asegurador), que no le corresponde a la Audiencia asumir funciones probatorias (peso del perro y condiciones de la póliza), y la incertidumbre probatoria corresponde en el proceso a la compañía aseguradora.

COMENTARIO

Se estima también el recurso de casación (basado en infracción del art. 1905 del CC y del art. 73 de la LCS), considerando cubierto el siniestro por la póliza, sin discutirse el hecho, la propiedad, y la convivencia de la propietaria con el tomador. Debemos destacar especialmente lo ocurrido en la tramitación de primera instancia donde en la Audiencia Previa la actora propuso la testifical de una testigo ajena, la de la madre de la propietaria, que paseaba al perro, la de la propietaria y la del asegurado. La juzgadora preguntó a las partes si había discusión sobre los hechos (ataque del perro), aceptando la aseguradora los hechos descritos en la demanda, y no admitió dicha prueba por considerarla innecesaria al no cuestionarse los hechos. Ambas partes aceptaron dicha decisión, erróneamente o no, según se vea el resultado, y en la tramitación posterior ha sido relevante que no se practicara la prueba. Primero porque tanto en primera como segunda instancia, se establece que la actora no probó la relación de los tres implicados y su perro, y segundo porque el Alto Tribunal entiende que la aseguradora, que tenía la carga probatoria, no ha desplegado prueba sobre el contrato y la figura de los usuarios de la vivienda asegurada. Creo que no me equivoco al plantear que, la gran mayoría de los abogados, hemos vivido situaciones como la ocurrida en la Audiencia Previa y la no admisión de una prueba que, pensando juega a tu favor por interpretación del posicionamiento del juzgador, realmente acaba siendo un lastre. Y lo que parecía que había perjudicado a la actora, pues se le exigió probar la relación entre el tomador, su esposa, su hija y el perro, finalmente a quien perjudicó fue a la aseguradora demandada que no probó lo que defendía.

Siendo estimada finalmente la demanda, el Alto Tribunal asume la función de instancia y entra en la valoración de los daños y perjuicios, que no merece mayor comentario, estimando parcialmente la demanda, al no conceder la totalidad de lesiones reclamadas por la lesionada, y conceder indemnización por la muerte del perro, tanto su valor económico (precio) como el daño moral de su muerte, fijado en un 5%, y los gastos de veterinario e incineración del animal.





perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes
Abogado

Para quienes -sin querer- apuramos plazos en demasía, abusando del art 135 LEC, cumple conocer la Sentencia N° 360/2018, 15 de junio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo -Ponente, Excmo. Sr D. Eduardo Baena Ruiz-:

5.- *“En lo que es relevante para el supuesto que se decide, de acuerdo con el criterio sostenido por la STC 107/2005, de 9 de mayo, el plazo de que disponen las partes para la formulación del recurso por determinación legal es un plazo de caducidad no ampliable a voluntad de aquellas, pero tampoco puede quedar acortado por la presentación del escrito sin cumplir todos los requisitos previstos en la norma procesal, en concreto, en este caso, los establecidos en el artículo 276.1 y 2 LEC. Presentado el escrito sin dar cumplimiento al requisito y sin agotar el plazo previsto para su presentación, la diligencia exigible al órgano judicial impone una actuación inmediata de este dirigida a hacer posible la subsanación de la falta dentro del término conferido para la presentación del mismo. Por ello, esta Sala no ha permitido que prosperaran las impugnaciones en aquellos casos en los que la parte*

efectuó el acto procesal el último día del plazo legalmente previsto para su realización, ya que al órgano judicial no le era posible habilitar un trámite de subsanación que permitiera a la parte cumplir con el requisito dentro del término preceptuado (AATS de 14 de febrero de 2006, rec. de queja 916/2005, 13 de octubre de 2004, rec. 3019/2001, de 20 de enero de 2009, rec. de queja 2351/2005, y 17 de noviembre de 2009, rec. 2081/2006), y ha admitido el recurso cuando sí era posible -atendido que no había sido agotado el plazo de presentación- habilitar dicho trámite (ATS de 17 de febrero de 2009, rec. 1488/2006).

6.- *Aplicando la doctrina expuesta, han de ponderarse las circunstancias concurrentes en el recurso para decidir si la falta de observancia del requisito acarrea, en este caso, la grave sanción que impone el art. 277 LEC. El plazo para la*

interposición del recurso venía el 23 de junio de 2015, aunque la parte recurrente podía presentar el escrito de interposición hasta las 15 horas del día 24 de junio. La recurrente presentó el escrito de interposición en fecha 23 de junio de 2015, pero no acompañaba ni el justificante del traslado de copia (no realizado) ni los documentos de autoliquidación de la tasa y constitución del depósito para recurrir (no pagados).

7.- *A los efectos de la doctrina de la sala antes mencionada, se ha de dejar constancia de que el acto procesal de interposición del recurso se efectuó el último día del plazo legalmente previsto para su realización, esto es, el día 23 de junio, ya que la previsión contenida en el art. 135 LEC no supone la ampliación del plazo. La solución dada por este artículo a los problemas prácticos planteados por la interdicción*

de presentación de los escritos a término en el juzgado de guardia es la posibilidad que concede la norma de presentarlos hasta las 15 horas del día siguiente hábil al de finalización del plazo. Ello no supone la ampliación del plazo legal, sino que su finalidad es dar solución a la falta de coordinación entre el art. 133.1 LEC de 2000, conforme al cual los plazos expiran a las 24 horas del día de su término, el derecho de las partes a disponer de los plazos en su totalidad (STC 239/2005), y el horario de la oficina judicial a través de un mecanismo de ficción legal, de tal modo que los escritos relativos a actuaciones a término que se presenten antes de las 15 horas del día siguiente al vencimiento del plazo se entenderán entregados dentro del mismo, y ello para salvaguardar el derecho a conservar el plazo hasta las 24 horas del último día del plazo estrictamente legal. Así lo ha sostenido la sala en la sentencia 740/2011, de 20 de octubre de 2011, rec. 1637/2008, reiterada por la sentencia 150/2015, de 25 de marzo. De ahí, que deban tenerse por presentados el último día del vencimiento del plazo tanto el escrito de interposición del recurso -23 de junio- como aquél con el que aportan los resguardos de haber constituido el depósito para recurrir y el abono de la tasa judicial -24 de junio-, en ambos supuestos sin traslado de copias.

8.- Respecto al no traslado de copias de los resguardos acreditativos de la autoliquidación de la tasa y de la constitución del depósito para recurrir, si presentados en plazo, la consecuencia anudada a la omisión no puede ser de tanta relevancia, (arts. 277 LEC) si se atiende a la doctrina de la sala favorable a la subsanación en materia de depósito y tasa judicial (autos de 9 de diciem-

bre y de 2 de noviembre de 2010). La sentencia 725/2013, de 12 de noviembre, contiene una síntesis de la doctrina jurisprudencial favorable a la subsanabilidad de la omisión, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, en interpretación del párrafo segundo del apartado séptimo de la disposición adicional 15ª de la LOPJ.”

les puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del «derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable» (FJ 6).

4. Aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto

Atendiendo a los referidos criterios, podemos afirmar que en el caso sometido a examen se ha producido una dila-

Un señalamiento a tres años y casi cinco meses de presentada la demanda, incluso si se sustituye (estimulado por la interposición de un recurso de amparo) por nuevo señalamiento en plazo de dos años, ¿es irrespetuoso con el derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable?, El recurrente de amparo tenía un contrato predoctoral de formación con la Universidad de Sevilla, -era su fuente de ingresos-, presenta su tesis doctoral y la Universidad se niega a formalizar el contrato posdoctoral que había aceptado suscribir con el (y su futura fuente de ingresos); formula demanda de indemnización de daños y perjuicios que es turnada al Juzgado de lo Social N.º 11 de Sevilla, que la admite a trámite y señala el acto de conciliación -y juicio- para tras años y casi cinco meses después. El actor usa cuanto procesalmente puede para anticiparlo pero solo cuando el Juzgado toma conocimiento de la demanda de amparo, éste anticipa el señalamiento a casi dos años desde la interposición de la demanda. Lo decide la Sentencia de 10 de Octubre de 2022, Rec. 8133/2021 del Tribunal Constitucional, Sala 1ª -Ponente: Excma. Srª Montalbán Huertas, Inmaculada-

“Este es también el criterio seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su sentencia caso Unión Alimentaria Sanders c. España, de 7 de julio de 1989, afirmó que el carácter estructural de las dilaciones no puede privar a los ciudadanos de su derecho al respeto del plazo razonable (§§ 38 y 42); y en su sentencia caso Lenaerts c. Bélgica (§ 18), de 11 de marzo de 2004, razonó que el art. 6.1 del CEDH obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribuna-

ción indebida proscrita por el art. 24.2 CE, pues:

(i) El asunto planteado, como se dice en la demanda, no revestía una especial complejidad, al tratarse de una simple reclamación de cantidad derivada del eventual incumplimiento de unos compromisos laborales previos. Teniendo en cuenta la materia, no parece razonable que su señalamiento y resolución se difieran en el tiempo en unos plazos tan extraordinariamente dilatados: tres años y cinco

meses en el primero de los señalamientos, y casi dos años en el señalamiento “anticipado”.

(ii) Tanto el primero de los señalamientos como el segundo de ellos, (señalamiento “anticipado”), se encuentran dentro de los rangos temporales que han servido de base a este Tribunal para declarar la existencia de una dilación indebida en casos anteriores, siendo, además, ambos plazos claramente superiores a los tiempos medios de resolución de asuntos equivalentes por los Juzgados de lo Social de toda España, tiempo medio que se situaba en el año 2021, en que fue interpuesta la demanda, en 14,5 meses de acuerdo con la estadística publicada por el CGPJ relativa a la actividad de los órganos judiciales. Por consiguiente, cabe apreciar que el presente caso se inscribe también en lo que nuestra doctrina ha calificado como demora constitutiva de una dilación indebida.

(iii) El interés que arriesga el recurrente en el pleito es el de obtener una resolución judicial que determine si le corresponde percibir una indemnización por la negativa de la Universidad de Sevilla a formalizar el contrato posdoctoral que había

aceptado suscribir con el hoy recurrente de amparo - hasta entonces vinculado a la Universidad por un contrato predoctoral - una vez presentada oficialmente su tesis doctoral. Se trata, en definitiva, de una reclamación de cantidad que puede tener un impacto muy significativo en la vida del recurrente en amparo, teniendo en cuenta que la negativa de formalización del contrato posdoctoral implica, de entrada, que el recurrente se quede en situación de desempleo y sin la que hasta entonces venía siendo su fuente de ingresos (contrato predoctoral de formación).

(iv) Ha de excluirse que la conducta del demandante merezca reproche alguno, dado que, además de no haber propiciado el retraso en cuestión, ha denunciado ante el órgano judicial la concurrencia de las supuestas dilaciones, utilizando cuantos remedios legales se hallaban a su disposición para denunciar el retraso y solicitar que se corrigiera, tanto frente a la resolución que acordó el primer señalamiento, como frente a la resolución que acordó el segundo señalamiento “anticipado”.

(v) El único motivo aducido por el órgano judicial para

justificar esa dilación consiste en la sobrecarga de trabajo permanente o estructural a la que ha de hacer frente y la carencia de los medios personales y materiales necesarios para sacarla adelante en unos plazos razonables. Como ya se ha indicado extensamente, no cabe aceptar esta razón como causa suficiente para neutralizar la lesión al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias.

Por todo lo anterior, cabe concluir que se ha vulnerado en este caso el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del recurrente (art. 24.2 CE); y en consecuencia, se declara la nulidad del decreto de 13 de julio de 2021 y de las dos resoluciones que desestimaron los recursos de reposición y revisión formulados contra el mismo. Conforme a lo solicitado por el recurrente, se acuerda que el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla proceda a efectuar un nuevo señalamiento que resulte respetuoso con el derecho fundamental lesionado.”

Es más usual de lo que debiese que llegado el momento en que el Juzgado acuerda proceder, de conformidad con lo prevenido en el artículo 779.1.4^ª Lecrim., acordar la continuación de las presentes Diligencias Previas como Procedimiento Abreviado siguiendo el trámite previsto en el Capítulo IV del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 780 y siguientes Lecrim.), en la práctica- sin que nadie asuma la “paternidad “ del comportamiento de hecho,- no se actúe acorde al Art 780 LECrim cuyo primer párrafo: “Si el Juez de Instrucción acordase que debe seguirse el trámite establecido en este capítulo, en la misma resolución ordenará que se de traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones particulares, para que, en el plazo común de 10 días soliciten...”, sino que “se” afirme que los 10 días comenzaron al notificar el auto, y no se entregará ni original ni copia a la acusación, que haga lo que deba con lo que tenga, - y ello pese a que el texto del Auto, y el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no son retóricos sino destinados a ser cumplidos, mencionar que ello puede dar lugar incluso a nulidad de actuaciones, como fue el caso de la Sentencia de la Sección: 2 de la Audiencia Provincial de Albacete ,nº 332/2011, de dieciséis de Diciembre:

“TERCERO.- Este Tribunal ya ha señalado en alguna otra ocasión que no se cumple con el artículo 780 de la LECrim y se causa indefensión sino se da traslado efectivo a las acusaciones personadas de las diligencias previas para calificación, solicitud de sobreseimiento o practica de diligencias complementarias. Traslado efectivo mediante entrega de originales o fotocopias que en autos no consta.

En idéntico sentido, el Auto nº 207/2006, de 1 de Agosto, de la Sección: 1 de la Audiencia Provincial de Soria:

“CUARTO.- Dicho acto de traslado que no queda subsanado, porque a la parte que también es acusada, se le da traslado del auto de apertura de juicio oral, porque no es un traslado que permita formular escrito de acusación. No puede olvidarse, por otro lado, que

la nulidad de actuaciones que se plantea es una de las alternativas que el artículo 786.2º de la LECrim permite.”

TERCERO.- Con relación al recurso interpuesto contra el auto de 12 de mayo de 2006, que desestimó la reforma de la diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2006 por el que se acordó la entrega de los autos a la Procuradora de la parte por diez días a los efectos del artículo 780.1 LECrim., afirma la parte que no le fueron entregados, por lo que recurrió la citada providencia con el objeto de que se le diera traslado de los autos. El Juzgado desestimó la pretensión afirmando que la Procuradora puede retirar los autos en la Secretaría dentro del plazo legal, por lo que debía ser desestimado el recurso de reforma. La parte apelante arguye que los autos se encontraban en Fiscalía y en poder del Juzgado, y no tuvo

ocasión de retirarlos. Lo cierto es que comprobamos que tras la diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2006, que fue notificada a la parte el siguiente día 10, el Ministerio Fiscal evacuó informe de 10 de marzo de 2006 y el Juzgado dictó diligencia de 13 de marzo de 2006, por lo que deducimos que, efectivamente, la parte no pudo tener acceso a las diligencias previas a los efectos del artículo 780.1 LECRIM, por lo que el recurso contra el auto de 12 de mayo de 2006 debe ser estimado.”

CUARTO.- Procede por lo dicho la desestimación del recurso de apelación contra el auto de 16 de mayo de 2006 y la estimación del recurso contra el auto de 12 de mayo de 2006, debiendo el Juzgado hacer entrega de las Diligencias Previas a la parte a los efectos del artículo 780.1 LECRIM.”



La tasación de costas para el Tribunal Supremo tiene únicamente por objeto determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado minutante y, a tal fin, la minuta incluida en la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino además adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal y las minutas por ellos presentadas a efectos de su inclusión en la tasación de costas, sin que para la fijación de esa media razonable que debe incluirse en la tasación resulte vinculante por sí sola la cuantía del procedimiento ni el preceptivo informe del Colegio de Abogados, ni ello suponga que el abogado no pueda facturar a su representado el importe íntegro de los honorarios concertados con su cliente por sus servicios profesionales. Según la Sentencia nº 1684/2022, de 19 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª- Ponente: Ilmo. Sr. Calvo Rojas, Eduardo-. sentencia que resuelve el recurso contencioso- administrativo que interpuso el Colegio de Abogados de Las Palmas contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio de 2015 por la que se le impuso al citado Colegio de Abogados una sanción de multa de 19.443 euros por la comisión de una infracción grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia) (la vista pública y la ulterior deliberación se desarrollaron de forma conjunta con las del recurso de casación, interpuesto en representación del Colegio de Abogados de Guadalajara, y la deliberación de estos asuntos se compaginó también con la del recurso de casación interpuesto por el Colegio de Abogados de Madrid,) *«La existencia de baremos, es decir, listados de precios para cada actuación de los abogados, opera como elemento disuasorio de la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales prestados por abogados en cuanto tiende a homogenizar los honorarios a la hora de tasar las costas, operando en contra de la libertad y divergencia en la fijación de precios. Y es una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que implica una restricción de la competencia por el objeto, dado que es potencialmente apta para lograr el objetivo perseguido.»* no determina- ni podía hacerlo - cómo se deben cuantificar las actuaciones letradas a los efectos del trámite incidental de tasación de costas , o jura de cuentas , pero el interrogante para quien minuta (la cuantía de los honorarios para las distintas clases de actuaciones profesionales), para quien prepara la tasación de costas , y quienes sobre ella han de decidir queda planteado:

“Lo que en realidad se debatía en el proceso de instancia -y también ahora en casación- es si los criterios orientativos establecidos por el Colegio de Abogados recurrente -que se dicen aprobados al amparo de la disposición adicional cuarta de la Ley 2/1974, sobre Colegios

Profesionales (redacción dada por el artículo 5.17 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre en tanto que establecidos “a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados”, puede considerarse que en realidad constituyen un baremo de precios

prohibido por el artículo 14 de la citada Ley sobre Colegios Profesionales (redacción dada por el artículo 5.14 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre)), y, como consecuencia, constitutivos de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia).”.

- La Sentencia de la Audiencia Nacional afirmaba-“Así las cosas, hemos de convenir con la resolución recurrida en que su difusión tiene aptitud para homogeneizar el precio de los servicios jurídicos, en la medida en que reducen la incertidumbre sobre el comportamiento entre competidores en el mercado de prestación de servicios jurídicos por lo que su calificación como recomendación colectiva de precios es correcta y ajustada a derecho”-“la abogacía del Estado argumentaba-...el Colegio de la Abogacía de Barcelona ha aprobado unos criterios orientativos a efectos de tasación de costas que incluyen la funcionalidad de los mismos que se extrae de los artículos 14 y disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, incluyendo los citados criterios jurisprudenciales para la determinación y en los que está ausente cualquier efecto de determinación cuantitativa exacta asimilable a una tarifa o listado de precios. Tales criterios orientativos han sido objeto de publicación, y se encuentran en fuentes accesibles al público.”-“... carecen de cualquier referencia cuantitativa y no ven impedida su función en el trámite procesal que le corresponde según disciplina de la LEC, ni afecta a las

funciones que corresponde al Letrado de la Administración de Justicia y al órgano jurisdiccional en su caso. Ni supone un baremo o un documento con estructura tarifaria con aptitud (infracción por el objeto) para alinear precios de los servicios profesionales de los abogados en el ámbito territorial del Colegio recurrente”

SEXTO.- Respuesta de la Sala a las cuestiones de interés casacional. “Una interpretación sistemática y finalista de lo establecido concordadamente en el artículo 14 y la disposición adicional cuarta de la Ley 2/1997, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (redacción dada a ambos preceptos por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (LA LEY 23130/2009)) lleva a considerar que la prohibición establecida en el citado artículo 14 constituye una regla de alcance general, incluyéndose en la prohibición tanto el establecimiento de baremos, catálogos o indicaciones concretas que conduzcan directamente a la cuantificación de los honorarios de los abogados como la formulación de recomendaciones más amplias, directrices o criterios orientativos que no alcancen tal grado de concreción; en tanto que la excepción que se contempla en la dispo-

sición adicional cuarta de la Ley sobre Colegios Profesionales viene formulada y debe ser entendida en términos significativamente más estrechos, no solo por su limitado ámbito de aplicación (“...a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados”, y, por extensión, a la tasación de costas en asistencia jurídica gratuita) sino también porque lo que allí se permite por vía de excepción no es que el Colegio profesional establezca a esos limitados efectos cualquier clase de normas, reglas o recomendaciones, incluidos los baremos o indicaciones concretas de honorarios, sino, únicamente, la elaboración de “criterios orientativos”; expresión ésta que alude a la formulación de pautas o directrices con algún grado de generalidad, lo que excluye el establecimiento de reglas específicas y pormenorizadas referidas a actuaciones profesionales concretas y que conduzcan directamente a una determinada cuantificación de los honorarios.

Una interpretación de las normas citadas que permitiera a los colegios de abogados el establecimiento y difusión de baremos, listados de precios o reglas precisas directamente encaminados a fijar la cuantía de los honorarios para las distintas clases de actuaciones profesionales, aunque se digan aprobados a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas, resultaría contraria a la finalidad de las normas a las que nos venimos refiriendo -artículo 14 y disposición adicional cuarta de la Ley sobre Colegios Profesionales- y vulneraría la Ley de Defensa de la Competencia (LA LEY 7240/2007), que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de



impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, en este caso mediante la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (artículo 1.1.a/ de la Ley de Defensa de la Competencia (LA LEY 7240/2007)).”

Sobre la cuestión de si es posible la imposición de las costas procesales a la acusación particular (por temeridad) en juicio penal con final absolutorio, cuando la petición se realizó por la Defensa en trámite de informe, y no de conclusiones definitivas, es de interés la Sentencia nº 56/2022, 17 de febrero de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos -Ponente: Ilmo. Sr. D Roger Redondo Argüelles-:

“Por lo que respecta a la imposición de las costas procesales por temeridad, se alega en primer lugar que la petición se realizó por la Defensa en trámite de informe, y no de conclusiones definitivas y ello le causa indefensión y en segundo lugar que no existió temeridad en la formulación de la acusación. Visionada la grabación video-gráfica se observa que tal afirmación es cierta y en las conclusiones provisionales de la Defensa, elevadas a definitivas en el Plenario, no se solicitó la imposición de las costas procesales a la Acusación Particular.

En cuanto al primero de los motivos debemos traer a colación la ST del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 1184/2010 de 27 diciembre. RJ 2011\171 en cuanto afirma la improcedencia de la imposición de las costas procesales cuando no se solicitó ni por el Ministerio Fiscal ni por la defensa, en sus conclusiones definitivas, si bien se pidieron en los informes orales y ello resulta extemporáneo.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) en Sentencia núm. 114/2016 de 22 febrero. RJ 2016\615 señala: “1. Por regla general, la imposición de las costas al acusador particular se entiende comprendida bajo el principio dispositivo, de forma que es precisa una previa petición de parte en ese sentido, (STS nº 847/2006 (RJ 2006, 9331), STS nº 911/2006 (RJ 2006, 7567), STS nº 246/2009 (RJ 2009, 2360) y STS nº 275/2009 (RJ 2009, 1298) , entre otras), lo cual permitirá además el pertinente debate sobre su pertinencia. La razón se halla en que solo se deben imponer si se aprecia temeridad o mala fe, y ambas cuestiones precisando un razonamiento que establezca su existencia. A tal razonamiento habrá de llegarse tras la valoración de distintos elementos respecto de los cuales debe ser posible no solo el debate, sino especialmente la defensa de quien puede ser condenado a su pago.

Aunque en la jurisprudencia de esta Sala los precedentes no son uniformes, según se recoge en la STS nº 863/2014, de 11 de diciembre (RJ 2014, 6654) , predomina “ la tesis que exige petición previa de alguna de las partes “. Y, se aclara, no como consecuencia del principio acusatorio, pues no estamos ante una sanción,

sino, como ya es claro en la doctrina y jurisprudencia, ante un tema de resarcimiento, por lo que habrá que atender al principio de rogación. Y es esa la respuesta que se contiene en la citada sentencia, en la que se argumenta que “ La acusación no pudo prever esa condena, ni rebatirla, ni argumentar, subsidiariamente para el caso de no ser acogida su pretensión de condena, por qué no era procedente en ningún caso cargar con las costas de la defensa, ni explicar o justificar por qué no concurría mala fe o temeridad en su actuación. La sentencia incurre en incongruencia al incluir un pronunciamiento no pedido por ninguna parte, que tampoco puede considerarse consecuencia legal inevitablemente anudada a alguna de sus pretensiones como sucede, por ejemplo, con las costas del condenado. La sentencia ha de resolver las cuestiones que hayan sido objeto de juicio (art. 742 LECrim) pero no puede extender sus pronunciamientos a cuestiones ni alegadas, ni debatidas, aunque pudieran haberlo sido si alguna parte las hubiese introducido en el objeto procesal “.

La misma tesis se sostiene en la STS nº 62/2014, de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2088) , en la que se afirma que “ al no haberse solicitado por ninguna de las partes la imposición de las costas a la acusación particular, se incurre en incongruencia al imponérselas, pues en esta materia, no siendo de aplicación la imposición de las costas por ministerio de la ley, ha de atenderse al principio de rogación “.

Por lo tanto, para condenar en costas a la acusación particular, es preciso que se acredite que actuó con temeridad o mala fe. Y para ello, es necesario que alguien afirme que así ha sido, dando oportunidad de

defenderse a quien se imputa tal forma de proceder.

En el caso, la defensa de los acusados absueltos no solicitó en sus conclusiones provisionales, que elevó a definitivas, la condena a la acusación particular en las costas del proceso, limitándose a mencionar tal petición en el informe emitido al final del juicio oral.

De la doctrina antes referida se desprende que tal forma de operar es inadecuada y no puede valorarse como el planteamiento válido de una pretensión dirigida al Tribunal. En primer lugar, porque las con-

clusiones provisionales y luego las definitivas son el lugar y momento oportunos para plantear pretensiones al Tribunal; en segundo lugar, porque conforme al artículo 737 de la LECrim (LEG 1882, 16), los informes de las partes se han de acomodar al contenido de sus conclusiones definitivas por lo que no es posible introducir en los informes nuevas conclusiones; y, en tercer lugar, porque, como consecuencia de lo anterior, el planteamiento de una pretensión en los informes finales implica que las partes que ya han intervenido carecen no solo de la oportunidad de proponer prueba sobre el

particular, sino incluso, en ocasiones como la presente, de la posibilidad de contra argumentar y defenderse frente a la pretensión de la otra parte.”

En aplicación de la citada Jurisprudencia, se considera que por la Defensa del acusado se solicitó extemporáneamente la petición de condena en costas procesales a la Acusación Particular, al realizarse en el trámite de informe, con lo cual se impidió a la misma la posibilidad de defensa, vulnerándose el derecho de contradicción, y en consecuencia procederá la estimación del recurso, por dicho motivo.”



La Sentencia Nº 262/2022, de 09 de agosto, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, -ponente Ilmo. Sr. Carballera Simón- resuelve una interesante cuestión sobre lucro cesante planteada en apelación de sentencia dictada en Juicio Penal por accidente circulatorio en el que la conductora de un vehículo cuadríciclo ligero fallece, y el menor de 4 años que le acompaña sufre lesiones. Se planteó - por el recurrente- que la sentencia desestima la pretensión argumentando la aplicación preferente del artículo 83 de la Ley 35/2015, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, frente a la Guía de Buenas Prácticas para la aplicación del baremo de tráfico, al no acreditarse que la víctima mortal percibiese ingresos anuales superiores a 9.000 euros. Alega que la sentencia considera que este último ha de aplicarse preferentemente, con independencia del Acuerdo de la Comisión de 27 de noviembre de 2018 (Acuerdo posterior a la Ley 35/2015, publicado en el B.O.E. en septiembre de 2015). El Acuerdo tuvo su razón de ser en el incremento del salario mínimo interprofesional del año 2019, en tanto éste se fijó en 900 euros, lo que supuso un incremento del 22,3% respecto al año 2018. Para los casos en los que la víctima se hubiere encontrado en situación de desempleo en cualquiera de los tres años anteriores al fallecimiento (artículo 83.2) y víctimas con dedicación exclusiva a las tareas del hogar de la unidad familiar (artículo 84) se aplica la cuantía del SMI actualizada, a diferencia de lo que sucede con las tablas y el cálculo que se ha utilizado en nuestro caso, de forma que no se ha tenido en cuenta el incremento del salario mínimo. 4ª.- También tiene en cuenta el Dictamen 3/2016 del Fiscal de la Sala Coordinadora de Seguridad Vial establece, en el punto 12º de sus conclusiones (p. 93) considera que no se esté teniendo en cuenta una parte relevante de la fórmula para el cálculo de la cuantía, en tanto no se tiene en consideración el cálculo a futuro de los ingresos que los perjudicados dependientes hayan dejado de percibir. Si los hechos no se hubieren producido, se presume que la subida del SMI, como las acontecidas con posterioridad con los Reales Decretos 827/21 de 28 de septiembre y 152/22 de 22 de febrero habría tenido efectos dentro de la unidad familiar al que pertenecía subida, además, que habría contribuido a menguar el impacto que la coyuntura económica actual está conllevando con la inflación en los precios de diferentes sectores del mercado. Que Si el coste de vida aumenta y la razón por la que el SMI varía de un año al otro es esa, también deben de serlo todas aquellas prestaciones que dependan de él, no pudiendo quedar anclado su cálculo en tablas relativas a ejercicios pasados, por lo que apunta que no podemos olvidar que en el supuesto de que las víctimas no hubiese tenido ingresos de trabajo personal, por estar en situación de desempleo sin prestación o con dedicación exclusiva a las tareas del hogar de la unidad familiar se les computará como ingreso el salario mínimo interprofesional anual. Y Alude a que la interpretación del articulado que realiza la sentencia provoca que por el concepto de lucro cesante perciba más un familiar de una víctima que no se haya incorporado al mercado laboral, que quien acude a su puesto de trabajo y cotiza y tributa por obtener unos ingresos para su unidad familiar:

“, se invoca por el Ministerio Fiscal la Guía de buenas prácticas para la aplicación del Baremo de autos, siendo que en el Criterio 3.4.1.3 se indica que “el resultado de los ingresos netos nunca podrá ser negativo y siempre, como mínimo, se aplicará el salario mínimo interprofesional anual”. Se entiende que sin perjuicio del contenido de esta Guía, en cuya presentación (Punto IV) se indica que la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración presenta sugerencias

de buenas prácticas entre las cuales debe entenderse la referente a la consideración del SMI como ingresos netos mínimos de la víctima, debe prevalecer la legalidad vigente y en concreto el artículo 83 de la Ley 35/2015 que toma como referencia los ingresos netos acreditados de la víctima; salvo error involuntario en el examen de la voluminosa documentación existente en esta causa, no constan acreditados ingresos superiores a 9.000 euros” “ para resolver la cuestión plan-

teada por el recurrente, resulta de plena vigencia y aplicación el exhaustivo y prolijo informe emitido por el Ministerio Fiscal, ..., con el que coincidimos plenamente”

Está de acuerdo con el recurso en cuanto a que deben tenerse presentes las buenas prácticas recogidas en la guía, y en cuanto afecta a esta causa el criterio 3.4.1.3 que indica que “el resultado de los ingresos netos nunca podrá ser negativo y siempre, como mínimo,

se aplicará el salario mínimo interprofesional anual". Como luego se dirá, eso no implica que haya de estimarse el recurso.

El Fiscal coincide con el recurrente en que lo que se plantea no es propiamente una cuestión de jerarquía normativa entre la ley y las buenas prácticas. Es cierto que la guía de buenas prácticas no tiene rango de ley, pero tampoco lo tienen las tablas.

Tienen rango de ley:

- El artículo 33 de la Ley 35/2015 que proclama y define el principio de reparación íntegra, y en lo que ahora nos afecta su apartado 2 que establece que tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicio padecidos y que 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. -

. El artículo 83 que determina que el multiplicando en caso de víctimas con ingresos de trabajo personal son los ingresos netos acreditados de la víctima durante el año natural anterior al fallecimiento o la medida de los obtenidos durante los tres años naturales inmediatamente anteriores al accidente si fuera superior.

Pero el artículo 83 no determina directamente la indemnización que corresponde al viudo e hijo de la víctima, sino que define parte de los datos (multiplicando) que habrán de relacionarse con el multiplicador (coeficiente que se obtiene para cada perjudicado y que resulta de combi-

nar diversos factores, como la duración del perjuicio, el riesgo de fallecimiento del perjudicado, la tasa de interés de descuento o la deducción de las pensiones públicas).

En puridad, sólo una parte del contenido en la disposición del BOE en que se publica la Ley 35/2015 (39 páginas de las 507 de la disposición), tiene rango de Ley, las tablas para el cálculo de las indemnizaciones que es lo que constituye la base real de la indemnización recogida en la sentencia tampoco lo tienen.

Las disposiciones de carácter normativo del sistema de valoración se incorporan al texto articulado de la LRCSCVM mediante la introducción de un nuevo Título IV denominado "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación" en el que se compendian los principios, criterios y reglas de aplicación del sistema.

Estas disposiciones que sí tienen carácter normativo se complementan con el Anexo que contiene las tablas que no tienen valor legal más allá de la remisión que efectúa la ley, y que de hecho se modifican por disposición reglamentaria, conforme dispone el art. 49.2 y 3 de la Ley:

2.-No obstante, las tablas de lucro cesante y de ayuda de tercera persona, por su naturaleza, se actualizan conforme a las bases técnicas actuariales. Asimismo, la tabla de gasto de asistencia sanitaria futura se actualiza, en su caso, de acuerdo con lo que se establezca en los convenios sanitarios que se suscriban con los servicios públicos de salud según lo establecido en el artículo 114, y teniendo en cuenta la variación de los costes so-

portados por los servicios sanitarios.

3.-La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones hará públicas por resolución las cuantías indemnizatorias actualizadas para facilitar su conocimiento y aplicación.

Lo que la determina la indemnización son las tablas que concluyen una indemnización en función de la edad del perjudicado, el tiempo de convivencia con la víctima y los ingresos netos de ésta. Estas tablas están basadas en cálculos actuariales y no tienen rango legal.

Tampoco la Guía de Buenas Prácticas tiene rango legal, pero su elaboración está expresamente prevista en la disposición adicional de la ley 35/15, en su elaboración intervienen asociaciones de víctimas y entidades aseguradoras, con igual número de miembros entre ellas, y si bien no tienen rango legal se pretende su cumplimiento generalizado y espontáneo, sin necesidad de intervención de los Tribunales.

Como mínimo habrá que admitir: A). - Que constituyen base suficiente para sustentar una acusación pública. La Fiscalía en su solicitud no puede partir del presupuesto de que la aseguradora vaya a apartarse de lo que se recoge en la guía de buenas prácticas. B). - Que para el Juzgador tienen un importante valor orientador e interpretativo y alguna repercusión en cuanto a la carga de la prueba.

De ello no deriva necesariamente la estimación del recurso. No es una cuestión de jerarquía normativa pero la buena práctica supuestamente incumplida no se basa en las cuestiones alegadas en el recurso.

El recurso plantea que el acuerdo se toma cuando ya está vigente la Ley y que obedece a la subida del SMI en 2019. No es correcto. Esa no es la base de este concreto acuerdo (3.4.1.3) de buenas prácticas. Sí lo es de otro acuerdo (3.3.3 6) relativos a otras tablas. En estos casos los apartados 3.3.3. 1 a 5 de las buenas prácticas expresamente recogen el argumento (pág. 15 y 16 del ac. 506) en que se basa el acuerdo. Es el caso de las tablas de ayuda de tercera persona o lucro cesante de lesionados pendientes de acceso al mercado laboral, que se actualizan anualmente (art. 49.1) conforme al índice de revalorización de las pensiones y en los que han supuesto un desequilibrio las subidas extraordinarias del SMI de 2019 y 2020 muy superiores a aquél.

Pero tablas de lucro cesante ordinarias (49.2 de la Ley 35/15) “se actualizan conforme a las bases técnicas actuariales” y cuando estas actualizaciones existen son publicados por la DGSFP.

El multiplicando, en todo caso, viene constituido (art. 83) por los ingresos netos acreditados de la víctima fallecida durante el año natural anterior al fallecimiento o la media de los tres últimos años si fuera superior. No se actualiza a los ingresos que, por la evolución de la inflación, o de los salarios hubiera podido obtener en el futuro.

Lo que atiene a la evolución futura es el multiplicador (art. 86) y es éste el que tiene en cuenta “si la dependencia económica se considera temporal o vitalicia, el riesgo de fallecimiento del perjudicado o el interés de descuento que tiene en cuenta la inflación”.

Tampoco es la cuestión de igualdad real y efectiva ni de las necesidades de los perjudicados. Acertadamente o no, el legislador ha determinado que el lucro cesante se calcule multiplicando los ingresos netos de la víctima como multiplicando, por el coeficiente actuarial que como multiplicador

corresponda a cada perjudicado (art. 81) sin tener en cuenta otras cuestiones .

Es una cuestión de acreditación de ingresos de la fallecida y de circunstancias por las que percibía unos ingresos inferiores al SMI.”

Como se dijo la buena práctica 3.4.1.3, no tiene rango de ley, pero no puede negarse un valor orientador e interpretativo, y alguna relevancia en cuanto a la carga de la prueba: si no se puede trabajar por cuenta ajena por debajo del salario mínimo interprofesional y la víctima trabajaba por cuenta ajena, indiciariamente percibía ese SMI. La valoración de la prueba no puede ser ajena a la carga de la misma, a las posibilidades de cada parte de acreditar los hechos que pretende que se declaren probados y a la actividad / inactividad de las partes.” el Fiscal y la acusación habían interesado la acreditación de ingresos de la víctima, y su representación la excusó alegando dificultades para ello”

La cuestión controvertida es si la aseguradora de la Comunidad de Propietarios puede ejercitar contra el comunero las acciones que corresponderían a la comunidad contra el responsable (y, de estar asegurado, contra su aseguradora: la acción subrogatoria procede contra el responsable civil pero, si éste tiene concertado un seguro de responsabilidad civil, el derecho de subrogación podrá ejercitarse contra su aseguradora, conforme al art. 76 LCS, lo que ha sucedido en el caso). Sentencia núm. 860/2021, de 13 de diciembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, - Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán:

“La acción que ejercita M. por vía de subrogación y al amparo del art. 43 LCS es la de responsabilidad extracontractual que hubiera correspondido a la comunidad como perjudicada frente a la persona responsable.

No cabe duda de la posibilidad de que la comunidad exija responsabilidad civil al copropietario por daños causados en elementos comunes. Así resulta con claridad de las obligaciones que la legislación de propiedad horizontal im-

pone a los copropietarios de mantener en buen estado sus elementos privativos y de las prohibiciones de uso de los elementos comunes o privativos que dañen a la comunidad (art. 553- 38.1CC Cataluña, dado que la finca se encuentra

en Barcelona, y art. 553- 40 del mismo Código, cuyo apartado³ reconoce expresamente que la comunidad tiene derecho a la indemnización por los perjuicios que se le causen). A la misma conclusión se llegaría a la vista de las obligaciones que el art. 9.1 de la Ley de propiedad horizontal impone a los copropietarios: “a) respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen dañoso desperfectos”; “b) mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder”; “g) observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas y de los daños causados”.

La cuestión controvertida es si M. puede ejercitar contra el comunero las acciones que corresponderían a la comunidad contra el responsable (y, de estar asegurado, contra su aseguradora...

La Audiencia lo niega porque considera que los comuneros son también asegurados en el seguro de la comunidad, y el art. 43 LCS excluye que el asegurador pueda ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado.

El razonamiento de la Audiencia no es correcto porque a efectos de la responsabilidad por daños ejercida por vía



de subrogación el copropietario no es asegurado sino tercero responsable, salvo que otra cosa resulte de la propia póliza concertada por la comunidad (como sucedía en el caso de la sentencia 557/2021, de 21 de julio).

En el caso que juzgamos, según la póliza, la asegurada de M. es la comunidad de propietarios, comunidad cuyos intereses, a efectos del seguro contratado, no siempre son idénticos a los de todos y cada uno de los copropietarios individualmente considerados. Así se explica que en el seguro concertado por la M. se considere a los copropietarios

como terceros a efectos de la responsabilidad civil con el fin de que queden cubiertos frente a siniestros que se originen en instalaciones de la comunidad y de cuyo mantenimiento la comunidad es responsable; de la misma manera que, por el contrario, M.no cubre la responsabilidad civil individual de cada copropietario. Inversamente, la cobertura de la responsabilidad civil de la propiedad del piso en el que se incendió el calentador se extiende, según la póliza de A., a los daños causados a terceros, entendiéndose por tales los perjudicados que sean personas distintas al tomador y al asegurado.

En su demanda, M. no reclama los daños causados en elementos comunes que a su vez forman parte de la vivienda en la que se originó el incendio. Respecto de esos daños - los ocasionados en el continente de la vivienda en la que se originó el incendio- ambas partes han aceptado que estaban cubiertos tanto por el seguro de daños concertado por la comunidad como por el seguro del hogar concertado por la propietaria de la vivienda. Como hemos dicho, A. solicitó en su demanda reconvenzional el reembolso de la parte proporcional que incumbía a M., la Audiencia estimó la reconvección y M. se ha aquietado con ese pronunciamiento.

Los daños que se discuten en este procedimiento son los daños a los ascensores, que M. ha indemnizado a la comunidad como aseguradora suya y cuyo reembolso solicita de A., como aseguradora de la propietaria de la vivienda en cuya cocina se incendió el calentador como consecuencia de su falta de mantenimiento. A. no los cubre como aseguradora de daños, pues no están comprendidos en el continente de la vivienda asegurada. La cobertura de A. resulta de la existencia de un seguro del hogar concertado con la propietaria y que cubre su responsabilidad civil sin que, por lo dicho, dada la ausencia de coincidencia de interés entre la comunidad y el copropietario, pueda considerarse al mismo como asegurado a efectos de la acción subrogatoria ejercida por la comunidad.

Por todo ello, el recurso de casación se estima pues, al no entenderlo así, la interpretación del art. 43 LCS realizada por la Audiencia no es correcta.”

En materia de responsabilidad sanitaria, error de diagnóstico, y pérdida de oportunidad veamos la Sentencia nº 998/2021, de 13 de diciembre, de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Ponente, Ilma. Sr^a Francisca Maria de Flores Rosas Carrión-:

“Añade que, pese a que la paciente presentaba “síntomas-guía” neurológicos sugerentes de accidentes isquémicos transitorios que preceden a un ictus (problemas del lenguaje y de la marcha, parestias y debilidad en las extremidades), no se cumplió el protocolo de urgencias del hospital y se dio de alta a la paciente sin que fuera un Neurólogo y sin realizar le pruebas diagnósticas -angio-TAC y/o Doppler de TSA-.

Y de lo anterior concluye que, dada la clínica progresiva que la paciente estaba sufriendo, si se hubiese remitido a un Neurólogo desde el principio (evitando el retraso diagnóstico) se podría haber instaurado un tratamiento adecuado en las primeras horas, o ingresarla en una unidad de ictus para realizar pruebas y ver su evolución ,lo que habría podido evitar las secuelas neurológicas porque, si en ese momento inicial se hubiera llegado aun diagnóstico temprano, se habría alcanzado un pronóstico de curación del ictus sin secuelas neurológicas.

En ese caso la indemnización del daño causado se determinó en función de la pérdida de oportunidad, no solo por la primera adecuación del diagnóstico a los síntomas y signos que entonces presentaba el paciente, sino también por la incertidumbre sobre el curso que habría tomado la enfermedad si se hubiera diagnosticado precozmente.

Por ello, en los casos en que no conste, de manera indubitada, que se ha incurrido en una clara y patente vulneración de la “lex artis”, aun existiendo un cierto quebranto de la misma, o cuando el daño producido no sea consecuencia de una acción directa de los facultativos sino debidos a errores de diagnóstico u omisiones de pruebas o de tratamiento, o cuando no haya certidumbre sobre el resultado final en el caso de no haber mediado aquel quebranto, se estaría ante supuestos de pérdida de la oportunidad debiendo determinarse la indemnización en proporción a la pérdida sufrida.

En un supuesto de diagnóstico tardío, las de 16 de enero de 2012 y 16 de febrero de 2011, y las que en ellas se citan, declaran que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de pérdida de oportunidad se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medici-

na (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias”.

Al alcance de la indemnización también se refieren las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014 y 19 de junio, 27 de noviembre y 3 de diciembre de 2012, en el sentido de que la privación de determinadas expectativas de curación o de supervivencia deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente. Y en la de 19 de octubre de 2011 se declaraba que “la pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste”.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 precisa: “La doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética...La cuantificación de la indemnización, atendiendo a las circunstancias del caso,

exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el grave cuadro que, como consecuencia del sufrimiento fetal padecido durante el parto, presenta el menor...”.

De otra parte, es sabido que, en materia de responsabilidad patrimonial, la doctrina jurisprudencial (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997) no excluye la utilización de algún baremo objetivo, aunque su utilización no es vinculante.

Sin embargo, en el supuesto de autos, consideramos conveniente no tomar como referencia ningún baremo pero sí valorar globalmente las circunstancias concurrentes en el caso:

Finalmente, otro factor a considerar es el porcentaje de éxito de una prestación sanitaria precoz, particular para el que resulta útil y convincente el dictamen de la doctora Rocio, que es el único medio de prueba que aventura un porcentaje concreto, determinándolo en un 30 %, por lo que su fuerza de convicción prevalece sobre el informe aportado por la parte actora, que se limita a afirmar de forma genérica que la paciente habría tenido altísimas posibilidades de un desenlace sin secuelas, pero sin señalar un porcentaje de éxito ni siquiera de forma aproximada.

Todo ello nos lleva a cuantificar la indemnización correspondiente a la demandante en la cantidad total de 200.000 euros, de cuyo pago deberán responder solidariamente la

Comunidad de Madrid y SOCIETÉ ..., ... fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1992, de 24 de enero de 1997 y de 16 de diciembre de 1997, entre otras), a lo que se añade la improcedencia de aplicar los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, dado que la indemnización se ha determinado en esta sentencia, por todo lo cual procede estimar parcialmente este recurso contencioso administrativo.”

E incidiendo en el retraso de diagnóstico, la pérdida de oportunidad, probabilidades, y determinación de la indemnización, mencionar la Sentencia nº 748/2021, de 21 de octubre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Segunda) Ponente: Ilma. Srª Ana María Pérez Tórtola:

“Proyectadas estas consideraciones sobre el caso que nos ocupa, resulta así que si no se hubiese incurrido en lo que se tiene por “retraso diagnóstico”, como se señala en más de una ocasión por parte de la sentencia (FD5º y 6º), hubiese podido ello redundar en términos hipotéticos en la mejoría del estado de salud del paciente :en realidad, dicho

sea de paso, más que una demora en el diagnóstico lo que se produce es una demora en el tratamiento propinado a la paciente (habida cuenta de la "dificultad diagnóstica" existente en el caso en grado tal que, incluso, ni siquiera hoy esta cuestión está aclarada, como también se reconoce: FD 5º: "en realidad el diagnóstico ni siquiera es resuelto a la presente fecha, pues tras practicarle una IRM cerebral y ANGIO-RM el19/8/2010 que informa como probable glioma no pudiendo descartar una lesión isquémica poco probable, el28/02/2011 informa: revisado el caso conjuntamente con correlación clínico- patológica, la conclusión es que se trata más probablemente de un proceso de gliosis reactiva".)Pero,

del mismo modo, tampoco está asegurado que hubiese sido así; es más, la Sala sitúa en términos remotos tal grado de probabilidad, a tenor de las circunstancias concurrentes igualmente expuestas por ella y de la cuantía en que termina concretando el alcance de la responsabilidad exigible a la Administración en este caso.

En seguida habremos de referirnos, desde luego, a tales circunstancias; pero antes, y a propósito de la determinación de la cuantía indemnizatoria, se hace preciso resaltar una consecuencia que deriva directamente del propio fundamento de la doctrina de la pérdida de oportunidad al que nos venimos refiriendo en este fundamento.

DÉCIMO.- Ya de entrada, y con carácter general, por descansar esta doctrina precisamente sobre la base de la incertidumbre del nexo causal, no es posible atender al principio de la reparación integral del daño, que es el que el recurso trata de hacer valer en el caso.

En otros términos, según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso resultará procedente una cuantía u otra, más cercana evidentemente en determinados supuestos a la de la completa indemnidad, si se consideran que son muchas las posibilidades de curación si no se hubiese producido la pérdida de oportunidad y más lejana, si se consideran en cambio remotas tales posibilidades.

Pero, en todo caso, con arreglo a esta doctrina no cabría llegar a la reparación integral del daño infligido. El específico fundamento sobre el que descansa esta doctrina ("an"), así, pues, desemboca también en consecuencias diferentes en punto a la concreción del alcance de la responsabilidad ("quantum"). Lo señala así, por ejemplo, nuestra Sentencia de 27 de enero de 2016 RC 2630/2014 :

" En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)".



Con anterioridad, también, la Sentencia de 19 de junio de 2012 RC 579/2011, una resolución que merece resaltarse, en tanto que se sirve de la consideración indicada para reducir el importe indemnizatorio que había rechazado la Sala de instancia, pese a considerar remotas las posibilidades reales de curación (en otra resolución que también se cita se legitimó lo contrario, esto es, se incrementó dicho importe por considerar que no eran escasas tales posibilidades):

“NOVENO.- A los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Como expresa la Sentencia de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 2010, rec. casación 3021/2008, han de ponerse “los medios precisos para la mejor atención”.

Y recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de enero de 2012, rec. casación 43/2010 lo ya dicho con anterioridad sobre que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” - sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007 - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese

diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias”.

Y en la de 22 de mayo de 2012, recurso de casación 2755/2010, se reafirma lo dicho en la de 19 de octubre de 2011, recurso de casación 5893/2011, sobre que la pérdida de oportunidad hace entrar en juego a la hora de valorar el daño causado, dos elementos de difícil concreción “ como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”.

A la vista de lo razonado no se comparte el aserto de la Sala de instancia acerca de que aún cuando fueren remotas las posibilidades de curación no puede reducirse la indemnización que fija en la suma de 220.000 euros. La información acerca de las posibilidades reales de curación constituyen elemento sustancial en la doctrina denominada “pérdida de oportunidad” por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no.”

“Debe prosperar el quinto motivo y aplicar, “a sensu contrario” lo vertido por esta Sala y Sección en su Sentencia de 22 de mayo de 2012, rec. casación 2755/2010 en que se incrementó una indemnización por no entender razonable que “fueran escasos, ni el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera

producido un efecto beneficioso en el estado final del paciente, ni tampoco el grado, entidad o alcance de este hipotético efecto favorable”.

SEXO.- Con esos parámetros, para la fijación de la indemnización debe partirse de lo siguiente:

1º Es posible que un diagnóstico anterior en los parámetros temporales que se han establecido podrían haber conllevado un mejor pronóstico, lo que constituye el daño antijurídico que el paciente no estaba obligado a soportar.

2º Ahora bien, a efectos de determinación de la indemnización:

1. Tal como se expresa en la Jurisprudencia reseñada, en términos generales, por una parte en relación con el carácter orientativo del “baremo” para accidentes de circulación; y por otra, que ante un caso de pérdida de oportunidad solo procedería reconocer un porcentaje de la indemnización que sería procedente en un caso de mala praxis “ordinaria”. La demanda aplica un 70% sobre la base, dice, de lo informado en la pericial que aporta, emitida por Médico Licenciado en medicina y cirugía -que se califica como Médico de urgencias-.

2. Ya se han detallado los conceptos por los que se reclama. Sin embargo, teniendo en cuenta la evolución de la patología, se va a estar en lo que se refiere a las secuelas a lo informado por la Inspección Médica cuando señala “ el único daño que se considera como tal que es la disfasia motora y la hemiparesia derecha severa, cuyo mecanismo de producción se concreta en un retraso diagnóstico por falta de exploración neurológica”.

Ante ello se va a fijar, al prudente arbitrio de la sala una indemnización a tanto alzado, en la que teniendo en cuenta los elementos de juicio que se han expresado, en cincuenta mil euros (50.000€) por todos los conceptos.”

Aporta certeza en la cuestión de la determinación de la indemnización en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, la Sentencia núm. 953/2021, de 2 de diciembre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, - Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García-:

“Que la cuantificación específica de la indemnización señalada por el Tribunal sentenciador no es, por lo general,

revisable en casación, pues, al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva. Del análisis de nuestra doctrina jurisprudencial se puede deducir que solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, supuestos entre los que cabe señalar: 1º) Cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del

mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente (STS 16 de mayo de 2012, Sala quinta , en relación con este último supuesto)”.

La cuantificación baremada de las indemnizaciones dimanantes de hechos que deberían estar cubiertos por la garantía de un seguro obedece no a estrictos criterios objetivos o de justicia, sino a cálculos matemáticos obtenidos a partir de un estudio de posibilidades entre la cobertura técnica en función del mercado, las ramas de explotación y las reservas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir sin riesgos inasumibles para los fondos de cobertura. Por ello la fluctuación al alza o a la baja no responde a criterios equitativos sino a factores como el alza o la baja de la siniestralidad e incluso a



ponderaciones mercantiles de cuotas de mercado. La indemnización baremada es la permisible para el sistema. En el caso de los delitos dolosos se rompería cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasara sin más el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro en tanto que los criterios de determinación son radicalmente diferentes (SSTS 47/2007, de 8 de enero; 126/2013, de 20 de febrero; y 222/2017, de 29 de marzo).

El "Baremo", no obstante, ha sido tomado en la práctica judicial como parámetro orientativo cuando se tratase de fijar indemnizaciones civiles en el orden penal, aunque no nos movamos en el ámbito de la circulación viaria. Se atiende a las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinan los informes médico-forenses. No siendo legalmente exigible la aplicación del baremo en los casos de delitos dolosos, las cantidades que resultan de la aplicación de las Tablas tienen valor orientativo. Constituyen, a lo sumo, un cuadro de mínimos (SSTS 126/2013, de 20 de febrero, 480/2013, de 21 de mayo, 799/2013, de 5 de noviembre ó 580/2017, de 19 de julio ó 528/2018, de 5 de no-

viembre). En esos casos, según se conviene, deviene lógico un incremento derivado justamente de la presencia de dolo.

El apartado primero del Anexo del RDL 8/2004, en efecto, excluye los daños dolosos del sistema de baremo: "El presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso". No obstante, esa taxativa previsión no ha constituido óbice para que el apuntado efecto expansivo del Baremo (Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), se haya proyectado a ámbitos de la responsabilidad civil distintos del mundo del automóvil como referencia orientativa no vinculante. Pero no puede perderse de vista nunca ni las circunstancias concurrentes en cada caso; ni el obligado respeto al principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil (SSTS 596/2013, de 2 de julio; 480/2013, de 22 de mayo y 799/2013, de 5 de noviembre).

La concesión de cantidades superiores al baremo en los casos de delitos dolosos,

máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos como el que ahora examinamos, se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 772/2012, de 22 de octubre, y 799/2013, de 5 de noviembre ó 580/2017 de 19 de julio, entre otras).

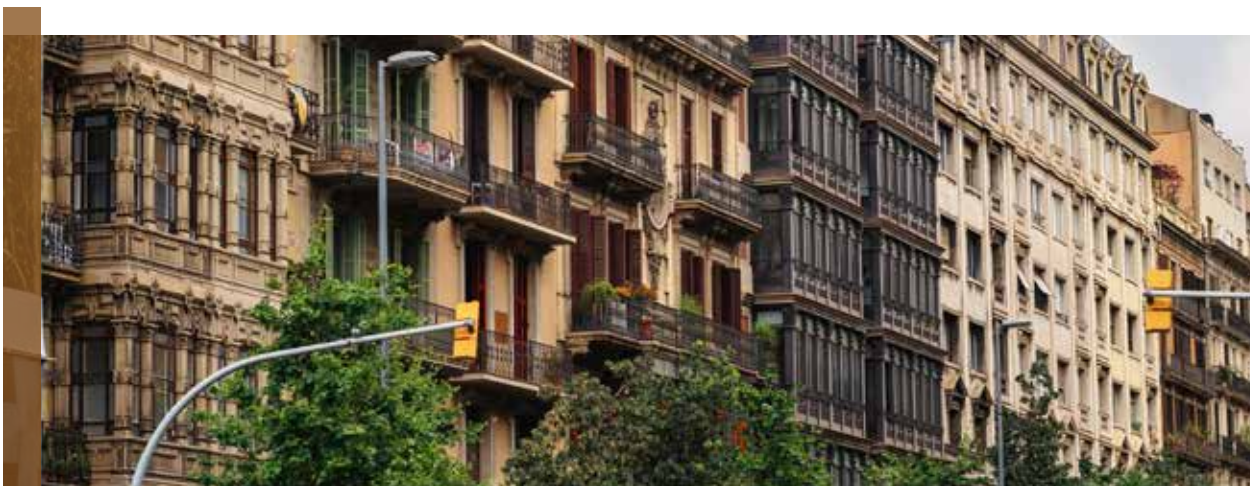
Así pues:

a) En delitos dolosos las cuantías que resultan del baremo no rigen.

b) Eso no impide acudir a ellas como referencia orientativa, si bien en principio su carácter doloso aconseja un incremento.

c) Aun no siendo vinculante el Baremo, si el Tribunal hace protesta expresa de querer ajustarse al mismo los errores en su aplicación podrán ser fiscalizados y corregidos en casación.

Pues bien, la denuncia plasmada en el recurso por haberse acudido a los máximos resultantes del baremo se estrella frontalmente contra esa doctrina: en los delitos dolosos es no solo lógico sino hasta exigible una elevación de los montos que arroja el sistema baremado en tanto hay un plus de daño moral."



Concurso real, o ideal, dolo eventual, penología, cuestiones que se plantearon y resolvieron en la Sentencia a propósito de un hecho vial luctuoso en Palma de Mallorca en el que el condenado, cuando con la intención de causar la muerte de las personas allí congregadas o, cuando menos, representándose que dicho resultado mortal podía producirse, de manera voluntaria y consciente y no por un fallo mecánico del coche, frenó dicho vehículo, y lo dirigió directamente contra dichas personas, es decir, realizando un trompo, embistió con el vehículo a las personas que se hallaban en la puerta del Coco Rico, llevándose por delante un árbol que decoraba la calle, y colisionando contra la estructura de vallas y material de un edificio en obras, quedando dicho vehículo con el morro dirección Palma en la puerta del Coco Rico. Inmediatamente, se bajó de dicho vehículo, sin camiseta pues la portaba en la mano, y sin preocuparse de si había heridos o si alguien necesitaba ayuda, se dirigió hacia la vía donde le esperaba el vehículo Renault Clío que había dado la vuelta, se subió y se fueron del lugar. Sentencia núm. 600/2022, de 15 de junio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo -ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García-

“Es innegable la concurrencia de, al menos, un dolo eventual, -indiferencia hacia el resultado-: asumir la probabilidad de causar la muerte. Si alguno de los embestidos hubiese fallecido sería implanteable un homicidio imprudente. Eso es prueba de la presencia de un dolo aunque no sea reflexivo, sino de ímpetu; aunque no sea exclusivo, sino alternativo -causar lesiones o matar-; y aunque no sea directo, sino eventual - acepto la posibilidad de que alguno o algunos lleguen a morir-. Dolo, a fin de cuentas. Los hechos descritos y la secuencia anterior y posterior son datos externos que avalan sólidamente la afirmación de que en el ánimo del acusado no estaba ausente la aceptación de probables resultados mortales...”

CUARTO.- El último motivo cuestiona la calificación como homicidio (art. 138 CP) debatiendo otra vez sobre el ánimo de matar.

Hay que reiterar la respuesta ya ofrecida. El ánimo de matar puede aparecer combinado con otros. No decimos que el acusado actuase con el propósito exclusivo y decidido y claro de acabar con la vida de los

cuatro lesionados y que no lo consiguió; sino que actuó con indiferencia a la lesión que podría causar no solo a la integridad física sino también a la vida de los atropellados. Concurría, al menos, un dolo alternativo y eventual de homicidio lo que hace correcta la calificación.

e) La sentencia, explicándolo de forma minuciosa y con apoyo en varias sentencias de esta Sala, consideró que la relación concursal era real y no ideal. Congruentemente condenó por cuatro delitos de homicidio en grado de tentativa fijando por cada uno de ellos la pena de seis años de prisión.

f) En apelación, se denunció esa concreción penológica por contrariar exigencias del principio acusatorio en la forma en que ha sido perfilado por la jurisprudencia. Se había impuesto una penalidad superior a la solicitada por las acusaciones. Ninguna reclamaba un total de penas que llegase a los veinticuatro años (aunque se quedasen en veinte por el juego del art. 76 CP).

g) Con la adhesión parcial del Fiscal a ese motivo, la sentencia de apelación reduce a

cinco años la prisión por cada uno de los cuatro delitos de homicidio en grado de tentativa. Se basa en un acuerdo plenario (Acuerdo de 27 de noviembre de 2007 y STS 11/2008, de 11 de enero) que indica que en caso de solicitarse una pena por debajo del mínimo legal el Tribunal puede separarse de la petición acusatoria e imponer ese mínimo. No impondrá una pena ilegal, o no ajustada a las previsiones legales pero tampoco una pena que rebase en un solo día el mínimo.

Hay una cuestión a dilucidar previamente. El principio acusatorio -orillando ahora las discusiones sobre su real contenido y sus exigencias y fundamentación de forma diferente cuando lo referimos a calificaciones penales (art. 851.4), que cuando lo proyectamos al quantum penológico. En el primer caso, sin previo planteamiento de la tesis y asunción por alguna de las acusaciones, es imposible, apartarse de la calificación esgrimida buscando una más grave, por muy contraria a ley que aparezca la sostenida.

En materia de pena concreta (un solvente sector de la doctrina incluso duda de que



en ese caso pueda hablarse propiamente de acusatorio), se ha establecido como regla la vinculación al máximo pedido, aunque con una apostilla: si la penalidad es ilegal por inferior a la señalada, hay que fijar el mínimo (art. 789.3º LE-Crim).

La pregunta sería: ¿la consideración de un concurso como real o ideal es un tema de calificación regido por los arts. 733 y 851.4 LECrim o un problema de penalidad regido por el 789.3º LECrim y el acuerdo citado?

La ubicación sistemática del art. 77 CP podría llevar a pensar que es una cuestión puramente penológica. Pero no sería correcto. Es un problema también de calificación. Un Tribunal, sin plantear la tesis, que ha de ser asumida por alguna acusación, no puede convertir un concurso ideal en real en contra de la petición del Fiscal; o deshacer o formar un delito continuado en perjuicio del reo y contrariando,

a la vez, la posición más benigna de la acusación.

En este supuesto, no obstante esta precisión, tenemos:

a) La tesis del concurso real era sostenida por una acusación que pedía dos penas de siete años y seis meses de prisión acusando tan solo por dos homicidios.

b) Otra acusación para otro distinto de los cuatro homicidios, solicitaba una pena de 10 años de prisión.

c) El Fiscal y una tercera acusación particular hablaban de concurso ideal y reclamaban una única pena de 10 años.

Por tanto:

a) La tesis del concurso real fue sostenida por varias acusaciones. Por tres de los delitos de homicidio en grado de tentativa había peticiones de 10 años, de 7 años y seis meses y de 7 años y seis meses de prisión respec-

tivamente. Nada impedía imponer por cada uno de ellos la pena de cinco años de prisión, muy inferior a las reclamadas.

b) Respecto del cuarto de los delitos se formulaba una petición de pena de 10 años, aunque unitaria junto con los otros tres homicidios intentados. El problema podría tener más enjundia en cuanto no alcanzamos a discernir -ni parece posible- cuál hubiera sido la pena individualizada para ese único homicidio o, dicho de otra forma, cuál es la porción de pena que le corresponde. Es claro que en apelación el Fiscal solicitó cinco años de prisión. Y es claro también que respecto de ese homicidio, aisladamente considerado, ese es el mínimo legal, según sostuvo ya de forma explícita el Fiscal en la apelación. No puede decirse que se produjese indefensión ni violación del principio acusatorio, por mucha expansión que en la jurisprudencia se haya dado a las exigencias de correlación entre acusación y sentencia."

En el presente caso, por considerar constitutiva de mala praxis la atención al parto recibida del servicio público de salud murciano la parte actora optó por formular reclamación por vía administrativa, promoviendo el correspondiente expediente de declaración de responsabilidad patrimonial contra la administración.

La pretensión indemnizatoria fue desestimada: primero, por silencio negativo, lo que motivó que contra dicho acto administrativo se interpusiera recurso contencioso administrativo, contra la Comunidad Autónoma de Murcia y la compañía de seguros Z., al amparo del art. 21.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), conforme a la cual se considera parte demandada, en vía contenciosa, a “las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

Posteriormente, de forma expresa, se desestimó tal petición en vía administrativa, así como por sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, al apreciar que la acción se encontraba prescrita, pronunciamiento que es firme. ¿Es factible que el actor acuda a la vía civil para accionar en ella frente a la aseguradora citada? Sentencia núm. 119/2022, 15 de febrero de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo- Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg-:

“Es cierto, que es viable el ejercicio acción directa del art. 76 LCS contra la compañía aseguradora, siempre que ésta sea la única demandada (AATS, Sala de Conflictos, 18 de octubre de 2004, 28 de junio de 2004,3/2010, 4/2010, 5/2010, de 22 de marzo; sentencias de 30 de mayo de 2007 y 11 de febrero de 2011, todas ellas citadas por la sentencia 321/2019, de 5 de junio, del Pleno de la Sala 1ª), en cuyo caso se determinará la responsabilidad de la de la compañía de seguros, tras determinarse la propia de la entidad pública asegurada ,lo que conforma una cuestión prejudicial contencioso-administrativa del art. 42 de la LEC, susceptible de decidirse ante el orden jurisdiccional civil, mediante la aplicación de la normativa de derecho administrativo que la rige.

En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, directa y exclusivamente, contra

la compañía aseguradora, no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, sin actuación u omisión administrativa previa que revisar, ni Administración demandada que condenar (STS 616/2013, de 15 de octubre y 321/2019, de 5de junio, ésta última del Pleno de la Sala 1.ª).

Ahora bien, si se opta, como es el caso, por acudir a la vía administrativa, en la que se declaró prescrita la responsabilidad de la administración, en sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, órgano jurisdiccional a quien compete dirimir las cuestiones concernientes a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, según establece el art. 2 e) de la LJCA, en resolución que adquirió firmeza, no cabe promover, como aquí se ha hecho, la acción civil contra la compañía de seguros sobre los mismos hechos, y ello, por dos razones:

Una, porque no cabe declarar una responsabilidad de la compañía de seguros cuando, en vía contencioso administrativa, se declaró la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada.

Segundo, porque equivaldría a una suerte de fiscalización de lo resuelto en vía contencioso administrativa por los tribunales de la jurisdicción civil, con clara infracción del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial(en adelante LOPJ), cuando proclama que los tribunales ejercerán su jurisdicción, exclusivamente, en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley, con lo que se generaría una resolución nula de pleno derecho por evidente falta de jurisdicción (art. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC), a modo, además, de una especie de revisión de una sentencia firme, que proclama la inexistencia

tencia de responsabilidad de la Administración.

Por todas las razones expuestas, es obvio que la tramitación de un procedimiento administrativo y ulterior proceso contencioso administrativo no interrumpen la prescripción de la acción civil, simplemente la impiden por las razones anteriormente expuestas, dado que no cabe condenar a una compañía de seguros, absuelta además en vía contenciosa, por pronunciamiento firme, a hacerse cargo de una responsabilidad patrimonial de su asegurada, que se declaró inexistente.

En definitiva, como señalamos en la sentencia 358/2021, de 25 de mayo:

“[...] la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala fijada a partir de su sentencia de pleno 321/2019 y reiterada en las sentencias 579/2019, de 5 de noviembre, 473/2020, de 17 de septiembre, de pleno, y 501/2020, de 5 de octubre, sobre la vinculación de la jurisdicción civil a lo resuelto por la Administración en el expediente de responsabilidad patrimonial, o en su caso a lo resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativo si se impugna el acto administrativo.

“[...] En este sentido, se recuerda que la acción directa del art. 76 LCS se funda en los principios de autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado, y que esto comporta que, aunque la acción directa goce de autonomía procesal (al ser posible demandar exclusivamente a la aseguradora ante la jurisdicción civil sin que previamente se sustancie una reclamación en vía administrativa), la aseguradora no pue-

da quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, pues la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil.

“Esta jurisprudencia, con arreglo a lo cual esta sala ha desestimado la acción directa contra la aseguradora de la Administración cuando se ha utilizado por el perjudicado para conseguir de la aseguradora en vía civil una indemnización superior a la indemnización reconocida en vía administrativa o contencioso-administrativa, es también aplicable a un caso como el presente en el que la perjudicada, pudiendo demandar directamente a la aseguradora en vía civil, optó por acudir al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la consiguiente indemnización del daño sufrido, y consintió que adquiriera firmeza la resolución administrativa desestimatoria de su reclamación, dado que igual que “sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios” (sentencia 321/2019, citada por la 579/2019), también lo sería utilizar la acción directa contra el asegurador para conseguir que la jurisdicción civil declarase la responsabilidad de la Administración sanitaria asegurada -por ser presupuesto para que responda la aseguradora- tras haber devenido firme el acto administrativo que negó la existencia de dicha responsabilidad”.

Por todo el conjunto argumental expuesto, el recurso

de casación no puede ser estimado, cuando existe una sentencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo, que proclama mediante pronunciamiento firme, en proceso seguido contra la compañía como codemandada, que no existe responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, la cual no puede renacer mediante la promoción de una acción ante la jurisdicción civil sobre los mismos hechos contra su aseguradora absuelta.”

Sobre las condiciones legales previas a la inclusión de un deudor en un fichero de morosos- sin que constituya vulneración de su derecho al honor-es aconsejable la Sentencia nº 945/2022 20 de diciembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, -Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá:

-“16.- Como conclusión, podemos afirmar que en el nuevo régimen legal existen tres obligaciones diferenciadas:

i) El acreedor debe informar al afectado, en el contrato o en el momento de requerir el pago, acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe (art. 20.1.c], párrafo primero, de la Ley Orgánica 3/2018, que deroga el art. 39 del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, en tanto que este exigía que la información se hiciera cumulativamente en ambos momentos)

ii) El acreedor, o quien actúe por su cuenta o interés, debe requerir de pago al deudor con carácter previo a la comunicación de sus datos al fichero de morosos (art. 38.1.c del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007) y estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de tal requisito y de los demás exigidos por la normativa aplicable, conforme al art 38.3 de dicho reglamento.

iii) La entidad que mantenga el sistema de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito deberá notificar al afectado la inclusión de tales datos y le informará sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos durante ese plazo (art. 20.1.c], párrafo segundo, de la Ley Orgánica 3/2018). La notificación deberá efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que le permita acreditar la efectiva realización de los envíos (art. 40.3 de dicho reglamento).

17.- En el presente caso, dado que antes de comunicar los datos personales del demandante al fichero de morosos la demandada requirió de pago al demandante, el requisito del requerimiento previo de pago se cumplió. Que en los requerimientos de pago no se advirtiera al deudor de la posibilidad de comunicar sus datos al fichero de morosos no determina la ilicitud de tal comunicación porque esa adver-

tencia ya se efectuó al contratar, como permite actualmente el art. 20.1.c de la Ley Orgánica 3/2018.

Decisión del tribunal (III): conclusión 1.- No existiendo duda alguna de que el demandante era un deudor moroso, pues no restituyó la totalidad del capital prestado; constando que en el contrato de préstamo se le había advertido de la posibilidad de incluir sus datos en un fichero de morosos en caso de impago de la deuda; y constando que fue requerido de pago con carácter previo a la comunicación de sus datos al registro de morosos, la inclusión de sus datos en un sistema de información crediticia (fichero o registro de morosos) no constituyó una intromisión ilegítima en su derecho al honor. 2.- El hecho de que el importe de la deuda que se comunicó a dicho fichero fuera superior al realmente adeudado no basta para considerar que la inclusión de sus datos en el fichero vulneró su honor, pues hasta ese momento el deudor no había intentado restituir el capital recibido ni había manifestado a la acreedora su disconformidad con la cantidad reclamada por la demandada, por lo que no había duda de que existía una deuda y el demandante había incurrido en mora. Y, habida cuenta de las circunstancias expresadas, no puede considerarse que la comunicación de sus datos al fichero supusiera una presión ilegítima del acreedor para zanjar una disputa sobre la existencia o cuantía de la deuda. 3.- El desvalor que para el ordenamiento jurídico supone la usura, que lleva aparejado las consecuencias previstas en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, no supone que el tratamiento de datos en un fichero de morosos del deudor que no ha podido

restituir ni siquiera la suma recibida en préstamo constituya una intromisión ilegítima en su derecho al honor. 4.- El requisito del requerimiento previo de pago establecido en el art. 38.1.c del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007 sigue siendo exigible tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, que no ha derogado aquel precepto reglamentario puesto que no existe incompatibilidad entre uno y otro. Pero ya no es indispensable que en ese requerimiento se advierta al deudor de la posibilidad de comunicar sus datos al fichero de morosos si tal advertencia se ha hecho al celebrar el contrato, como ocurrió en el caso objeto del recurso. 5.- Que en esa advertencia no se informara al deudor de los sistemas de información crediticia en los que participa el acreedor no determina, por sí solo, que la comunicación de los datos a uno de esos sistemas constituya una vulneración del derecho al honor del deudor.”

En relación con el modo de utilización del “Baremo” -determinación del baremo aplicable- por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, la Sentencia nº 737/2022, de 14 de septiembre, tiene la virtud de unificar su doctrina:

“Como hemos adelantado, el recurso de los herederos del trabajador (viuda, dos hijas y un hijo) consta de dos motivos y el primero tiene por objeto la determinación del baremo

aplicable con relación a la fecha de producción del accidente, en particular a efectos de precisar las cuantías o módulos que deban utilizarse.

1. *Sentencia referencial.* Es referencial la STSJ País Vasco de 10 de abril de 2018 (rec. 619/2018), confirmando la de instancia, con estimación parcial de la demanda formulada por los herederos del trabajador frente a las empresas y aseguradoras demandadas condenando a parte de ellas al pago de las cuantías objeto de condena a cada una de ellas, más los intereses correspondientes conforme al art. 20 LCS.

Las empresas recurrentes alegaron: 1º) infracción del artículo 32 del Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor, en la redacción dada por el artículo único siete de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las personas en accidentes de trabajo, la cual entró en vigor el día 1 de enero de 2016(DF 5º) 2º) infracción del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y la jurisprudencia, al entender que si bien no es obligatoria la utilización del sistema de valoración de daños y perjuicios derivados de los accidentes de circulación viaria, si el Juzgado acepta la aplicación de una normativa concreta para cuantificar el daño, cabe que en recurso extraordinario se examine si su aplicación se atiene a la misma; 3º) la Disposición transitoria única de esa Ley 35/2015.

En suma, las empresas sostenían que, producido el deceso antes de aquel año 2016, se ha de aplicar la normativa previa, entendiendo que debiera

estarse a las actualizaciones del año 2014, pues las del 2015 y 2016 no se produjeron seguramente porque habrían resultado negativas, dado el resultado negativo del Índice de Precios al Consumo y si se ha de acudir a la actualización del año 2017, se acude.

La sentencia invocada entiende que es razonable la normativa de valoración utilizada por la Juzgadora y debe reputarse adecuada, siguiendo la línea jurisprudencial que impone fijar tal valoración considerando los valores cuantitativos al tiempo en que se dicta la sentencia.

2. *Ausencia de contradicción.*

Consideramos que entre las sentencias comparadas hay relevantes diferencias. La recurrida declara que al tratarse de una contingencia profesional (no de tráfico) el juzgador de instancia no está vinculado por normativa alguna; una vez elegido el sistema de in-

demnización puede optarse por las cuantías vigentes en el momento del accidente o por las vigentes en el momento de dictarse la sentencia; pero el Juzgado empleó la Ley 35/2015 sin argumentar cómo se cuantificó la indemnización final por lo que la Sala opta por aplicar el RDLeg. 8/2004 de 29 de octubre. Ante esa ausencia de explicación razonable por parte del Juzgado, el tribunal de segundo grado aplica la solución que considera adecuada.

En la sentencia referencial el debate no se desenvuelve en los términos expuestos, ya que lo que se discute es la aplicación de la Ley 35/2015, al entender la parte que no es aplicable porque el trabajador falleció el 17 de febrero de 2014, es decir, con anterioridad, por lo que habría de ser aplicable la normativa entonces vigente, que era la Ley 34/2003.

No hay doctrinas opuestas sino valoración sobre el presupuesto al que proyectarla. La



sentencia recurrida considera que la de instancia no ha dado una explicación razonable de su decisión. La referencial entiende suficientemente fundamentada la solución de instancia.

C) En efecto, el estudio más detallado y la ulterior deliberación sobre el tema nos han abocado a la misma conclusión que ya acogió nuestro Auto de 9 septiembre 2020 (rcud. 1969/2019):

Siendo la utilización del Baremo de accidentes de circulación para la fijación de cantidad a reconocer en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente laboral o enfermedad profesional ,opcional para el juzgador, no cabe apreciar contradicción entre una resolución que no aplica el Baremo, sino que lo utiliza de manera meramente orientativa, acudiendo a unos y otros, justificando plenamente su decisión ,la recurrida, y otra que sí lo aplica, la de contraste; “

¿Daño continuado, o permanente, art. 18 LOE?, y prescripción de la acción, Sentencia núm. 391/2022, de 10 de mayo de la Sala 1ª del Tribunal Supremo,-Ponente Excmo. Sr D. José Luis Seoane Spiegelberg:

“3.2 Sobre el cómputo del plazo de la prescripción en los daños continuados y permanentes

El día inicial, para el ejercicio de la acción civil, es aquel en que puede ejercitarse (art. 1969 CC), según el principio actio nondum nata non praescribitur [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir]; en este sentido, las sentencias 340/2010, de 24 de mayo; 896/2011, de

12 de diciembre; 535/2012, de 13 de septiembre; 480/2013, de 19 de julio; 6/2015, de 13 de enero; 279/2020, de 10 de junio; 326/2020, de 22 de junio; 434/2021, de 22 de junio y 112/2022, de 15 de febrero, entre otras muchas.

Este principio se fundamenta en el argumento de que la parte ha de disponer de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar (SSTS 544/2015, de 20 de octubre;706/2016, de 25 de noviembre; 92/2021, de 22 de febrero; 434/2021, de 22 de junio y 112/2022, de 15 de febrero entre otras muchas).

A tales efectos, este tribunal ha venido admitiendo la diferencia entre daños continuados y permanentes. Y, de esta manera, en la sentencia 28/2014, de 29 de enero, hemos declarado que:

“[...] es pertinente hacer una distinción entre el daño continuado y el daño durade-



ro o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr “desde que lo supo el agraviado”, como dispone el artículo 1968.2.º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción. En cambio, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la producción del definitivo resultado (STS 28 de octubre de 2009 y 14 de julio de 2010), si bien matizando que esto es así” cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida” (SSTS 24 de mayo de 1993, 5 de junio de 2003, 14 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2007)”.

Esta doctrina es ulteriormente reproducida en la sentencia del Pleno 544/2015, de 20 de octubre y 589/2015, de 14 de diciembre, entre otras.

3.3 Desestimación del recurso

Con carácter previo a abordar este motivo de recurso, es necesario precisar que la técnica casacional exige razonar

sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la Audiencia ...En este sentido, la sentencia del tribunal provincial parte de la base de que los hechos controvertidos son los daños que se manifestaron inmediatamente después de la recepción de la obra, dentro del plazo de garantía que señala la LOE, por lo que eran conocidos, desde el primer momento, por los actores, además de que se tratan de daños puntuales y estabilizados, si bien persistentes en el tiempo en tanto en cuanto no sean reparados.

Igualmente, la modificación del cierre del garaje sobre la previsión del proyecto fue debida a la iniciativa de los demandantes, aceptada por el arquitecto, no interpelado en este proceso. No nos encontramos, por lo tanto, ante una inconsentida alteración de los términos del contrato de ejecución de obra, susceptible de someterse a otros plazos prescriptivos (art. 17.1 LOE), como tampoco se ha suscitado la problemática de la extensión de la prescripción al contratista, expresamente resuelta en sentido positivo por la Audiencia Provincial, en pronunciamiento firme.

En definitiva, en el caso presente, los daños se manifestaron poco después de entregarse la construcción, tras suscribirse el certificado final de obra, dentro del plazo de garantía del art. 17.1 LOE. Desde ese momento, fueron conocidos por la parte demandante, la cual podía haber reclamado su reparación, sin hallarse impedida para ello. Fácil le hubiera sido solicitar al respecto un informe pericial de escasa complejidad, sin que para su elaboración se requiriese controlar la evolución de los defectos para determinar sus causas, como el supuesto de la

sentencia 602/2021, de 14 de septiembre.

Los daños son puntuales y se hallan estabilizados, independientemente de que se sigan manifestando hasta su corrección. La circunstancia de que los dictámenes periciales discrepen sobre las causas de los defectos no influye a la hora de apreciar la prescripción, ya que en ambos informes se constata la realidad del daño y se consideran de ejecución material, buena muestra de ello es que el arquitecto no ha sido demandado, sin que existieran dificultades tampoco para conocer la identidad de los responsables, en su condición de agentes de la construcción y, por lo tanto, hallarse perfectamente determinados desde el primer momento para el ejercicio en tiempo de las acciones judiciales.

La sentencia invocada, en el recurso, como jurisprudencia infringida, es decir la 454/2016, de 4 de julio, no es aplicable al caso, pues no guarda identidad de razón con el presente proceso, al concurrir diferentes connotaciones fácticas, como lo demuestra que en ella se razonase que la consolidación de los daños producidos no tuvo lugar con relación a la fecha del informe de parte, esto es, el 20 mayo 2009, sino que continuaron produciéndose hasta que dicho perito de parte giró su última visita al inmueble afectado, es decir, a principios de 2010, por lo que el plazo de prescripción aún no había transcurrido cuando se interpuso la demanda, el 26 de julio de 2010.

Igualmente distinto es el caso contemplado en la sentencia 589/2015, de 14 de diciembre, en el que:

“[...] la estabilización de los efectos y consecuencias lesi-

vas del daño producido (aparición de nuevas grietas, desplazamiento de baldosas y rodapié) no se produjo con el inicio y el desarrollo de la actividad generadora del mismo (excavación y cimentación para la construcción de los sótanos), ni tampoco al tiempo de la finalización de la obra, el 30 de junio de 2004 sino tiempo después, tal y como se desprende de los testigos de escayola instalados a tales efectos en abril de 2007, por lo que el motivo debe ser estimado”.

No obstante, en la sentencia 624/2014, de 31 de octubre, se señala, con respecto a una reclamación de humedades, que:

“[...] no estamos ante una situación de daños continuados, sino que la parte actora conocía la existencia de los mismos, pese a lo que interpuso la demanda después de los dos años establecidos en el art. 18 de la LOE. No estamos ante una cuestión jurídica sino ante la declaración de hechos probados reflejada, en la que se constata el perfecto conocimiento de la demandante de los daños padecidos.

En cualquier caso no es un supuesto de daños continuados, sino de daños duraderos o permanentes (SSTS28-10-09 y 14-7-10 entre otras), en cuanto que el origen y causa de los mismos estaba perfectamente dictaminado, como se evidenciaba del burofax que la demandante remitió a Ferrovial”.

En consecuencia, con las connotaciones expuestas, atendiendo a las particularidades del caso que nos ocupa y respetando la valoración probatoria de la Audiencia, no podemos considerar que nos hallemos ante un daño continuado, y concluir, por lo tanto, que la acción no ha prescrito; lejos

de ello, ha transcurrido el plazo de los dos años del art. 18 LOE, por lo que el recurso de casación ha de ser desestimado.”

Un testigo no puede negarse a su capricho a contestar -de antemano- las preguntas que una parte procesal le formule ,no sin consecuencias , e incurrir en un delito ,así lo entiende la Sentencia núm. 801/2022, de 5 de octubre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo -Ponente: Excma. Sra. D.ª Susana Polo García-

“Por tanto, la orden fue recibida por la acusada, ya que era conocida por la misma, y de ello deriva claramente de la ilegitimidad de una actitud obstativa a cumplirla.

En consecuencia, se alega que, por estos motivos, la ahora acusada percibió que contestar a sus preguntas- de la acción popular de Vox -le provocaría un innegable perjuicio moral. Así lo expresó ella (“frente a un partido machista y xenófobo”), manifestando que prefería no contestar a sus preguntas “asumiendo las consecuencias”. Estas declaraciones, así como la negativa performativa a no contestar, supusieron un ejercicio de libertad de expresión (amparado por los arts. 20 CE y 10 CEDH).

En definitiva, que la -acusada actuó guiada por una suerte de objeción de conciencia, un sentimiento de deber

moral de rehuir del papel discriminatorio y abusivo seguido por la acusación popular, Y formular acusación contra ella por estos hechos - así como admitir a trámite la acusación y dictar Auto de Apertura de Juicio Oral por ello - supone una vulneración de la libertad ideológica y de conciencia (arts. ~ CEDH y 16 CE) de la acusada.

2.2.2. Las citadas alegaciones, no pueden justificar la conducta de la acusada. En cuanto al art. 418 de la LECrim -excepción a la obligación de declarar de los testigos prevista en el art. 707 de la ley procesal-, el citado artículo dispone que “ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes que se refiere el artículo 416”. De la lectura del precepto resulta obvio que no es aplicable en este caso ya que el interrogatorio al que iba a ser sometida la Sra. Azucena no afectaba a la persona o fortuna de ninguno de los parientes referidos en el art. 416 de la LECrim.

Pero es más, no es posible conocer ex ante si un interrogatorio va a afectar o perjudicar materialmente o moralmente a una persona si la pregunta no ha sido formulada, ello no resulta posible, y eso fue lo que ocurrió en el presente caso, la actitud de la acusada como testigo en la causa, negándose a declarar a las preguntas a formular por una parte del proceso, debidamente personada, sin conocer el contenido de sus preguntas, por mucho que su ideología no sea coincidente o totalmente contraria con la del partido al que representa la citada acusación, ello no justifica su actitud, pues no es

posible hablar a priori de daño moral alguno.

130. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar no solo al acusado en lo que se refiere al proceso penal (see *Kyprianou*, cited above, § 172), sino también al público en general (see *Kudeshkina v. Russia*, no. 29492/05, § 86, 26 February 2009, and *Di Giovanni*, cited above).”.

También la STEDH Peruzzi c. Italia, de 30 de junio de 2015 considera que la sanción impuesta por los tribunales ante unas declaraciones difamatorias contra un juez no son desproporcionadas con respecto a los legítimos objetivos perseguidos, y considera la interferencia en el derecho a la libertad de expresión del solicitante como necesaria en una sociedad democrática para mantener la autoridad e imparcialidad del poder judicial en el sentido del art. 10, de lo que se deduce que no ha habido violación del citado artículo.

2.2.3.3. La acusada con su conducta traspasó claramente los límites de su libertad ideológica y de conciencia, y no se estaba ante un ejercicio lícito de la libertad de expresión, claramente limitado en este caso para garantizarla autoridad y la imparcialidad del poder judicial sobre el que la sociedad debe tener una clara confianza, siendo necesarios para garantizarla fijar límites, debiendo

acatar los testigos las órdenes legítimas dadas por los tribunales.

Además, no existe un derecho general de desobediencia respaldado por disposición constitucional o legal alguna, por el contrario, el derecho vigente, legitimado democráticamente, tiene efecto obligatorio general y no sólo respecto de quienes estén de acuerdo con él.

Estamos, pues, ante limitaciones de los derechos de la acusada que se consideran necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. El reproche penal no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de la acusada, sino que se dirige al deber de colaboración con la justicia, y de respeto al principio de autoridad y al orden público.

2.3. Por último, la actitud de la acusada negándose a cumplir el mandato del tribunal ha sido evidente e inequívoca, clara y patente, no solo fue expresada en el acto del juicio oral donde fue citada a declarar como testigo, sino también en el escrito presentado por su representación procesal el 22 de abril de 2019, donde hacía constar expresamente que su representada había dicho “ en sus palabras: frente a la extrema derecha, frente a un partido machista y xenófobo, no aceptaré contestar a las preguntas”, oposición obstinada o contumaz de la Sra. Azu-

cena que resulta totalmente meditada y decidida, aunque sea exteriorizada concierto disimulo, en definitiva se trata de una negativa abierta por parte de la misma, que fue reiterada en la declaración que prestó en el plenario y en especial en sus manifestaciones proferidas al ejercer su derecho a la última palabra, que revelan su claro propósito de desconocer y no acatar el mandato del tribunal.

Ha quedado constatada, por tanto, la actitud de abierta y pertinaz negativa a la asunción por la acusada, sin modulaciones caprichosas y alegales, de los deberes que la Ley les impone como testigo. Además, la desobediencia de la acusada reviste una especial gravedad puesto que el bien jurídico tutelado no solo es el principio de autoridad, como en el resto de los delitos de desobediencia, sino que indirectamente también se violan otros bienes jurídicos de gran importancia en el caso de no acatar una orden judicial, como es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, el orden público y el derecho de defensa.

Las órdenes judiciales basadas en la ley deben ser cumplidas, permitir conductas de este tipo supondría vulnerar la confianza que los demás depositan en la Justicia y dejar al arbitrio de los particulares el cumplirlas o no según la interpretación que de las mismas quieran realizar.”



El tamaño de la sentencia no importa, sino su motivación, y un peatón, puede ser responsable exclusivo de su accidente: “Pues bien, en primer lugar, aunque la sentencia apelada no estuviera motivada, la consecuencia jurídica jamás sería su nulidad. Pero es que además está motivada ya que expresa el proceso lógico jurídico que conduce a la desestimación total de la demanda, cual es la concurrencia de una culpa exclusiva del perjudicado”.

Resalta el apelante el número de hojas que componen la sentencia que son muy pocas a su juicio. Pero lo cierto es que no existe una relación directa entre motivación y número de hojas de la sentencia. Pues, una sentencia de 100 hojas en la que se transcriben un sinnúmero de sentencias de audiencias Provinciales sin orden ni concierto, puede estar falta de motivación. Mientras que, una sentencia de escasos folios en la que no se transcriba sentencia alguna de Audiencias Provinciales pero en la que, el Magistrado que la dicta, exponga su proceso lógico jurídico que le ha conducido al fallo, estará perfectamente motivada. La Sentencia nº 259/2021, de treinta de septiembre, de la Sección Vigésimoprimeras de la Audiencia Provincial de Madrid,- Ponente el Ilmo. Sr. D. Ramon Belo Gonzalez-:.

“Tampoco deben ofrecer duda los hechos que condujeron al atropello y que son los siguientes: Antes de iniciarse el paso de cebra se para el coche para dejar pasar a dos personas, y, cuando ya han pasado, el conductor mete la primera marcha y arranca hasta alcanzar la mitad del paso de cebra en donde queda parado al golpear, con su parte frontal delantera, a un peatón que, encontrándose detrás del coche y al observar que en el otro lado de la calzada había un autobús en la parada al que quería subirse, comenzó a correr y, a gran velocidad, rebasó al coche y se introdujo en el paso de cebra delante del mismo que le golpeó,

cayendo al suelo en la mitad del paso de cebra delante del coche que se paró de inmediato.

De este relato factico se desprende una evidente, clara y palmaria culpa por parte del peatón atropellado. No cabe duda que el paso de cebra concede al peatón una preferencia para cruzar la calle en contra de los vehículos que circulan por la misma, pero el peatón tiene que hacer uso de esta preferencia de una manera racional, ajustándose a las circunstancias normales de la circulación. Y, por ello, no puede irrumpir en el mismo corriendo cuando un vehículo de motor ya había rebasado la mitad de ese paso

de cebra para colocarse, de manera sorpresiva e inesperada, delante de ese coche cuyo conductor no podía verlo ya que procedía el peatón desde la parte de atrás del coche.

Constatada esa evidente, clara, palmaria culpa de parte del peatón atropellado lo que queda por determinar es si se la debe considerar exclusiva ya que tan solo en este caso se produce la exoneración de la responsabilidad. Y si se la debe considerar exclusiva ya que no se constata alguna otra culpa concurrente. Y así el conductor del coche no pudo hacer absolutamente nada para evitar el atropello.”



¿Cómo tratar correctamente el supuesto en el que junto al delito doloso de riesgo, se ha producido el resultado imprudente? Art 382 CP. Concurrencia de un delito de peligro y otro de resultado. Concurso de delitos. Única acción que ataca dos bienes jurídicos protegidos lesiones por imprudencia grave causadas por el acusado al agente que viajaba en el vehículo de la policía con el que colisionó al saltarse un semáforo, teniendo sus capacidades afectadas por la previa ingesta de alcohol., pues pese a la visibilidad del cruce y que el vehículo policial iba con las señales luminosas y acústicas, ni lo oyó ni lo vio .Es la Sentencia 651/2021 de 9 Diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29ª, -Ponente Excm. Srª María del Pilar Rasillo López-

“TERCERO.- El segundo motivo del recurso es la infracción de normas procesales y del principio acusatorio al no invocarse por las acusaciones (y en particular, por la Acusación particular que es la que acusa por dos delitos) el artículo 382 CP que es aplicado por el Juez de lo Penal.

En el caso enjuiciado, el Ministerio Fiscal formuló acusación únicamente por el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 CP (delito de riesgo abstracto), si bien solicitaba indemnización por el resultado lesivo que se produjo. La Acusación particular formuló acusación por el delito contra la seguridad vial del artículo 379 CP y además por el delito de lesiones imprudentes, en cuanto que esa conducción etílica (riesgo abstracto) llevó una conducción negligente con resultado lesivo (resultado). La Acusación particular solicitaba una pena independiente por cada uno de estos delitos, con olvido de la regla penológica especial del artículo 382 CP, es aplicada con buen criterio, por el Juez de instancia, quien en la determinación de la pena ha de atender, además del principio acusatorio, a las reglas generales de determinación de las penas (artículos

61 a72 CP) y a la especial del artículo 382 CP.

Las STS 350/2020, de 25 de junio, explica que el artículo 382 del Código Penal es una excepción al criterio general de concurrencia de un delito de peligro y otro de resultado. Regla penológica especial, que no contempla un concurso de normas sino de delitos. La acción, aunque única, ataca dos bienes jurídicos protegidos. Pretende la norma concursal dar respuesta a los graves resultados lesivos constitutivos de delito que se ocasionan mediante una actividad de riesgo que tiene lugar en actividades referentes a la seguridad vial. La norma concursal no puede ser aplicada a cualquier tipo de delito de lesiones. En el caso de delito doloso quien se dirige a causar un resultado doloso utilizando un vehículo como instrumento, se da un (sic), que propiciará un concurso de delitos. Se aplica el artículo 382 del Código Penal en los delitos imprudentes. Si al delito doloso, se une un delito de peligro para la seguridad vial, deberá sancionarse como concurso real de delitos.

La STS 64/2018, de 6 de febrero, nos dice que el art. 382 del Código Penal supone una excepción al criterio gene-

ral en el caso de concurrencia de un delito de peligro y otro de resultado, en cuya virtud el delito de resultado absorbe al delito de peligro (STS 122/2002, de 1 de febrero), criterio que se sustituye por la punición del delito más grave en su mitad superior, combinando en la imposición de la pena normas del concurso ideal y el principio de alternatividad. Se trata de una regla penológica que no excluye la consideración de pluralidad de delitos a los que aplicar la penalidad acumulada según el criterio expuesto en el art. 382 del Código Penal. Consecuentemente -declaraba tal resolución judicial- unificamos la interpretación en los siguientes términos: la previsión del art. 382 CP contempla un concurso de delitos para el que el legislador prevé una regla penológica singular, similar al de concurso de normas, la correspondiente al delito más grave (alternatividad), más la previsión del concurso ideal, en su mitad superior. Y sigue diciendo esta sentencia que “...La naturaleza del concurso es propiamente de delitos y no de normas, en tanto que el precepto interpretado expresa que “cuando con los actos sancionados en los arts. 379, 380 y 381”, es decir, utiliza la preposición “con”, que indica el modo o mane-

ra cómo se realiza una acción o el instrumento con que se ejecuta, por lo que con tal acción se ocasiona, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad. Es decir, concurren, como tales, dos hechos punibles: el correspondiente al riesgo prevenido y el que sanciona el resultado lesivo causado. Aunque la acción (normativamente hablando) sea única, se atacan dos bienes jurídicos protegidos y se conculcan dos preceptos penales, que se sancionan como un concurso ideal, propio o también denominado pluriofensivo.

...El espíritu de la norma es impedir que el delito de riesgo quede absorbido por el delito de resultado, sancionando el conjunto con una pena similar a un concurso ideal, aunque con algunas especialidades, ya que esta Sala Casacional ha entendido (al menos en una ocasión) que al ser regla especial no se podría aplicar la sanción por separado si resultara más favorable al reo, como sí lo permite el art. 77 del Código Penal.

El legislador pretende aplicar una pena proporcional a aquellos conductores que además de poner en peligro el tráfico vial, ocasionen graves consecuencias lesivas para los usuarios de la vía”.

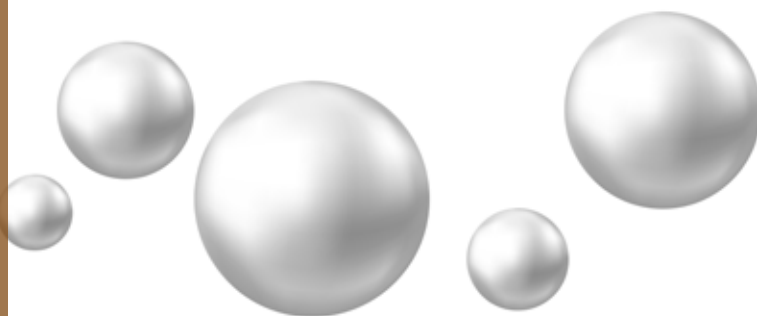
Se ha ratificado esta interpretación en al STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019, que añade que “...esta norma concursal no puede ser aplicada cualquiera que sea el delito de lesión causado. Ciertamente, la literalidad de la norma no lo impide, porque únicamente se refiere a que se produzca “un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad”. Pero quien con su acción se dirige a causar individualmente un resultado doloso frente a una persona en particular, utiliza el automóvil como un instrumento, no resultando afectado el riesgo causado para la circulación hacia ese concreto sujeto, porque, respecto de él, lo que quiere el autor es herirlo o matarlo. Ahora bien, si con tal acción pone en peligro concreto, como lo es en este caso, otros bienes jurídicos individuales, tal acción no puede quedar impune, sino que se aplicará, frente a ellos, la correspondiente sanción por la comisión de un delito de peligro en el ámbito de la seguridad vial.

De modo que la cláusula concursal se aplicará indudablemente al resultado lesivo, cuando se trate de delitos imprudentes, y se aplicará el concurso real, como en nuestro caso, cuando existan otros bienes jurídicos puestos en juego, como la vida o la integridad física de terceros, y la acción sea dolosa”.

En el mismo sentido, la STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019, ya decía que “ En el artículo 382 del Código penal la previsión normativa es que los actos sancionados en los artículos 379,380 y 381 ocasionen, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, en cuyo supuesto se apreciará la infracción más gravemente penada imponiendo la pena su mitad superior.

De otra parte, conforme dijimos la Sentencia 64/2018 de 6 febrero, la previsión del artículo 382 es una regla penológica que no excluye la consideración de pluralidad de delitos a los que aplicar una penalidad acumulada. Se trata de un concurso de delitos para los que el legislador prevé una solución penológica singular, en principio, similar al concurso de normas, la correspondiente al delito más grave, y además la previsión del concurso ideal. No se trata de un supuesto de concurso de normas, sino de concurso de delitos con una regla penológica especial”.

En el caso que nos ocupa, se trata de una conducta enmarcada en la tipicidad de la conducción bajo la influencia del alcohol y, además, de la producción de un resultado lesivo a consecuencia de la acción negligente por la conducción bajo el influjo del alcohol. Es decir, que, junto al delito doloso de riesgo, se ha producido el resultado imprudente. Y la punición de estos dos delitos no ha de hacerse de forma separada como se solicita por la Acusación particular, sino conforme a la norma específica del artículo 382 CP, que establece una solución punitiva más favorable para el acusado. En estos términos, no hay ninguna infracción del principio acusatorio.”



Cuantos fallecimientos serían si no predecibles, si- en el radio de acción de un riesgo a no desdeñar: -evitables, como la práctica de pintar sin protección adecuada ...frente a la pintura utilizada, que en este caso, era Sayocril Viales blancos, siendo un producto mezcla clasificada como de especial toxicidad por inhalación e irritante, pudiendo provocar daños en el sistema nervioso central tras exposiciones prolongadas o repetida, somnolencia o vértigo. Entre sus usos identificados se encuentra la pintura de señalización de tráfico, no estando recomendado para ningún otro uso o sector industrial, profesional o de consumo distinto, aconsejándose su utilización solo en exteriores o en un lugar bien ventilado. Su correcta utilización exige extremar las medidas preventivas y en última instancia llevar EPI específico. El trabajador accidentado no contaba con mascarillas de protección frente a aerosoles y gases. Sentencia nº 380/2022, de 27 de octubre de la Sala 4ª del Tribunal Superior de Justicia de Navarra-Ponente: Excm. Srª Dª Maria del Carmen Arnedo Diez-:

“... al no poderse descartar la existencia de culpa o negligencia empresarial en los daños y perjuicios sufridos por el trabajador- artículo 1101 del Código Civil-, al incumplir los deberes empresariales sobre utilización de una pintura indicada exclusivamente para uso en exteriores, sobre evaluación de riesgos, al ser incompleta e insuficiente, por la falta de adopción de medidas adecuadas en relación con el producto empleado, la ventilación y empleo de equipos de protección individuales de las vías respiratorias y, por la falta de formación e información adecuadas de la utilización de productos químicos, los riesgos que implica y las medidas preventivas a adoptar.

DÉCIMO TERCERO.- El segundo motivo de censura jurídica formulado por E SA y en el noveno de Z, previa denuncia como infringidos de los arts. 1092, 1903 y 1101 del Código Civil y art. 97 de la L.R.J.S., cuestionan la falta de relación de causalidad entre el fallecimiento del trabajador accidentado y el incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de prevención.

Exponen que los dos informes periciales obrantes en las actuaciones, de la Médico Forense y de los Dres J Ey L , y señalan como causa de la muerte la «etiología natural», sin embargo, la sentencia estima la demanda al entender que la empresa no logra acreditar que adoptara las medidas necesarias para prevenir o minorar el daño a la vista de los incumplimientos en que incurrió en cuanto a la evaluación. La propia sentencia, las periciales y documentales, evidencian que el Sr. E padecía numerosas enfermedades que ponían en riesgo su vida. La dosis de tolueno en sangre ere muy baja para poderle causar la muerte. Por todo ello solicita la desestimación de la demanda.

Pues bien, la doctrina más reciente sobre la materia, contenida entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo Sala Social de fecha 23 de junio de 2014 (rec. 1257/2013), se declara, sobre cuestiones generales sobre la indemnización adicional, que el sistema de responsabilidad empresarial en contingencias profesionales, como cierre del sistema,

la responsabilidad civil de naturaleza contractual [art. 1101 CC] o extracontractual [art. 1902CC], por concurrir culpa o negligencia empresarial, declarando que es compatible con otras: la prestacional, que suponen responsabilidad objetiva con indemnización tasada, atendidas por las cotizaciones de prestaciones ex art. 123 LGSS , por posible incumplimiento de las reglas técnicas impuestas como medidas de seguridad; y, c) las mejoras voluntarias de la acción protectora.

Aunque la responsabilidad civil contractual requiere culpa, la exigencia culpabilista no lo es en su sentido clásico, porque la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo[AT/EP], para enervar su posible responsabilidad el empleador haya de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias.

La competencia del orden social, alcanza tanto a la posible responsabilidad civil contractual [por ilícito laboral

surgido «dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial», como cuando se yuxtapone a responsabilidad extracontractual [la relación de trabajo es tan sólo antecedente causal del daño], porque el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural.

En la aludida doctrina jurisprudencial que aquí se estima de aplicación (SSTS Sala 4ª, de fecha 24-11-2010, rec. 651/2010; 18-10- 2010, rec. 101/2010; y, 30-6-2010, rec. 4123/2010) se establece que indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia, tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101, 1.103 y 1.902 del Código Civil.

La Sala 4ª del TS, llega a la conclusión de que la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, por virtud de la cual el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural (en general, por aplicación del art. 1258 CC; y en especial, por aplicación de la obligación de seguridad) e incluye el resarcimiento de los daños causados.

El Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador “a su integridad física” (art. 4.2.d) del ET) y a “una protección eficaz en materia de seguridad e higiene” (art. 19.1). Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL (Ley

31/1995, 8 de noviembre), cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL - determinaron que se afirmase “que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado” y que “deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran”.

Existiendo, pues, una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC, que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que “en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”. Con todas las consecuencias



que consisten en mantener -para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia, en la doctrina jurisprudencial expuesta.

No puede, en consecuencia, actualmente, sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atentatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición

de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario "crea" el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo "sufre"; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos ,y a proteger al trabajador, incluso

frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL),estableciéndose el deber genérico de "garantizar la seguridad y salud laboral" de los trabajadores (art. 14.1LPRL).

La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias."





Puesta al día internacional

El pacto de Cuota Litis en litigios de responsabilidad civil y seguro: una reflexión de alcance internacional desde España en cuanto al análisis de los argumentos a favor o en contra

por Jorge Fuset Domingo
Abogado

1.- BREVES APUNTES A MODO DE ANTECEDENTES Y CONTEXTO LEGAL, ESTATUTARIO Y DEONTOLÓGICO ACTUAL EN ESPAÑA.- EXCEPCIÓN EN LOS PAÍSES MEDITERRÁNEOS.

Como sabemos, ya en el Derecho romano existió una prohibición absoluta, esto es, percibir la remuneración, en todo o en parte, en función de resultados, prohibición que se reprodujo en derecho histórico (Partidas y Novísima Recopilación).

Se pretendía evitar que el abogado se hiciera socio de su cliente en el objeto del pleito, o que adquiriera intereses comunes que comprometieran su deber de independencia, o evitar así el conflicto de intereses en el sentido de que el abogado pudiese confundir sus propios intereses con los de su cliente.

Si bien en el siglo XIX, al aire liberalizador, desaparece la prohibición legal, la prohibición pasaría a ser una previsión estatutaria y deontológica, esto es corporativa.

Lo cierto es que la legislación de los Colegios Profesionales fue sustituyendo, la facultad de establecimiento de honorarios mínimos por la facultad de establecimiento de baremos de honorarios orientativos.

Así, en lo que respecta al pacto Cuota Litis, el art. 44 del Estatuto General de la Abogacía



(aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio), venía a recoger, y a regañadientes, la prohibición de cuota litis ya sólo en su modalidad de pactar remuneración exclusivamente en caso de resultado positivo (cuota litis en sentido estricto). Con anterioridad se había recogido en el art. 16 del Código Deontológico de la Abogacía Española.

El Tribunal Supremo, pese a algunas Sentencias reticentes a la total liberalización (STS, 3ª, 3.3.2003, STS, 3ª, 1.6.2003 y la STS, 3ª, 17.12.2003, siguiendo la tendencia de la legislación liberalizadora, cambia de doctrina claramente en las dos siguientes importantes Sentencias que se basan fundamentalmente en la legislación nacional sobre competencia, aunque esbozando poco y solo tangencialmente un argumento de fondo en favor o en contra del pacto de cuota litis.

La primera de esas sentencias es la **Sentencia de la Sala Primera 446/2008 de 29 de mayo de 2008, nos encontramos los siguientes argumentos a favor de la cuota litis:**

*“... la nueva redacción del art. 2.1 de la Ley 2/1974 se estableció que **la fijación de la remuneración (al igual que la oferta de servicios) se realizaba también en régimen de libre competencia, con sujeción tan sólo a las dos leyes que nos ocupan, y en ninguna de las dos puede encontrar amparo la prohibición de la llamada cuota-litis.** La citada norma implica también una derogación del sistema de fijación de honorarios colegiales, tal como se venía llevando a cabo, permitiendo a nuestro entender una absoluta liberalización, a la que eran contrarias las normas colegiales...”*

*“... No puede ampararse la presunta competencia desleal, en base al art. 15 de LCD, en la infracción de tales normas, pero tampoco encuentra cabida en ninguno de los otros preceptos que recogen y definen la competencia desleal, pues la única similitud en la ley, que la podríamos encontrar en el art. 17 dedicado a **la venta a pérdida**, al decir que la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, solo es desleal cuando pueda inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o desacreditar un producto o establecimiento ajenos, o pretenda eliminar a competidores, no encaja en la oferta que nos ocupa, pues simplemente se limita a ofrecer una primera consulta y estudio del caso gratis, esto es sin cobrar, y cobrar tan solo si se obtienen resultados favorables, además de ofrecer servicios permanentes*

de asesoramiento por treinta mil pesetas anuales...” “... Esta oferta difícilmente puede llamar a engaño sobre lo que comporta, y no es difícil encontrarla en otras profesiones, o actividades económicas, no siendo susceptible de ser estimada competencia desleal...”

“... Por último añadir que una interpretación distinta se opondría al contenido del reiterado art. 1 a) de LDC, que recordemos de nuevo decía que “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio...”

Y la Sentencia de la Sala Tercera de 4 de noviembre de 2008, argumenta fundamentalmente:

- Que *“.../ a Administración pública está sometida a la Ley de Defensa de la Competencia y, en general, a la legislación que garantice en los diversos ámbitos la libre competencia...”*
- Que *“... en cuanto a la alegación del CGA según la cual la prohibición del art. 16 CDA es en defensa de la Ley de Competencia Desleal (LCD), que proscribiera la venta a pérdida, también debe rechazarse por resultar incorrecta la interpretación que el CGA hace del art. 17 LCD. En efecto, dicho precepto expresamente establece en su apartado 2 que la venta a pérdida se reputará desleal cuando pueda inducir a error a los consumidores, desacredite la imagen de un producto o establecimiento ajeno o cuando forme parte de una estrategia para eliminar del mercado a los competidores. Evidentemente, ninguno de estos supuestos resulta acreditado en el presente caso. Pero es que, además, hay que tener en cuenta que, cuando un abogado se encarga de un caso, es decir, **en el momento de concertar la venta de sus servicios profesionales, los resultados son inciertos y los costes desconocidos. Así, aunque el abogado se comprometiera a no cobrar si pierde el caso, la transacción que tuviera lugar entre abogado y cliente no podría reputarse de una venta a pérdida, incluso si finalmente el caso llegara a perderse...”***
- **Se trata de una injustificada discriminación que afecta de modo importante a la com-**

petencia del sector, al constituir una barrera de entrada para los abogados menos experimentados. Ciertamente, el art. 16 del Código Deontológico de la Abogacía, al admitir la cuota litis, desnaturaliza el carácter de contrato de prestación de servicios que venía siendo propio de la relación entre abogado y cliente, y lo aproxima al contrato de obra. Pero esta desnaturalización es obra del propio Consejo General que dio carta de naturaleza en el art. 16 de su Código Deontológico a ciertos tipos de cuota litis...”

- Que “...en efecto, este Tribunal considera que el establecimiento de honorarios mínimos que implica **la conducta probada del Consejo General de la Abogacía es particularmente dañina para la competencia en este sector, en el contexto español actual, caracterizado por un nivel elevado de paro entre los abogados jóvenes, porque perjudica particularmente la entrada en el mercado de abundantes abogados que empiezan su carrera profesional y que, por ello, podrían estar más dispuestos, en general, que los abogados de solvencia profesional acreditada, a cobrar unos honorarios profesionales que no cubrieran sus costes cuando no ganasen los casos a ellos confiados.**- Que “...no es posible admitir el argumento formulado por la entidad codemandada de que la cuota litis en sentido estricto supone una coincidencia de intereses entre el Letrado y el cliente, comunidad de intereses que podría privar a éste de su independencia en el cumplimiento de su labor profesional, convirtiéndole más bien en un socio en el pleito unido por un común interés en obtener un resultado positivo. **Y no puede admitirse porque dicha “comunidad de intereses” se admite plenamente en todos aquellos casos en los que hay cuota litis, aunque no sea “en sentido estricto”. Esto es, no porque exista una parte de la minuta que sea independiente del resultado deja de participar el Abogado en los beneficios obtenidos en caso de que se gane el pleito y de tener ese interés común con el cliente al margen de lo que pueda constituir estrictamente la remuneración por su labor profesional....”**- Que “**la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe**

la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto, que la prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales al determinar que el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto «en cuanto a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración» a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 2.1, segundo párrafo) y, que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia....”

Lo cierto es que, si nos atenemos a la legislación y reglamentos hoy vigentes en España, el artículo 14 del vigente **Código Deontológico de la Abogacía Española** y el artículo 26 del vigente **Estatuto General de la Abogacía Española** establecen la libertad de pacto de honorarios con el debido respeto a las normas deontológicas y las normas de defensa de la competencia y competencia desleal, y por tanto el pacto de cuota litis siempre que se informe de las bases de la determinación de los honorarios.

Así pues, la tendencia española ha llevado a una evolución hacia la permisividad del pacto de cuota litis, ya asumido por supuesto en los países anglosajones, lo que nos indica una tendencia a reconocerse más argumentos a favor que en contra de referido pacto.

No obstante, hay que indicar que esa permisividad contrasta como veremos a continuación con otros países del sur de Europa.

2.- LA CUOTA LITIS EN DERECHO COMPARADO.

A continuación ejemplos de países que prohíben y países que admiten el pacto de cuota litis:

Ejemplos de países donde se prohíbe:

- Italia.- Lo prohíbe en el artículo 25. 2 del Codice Deontologico Forense

- Francia.- Lo prohíbe en el artículo 11-3 del Reglament Intérieur National de la profession d'avocat
 - Portugal.- Lo prohíbe en el artículo 18 del Código deontológico
 - Suecia.- Prohibido en el *Código de Conducta Profesional para los miembros de la asociación de abogados sueca* punto 4.2.1 salvo excepciones justificadas siendo ejemplos de estas casos como el que el cliente no pueda pagar honorarios fijos, o asuntos de acciones colectivas o asuntos transfronterizos fuera de Suecia
 - Alemania.- Prohibido por el punto 49 b 2 *Código federal para abogados.*
 - México.- Prohibido por el artículo 3.3 del *Código de Ética del Ilustre y nacional Colegio de Abogados de Mexico*, admitido por la Barra Mexicana, en su *código ético artículo 29* con ciertos requisitos y admitido por el *Código de Ética de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa y el Colegio de Abogados A.C (ANADE Colegio)*
 - El *Code of Conduct for European Lawyers* en su punto 3.3. prohíbe expresamente el pacto de cuota litis, código que no sería aplicable en España según la jurisprudencia que hemos indicado.
- Ejemplos de países donde se admite:**
- Estados Unidos.- Permitido en el *Model of Rules of Professional Conduct* de la American Bar Association (ABA), en su artículo 1.5.c) con la excepción del apartado d (asuntos matrimoniales, estado civil y de derecho penal)
 - Canadá.- *Model Code of professional conduct* de la Federation of Law Societies of Canadá punto 3.6.2
 - Australia.- Permitido en el *Australian Solicitors Conduct Rules* DEK Law Council de Australia



- Inglaterra y Gales.- en *Damage- Based Agreements (DBA) sections 45-48 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, which amend section 58 of the Courts and Legal Services Act 1990 (CLSA 1990)* and *Conditional Fees Agreements (CFA) sections 44-48 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, which amend section 58 of the Courts and Legal Services Act 1990 (CLSA 1990)*
- Panamá.- Permitido en el *Código de Ética y responsabilidad del abogado, del Consejo nacional de abogados de Panamá* artículo 19.
- Perú.- Permitido en el *Código de Ética, del Consejo de decanos de colegios de abogados de Perú*, artículo 50 en concordancia con 49.
- Chile.- Permitido por el artículo 36 del *Código de Ética profesional del Consejo de los abogados de Chile*.
- Argentina.- Permitido por la *Ley Arancelaria que regula el ejercicio de la profesión de abogados y procuradores* en su artículo 4.

3.- EL PACTO DE CUOTA LITIS EN LOS ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN ESPAÑA.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que actualmente en España los pactos de honorarios de abogados que intervienen en pleitos de responsabilidad civil son, o bien los de pacto de cuota litis en el caso de los abogados de la víctima, o bien los de baremo-convenio entre la compañía de seguros y su abogado externo.

En cualquiera de los dos casos, la normativa orientadora de los diferentes colegios de abogados tiene virtualidad tan solo en las discusiones de determinación de honorarios a incluirse en la tasación de costas judiciales. Y también de forma tangencial, en el supuesto de reclamación de honorarios satisfechos por el asegurado al abogado particular, y que posteriormente son reclamados a la aseguradora en virtud de la cobertura de seguro de defensa jurídica, especialmente tras la STS 421/2020.

Vemos así que el mercado, esto es, la presión de los clientes-víctimas, ha ido extendiendo “como la pólvora” el pacto de cuota litis en un contexto de alta competencia y una oferta profesional altamente publicitada.

Y es que el pacto de honorarios fijos, o con referencia de los criterios orientadores, no venía a satisfacer ni a la víctima ni a las aseguradoras.

En efecto, las aseguradoras han aprovechado la amplia oferta de abogados, sobre todo desde los años 90, para recortar sus gastos de defensa jurídica a base de ir reduciendo los honorarios por asunto que pagan a sus abogados externos, hasta el punto de que todos los abogados de compañías reconocen que no les interesa económicamente los asuntos en sí, sino un volumen determinado que les permita mantener la estructura y gastos del despacho y obtener un beneficio empresarial digno. Ello se consigue a hacerse cargo de muchos expedientes, a un precio de baremo que si se calculase por horas invertidas haría saltar las colores a todo el colectivo profesional. Las aseguradoras mantienen de esa manera “cautivos” a un colectivo de abogados muy profesional, muy eficiente y altamente especializado a un coste irrisorio si se compara con costes profesionales de mercado privado y el coste de personal fijo que se tendría que mantener en asesoría jurídica interna para gestionar los mismos casos, sobre todo si se tiene en cuenta el ahorro de costes laborales que supone. Dicho lo anterior, pocas o ninguna queja se han planteado por el colectivo de abogados afectado, ni los colegios de abogados se han lanzado sobre el sector asegurador. Antes al revés, se viene a considerar que la “sacrosanta” libertad de pacto protege a las compañías, pues, cualquier intromisión corporativa atentaría contra la libre competencia, por muy alejados, y de manera escandalosa, que los baremos de honorarios que se pacten se hallen de los criterios orientadores. Lo cierto, además, es que conseguir ser “abogado de compañías” es algo muy demandado por los abogados, tanto por los ingresos que en volumen se prometen (si no hacemos la ratio/asunto), como por el prestigio que supone que una compañía de seguros te considere cualificado para defender sus intereses.

Expongo lo anterior como reflexión en el sentido de que a las compañías de seguros en España no les interesa para nada pactar la cuota litis con sus abogados externos, seguramente porque entonces estos no valorarían tanto el volumen como la cuantía de los asuntos.

Vamos pues a los abogados de víctimas. Los abogados de víctimas son, por definición y salvo en contadas ocasiones, huérfanos de toda estabilidad en los ingresos como la que disfruta los abogados de aseguradoras, ya que la captación del caso se realiza, en principio y en general, fue-

ra de un marco de colaboración con la víctima, y la confianza del cliente proviene pocas veces del conocimiento que se tuviera del abogado de manera directa, sino indirectamente a través de antiguos clientes, del propio entorno del abogado o directamente de publicidad. Toda vez que, como todos los servicios asimétricos, el profesional sabe mucho y el cliente no sabe nada o casi nada, el único parámetro para afrontar un proceso por el que perseguirá una indemnización es la esperanza de obtener una indemnización. En ese sentido, el cliente no está dispuesto en realidad a pagar por el servicio de estudio de viabilidad del caso, sino que se demanda del profesional que le indique si cree que “de su caso se puede obtener una indemnización”.

4.- ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DEL PACTO DE CUOTA LITIS.

Los argumentos que se han expuesto tradicionalmente y a nivel internacional en contra del pacto de cuota litis serían los siguientes:

A) Pérdida de independencia.

Se dice que la independencia del abogado, consagrada en los estatutos colegiales internacionales como un principio informador de la obligación del abogado, se ve comprometida por el pacto de cuota litis.

Si nos atenemos al Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019, en su artículo 2 prevé el derecho y el deber de Independencia del abogado:

1. *La independencia de quienes ejercen la Abogacía es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa del justiciable y de la ciudadanía por lo que constituye un derecho y un deber.*

2. *Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses del cliente, debe mantenerse el derecho y el deber de preservar la independencia **frente a toda clase de injerencias y frente a intereses propios o ajenos.***

3. *La independencia debe ser preservada frente a presiones o exigencias que limiten o puedan limitarla, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, de los tribunales, del cliente, sea respecto de los colaboradores o integrantes del despacho.*

4. *La independencia permite no aceptar el encargo o rechazar las instrucciones que, en*

contra de los propios criterios profesionales, pretendan imponer el cliente, los miembros de despacho, los otros profesionales con los que se colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, debiendo cesar en el asesoramiento o defensa del asunto cuando se considere que no se puede actuar con total independencia, evitando, en todo caso, la indefensión del cliente.

Como vemos, y aunque se imponga así el principio de independencia incluso frente a “intereses propios”, lo cierto es que con esa expresión, el Código Deontológico no se está refiriendo a los honorarios de los abogados, sino más bien a otros intereses propios en conflicto o incompatibilidad de intereses ajenos a los propios honorarios.

De ahí, que tengamos que acudir al artículo 12 del Código Deontológico para buscar pistas sobre el juego de los “intereses propios” en relación al principio de independencia. En él solo encontramos una referencia en el apartado C- **Conflicto de intereses**: *1. No podrá desempeñarse la defensa o el asesoramiento de intereses contrapuestos con otros que se esté o haya estado defendiendo o asesorando, o con los propios, ya que la lealtad hacia el cliente es principio fundamental de la Abogacía.*

Lo cierto es que esa referencia no da pistas en el sentido que buscábamos, o al menos, es difícilmente referible a los honorarios de abogados que es aquí lo que nos interesa, y ello porque, si entendiéramos los honorarios en ese sentido como intereses propios, todos los abogados se encontrarían, en tanto que profesionales, en esa situación de incompatibilidad. **Así pues, los intereses propios hay que entenderlos como cualquier otro interés “al margen de la relación profesional”.** Véase por ejemplo tener un paquete significativo de acciones de una empresa contra la que el cliente te solicita presentar, por ejemplo, una demanda judicial.

Recordarse los argumentos en ese sentido de la Sentencia de la Sala Tercera de 4 de noviembre de 2008.

Así pues, solo nos queda buscar las pistas en los artículos referentes a los honorarios de los abogados, concretamente los artículos 14 y 15 del Código Deontológico

De la lectura de los artículos 12, 14 y 15 del Código Deontológico concluimos que, con el pacto de cuota litis, no se atenta el principio de independencia del abogado, en tanto que los honorarios no pueden significar nunca un interés propio en conflicto con el cliente, y

ello al ser inherente a la relación de contrato de arrendamiento de servicios. El hecho de que los honorarios se pacten por cuota litis no desmerece el pacto de honorarios puesto que a la postre supone una determinación de los mismos por resultado, lo que, claramente, no puede considerarse, a priori, un conflicto de intereses con el cliente, sino, precisamente, un alineamiento de intereses, y ello siempre que cumpla con los requisitos exigidos deontológicamente en todo pacto de honorarios así como la legislación vigente en materia de consumidores y de condiciones generales de la contratación.

B) Venta a pérdidas.

Siendo que Artículo 14 del Código de Deontología, referente a los honorarios, determina que la cuantía y régimen de los honorarios será libremente convenida con el cliente con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal, habrá que estar pues a las normas de libre competencia y competencia desleal y a la doctrina y jurisprudencia aplicable para saber si la cuota litis puede considerarse venta a pérdida.

En ese sentido, el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal, aprobada por la Ley 3/1991, de 10 de enero (RCL 1991\71) regula la venta a pérdidas para indicarnos que:

1. *Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.*

2. *No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:*

La primera consideración que debe realizarse es que **el pacto de cuota litis no supone vender servicios por debajo de su coste, normalmente es todo lo contrario**: el precio es mayor que el que normalmente se determinaría por aplicación de los criterios orientadores de los diferentes Colegios de Abogados.

El hecho de que se cobre solo en caso de éxito en ningún caso puede entonces entenderse como la comercialización de servicios de abogados a pérdida.

Por otra parte, no cualquier venta realizada a bajo coste tiene la consideración de conducta prohibida, a los efectos de la legislación sobre competencia, pero, por si hubiera alguna duda, los requisitos que exige la ley para que pueda reputarse como conducta prohibida, aún considerándose venta a pérdida no se cumplen. Veamos:

a) *Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.*

Si hay un criterio habitualmente claro para el consumidor de cuánto pagará por el servicio de abogado es precisamente el pacto de cuota litis, pagará un porcentaje en caso de éxito de la reclamación. Por tanto, resulta fácilmente comprensible para el consumidor si el redactado obedece realmente al pacto alcanzado. Otra cosa es que en la hoja de encargo se desnaturalice el pacto con cláusulas ambiguas u oscuras en perjuicio del consumidor, pero en cualquier caso esa conducta sería potencialmente predicable de cualquier pacto de honorarios y no exclusivamente del pacto de cuota litis.

b) *Cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.*

El pacto de cuota litis no pretende desacreditar la imagen de los abogados que no desean esa forma de retribución, antes al contrario, en casi todos los casos el abogado que pacta la cuota litis estaría “encantado” de poder facturar honorarios fijos.

c) *Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.*

Es evidente que no puede haber una estrategia encaminada a eliminar a ningún competidor concreto del mercado. Más bien el pacto de cuota litis obedece a una realidad del mercado, su origen se encuentra más en el cliente que lo reclama que en el abogado que lo ofrece.

C) Dudas sobre la bondad del libre mercado.

La oferta de abogados en España difícilmente puede manipularse precisamente por la gran cantidad de abogados que existe por habitante. De otro lado, en este caso la bondad del mercado la marca el cliente que demanda el pacto de cuota litis porque lo entiende beneficioso, estando en su mano siempre el solicitar un presupuesto de servicios de abogado con retribución fija.

D) Favorable a los grandes despachos.

Precisamente son los grandes despachos en España y otras jurisdicciones los que han presionado para que se mantuviera la prohibición de cuota litis, pues su posición dominante y

prestigio acumulado hacían innecesario ofrecer servicios a resultado. Si el pacto de cuota litis ayuda a algún tipo de despacho, es a los despachos pequeños ya que a la postre el sistema facilita la decisión del cliente de reclamar y su acceso a la justicia.

E) Que la actividad del abogado es mucho más que una actividad económica.

Este argumento resulta obvio, la abogacía es mucho más que una actividad económica, pero también actividad económica que depende de la demanda y el abogado debe adaptar su oferta a lo que demanda la clientela y el mercado.

Ningún impedimento puede tener en su pacto de honorarios el abogado, más que someterse a la ley en los acuerdos con sus clientes.

F) Los particulares pasan a ser meros instrumentos de la conducta empresarial de los abogados.

Precisamente en el caso del pacto de cuota litis sucede al revés. El cliente instrumentaliza al abogado para acceder a la justicia sin tener que pagar honorarios fijos. El instrumento es el abogado, no el cliente, salvo que lo que se pretenda es dar a entender que el servicio del abogado se desmerece por pactarse un sistema u otro. Las obligaciones del abogado para con su cliente, las deontológicas y las propiamente contractuales, siguen siendo las mismas.

5.- ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR DEL PACTO DE CUOTA LITIS.

A) Responde a la demanda de los clientes, consumidores incluidos.

Debe decirse que la demanda de pacto de cuota litis por parte del cliente tiene todo el sentido del mundo, especialmente en responsabilidad civil.

Lo primero que debemos señalar es que el primero que mercantiliza el daño es el legislador, lo que es lógico y normal, ya que la ley en ningún caso va a poder restituir la integridad física o económica a la víctima. Tan solo puede el Estado, y a duras penas, establecer unos criterios de indemnización, a veces a través de parámetros, a veces incluso baremos vinculantes, por ejemplo para siniestros de circulación, que pretenden evitar la disparidad de indemnización ante casos equivalentes. En defini-

tiva, pues, el cliente ya ha descontado que la reparación íntegra, en tanto que restitución a su condición de antes de sufrir el siniestro, es imposible y reclama tan solo ya “lo que le corresponda por ley”.

Es el abogado quien, lógicamente, tiene el conocimiento y experiencia para saber que lo que “corresponde por ley” tiene condicionantes de viabilidad, procedibilidad e incertezas sobre prueba, defensa del contrario e interpretación judicial y pone en valor su trabajo de manera que ofrece al cliente “conseguirle” una indemnización lo más alta posible, siempre dejando claro que la reclamación deberá conducirse mediante un proceso donde, como decimos, la incerteza en muchos casos define al resultado.

En ese contexto, aunque el abogado podría fijar unos honorarios apriorísticos en base a la cantidad que se reclame, sabe de antemano que el cliente estará dispuesto a pagarlos en tanto en cuanto se consiga la indemnización, pues el cliente desconfía igualmente de criterios orientadores profesionales que no dependan del resultado.

Lo que el cliente viene a decir al abogado es: “Yo me meto en esto porque usted me dice que lo ve viable y por tanto estoy dispuesto a pagarle en tanto que esa viabilidad se confirme con el resultado”.

Al cliente le parece en ese sentido lógico y normal que, si no se consigue resultado alguno, no tenga que abonar honorario alguno, y en cambio, está dispuesto a “compartir” el éxito de la reclamación con el abogado que confió en la viabilidad del asunto.

El cliente puede aceptar el riesgo de perder el caso, e incluso soportar las costas del proceso, o determinados gastos menores como es el del procurador, pero en muy pocos casos está dispuesto a pagar honorarios fijos a quien le ofrece sus servicios al margen del resultado del caso.

Téngase en cuenta que en otros ámbitos la indemnización no es lo único relevante del caso: por ejemplo, en defensa penal, el investigado se juega normalmente aspectos diferentes de la indemnización que en su caso le corresponda pagar, como son la libertad personal o incluso la criminalización de la sociedad o en su caso inhabilitación. De igual forma, en derecho mercantil una disputa entre empresas puede tener como base la reclamación económica, pero

también puede haber otros aspectos en juego a modo de compensaciones sobre la base de la negociación entre dos empresarios.

El sector más análogo en este sentido la reclamación laboral, y es precisamente un sector donde se ha extendido la cuota litis incluso antes que en la responsabilidad civil.

Seamos realistas, tener escrúpulos contra la cuota litis es ir contra los intereses reales del cliente: de lo que verdad quiere y son sus anhelos.

B) Si no existe la oferta de abogado por cuota litis, en muchos casos no habría asunto. Se facilita el acceso a la justicia.

Como sabemos y es notorio en los casos de responsabilidad civil y seguro, el pacto de cuota litis está hoy muy extendido en España.

Pero lo cierto es que el pacto tiene su origen en que muchos clientes no podían, o no querían, desembolsar honorarios en pleitos que en muchas ocasiones se les antojaba inciertos. Es claro que los baremos indemnizatorios en los accidentes de tráfico y el régimen de responsabilidad cuasi objetiva que impera en el sector animaron a los clientes a reclamar, y a los abogados de la especialidad a aceptar con más

facilidad los pactos a cuota litis, pero en otro tipo de asuntos de responsabilidad civil, como pueda ser las negligencias médicas o en general las negligencias profesionales, la responsabilidad patrimonial de la administración, el cliente demanda que el abogado trabaje a cuota litis, siendo así que el caso no se iniciará si no es con ese pacto. Es decir, de no ofertarse el pacto de cuota litis, no es que el caso recayera entonces en otro abogado que cobre honorarios fijos, es que el caso no se va a reclamar nunca, “perdiéndose” una posible indemnización.

C) Previene precisamente el conflicto de intereses.

Es evidente que si el interés del abogado está alineado con el del cliente, la posibilidad de conflicto de intereses se aleja, pues difícilmente el abogado puede tener otro interés en conflicto que no vaya dirigido al interés del cliente. Cuanto más cobre el cliente más cobra el abogado. No hay siquiera tentación de inflar reclamaciones que el abogado piense que no vayan a llegar a ningún lado pues tiempo que le dedica a un expediente que se entiende que no lleva a ningún lado es tiempo que le quita a otro con mayores posibilidades.

D) No exime de la responsabilidad profesional.



El pacto de cuota litis en nada menoscaba la obligación de diligencia del abogado y la responsabilidad del profesional.

E) Especialización.

El pacto de cuota litis implica para el abogado un riesgo, el de no ver nunca retribuidos sus servicios por no éxito del caso encomendado.

Es por esa razón que solo los abogados más cualificados y experimentados puede tener los conocimientos y experiencia suficiente para poder apreciar la viabilidad de un caso de responsabilidad para que la inversión de su tiempo pueda verse finalmente compensada con un resultado exitoso.

Sin especialización y experiencia el pacto de cuota litis es, sin duda, un inconveniente para el abogado.

F) Agotamiento de más instancias.

En un sistema de trabajo tradicional, el abogado va girando su minuta sobre cada instancia procesal, por lo que supone cuanto menos un obstáculo o un hándicap para continuar por el nuevo desembolso que implica para el cliente una nueva instancia.

G) Honorarios cero en caso de desestimación.

A los efectos ilustrativos, solo tenemos que destacar la circunstancia de que cuando el abogado cobra con honorarios fijos, la desestimación de la demanda puede implicar, no solo la obligación del cliente de pagar los honorarios de su abogado, sino la de satisfacer también, sino para el caso de condena en costas, la minuta del abogado contrario.

Es decir, en el caso de retribución en la modalidad de honorarios fijos, el cliente podría tener que pagar por los abogados propios y por los del contrario.

H) No impide el desistimiento. El desequilibrio en favor del cliente.

El pacto de cuota litis no implica para nada la imposibilidad de desistir del encargo por parte del cliente. De hecho, al no haberse avanza-

do cantidad alguna a cuenta de honorarios, la eventualidad del desistimiento deja en muchos casos desamparado al abogado actuante, pues se encontrará el profesional que pierde el control del asunto, de un lado con que no ha cobrado a cuenta honorario alguno y, en segundo lugar, que frustra su expectativa de cobrar del éxito del caso.

6.- CONCLUSIONES.

Las conclusiones acerca del estado actual de la cuota litis en España en el contexto europeo más cercano son las siguientes:

A) La ley y los tribunales han obligado a los colegios de abogados españoles a admitir el pacto de cuota litis si se respetan las leyes del mercado y la competencia, así como las normas deontológicas en lo que respecta al pacto de honorarios y la hoja de encargo.

B) En el ámbito de la responsabilidad civil y seguro se ha extendido el pacto de cuota litis en la relación cliente-victima y abogado, no así en la relación de aseguradoras y sus abogados.

C) A pesar de que persiste cierto recelo corporativo al pacto de cuota litis, lo cierto es que se constata muchas ventajas para cliente y abogado especializado, siendo que el presente artículo pretende defender el pacto de las críticas que tradicional e internacionalmente se han vertido contra la admisión del pacto de cuota litis.

D) Persiste a nivel europeo continental en muchos países una extensa prohibición taxativa que choca en estos momentos con la permisividad española y en general en el área anglosajona que en cualquier caso nos parece más acorde con la libertad profesional, la libertad de mercado y a la postre más ventajoso para los clientes consumidores por las razones expuestas.

E) Nos parece innecesario regular los acuerdos de cuota litis en cuanto a límites o clausulado de los contratos, pues en todo caso debe interpretarse y aplicarse a tenor de la legislación vigente en materia de condiciones generales y consumidores, ello sin perjuicio de la conveniencia de que se formulen unas recomendaciones generales orientativas.



ACTA DE ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, CELEBRADA EN BARCELONA EL DIA 10 DE NOVIEMBRE DE 2022

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 12 de noviembre de 2021, correspondiente al XXI Congreso Nacional, en Granada.

A continuación, por José María Hernández-Carrillo Fuentes, Secretario de Actas-Tesorerero de la A.E.A.E.R.C y S, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en el pasado 12 de noviembre de 2021 en Granada que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º.- Informe de actividades y gestión.

Por el presidente de la A.E.A.E.R.C. y S, Sr. López y García de la Serrana, y el secretario general, Sr. Villar Calabuig, se da cuenta de la participación e intervención durante el ejercicio 2020 y 2021 en diversos Congresos y Jornadas en representación de la Asociación (que más adelante se mencionan), así como del trabajo desarrollado en la Comisión de Seguimiento del "Baremo", haciendo alusión a la necesaria adaptación al formato digital y de Webinars de futuras jornadas. Así mismo se destaca la excepcional calidad técnica y científica del último congreso celebrado en Barcelona.

Congresos y jornadas en los que se ha participado e intervenido en representación de la Asociación:

- I Simposio de Derecho de la Circulación y Seguros, organizado por los Colegios de Abogados de Andalucía Oriental. Granada, 5 de Mayo
- XIII Congreso Nacional SEVDC - X Congreso Hispano - Luso. Palenxo. A Coruña 12 y 13 de mayo de 2022.
- XVII Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro que organizó la vocalía de Málaga de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Ronda 20 de mayo de 2022

- Congreso Internacional URJC. Nuevas perspectivas en RC. Madrid 2 y 3 de junio de 2022
- Jornadas Académicas del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid por motivo de los 425 de la institución colegial. Madrid, 16 y 17 de junio
- Jornadas de Circulación Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz. 24 de Junio de 2022
- Congreso de Cárteles 2022 de Thomson Reuters . Madrid, 7 y 8 de julio
- Jornada sobre Derecho de Daños en el Ateneo de Madrid que organiza la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Madrid, 8 de julio
- Jornadas de sobre derecho de la circulación, organizada por el ilustre colegio de abogados de Murcia, 6 y 7 de octubre de 2022

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la Revista (ya en el número 82) y su alta valoración por la comunidad doctrinal, jurisdiccional, y en general de juristas, de España, así como de la versatilidad del portal, o la agilidad que proporciona nuestra presencia en redes sociales como LinkedIn o Facebook.

3º.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año de materialización in situ de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta Don José María Hernández-Carrillo Fuentes, es de un año a otro delegada por este en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente entregadas ,constan detalladas en la zona privativa de los socios en la página Web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general. Son no obstante detalladas por el Secretario General, así como los resultados positivos derivados del Congreso de Granada, y aprobadas por unanimidad, haciendo constar expresamente la felicitación del colectivo a los organizadores del Congreso.

4º.- Presupuesto de 2023

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro. Xavier Coca Verdguer, y Jorge Fuset Domingo explican la organización del Congreso que comienza en escasas horas, unificado con el propio del ICAB, muestra de una generosidad ejemplar que como tal es destacada y agradecida por el Presidente de la Asociación Don Javier López y García de la Serrana. Celestino Barros Pena y José Antonio Armenteros anticipan detalles del próximo congreso en A Coruña (en el año 2004 lo celebramos en -la también gallega- Pontevedra). En orden a la candidatura de Tenerife para el año 2024 -postulada en el Congreso precedente de 2022, en Granada- toda vez que el vocal no ha podido desplazarse a este lo tratará el Secretario General con él, al par que se menciona Londres, Castilla-La Mancha, e incluso Madrid- presencial.

5º.- Ruegos y preguntas

José Pérez Tirado quiere dejar constancia de su profunda preocupación por las tablas del “Baremo” Ley 35/15, de 22 de septiembre, sus luces y sombras, pues un análisis y/o cata revela irregularidades, ¿Quién las redacta realmente y repasa? ¿son fiel reflejo y producto exacto de las bases técnicas?

Consensua con José Manuel Villar Calabuig la posibilidad de abordarlo en el próximo congreso (el programa informatizado de Unespa ya aplica -según fecha a partir de 07/10/2022- actualizado a la última actualización); José Pérez Tirado plantea asimismo que en la Comisión de Seguimiento del Baremo hay un grupo de trabajo jurídico, y otro actuarial, y respecto del primero -a su juicio- carece de sentido que la Orden ente en vigor el 07/10, y las tablas lo hagan varios días después. Tras preguntar por ello le contestaron que ambas entran en vigor a partir del 07/10, sin embargo -apunta- cualquier Juez puede argüir que le vincula el Real Decreto y no la Orden Ministerial, Javier López y García de la Serrana pondera la corrección de errores al respecto.

Asimismo, se exhorta a los asistentes a que promuevan de magistrados, docentes, juristas en general, la redacción de artículos sobre materias de interés para la revista de la asociación.

Terminado lo cual, por el Sr. Presidente Sr López y García de la Serrana, se da por concluida la XXII Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.



→ **XXII CONGRESO NACIONAL. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. BARCELONA 10, 11 Y 12 DE NOVIEMBRE DE 2022**

La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro celebró la XXII edición de su Congreso Nacional durante días 10, 11 y 12 de noviembre en Barcelona. Se trata de una cita de referencia entre los profesionales del derecho de Responsabilidad Civil y Seguro, con una asistencia más abogados especialistas en dicha materia procedentes de la mayoría de ciudades españolas.

El Congreso contó con un programa excepcional, tanto por la calidad de sus ponentes, como por el contenido científico que englobaba la problemática más actual de la responsabilidad civil y el derecho de seguros, una de las materias de nuestro ordenamiento jurídico más compleja y versátil, muy presente en la vida de los ciudadanos y con mayor número de casos en nuestros tribunales. Dirigido por **José Manuel Villar Calabuig** secretario general de la asociación, y **Jorge Fuset** del ICA de Barcelona, fue inaugurado por **María Eugènia Gay Rosell**, Delegada del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña y **Javier López y García de la Serrana**, Presidente de la Asociación.

Las distintas intervenciones se centraron en cuestiones tan relevantes y novedosas como la valoración de las consecuencias civiles de los **atentados al honor y a la intimidad**, la responsabilidad patrimonial de la Administración y campañas de **vacunación**, el perjuicio personal por **pérdida de calidad de vida por secuelas**, la valoración del daño en los **cárteles de vehículos**, las consecuencias de la Covid en el ámbito de la responsabilidad civil y el seguro, la **acción civil directa** del perjudicado contra la aseguradora de la Administración sanitaria, la aplicación del **derecho de los consumidores** en los contratos de seguros, la **prescripción** de las acciones de responsabilidad civil y la **responsabilidad del empresario por acoso laboral** y despido nulo junto a la valoración del daño moral provocado.

Para ello se contó con la presencia de diez ilustres ponentes, entre magistrados, catedráticos, fiscales, abogados y médicos. Así, se cuenta con la participación de los magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, **José Luí­­s Seoane Spiegelberg**, **Pedro José Vela Torres** y **Mª Ángeles Parra Lucán**, y del magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, Ángel Blasco Pellicer. Así mismo, intervinieron, **Jordi Seguí Puntas**, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y **Juan Garnica Martín**, magistrado y presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

La conferencia de clausura del Congreso, estuvo a cargo de **Juan Antonio Xiol Rios**, **Vicepresidente del Tribunal Constitucional**, que abordó la evolución del derecho de daños en la doctrina del Tribunal Constitucional. Tras la misma, el Congreso de la Asociación fue clausurado por nuestro presidente, **Javier López y García de la Serrana** y por **Jesús M. Sánchez García**, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

**XXII Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.
Barcelona 10, 11 y 12 de noviembre de 2022 en imágenes**



Inauguración del Congreso con la intervención de la Excm. Sra. D^a. María Eugénia Gay Rosell, Delegada del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Ilmo. Sr. D. Javier López y García de la Serrana, Presidente de la Asociación y el Sr. Diego Callejón Muzelle, presidente de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguros de ICAB





1ª PONENCIA

La “Sentencia del caso Uralita”: un compendio espléndido de cuestiones discutidas sobre responsabilidad civil

Ponente: D. Mariano Yzquierdo Tolsada.
Catedrático Derecho Civil de la UCM



2ª PONENCIA

La valoración de las consecuencias civiles de los atentados al honor y a la intimidad. 40 años de la Ley Orgánica 1/1982.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Rodríguez Fernández.
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Madrid. Ex letrado del Tribunal Constitucional





3ª PONENCIA

Responsabilidad patrimonial de la Administración y campañas de vacunación.

Ponente: D. Luis Medina Alcoz. Profesor titular de la UCM. Ex letrado del Tribunal Constitucional



1ª MESA REDONDA

El perjuicio personal por Pérdida de calidad de vida por secuelas. Cuestiones Prácticas y conflictos habituales.

Ponentes: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas. Magistrado Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

D. Javier Gorrioz Quevedo. Médico especialista en traumatología y cirugía ortopédica.

Modera: Xavier Coca Verdaguer. Presidente de la Sección de Derecho de la Circulación de la Comisión de Cultura del ICAB.



RECEPCIÓN Y CENA CÓCTEL EN PALAU DALMASES





4ª PONENCIA

La valoración y la cuantificación del daño en los cárteles de vehículos.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Garnica Martín.
Magistrado. Presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.



2ª MESA REDONDA

Las consecuencias de la Covid en el ámbito de la responsabilidad civil y el seguro.

Ponentes: D. José Antonio Badillo Arias. Profesor de Dº Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares. Doctor en Derecho.

D. Javier López y García de la Serrana. Abogado y Doctor en Derecho. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (AEAERCyS).

Modera: D. Diego Callejón Muzelle. Presidente de la Comisión de Responsabilidad Civil y Seguro del ICAB.





5ª PONENCIA

La acción civil directa del perjudicado contra la aseguradora de la Administración sanitaria.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luís Seoane Spiegelberg. Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

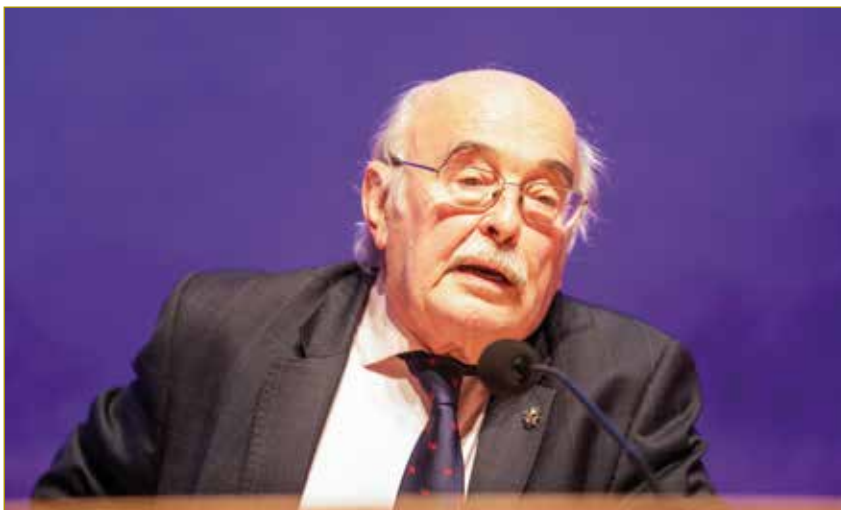


6ª PONENCIA

Análisis de la doctrina jurisprudencial sobre prescripción de las acciones de responsabilidad civil.

Ponente: Exmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo





7ª PONENCIA

El Valorismo y los intereses en el Baremo de accidentes de tráfico. La presunta sub tasa de actualización del IPC en los intereses moratorios y sus efectos en el Art. 40 LRCSCVM.

Ponente: D. Mariano Medina Crespo. Abogado y Doctor en Derecho. Presidente de Honor de la AEAERCyS



8ª PONENCIA

Responsabilidad del empresario por acoso laboral y despido nulo. Valoración del daño moral.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer. Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo





9ª PONENCIA

La aplicación del derecho de los consumidores en los contratos de seguros.

Ponente: Excm. Sra. D^a M^a Ángeles Parra Lucán. Magistrada de la Sala 1^ª del Tribunal Supremo



10ª PONENCIA

CONFERENCIA CLAUSURA - La evolución del derecho de daños en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios. Vicepresidente del Tribunal Constitucional

Clausuran: Ilmo Sr. D. Javier López y García de la Serrana, Abogado y Doctor en Derecho. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (AEAERCyS).
Excmo. Sr. D. Jesús M. Sánchez García. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.



CLAUSURA DEL CONGRESO
CENA DE GALA













**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



¡VUELVEN LOS FOROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL!

ELIGE TU CIUDAD

GRANADA · SEVILLA · VITORIA

Se lanzan de nuevo los Foros de **Responsabilidad Civil de Granada, Sevilla y Vitoria.**

Comenzarán entre febrero y marzo en sus diferentes sedes.

En estos Foros, a través **de ponentes** de distintos ámbitos jurídicos como **Magistrados** (Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Civil) y otros profesionales expertos en la materia, se examinará desde un **punto de vista práctico** las **cuestiones actuales más controvertidas** entre las que se encuentran: aplicación del baremo, valoración extrajudicial de daños, negligencias médicas, perjuicio personal y secuelas, valoración del daño moral en el acoso laboral y despido nulo, lucro cesante en lesiones temporales, valoración y cuantificación del daño en cárteles de vehículos, perjuicios patrimoniales y secuelas, bases técnicas, aplicación de la biomecánica, responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Recuerda que puedes contactar con otros asistentes y así ampliar tu **red de profesionales.**



PARA MAS INFORMACIÓN
900 40 40 47

DE LUNES A JUEVES DE 9:00 H. A 18.30 H.
VIERNES DE 9:00 A 15:00 H.

www.aranzadi.es

ARANZADI

Tu profesionalidad, bien cubierta



Responsabilidad civil profesional

El seguro **Responsabilidad civil profesional** es la mejor protección durante el desarrollo de tu actividad profesional. Ponemos a tu disposición un equipo de profesionales con amplia experiencia, preparado para defender tus intereses y ofrecerte el mejor asesoramiento con rigor técnico, todo ello con las mejores coberturas y garantías. Somos tu compañía de referencia en el mercado de responsabilidad civil profesional.