

nº 85

Primer Trimestre. Año 2023



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**La Responsabilidad
Civil del
Administrador de
Fincas**

**La responsabilidad
civil de los
administradores
concursoales o los
semidioses
obradores de
milagros**

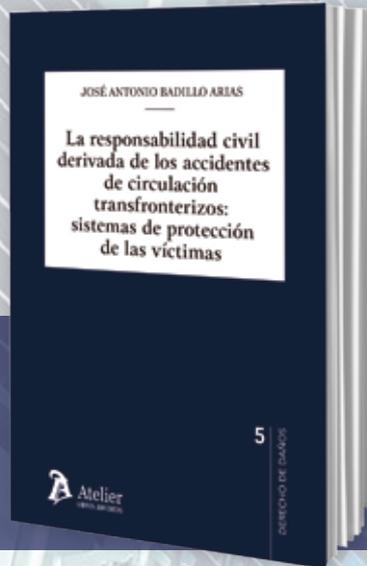
**Enfermedades, y
medicación del
conductor, su
incidencia sobre
una conducción
segura, y
responsabilidad
civil dimanante**

asociacionabogadosrcs.org

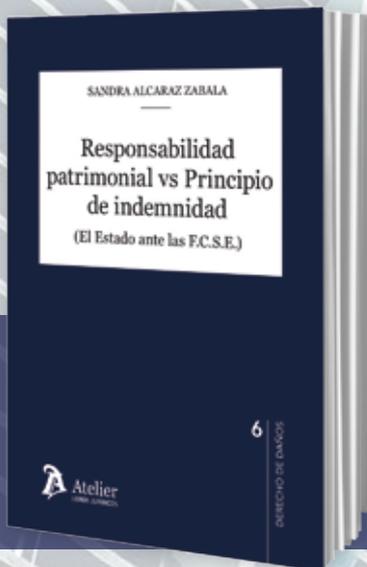
Nueva Colección

Cuadernos de Derecho de daños

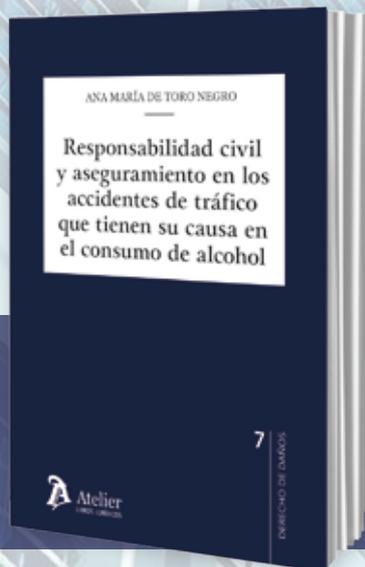
Javier López y García de la Serrana
Director de la Colección



José Antonio Badillo Arias
ISBN: 9788418780684
Páginas: 232
Precio: 25€



Sandra Alcaraz Zabala
ISBN: 9788418780950
Páginas: 264
Precio: 25€



Ana María de Toro Negro
ISBN: 9788419773050
Páginas: 350
Precio: 37€



Atelier
LIBROS JURÍDICOS

www.atelierlibrosjuridicos.com



nº85

Primer Trimestre. Año 2023



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 85

EDITORIAL

¿Quién responde de las publicaciones en las redes sociales?

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

DOCTRINA

• La Responsabilidad Civil del Administrador de Fincas.

Miguel Ángel Fernández López.....11

• La responsabilidad civil de los administradores concursales o los semidioses obradores de milagros

Idoia Azpeitia Alonso.....43

• Enfermedades, y medicación del conductor, su incidencia sobre una conducción segura, y responsabilidad civil dimanante.

José María Hernández-Carrillo Oliver.....67

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de enero de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente de circulación entre una moto y un vehículo que se adentró en una vía principal desde una vía secundaria en la que había una señal de Stop que regulaba el cruce. Inexistencia de culpa exclusiva del motorista ni de un aporte concausal del mismo de intensidad o valor suficiente para acudir al mecanismo de la concurrencia de culpas.101

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de enero de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Interposición de demanda frente a entidad aseguradora prestadora del servicio de asistencia sanitaria, por deficiente actuación del facultativo y del hospital donde se presta el servicio. Las diligencias preliminares promovidas para preparar una acción por culpa extracontractual contra el médico, el hospital y sus aseguradoras de responsabilidad civil, no interrumpe la prescripción de una acción distinta, de naturaleza contractual, derivada de una relación convencional únicamente existente entre las partes litigantes, y a la que son ajenos los causantes materiales del daño.113

- Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala 1ª) de 31 de enero de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Cobertura de la incapacidad permanente absoluta. Se considera limitativa la cláusula que impide retrotraer el hecho causante al momento en el que las secuelas sean permanentes e irreversibles.125

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 1 de marzo de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Cobertura de un seguro de multirriesgo de una vivienda adquirida mediante subasta judicial, que se encontraba ocupada en el momento de la contratación, hecho éste que no fue comunicado a la aseguradora. Se declara que existe interés del artículo 25 de la LCS por el tomador propietario, aunque no tuviera la posesión en el momento de la suscripción, y que no hay argumentos para liberar a la aseguradora, pues ésta contó siempre con la posibilidad de valorar el riesgo mediante el sometimiento a la actora al oportuno cuestionario del que voluntariamente prescindió, por lo que se sometió a lo pactado.135

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de marzo de 2023.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Desestimación del recurso interpuesto por el asegurado, al apreciarse ocultación dolosa de éste e infracción del artículo 10 de la LCS, al no declarar en el cuestionario médico la patología ocular grave que sufría con anterioridad a la suscripción de la póliza, y que es causa de la invalidez declarada. El asegurado, al preguntarle sobre si había padecido o padecía en ese momento alguna enfermedad, que le hubiera obligado a estar bajo supervisión o tratamiento médico debió responder afirmativamente, pues "el seguimiento o control del paciente por un médico" es una forma de tratamiento médico. Aunque en las preguntas incluidas en el cuestionario no se preguntara de forma específica sobre dicha enfermedad, sí le permitieron vincularlas con sus antecedentes de salud y, por tanto, ser consciente de que por la relevancia de su patología ocular no debía ocultarla para que la compañía pudiera valorar adecuadamente el riesgo.145

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes.

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....153

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

Actualizaciones de interés en el ámbito internacional.

Por *Alberto Pérez Cedillo*173

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 Moratinos, Francisco José Ledesma de Taoro y Sergio García-Valle Pérez.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paúl Velasco, Fernando Reglero Campos (†), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos, José Manuel López García de la Serrana (†), Antonio Salas Carceller, José Luis Seoane Spiegelberg, Antonio del Moral García, 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

¿Quién responde de las publicaciones en las redes sociales?

por Javier López y García de la Serrana
Director

Si tuviéramos que buscar un calificativo que identifique y diferencie claramente a nuestra sociedad actual de otras anteriores, éste podría ser sin duda el de “la era de las redes”. Así, buscando precisamente en la red, podemos conocer que remontando un poco la historia, todo comenzó con Arpanet (Advanced Research Projects Agency Network), una red que no sólo es la precursora de las redes sociales, sino que también se la conoce como la abuelita del internet. El objetivo de la misma era poder intercambiar información entre instituciones de educación superior en Norte América y en un primer momento fue una parte integral del internet. Posteriormente encontramos el primer envío de un email en el año 1971 y el comienzo del Proyecto Gutenberg, que no era otra cosa sino la creación de una biblioteca online gratuita, idea que es la base de nuestra actual internet. Ya en 1991 la red de internet global se hizo pública (www = World Wide Web), consistien-

do en un sistema interconectado de páginas web públicas accesibles a través de internet, y con ello empezó el internet tal y como lo conocemos hoy. Pues bien, actualmente es raro que alguno de nosotros no esté presente en alguna de las redes sociales que funcionan a través de internet, ya sea con un fin profesional, comercial o simplemente por ocio. Lo cierto es que se han convertido en un medio de comunicación y transmisión de información muy potente, en atención a su capacidad de difusión y a la inmediatez con la que dicha información es capaz de llegar a miles de personas en todo el mundo. Es una maquinaria que puesta en marcha resulta difícil de poder parar y donde los mecanismos de control sobre las publicaciones realizadas en los mismos resultan muchas veces ineficaces.

En este sentido las redes sociales se han convertido en verdaderos medios de comunicación, cada particular que vierte una información a través de su perfil se convierte en comunicador, pero con una gran diferencia frente a los medios de información tradicionales como pueden ser la prensa escrita, la radio o la televisión, y es que en éstos existe un editor o unas editoriales que filtran, examinan y controlan la información o publicación que se transmite, mientras que sin embargo en las redes sociales,

sobre todo cuando hablamos de usuarios particulares, no existe este tipo de filtro tan necesario. Este hecho, unido a la facilidad de acceso que cualquier persona tiene para poder hacer una publicación en las redes, nos ha llevado a presenciar numerosos episodios donde los derechos al honor y a la intimidad se ven vulnerados de una forma patente, y es aquí donde el título de esta editorial cobra sentido, por cuanto merece la pena detenernos a pensar quién, cuándo y cómo debe responderse ante este tipo de publicaciones que atentan directamente frente nuestros derechos más fundamentales.

Partamos de una circunstancia que caracteriza a esta materia, y es la dificultad con la que en muchas ocasiones nos vamos a encontrar para poder identificar al autor de la publicación que ha supuesto una intromisión en los derechos fundamentales de un tercero y que sería quien en primer lugar deba responder en base a la responsabilidad generada, conforme a 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. Frente a esta situación también se van a generar otro tipo de responsabilidades, en primer lugar la de la empresa que presta el servicio a través de las plataformas para la exposición de contenidos publicados, pues la misma debe ejercer una función de control sobre aquellas publicaciones, y por otro lado la responsabilidad que se genera para el titular del perfil creado en dicha plataforma y a través del cual se han vertido ese tipo de publicaciones, para el supuesto en el que las mismas se hayan realizado por terceros. Nos encontramos aquí con dos supuestos de responsabilidad por hechos de terceros frente a los cuales van a tener que responder, en el primer caso, la empresa suministradora del servicio, y en el segundo caso el titular de la cuenta o perfil que ha servido de escaparate para que otros viertan sus opiniones o comentarios.

En este punto y en cuanto a los distintos agentes que intervienen en este tipo de publicaciones, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 2022 nos los identifica de forma muy clara: *“La autoría de las opiniones o informaciones de quienes se manifiestan a través de las redes también es un elemento para tener en cuenta a la hora de formular el juicio de proporcionalidad de las limitaciones al ejercicio de las libertades comunicativas. En las redes sociales son distintas las posiciones de quien crea el contenido, de quien lo reproduce haciéndolo suyo o de quien lo traslada sin más y, por supuesto, ninguna de ellas puede confundirse con la posición de la propia empresa que da el soporte a la red social y que puede, eventualmen-*

te, establecer algún tipo de filtro preventivo o de supresión de contenidos o suspensión de perfiles, llegado el caso. A su vez, y en lo que hace al estatuto del usuario, no solamente difieren entre sí al adoptar roles o protagonismos diversos en redes, sino que difieren con carácter previo en función del anonimato del perfil, del carácter de personaje público de ese usuario, del hecho de que se trate de un profesional de la comunicación o no, de que el perfil sea institucional o personal, por ejemplo, y de que actúe en redes a cambio de una contraprestación económica o no lo haga.” Son, por tanto, intervenciones de carácter distinto, pero cada una de ellas, como veremos a continuación, va a generar un tipo de responsabilidad.

En cuanto a las entidades prestadoras de estos servicios, podemos comprobar cómo la normativa que regula su actividad es bastante proteccionista, y ello obedece al objetivo que



los distintos estados de nuestro entorno han tenido de querer favorecer el uso de internet entre todos los ciudadanos, por cuando se considera un medio extraordinario para facilitar la libertad de expresión de todos ellos. Así, nos encontramos con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Esta ley es la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva Comunitaria 2000/31/CE de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), la cual a su vez se basa en la Ley Americana “*Communications Decency Act*” (1996) aprobada por el Parlamento de los EEUU y en la que el estado americano se hacía eco de las demandas de protección realizadas por las empresas del sector, las cuales veían amenazadas el futuro de las redes sociales si se

establecía un sistema de responsabilidad directa de éstas sobre las publicaciones vertidas en las mismas, tal y como ya había sucedido en algún supuesto.

Así, en los artículos 16 y 17 de la citada ley se regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, estableciendo en primer lugar que los mismos no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, fijándose, no obstante, dos excepciones a dicha exención en los siguientes supuestos, uno de ellos será cuando se pueda demostrar que tenían conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada era ilícita o que lesionaba bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y en segundo lugar cuando tras tener conocimiento de tales hechos no reaccionen y no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. En este sentido la complicación será determinar cuando la empresa tenía conocimiento efectivo de tales publicaciones y para ello el citado precepto establece que se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada, o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

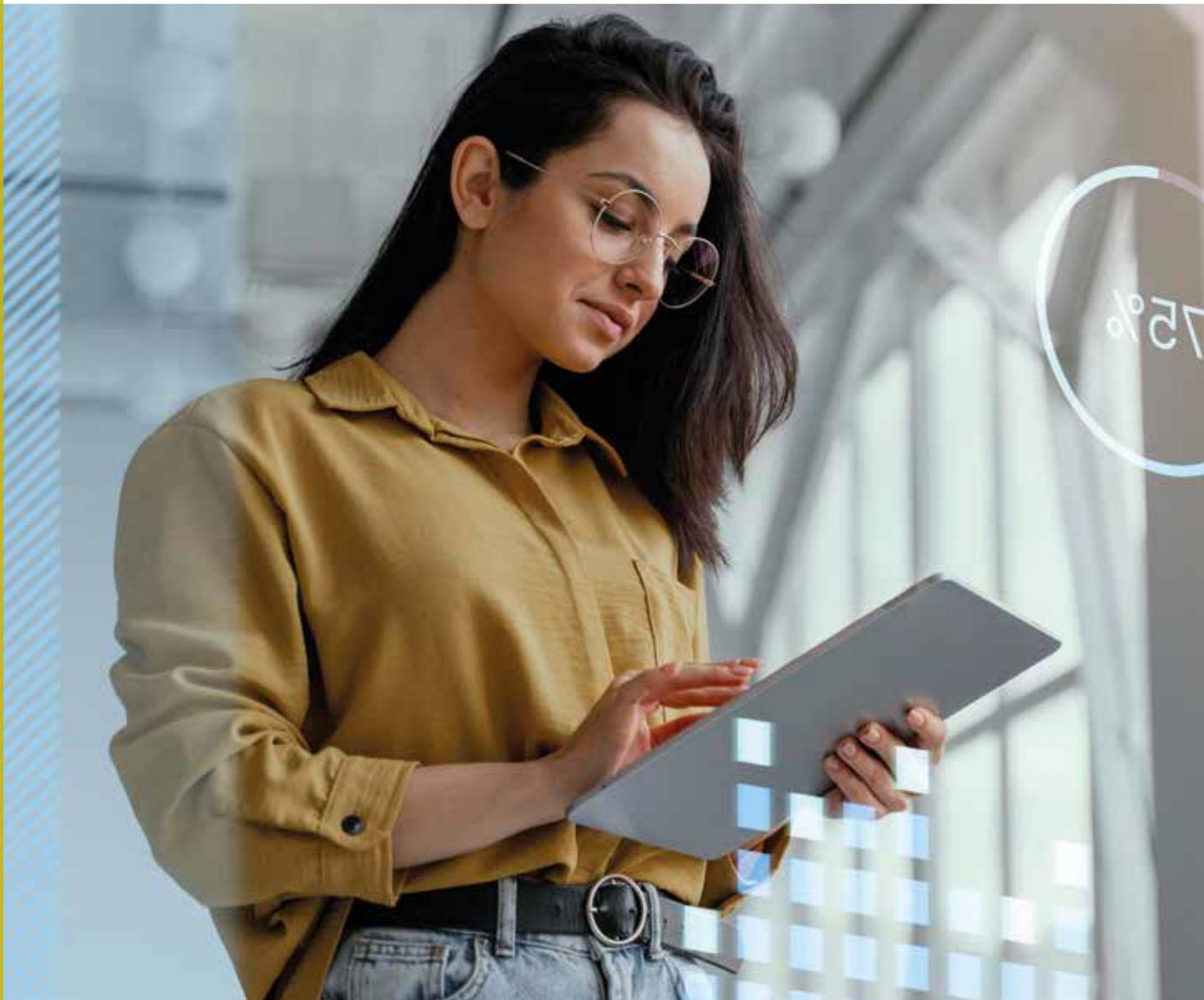
Esta ley igualmente, cumpliendo con uno de los principios comunitarios en la materia, y tal y como se desprende de sus artículos 18, 35 y ss, tiene como propósito establecer el control y supervisión por parte de las Administraciones Públicas de la actividad realizada por estas empresas, estableciendo desde la creación de un código de conducta, hasta un procedimiento sancionador cuando pueda acreditarse que las publicaciones llegaran a contener algún pronunciamiento que atente contra los derechos fundamentales de los usuarios. Y prueba de la importancia de la labor de control y seguimiento que deben hacer los estados comunitarios es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 2ª de 14-1-2020, en la cual se sanciona al estado de Lituania por el hecho de no haber abierto diligencias para la investigación de los comentarios discriminatorios de contenido sexual vertidos frente al titular de una cuenta de Facebook y su pareja, por parte de otros usuarios que los insultaron y menos-



preciaron a través de los comentarios publicados en su cuenta. El TEDH considera que son muchos los casos en los que Lituania ha pasado por alto este tipo de incidentes en las redes frente a personas homosexuales y que su inactividad o falta de actuación vulnera su obligación de control sobre las publicaciones que atenten al derecho fundamental al honor y a la intimidad, lo que supone no atender a los principios que inspira el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La indemnización concedida en este caso fue de 5.000 euros a cada uno de los demandantes en concepto de daño moral.

Así, la legislación europea deja un gran margen para que cada estado articule los medios de defensa y control ante este tipo de injerencias en los derechos fundamentales a través de las

redes, sobre todo cuando afectan al ámbito de lo personal sin tener por tanto otro objetivo que el descrédito o el insulto. En este sentido, por lo que se refiere al contenido de los mensajes, el margen de apreciación del Estado a la hora de restringir el derecho a la libertad de expresión en tales supuestos varía en función de una serie de factores que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo identifica claramente. Tomemos como ejemplo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2012, asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*, de la Gran Sala, por cuanto resulta más ilustrativa a este respecto: *“Si bien el artículo 10.2 del Convenio deja poco margen para las restricciones a la libertad de expresión en asuntos políticos (véase Ceylan c. Turquía (GC) (TEDH 1999, 102, núm. 23556-94, § 34, TEDH 1999-IV), los Esta-*



dos firmantes tienen generalmente un margen de apreciación más amplio a la hora de regular la libertad de expresión en ámbitos susceptibles de ofender convicciones personales íntimas de carácter moral o, más particularmente, religioso (véase Murphy (JUR 2003, 162877) Del mismo modo, los Estados disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de regular la expresión comercial y publicitaria”.

En cuanto al resto de agentes que intervienen en este tipo de publicaciones, detengámonos también en examinar cuál es la responsabilidad del titular de una cuenta o perfil en la red frente a las publicaciones que otros usuarios hacen en la misma, pues como antes anunciamos, también en este caso nuestra Jurisprudencia incide en el deber de control y vigilancia que cada

uno de nosotros tenemos sobre los comentarios que puedan hacerse en nuestras cuentas. Veamos por ejemplo la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2022, ponente **ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ**, en la cual se condena al titular de una cuenta en una red social por las expresiones insultantes y vejatorias que otros publicaron en la misma, con ocasión de un previo comentario del titular acerca de la actuación de su Ayuntamiento en supuesto favor para algunos vecinos de su municipio. En esta sentencia, la Sala Primera deja claro que la legitimación para reaccionar y frenar este tipo de comentarios recae sobre el titular de la cuenta, muy al contrario de lo que opinaba el recurrente, pues dadas las facultades de administración y control que tiene sobre su perfil puede bloquear a quien estime conveniente, ocultar determinadas publicaciones, denunciarlos, marcarlos como spam o incluso eliminarlos. Por lo que una vez que ha quedado acreditado que los comentarios tales como *“gentuza, sinvergüenzas, incultos, basura, garrapatas hambrientas, asquerosos, contrata a un matón, yo les pego un tiro, etc”* atentan gravemente frente a la dignidad de sus destinatarios y constituyen una intromisión clara ilegítima en su derecho fundamental al honor, y habiéndose probado que tuvo conocimiento de la existencia de dichas publicaciones, resulta evidenciada la responsabilidad del mismo al haber permitido que dichos comentarios permanecieran en su perfil y no haberlos eliminado, vulnerando su deber de diligencia reactiva y cuidado que le obligaba a ejercer su poder de control y borrarlos de forma inmediata. Por tanto, la pasividad o inactividad, del titular amparándose en que no era él el autor de dichos comentarios no le exime de su responsabilidad, pues tal y como nos indica la Sala Primera ha incurrido en culpa por omisión derivada de su falta de diligencia y cuidado con relación a las publicaciones que se realizan en su cuenta.

En cuanto al propio titular de la cuenta y los comentarios o publicaciones que él mismo pueda realizar en ésta, citemos de nuevo la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 2022, en la que se condena al pago de la indemnización de 5.000 euros al recurrente por las manifestaciones vertidas en su perfil y mediante las cuales acusaba a un periodista del programa *“Julia en la Onda”* de Onda Cero, de haberle agredido verbal y físicamente, manifestaciones que tuvieron una gran repercusión mediática debido al destinatario de las mismas y dado el medio utilizado para publicarlas.

Pero también la jurisdicción penal actúa ante este tipo de supuestos, pues en atención a la gravedad de los mismos, el atentado contra



el honor y la intimidad podrá revestir el carácter de conducta dolosa. Este es el caso analizado por la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2022, ponente **MANUEL MARCHENA GÓMEZ**, en la que se condena al autor de unos comentarios realizados a través de sus redes sociales, por dos delitos continuados de injurias con publicidad recogidos en el actual artículo 208 del C.P., aclarando la sentencia que dicho precepto no enfatiza ya en el elemento tendencial que se advertía en el previgente art. 453 del CP: *"El precepto ahora vigente admite, sin dificultad alguna, que la injuria pueda ser cometida con dolo directo o con dolo eventual"*, contribuyendo también a situar en sus justos límites la suficiencia del "animus iniurandi". En este caso, dice nuestro Alto Tribunal que *"sea cual fuere el criterio que se suscriba acerca de la histórica -e insuficiente- relevancia del ánimo de injuriar, lo cierto es que las expresiones vertidas por (...) no pueden encontrar amparo en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión"*. Alude a la afirmación de uno de los más clásicos tratadistas del derecho penal sobre que *"la esencia del delito de injurias no está en la corteza de los vocablos sino en la intención de quien los profiere"*, para añadir a continuación: *"Sólo así se explica que a la hora de definir los límites de la tipicidad del delito castigado en el art. 208 del CP, una misma expresión pueda interpretarse, en un determinado contexto, como una interjección coloquial situada extramuros del derecho penal y esa misma palabra, ya en otro entorno, pueda ser valorada como el afilado instrumento para laminar la honorabilidad de un tercero"*. Esta idea es la que permite a esta sentencia rechazar buena parte del argumentario de la defensa sobre el carácter inocuo de las expresiones empleadas por el condenado.

Por último, destacar algunas de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de determinar las indemnizaciones por daños y perjuicios que proceden en este tipo de asuntos, con independencia del derecho de cesión de dicha información del que gozan los perjudicados. Así, volvien-

do a recordar la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 2022, debemos tener en cuenta que las circunstancias especiales que definen a este tipo de publicaciones en atención al soporte sobre el que se realizan, suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros. Y ello, se pone de relieve en mayor o menor medida dependiendo de elementos tales como la cantidad de seguidores de un determinado perfil, el que éste corresponda a un personaje público o privado, el hecho de que medios de comunicación clásicos o perfiles sumamente influyentes puedan llegar a generar un efecto multiplicador del mensaje y la rapidez efectiva con que se propaga dicha publicación. Nos dice así el Constitucional, que estos elementos han de ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el impacto que las expresiones o informaciones volcadas en redes sociales han podido tener en el derecho al honor, intimidad, propia imagen o protección de datos de un tercero y en función de tal impacto deberá determinarse la cuantía objeto de indemnización.

Como idea final, debemos tener presente que las redes sociales pueden ser un medio tan útil y práctico como peligroso e imprevisible, por lo que pueden convertirse en algunos casos en una fuente generadora de distintas responsabilidades por vulneración de derechos fundamentales, a las que deberemos dar respuesta y frente a las que no cabe la pasividad e inactividad de ninguno de los agentes que intervienen en este nuevo medio de comunicación, pues la protección de dichos derechos no es algo baladí, recogiendo-se expresamente tanto en el art. 18.1 de nuestra Carta Magna, como en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o el art. 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en conjunción junto con el art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que vienen a garantizar el derecho al honor, la reputación y la intimidad de las personas.

Abril 2023



La Responsabilidad Civil del Administrador de Fincas

Miguel Ángel Fernández López
Abogado

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE FINCAS

2.1. ADMINISTRADOR DE PROPIEDAD HORIZONTAL O DE PROPIEDAD VERTICAL.

2.2. ADMINISTRADOR COMUNERO O ADMINISTRADOR CON CUALIFICACIÓN PROFESIONAL.

2.3. LA CUALIFICACIÓN DEL ADMINISTRADOR Y SU COLEGIACIÓN ¿ES NECESARIA LA COLEGIACIÓN O ALGUNA TITULACIÓN ESPECÍFICA?

2.4.- EL ADMINISTRADOR DE FINCAS Y LA LEY 2/2007, DE 15 DE MARZO, DE SOCIEDADES PROFESIONALES ¿ES POSIBLE CONSTITUIR SOCIEDADES PROFESIONALES CON LA ADMINISTRACIÓN DE FINCAS COMO SU OBJETO SOCIAL?

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ADMINISTRADOR DE FINCAS Y LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

IV. LAS OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR DE FINCAS

4.1. «VELAR POR EL BUEN RÉGIMEN DE LA CASA, SUS INSTALACIONES Y SERVICIOS, Y HACER A ESTOS EFECTOS LAS OPORTUNAS ADVERTENCIAS Y APERCIBIMIENTOS A LOS TITULARES».

4.2. «PREPARAR CON LA DEBIDA ANTELACIÓN Y SOMETER A LA JUNTA EL PLAN DE GASTOS PREVISIBLES, PROPONIENDO LOS MEDIOS NECESARIOS PARA HACER FRENTE A LOS MISMOS».

4.3. «ATENDER A LA CONSERVACIÓN Y ENTRETENIMIENTO DE LA CASA, DISPONIENDO LAS REPARACIONES Y MEDIDAS QUE RESULTEN URGENTES, DANDO INMEDIATA CUENTA DE ELLAS AL PRESIDENTE O, EN SU CASO, A LOS PROPIETARIOS».

4.4. «EJECUTAR LOS ACUERDOS ADOPTADOS EN MATERIA DE OBRAS Y EFECTUAR LOS PAGOS Y REALIZAR LOS COBROS QUE SEAN PROCEDENTES».

4.5. «ACTUAR, EN SU CASO, COMO SECRETARIO DE LA JUNTA Y CUSTODIAR A DISPOSICIÓN DE LOS TITULARES LA DOCUMENTACIÓN DE LA COMUNIDAD».

4.6. «TODAS LAS DEMÁS ATRIBUCIONES QUE SE CONFIERAN POR LA JUNTA».

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR DE FINCAS:

5.1. LA RESPONSABILIDAD EX DELICTO.

5.2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

5.3. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

5.3.A. «VELAR POR EL BUEN RÉGIMEN DE LA CASA, SUS INSTALACIONES Y SERVICIOS, Y HACER A ESTOS EFECTOS LAS OPORTUNAS ADVERTENCIAS Y APERCIBIMIENTOS A LOS TITULARES».

5.3.B. «PREPARAR CON LA DEBIDA ANTELACIÓN Y SOMETER A LA JUNTA EL PLAN DE GASTOS PREVISIBLES, PROPONIENDO LOS MEDIOS NECESARIOS PARA HACER FRENTE A LOS MISMOS».

5.3.C- «ATENDER A LA CONSERVACIÓN Y ENTRETENIMIENTO DE LA CASA, DISPONIENDO LAS REPARACIONES Y MEDIDAS QUE RESULTEN URGENTES, DANDO INMEDIATA CUENTA DE ELLAS AL PRESIDENTE O, EN SU CASO, A LOS PROPIETARIOS».

5.3.D. «EJECUTAR LOS ACUERDOS ADOPTADOS EN MATERIA DE OBRAS Y EFECTUAR LOS PAGOS Y REALIZAR LOS COBROS QUE SEAN PROCEDENTES».

5.3.E «ACTUAR, EN SU CASO, COMO SECRETARIO DE LA JUNTA Y CUSTODIAR A DISPOSICIÓN DE LOS TITULARES LA DOCUMENTACIÓN DE LA COMUNIDAD».

5.3.F. «TODAS LAS DEMÁS ATRIBUCIONES QUE SE CONFIERAN POR LA JUNTA».

5.4. EL SEGURO DEL ADMINISTRADOR DE FINCAS

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La importancia que la administración de fincas tiene en España lo confirma tanto el número de profesionales dedicados a dicha actividad, como la cada vez mayor complejidad que ha ido adquiriendo su desempeño.

La importancia cualitativa resulta tanto del número de comunidades de propietarios y del número de administradores que operan actualmente en España.

Según MAGRO SERVET, en 2003 el número de viviendas sometidas al régimen previsto en la LPH supera los 11 millones¹, lo cual supone una cifra aproximada de 1,2 millones de Comunidades de Propietarios, siendo administradas por unos 15.500 administradores².

De los datos ofrecidos por el INE en su Censo de Población y Viviendas 2011 el número de edificios en régimen de propiedad horizontal se sitúa en los 2 millones y que el número de viviendas y locales que forman parte de estos inmuebles se sitúa en torno a los 17 millones³.

El número de profesionales se ha calculado a partir de estudios de mercado o encuestas encargados por colegios territoriales de administradores de fincas, toda vez que no todos los que ejercen esta actividad está colegiados. Se estima que la administración de fincas genera una media de tres puestos de trabajo directos y once indirectos⁴, lo cual extrapolado a los datos antes referidos supondrían 46.500 empleos directos y 170.500 indirectos.

Las funciones realizadas por el administrador de fincas han ido creciendo desde su primera referencia en la LPH de 1960. El aumento en sus funciones y, consecuentemente, en sus obligaciones se ha acelerado más si cabe en las dos últimas décadas a consecuencia de unas mayores exigencias en materia de vivienda y que ha dado lugar a reformas en la LPH y nuevas disposiciones legislativas. Hasta la fecha se han producido trece reformas de la LPH desde su aprobación en 1960.

Este torrente de nuevas normativas encuentra su razón de ser en el mandato constitucional contenido en el art. 47 CE que impone a los poderes públicos promover las condiciones necesarias y normas pertinentes para que los españoles podamos acceder al disfrute de una vivienda digna y adecuada.

La necesidad de facilitar la reparación de la edificación urbana y facilitar su adquisición figuraba ya en la breve exposición de motivos de la *Ley de 26 de octubre de 1939, sobre construcción, gravamen y régimen de viviendas de pisos o partes determinadas*. Esta Ley modificó el primigenio art. 396 CC y supuso el comienzo de la propiedad horizontal en España. Con la reforma del CC se buscaba paliar la escasez de vivienda, agravada con la paralización de la construcción y la destrucción provocada por la guerra. La intención del legislador era facilitar el acceso a la vivienda en propiedad a quien no tenía recursos para comprar una casa entera, pero sí los tenía para la compra de un piso o apartamento.

El exposición de motivos de la posterior Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960 manifestó su intención de facilitar el imprescindible aumento del parque de vivienda y de ordenar y consolidar el funcionamiento de las comunidades de vecinos, actualizando para ello la precaria regulación del art. 396 CC a la realidad española. Superada esta primera etapa de encaminada a implantar un nuevo tipo de vivienda a través de la que también se llamó propiedad por plantas o pisos, se buscó con la LPH consolidar su organización y funcionamiento.

Con la *Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal*, se buscó dotar a las comunidades de una mayor flexibilidad y dinamismo, reduciendo las mayorías necesarias para adopción de ciertos acuerdos y agilizando los trámites para luchar contra la morosidad. Con estas reformas se buscó también adaptar la legislación a las nuevas tipologías edificatorias más allá del modelo constructivo vertical, es el caso

1 Estimación referida en el artículo de Vicente Magro Servet «La responsabilidad civil del Administrador de Fincas por incumplimiento de la obligación del art. 20.c de la LPH», Editorial La Ley 1009/2003. Abril 2003.

2 <https://empresas.mediterraneoglobal.es/la-profesionalizacion-del-sector-de-administracion-de-fincas-en-espana>

3 Conclusiones expuestas en la pág. 26 y 27 de la Tesis Doctoral «La evolución del interés privativo frente al comunitario en la propiedad horizontal», José Luis Andrés Martín, Universidad de Castilla La Mancha, 2019 accesible en <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/23358/TESES%20Andr%c3%a9s%20Mart%c3%adn.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

A los datos allí estadísticos del INE citados se puede acceder en <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e244/edificios/p02/10/&file=00004.px&L=0>

4 Datos recabados del artículo «La administración de fincas, una actividad generadora de empleo», publicado en la Revista del Colegio de Administradores de Fincas de Madrid en el número 182 de noviembre-diciembre 2021 (pág. 25) y que alude a 519 entrevistas realizadas en el mes de julio de 2021.

de los garajes y otros servicios que son compartidos por varias comunidades.

La demanda social exigiendo una mayor calidad en la edificación residencial se puso en valor con la aprobación de la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación* o el Código Técnico de la Edificación aprobado por RD 314/2006, de 17 de marzo.

En la última década hemos asistido a sucesivas reformas encaminadas a garantizar la conservación y rehabilitación de los inmuebles. Se pretende con ello dotar a la comunidades de herramientas que le permitan acometer aquellas actuaciones tendentes a suprimir las barreras arquitectónicas y garantizar la accesibilidad universal. A nadie se le escapa que el envejecimiento poblacional y el aumento de la esperanza de vida hacen imprescindible la adecuación de los inmuebles en materia de accesibilidad.

Se busca además dar cumplimiento al art. 9.2 y del art. 49 CE que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para que la libertad e igualdad de los ciudada-

nos sean efectivas y para que las personas discapacitadas puedan disfrutar de sus derechos.

La *Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad*, fue aprobada con apoyo en la función social que debe cumplir la propiedad para hacer efectiva que las personas discapacitadas puedan disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Lo cual ha conducido al legislador a ir flexibilizando y atenuando el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos comunitarios para la ejecución de obras necesarias que busquen suprimir barreras arquitectónicas.

Estas reformas de la LPH continúan de actualidad con el *Real Decreto-ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* y con la *Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. La necesidad de actualizar la rehabilitación efectiva de los edificios de vivienda



y aumentar su eficiencia energética es la última gran apuesta del legislador.

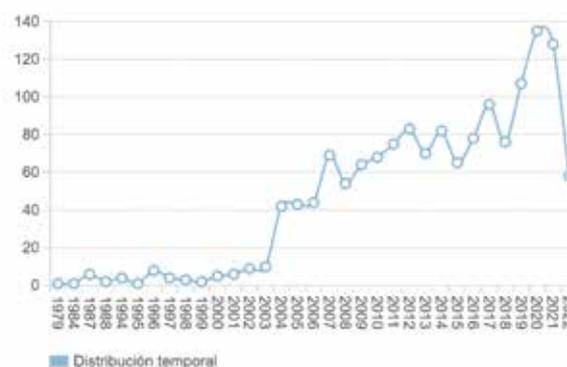
A este marco normativo en constante cambio hay que añadir el importante avance de las soluciones constructivas de los inmuebles en materia de eficiencia energética, accesibilidad y comunicaciones. También hay un cambio cualitativo en los servicios que demandan las comunidades de propietarios.

Frente a esta realidad en continuo cambio el administrador de fincas profesional debe compaginar su labor diaria con una constante actualización que le permita asimilar e implantar en su día a día esas intenciones que el legislador y nuestras administraciones van introduciendo.

El último ejemplo lo estamos teniendo ahora mismo con la aprobación del programa de ayudas para rehabilitación integral de edificios de viviendas que implica la movilización de fondos europeos para lograr una mayor eficiencia y reducir la pobreza energética de los hogares españoles. Este programa supone un reto para los administradores de fincas de cara a poder acometer las obras precisas y gestionar la tramitación y cobro de ayudas.

Desde 2004 se produce un incremento sostenido de la litigiosidad en relación con la actuación del administrador de fincas, y con ello una mayor número de pronunciamientos judiciales e interés doctrinal. Esta afirmación se puede constatar a través de sencillos indicios como el número de consultas, sentencias y comentarios doctrinales que sobre este tema aparecieron en los *Cuadernos Jurídicos de Propiedad Horizontal* que la Editorial SEPIN viene editando desde hace varias décadas, auténtica especialista en la materia. De acuerdo con los índices temáticos anuales se comprueba que las referencias entre 1999 a 2004 apenas contaba con dos o tres referencias por año, pasando a superar la veintena en el período 2005-2007, continuando en años posteriores hasta ser actualmente una materia de permanente actualidad.

Analizando jurisprudencia civil en bases de datos se observa la misma tendencia, mostrando a continuación el gráfico obtenido a través de la aplicación de análisis *Tirant Analytics* de la editorial Tirant Lo Blanch de sentencias recogidas en esta base de datos jurídica dentro de la materia «responsabilidad civil» acotada con el término «administración de fincas» en donde puede comprobarse una subida exponencial de sentencias:



II. CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE FINCAS

2.1. Administrador de propiedad horizontal o de propiedad vertical

El presente trabajo se centra en la administración de comunidades de propietarios sujetas a la regulación de la LPH y que también se refiere como administración de propiedad horizontal, distinguiéndolo así del administrador de fincas de propiedad vertical.

En el mercado inmobiliario la administración de propiedad vertical se refiere a la gestión fincas arrendadas, resultando sus derechos y obligaciones de lo expresamente pactado entre el arrendador y el administrador. La gestión de la propiedad vertical suele comprender la búsqueda y selección del inquilino, redacción y firma del contrato de arrendamiento y gestiones precisas para ello (como la obtención del certificado energético), cobro y actualización de la renta, pago de gastos y liquidación de impuestos resultantes del arriendo, atender las necesidades del arrendatario en su caso o realizar la liquidación al propietario de las rentas percibidas y gestionar los impagos.

El administrador de fincas de propiedad horizontal es por el contrario un órgano de gestión de la comunidad de propietarios al que la LPH le atribuye unas funciones concretas, además de todas aquellas que le sean requeridas. La exposición de motivos señala las notas principales:

- Es uno de los tres órganos de la comunidad de propietarios junto con la junta y el presidente.
- Debe designarse obligatoriamente por la junta de propietarios, siendo amovible⁵.

⁵ Según la RAE: «Que puede ser quitado del lugar que ocupa, o separado del puesto o del cargo que tiene».

- Debe actuar en dependencia de la Junta y cumplir las obligaciones que se le imponen. En la comunidad autónoma de Cataluña la *Ley 5/2006, de 10 de mayo, que aprueba el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales* contiene en su art. 553-18 una regulación sustancialmente igual con algún matiz que no contradice lo expuesto en este trabajo. Así, el CC de Cataluña:
 - prevé que cuando el administrado ha sido designado por el promotor el cargo será ejercido hasta la primera junta de propietarios.
 - no recoge la posibilidad de que pueda ser ejercida la administración por personas jurídicas, refiriéndose tan solo a personas físicas o naturales.
 - cuando la secretaría y la administración de la comunidad recaen en la misma persona externa a la comunidad con calificación profesional, el cargo es remunerado.
 - todos los cargos duran un año. Transcurrido dicho plazo se entiende prorrogado hasta que se celebre la siguiente Junta ordinaria.

El art. 54.4 de la *Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda* no establece la colegiación obligatoria para el ejercicio de la administración de fincas. Sin embargo, exige contar con una capacitación profesional que, si bien no la define, sí deja claro que la colegiación habilita para el ejercicio.

2.2. Administrador comunero o administrador con cualificación profesional

El art. 13.1.d LPH presenta al administrador como uno de los órganos de gobierno de la comunidad junto con la Junta de propietarios, el presidente, el vicepresidente y el secretario.

En su apartado 5 el art. 13 LPH prevé que el cargo pueda ser asumido por un propietario del inmueble o por un tercero. No obstante, en caso de ser alguien ajeno a finca deberá ser una persona física «con una cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida para ejercer dichas funciones». También cabe la posibilidad de que sea una persona jurídica o corporación.

La LPH no impone a la comunidad el nombramiento del administrador. Pero si la Junta no lo designa sus funciones se entenderá asumidas por el presidente (art. 13.5 LPH).

Esta doble posibilidad tiene relevancia por cuanto la jurisprudencia viene exigiendo un plus

de diligencia mayor cuando el cargo es ejercido por un profesional retribuido y reduce la responsabilidad del administrador cuando es un comunero. Así lo recoge la SAP Madrid, Secc. 25, de 25 de octubre de 2013, indicando además que «se tratará de una relación orgánica donde el marco de responsabilidad exigible será determinado por el modo de cumplir los deberes legales correspondientes al cargo según lo dispuesto en el artículo 20 LPH». En idéntico sentido se pronuncia la SAP Madrid, Secc. 25, de 27 de febrero de 2015, o la SAP Málaga, Secc. 5, de 7 de marzo de 2016.

Esta diferencia entre administrador propietario no profesional y administrador ajeno profesional sirvió a la SAP Asturias, Secc. 4, de 14 de mayo de 2004, para incidir en ese mayor nivel de exigencia en la actuación del profesional, señalando que su papel es más que ser el encargado de llevar la contabilidad, realizar los cobros y pagos o proteger aquello que se le encomienda. En esta sentencia se recoge la definición de VENTURA TRAVESET en donde señala que «es algo más que un simple contable, recaudador y pagador, protector de los intereses sometidos a su custodia. Es un auténtico profesional de la administración inmobiliaria, con la experiencia práctica que se requiere para ello, al estar al día y al tanto de cuestiones diversas y complejas y con sujeción a un código moral, garantizado por un Colegio profesional, precisamente porque su actuación se basa en la confianza». En definitiva, no cabe un trato igual a un vecino que sin conocimientos jurídicos ocupa el cargo que a un profesional que con preparación y experiencia debe realizar las funciones que se le asignan y asesorar al presidente y a la Junta en aquello que se le requiera.

Postura compartida doctrinalmente. Así, CONDE DÍEZ⁶ defiende suavizar el nivel de exigencia cuando al revisar la actuación de un administrador comunero no profesional ante aquellos problemas de imposible o muy difícil resolución por carecer de conocimientos y práctica suficiente.

En cuanto a la definición del administrador profesional, CARRERAS MARAÑA lo perfila como «un colaborador activo de la comunidad de propietarios al que, en atención a sus especiales conocimientos y formación, se le atribuye

6 Comentarios al art. 13 LPH contenidos en el Tomo II de la obra colectiva «Propiedad Horizontal» editada por la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2008 siendo el número 45 de su colección de Manuales de Formación Continua.

yen distintas competencias propias, y funciones concretas en la gestión y gobierno de la Comunidad de propietarios»⁷. Definición idéntica a la recogida por la SAP Asturias, Secc. 7ª, de 7 de abril de 2008, cuando lo califica como un colaborador activo de la comunidad y de cuyos órganos de gobierno forma parte y que por sus especiales conocimientos y formación se le atribuyen competencias y funciones tanto de gestión como de gobierno de la comunidad de propietarios.

El administrador será elegido en la Junta, bastando para ello la mayoría simple. Al tratarse de un órgano de gobierno no se exige para su elección o contratación el *quorum* agravado de 3/5 por no serle de aplicación lo previsto en el art. 17.3 LPH relativo al establecimiento de nuevos servicios de interés general (SAP Murcia, Secc. 5ª, de 26 de enero de 2016 y SAP Madrid, Secc. 18ª, de cinco de julio de 2010).

2.3. La cualificación del administrador y su colegiación ¿es necesaria la colegiación o alguna titulación específica?

Como hemos visto, el art. 13.6 LPH prevé que la administración pueda ser asumida por alguien ajeno a la comunidad, pudiendo ser una persona física o una persona jurídica o corporación. Únicamente exige que cuente con la «cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida» para ejercer sus funciones.

Esto abre el debate sobre la obligatoriedad o no de la colegiación y qué titulación es la legalmente reconocida (o si no la hay), ya que la LPH no lo dice.

Con motivo del fallido *Proyecto de Real Decreto para la aprobación de los Estatutos Generales de los Colegios Profesionales de Administradores de Fincas y de su Consejo General* la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia emitió el informe IPN/CNMC/025/15 de 11 de febrero de 2016, sobre el *Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Profesionales de Administradores de Fincas y de su Consejo General*.⁸ En él concluyó que no era posible exigir la colegiación para el ejercicio profesional de la administración de

fincas esgrimiendo, resumidamente, estos cuatro motivos:

a).- No existe ningún precepto en la LPH que así lo exija.

b).- La exigencia de colegiación obligatoria infringiría lo previsto en el art. 5.1 de la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (Ley paraguas) que dispone que sólo puede limitarse el acceso a cualquier actividad de servicios o de su ejercicio de forma excepcional y atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación.

c).- No existe justificación para restringir la competencia a la prestación de servicios profesionales de administración de fincas.

d).- No se trata de una profesión regulada. La administración de fincas quedó derogada como profesión regulada en la normativa de reconocimiento de títulos (se suprimió por la Disposición Adicional 3ª del *RD 253/2003, de 28 de febrero, por el que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 1999/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto a las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias*) y tampoco cabe deducirlo del *RD 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE y la Directiva 2006/100/CE relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado*.

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo había establecido igual criterio ya con anterioridad a la CNMC. La STS, Sala Tercera, de 11 de noviembre de 2008; la STS, Sala Tercera, de 31 de marzo de 2009; y la STS, Sala Tercera, de 28 de marzo de 2011, la cual reiteró lo dicho en la primera de 2008 en los siguientes términos: «La modificación legal producida por la entrada en vigor de la *Ley 8/1999, de 6 de abril, que reformó la 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, despeja las dudas y vacilaciones que hasta ese momento pudieran derivarse de la normativa anterior y de las resoluciones judiciales dictadas en los distintos órdenes jurisdiccionales, en relación con la exigencia de titulación y colegiación para el ejercicio de la profesión de Administrador de Fincas, al menos en lo que respecta al campo de la propiedad horizontal*.

⁷ «La responsabilidad civil del administrador de fincas», Juan Manuel Carreras Maraña, Editorial El Derecho Editores / Boletín de Propiedad Horizontal y Derechos Reales, nº 64.

⁸ https://www.cnmec.es/sites/default/files/854074_8.pdf

Si de la legislación anterior, representada sustancialmente por el Decreto 693/1968, de 1 de abril, y por el Real Decreto 1464/1988, podía derivarse, no sin ciertas dificultades, que para el ejercicio de dicho cargo de administrador de fincas era necesario ostentar el correspondiente título y estar colegiado en el Colegio Profesional, y así lo entendieron las sentencias que en defensa de su pretensión ha aducido el recurrente -incluso la sentencia que cita de la Sala de lo Civil de 14 de octubre de 2002 se está refiriendo a un caso anterior a la Ley 8/99-, sin embargo, conforme a la nueva redacción dada al artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha desaparecido el carácter de exclusividad que pudiera haberse atribuido al Administrador de Fincas».

En la jurisdicción civil la jurisprudencia excluye también la necesidad de colegiación para ejercer el cargo utilizando los mismos argumentos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (SAP Vizcaya, Secc. 3ª, de 30 de octubre de 2013; SAP Huesca, Secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2011 con cita de otras como la SAP de Burgos, Secc. 2ª, de 25 de septiembre de 2007; SAP de Valladolid de 6 de julio de 2004; SAP Cádiz, sección 8ª, de 23 de marzo de 2006; SAP de Castellón, Secc. 3ª, de 13 de junio del 2002; SAP de Valladolid, Secc. 1ª, de 6 de julio de 2004. SAP de Valencia, Secc. 8ª, de 31 de mayo de 2004).

La cualificación profesional del administrador ha sido tratada en algunas sentencias de

audiencias provinciales con motivo de la impugnación del punto del acuerdo de la Junta que acuerda su nombramiento, no existiendo controversia que sí la tiene cuando está colegiado. Aun no estando colegiado, se estima que cuenta con cualificación suficiente un despacho de abogados (SAP Valencia, Secc. 8ª, de 22 de febrero de 2011) o una asesoría constituida como sociedad mercantil cuyo objeto social era el asesoramiento fiscal, laboral, inmobiliario y mercantil (SAP Huesca, Secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2011).

Una consecuencia directa lo expuesto es que no cabe apreciar delito de intrusismo del art. 403 CP en quien ejerce la administración de fincas sin estar colegiado u ostentar un título oficial que tampoco es requerido. Así se ha pronunciado la SAP Tarragona, Secc. 2ª, 351/2018, de 24 de julio; SAP Castellón de la Plana, Secc. 1ª, 299/2016, de 3 de octubre o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 5ª, de 31 de mayo de 2018, por entender que para el ejercicio de la administración de fincas no es necesaria ni la titulación ni la colegiación, pudiendo ser realizada por cualquier ciudadano, incluyendo cualquier comunero, sin menoscabo de los intereses públicos esenciales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es también pacífica y excluye el ejercicio de la administración de fincas como susceptible de dar lugar a un delito de intrusismo del art. 403 CP. Por todas, la STS, Sala de lo Penal, de 18 de julio de 2013, que concluye la imposibilidad de que la



realización de actos por cuenta de otros, ya sea en relación con propiedades rústicas o urbanas, sin contar una titulación específica no integra el delito de intrusismo, remitiéndose al posicionamiento jurisprudencial desplegado en supuestos análogos y plenamente aplicables a los administradores de fincas, citando también la STS de 12 de noviembre de 2001. Todo ello por aplicación directa de la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el ejercicio sin título de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria, o la de gestor administrativo o administrador de fincas, no justifica la imposición de una sanción penal.

2.4. El administrador de fincas y la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales ¿es posible constituir sociedades profesionales con la administración de fincas como su objeto social?

La administración de fincas no puede constituir el objeto social de una sociedad profesional. Así se ha resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado en tres resoluciones de 16 de mayo de 2009, 18 de mayo de 2009 y 20 de mayo de 2009 (publicadas las tres en el BOE de 12 de junio de 2009).

La DGRN rechaza esta posibilidad porque el ejercicio de la profesión de administrador de fincas no exige titulación universitaria oficial, y por tanto no se puede considerar como una actividad profesional a los efectos del art. 1 LSP. Las sociedades profesionales únicamente pueden tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales (art. 2 LSP).

La DGRN reconoce la posibilidad de acceder a la profesión a través de algún título universitario, pero también existe otro cauce que no lo requiere. Por lo tanto, el título universitario no es un requisito imprescindible y puede llegar a ser sustituido incluso por otras titulaciones no oficiales.

Por último, la DGRN indica también que esto no quiere decir que el cargo de administrador no pueda ser asumido por una sociedad profesional. Bastaría con que dicha sociedad tuviese actividades en su objeto social así lo permitan. Este sería el caso, por ejemplo, de una sociedad cuyo objeto social sea el ejercicio de la abogacía.

La inaplicabilidad de la LSP a la administración de fincas resulta de suma importancia a la hora de analizar su responsabilidad civil, por cuanto no entrará en juego lo previsto en el art. 11 LSP, concretamente:

- No deberá contratarse un seguro de responsabilidad civil que cubra el ejercicio de su actividad.
- No responderá la sociedad y el profesional solidariamente por las deudas sociales derivadas de actos profesionales.

Tampoco resulta de aplicación la *Disposición adicional segunda. Extensión del régimen de responsabilidad LSP* que extiende la responsabilidad señalada en el art. 11 LSP a los supuestos de profesionales no adaptados a la esta norma, así como al ejercicio colectivo que no adopta forma societaria.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ENTRE EL ADMINISTRADOR DE FINCAS Y LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

La contratación de una persona ajena a la comunidad para desempeñar el cargo de administrador hace preciso analizar si estamos ante un arrendamiento de servicios o un contrato de mandato retribuido (arts. 1709 y siguientes CC). Decantarse por una u otra opción es relevante cuando se produce su cese antes del plazo legalmente pactado, y son numerosas las reclamaciones que llegan a nuestros juzgados en los que administrador reclama una indemnización por resolución unilateral. Sin embargo, a la hora de analizar la responsabilidad civil no aparece este aspecto como algo relevante o decisivo en las resoluciones judiciales analizadas.

Los aspectos que condicionan a la doctrina y a la jurisprudencia para determinar la naturaleza del vínculo contractual son:

a.- El carácter amovible del cargo (recogido expresamente en la exposición de motivos y el art. 13.7 LPH): la comunidad de propietarios puede acordar en junta extraordinaria remover al administrador de su cargo antes incluso de cumplirse el plazo para el que había sido nombrado. Para ello la LPH no requiere que exista justa causa.

b.- Las funciones que atribuye el art. 20 LPH al administrador son las propias del ejercicio de una función gestora, características del mandato y bajo una total dependencia de la comunidad.

c.- El propio art. 13.7 LPH utiliza el término «mandato» para referirse a su finalización.

d.- El criterio de sustituibilidad: las funciones del administrador serían realizadas por el presidente de la comunidad en caso de no ser contratado un administrador profesional o así se decidiese (art. 13.5 y 6 LPH). En base a este criterio la SAP Málaga, Secc. 6ª, de 5 de marzo de 2009, entiende que estamos ante un mandato *sui generis* de los arts. 1709 y siguientes CC, con cita de la STS, Sala Segunda, de 14 de marzo de 1986, que a su vez establecía que «(...) *en orden a la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, es básico el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que solo pueden ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea, los que el que solicita la gestión realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando así no es, o lo que es lo mismo, cuando se encomienda a otra persona, la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro, que precisamente necesita acudir a él para que lleve a cabo la actividad que aquel no podía utilizar estaremos en presencia de un arrendamiento de servicios*».

La calificación casi unánime de nuestra doctrina y jurisprudencia es la de contrato de mandato *sui generis* o un contrato mixto de arrendamiento de servicios y mandato, donde es fundamental la confianza por lo que es *intuitu personae* lo que permite a las partes poder desistir antes de finalizar el plazo establecido. Ello no obstante si no concurre justa causa puede dar lugar a una indemnización por los daños y perjuicios que un cese anticipado produzca. Entre otras muchas se han pronunciado en esta línea la SAP Madrid, Secc. 9ª, de 2 de junio de 2016, SAP Valencia, Secc. 11ª, de 22 de junio de 2016, SAP Málaga, Secc. 4ª, de 19 de noviembre de 2009; SAP Santander, Secc. 2ª de 6 de febrero de 2020; STS, Sala Primera, de 14 de marzo de 1986.

Por el contrario, entiende que cabe hablar de arrendamiento de servicios la SAP Málaga, Secc. 5ª, de 29 de octubre de 2015, la SAP Madrid, Secc. 9ª, de 6 de julio de 2012; o la SAP Asturias, Secc. 4ª, de 12 de noviembre de 1998. En cuanto a cuál es el contenido de dicho contrato dice la SAP de Badajoz, Secc. 2ª, de 17 de junio de 2009 que es el contenido en el art. 20 LPH, teniendo cada arrendamiento de servicios sus propio contenido.

Estaríamos, en definitiva, ante un mandato retribuido al equiparar la facultad que permite

el cese por acuerdo tomado en Junta antes de finalizar su mandato (art. 13.7 LPH) con la revocación prevista para el mandato (arts. 1732 y 1733 CC). Con la salvedad de que no exista jura causa para ello, en cuyo caso el administrador puede reclamar los daños y perjuicios que la revocación anticipada le pueda producir (SAP Madrid, Secc. 11ª, de 25 de enero de 2019, con cita de SAP Madrid, Secc. 25ª, de 27 de septiembre de 2011).

Con cita de otras sentencias anteriores, la SAP Madrid, Secc. 25, de 27 de septiembre de 2011 lo califica también de mandato retribuido añadiendo su condición de «*Contrato sinalagmático con prestaciones recíprocas al que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo conforme a la cual, cuando se ha establecido un plazo de duración, evidentemente en interés común de ambas partes contratantes, la facultad de revocar subsiste; mas si se impone antes de la expiración del plazo, sin haberse demostrado justa causa dimanante de lo pactado por parte del mandatario, entonces el mandante debe indemnizar a aquél los daños y perjuicios que con la extemporánea revocación le ocasione. Obligación indemnizatoria que, indudablemente, habrá de extenderse, habida cuenta de lo establecido por el artículo 1106 del Código Civil, al denominado lucro cesante, esto es, a las ventajas patrimoniales cuya adquisición por el acreedor ha sido frustrada, precisamente, por la conducta del deudor*».

IV. LAS OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR DE FINCAS

La responsabilidad del administrador surge de la relación profesional con la comunidad que le contrata y de cuyos órganos es parte. Para que pueda existir responsabilidad civil debe existir un incumplimiento de las obligaciones y deberes encomendados.

Es preciso por tanto conocer cuáles son esas obligaciones a partir de las atribuciones y funciones que le son encomendadas legal y contractualmente.

Se recogen a continuación cuáles son sus atribuciones y obligaciones tomando como base las seis categorías contenidas en el art. 20 LPH que, si bien no son *numerus clausus*, sí permiten utilizar su último aparatado como cajón de sastre. Esto permitirá que a la hora de abordar la responsabilidad civil se pueda seguir el mismo esquema.

Como se podrá comprobar el administrador compagina labores de mera gestión con las de un órgano ejecutivo de la comunidad de quien depende, con otras que implican la toma de decisiones bajo su personal criterio.

4.1. «Velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios, y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares»

Se trata de una obligación legal recogida en el art. 20.a LPH que comprende la vigilancia y seguimiento del estado del inmueble, sus instalaciones y los servicios comunes. A la labor de vigilancia se añade su cometido a advertir y apercibir a los comuneros.

Para FUENTES LOJO debe tratar de que se cumpla lo previsto en el título constitutivo, los estatutos, las normas de régimen interno, así como en los acuerdos adoptados en Junta respecto al régimen interior y suso y conservación de elementos y servicios comunes, pudiendo realizar las admoniciones que considere necesarias.

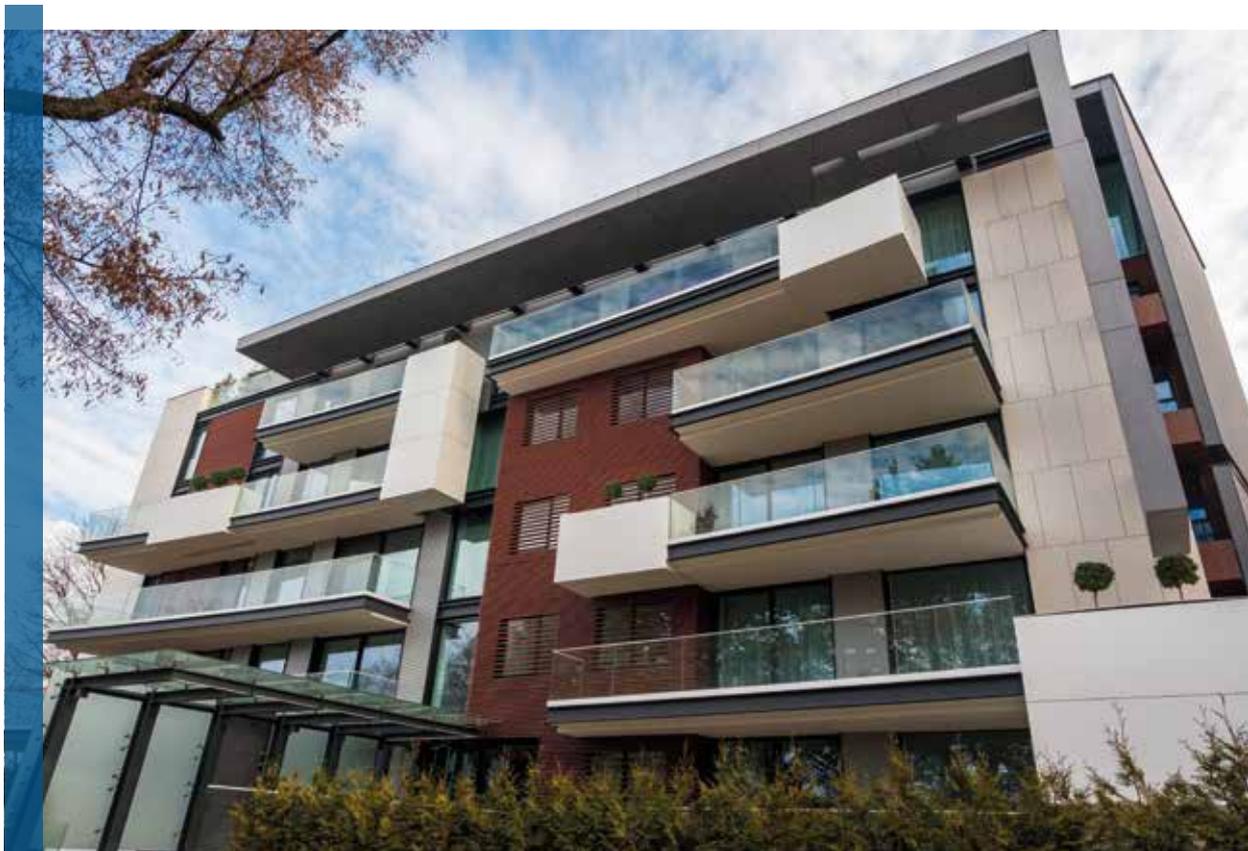
Siendo lo anterior cierto, no recoge la totalidad de esta función que sí contempla LOS-

CERTALES FUERTES al añadir el deber de vigilar periódicamente la situación del inmueble para comprobar su funcionamiento correcto y dar las instrucciones precisas, atendiendo a los propietarios y comprando la situación y prestación de servicios e instalaciones.

Este deber no puede llevarse a límites fuera de lugar como pretender una supervisión permanente que supondría una percepción económica insostenible para la comunidad o la dedicación a tiempo completo y total. Todo lo cual conecta con el deber de comunicar al administrador cualquier reparación urgente que impone el art. 7.1 LPH al propietario de cada piso o local.

Dentro de este cometido le corresponde supervisar el funcionamiento de los servicios comunitarios como la limpieza, ascensor, limpieza o portería. Así como velar por su correcto funcionamiento y realizar los apercibimientos precisos cuando sea necesario.

En esta función se incluye también el requerir a los comuneros que con su actuación contravengan la ley, los estatutos, los acuerdos comunitarios o perjudiquen los elementos y servicios comunes (SAP Badajoz, Secc. 2ª, de 17 de



junio de 2009). No obstante, conviene aclarar que ni la advertencia ni el apercibimiento implica necesariamente la exigencia de requerir sino que traslada la idea de asesoramiento.

Esta obligación de velar y atender no debe confundirse con la prevista en el art. 20.c) LPH referida a acordar reparaciones y medidas urgentes.

4.2. «Preparar con la debida antelación y someter a la Junta el plan de gastos previsibles, proponiendo los medios necesarios para hacer frente a los mismos»

Tanto en este caso como en el anterior nos encontramos ante la prestación de un servicio, en este caso elaborar el presupuesto anual y proponer las cuotas ordinarias o extraordinarias que resulten precisas. Este presupuesto de gastos y plan de cobros deberá someterse a la Junta que será quien deba aprobarlo por mayoría simple si así lo estima conveniente. Lo habitual y lógico a la vista del art. 16.1 LPH es que se presente y apruebe en Junta ordinaria anualmente, debiendo ser enviado con antelación. El carácter anual no significa que deban presentarse en una fecha fija, como ocurre en las comunidades de edificios de sus predominantemente vacacional donde las cuentas suelen cerrarse al final del primer semestre del año para su aprobación durante el período estival.

El administrador debe someter a la Junta las cuentas del ejercicio finalizado tanto en lo relativo a los ingresos como a los gastos para su aprobación. A pesar de que no está previsto en el artículo 20.b) LPH, la obligación de rendir cuentas resulta del art. 1720 CC que obliga al mandatario a rendir cuenta de sus operaciones. La STS, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 1986 señala que la obligación de rendir cuentas es inherente al mandato, debiendo rendir cuenta detallada y justificadamente, expresando los ingresos y gastos, basándose en documentos y comprobantes. Sobre la rendición de cuentas del mandatario, la STS de 7 de noviembre de 2000 indica que *« es la operación que está obligada a realizar toda persona que tenga encomendada la administración de bienes ajenos, por la que expone el estado del patrimonio administrado y las gestiones realizadas para su conservación, con indicación de todo lo realizado en el desempeño de su cometido frente al mandante»*.

La SAP de Cantabria, Secc. 2ª, de 6 de febrero de 2020 incide en que la LPH obliga a que al menos una vez al año se aprueben pre-

supuestos y cuentas. Esta presentación de presupuesto y cuentas supone una rendición de cuentas para el administrador profesional, que es a quien el art. 20 LPH atribuye ejecutar los acuerdos, efectuar los pagos y cobros necesarios, así como someter a la junta los gastos previsibles.

En caso de realizarse obras de importancia lo recomendable es que se realice una rendición específica relacionando las derramas emitidas y los ingresos totales con los gastos habidos, informando de cualquier desviación en el presupuesto, obtención de subvenciones, retención de cantidades en garantía, etc.

4.3. «Atender a la conservación y mantenimiento de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios»

Dentro de esta atribución se encuentran la supervisión y gestión de todas aquellas contrataciones habituales comunitarias y que van desde la contratación de los servicios de mantenimiento de ascensor, limpieza o seguro comunitario hasta todas aquellas revisiones que resulten legalmente preceptivas de las instalaciones y elementos del inmueble. También aquellas obras de conservación y mantenimiento habituales como pueden ser la limpieza de tejados y canalones, desatasco de bajantes, reparación de humedades procedentes de la cubierta o problemas de presión de agua (SAP Madrid, Secc. 21ª, de 18 de octubre de 2016).

Una delimitación muy gráfica de esta función la da la SAP Pontevedra, Secc. 1ª, de 1 de febrero de 2007: *«el administrador puede y debe acometer unilateralmente tanto aquellas actuaciones y medidas que exija la gestión y administración ordinaria de la Comunidad (cambiar una bombilla, reponer o revisar los aparatos extintores, reparar una cerradura estropeada, garantizar la revisión periódica del ascensor y el funcionamiento correcto de los servicios, avisar en caso de avería del elevador o del sistema de calefacción...), como aquellas que, yendo más allá de la mera conservación o mantenimiento, reúnen tres notas, a saber, tienen carácter urgente -lo que se identifica con la necesidad perentoria de resolver una situación que entraña peligro para las personas o las cosas-, no resultan desproporcionadas en relación con el contenido y límites del mandato en virtud del cual actúan, y, finalmente, no infringen instrucciones expresas de la Comunidad»*.

En cuanto a las obras de reparación, esta obligación del art. 20 LPH debe ponerse en conexión con el art. 14.c) LPH que atribuye la competencia a la Junta para la aprobación de presupuestos y de todas aquellas obras de reparación del inmueble, ya tenga carácter ordinario o extraordinario. Únicamente el art. 20 LPH faculta al administrador para las que resulten urgente debiendo informar a la Junta por mandato expreso del art. 14.c LPH.

En caso de que una reparación no sea urgente y no entre dentro de las funciones de mero mantenimiento o conservación, deberá el administrador dar cuenta al presidente para que si así lo estima conveniente convoque Junta para aprobar las actuaciones que resulten necesarias. Es aconsejable que el administrador remita las comunicaciones, peticiones y advertencias de forma que quede constancia de haberlas realizado y así evitar que se le pueda imputar pasividad y a la vez tenga un medio de prueba con que acreditar su diligencia.

En cualquier caso, conviene dejar claro que, tal y como señaló la STS, Sala Primera, de 1 de julio de 2000, *«es inadmisibile la tesis de que la omisión de cualquier obligación respecto a la conservación del inmueble, en cuanto a sus elementos comunes, concierne directamente al administrador»*.

4.4. «Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes»

Estamos ante una función ejecutiva recogida en el art. 20.d LPH que en ningún caso lleva aparejado un poder de decisión. La junta es la que por mandato del art. 14.c LPH aprobará los presupuestos y la ejecución de las obras de reparación y el administrador será quien tenga que ejecutarlos. Se incluye también la posibilidad de reclamar las deudas de los vecinos morosos a través del cauce previsto en el art. 21 LPH.

La realización de pagos y cobros la realizará siempre cumpliendo los acuerdos tomados en Junta, debiendo realizar el cobro los créditos a favor de la comunidad y los pagos habituales como son el seguro, tasas, suministros comunitarios, servicios de mantenimiento o cuotas sociales. La falta de pago o retraso puede perjudicar gravemente a la comunidad, bien sea por conllevar corte de suministro, sanciones por impago de impuestos o tasas, resolución de contratos de seguro o paralización de servicios.

En este punto se ha de mencionar una práctica muy habitual en el pasado y que todavía hoy no ha desaparecido, consistente en que la administración de fincas opere bajo el sistema de caja única. Este sistema consiste en que los fondos de todas las comunidades que administra están en una sola cuenta de titularidad del administrador. Este sistema ha provocado multitud de causas penales y reclamaciones civiles por cuanto es frecuente que la mala gestión en unas comunidades sea tapada con los fondos de otras, provocándose un efecto *bola de nieve* que acaba provocando sonados escándalos económicos. Este sistema tenía su sentido cuando no existían las facilidades que brinda la banca electrónica para efectuar pagos, cobros, comprobar saldos y girar remesas de recibos. De esta forma, al igual que el sistema de pago en efectivo en la administración ha ido cayendo en desuso, lo mismo ocurre de este sistema de funcionamiento.

La SAP Málaga, Secc. 5ª, de 7 de marzo de 2016, incide en que corresponde al administrador ejecutar acuerdos en materia de obras y efectuar cobros y pagos. En esta resolución además se desestima la reclamación contra el administrador porque *«... de la actuación del administrador no se ha derivado perjuicio a la Comunidad, sino de la ausencia de mandato claro y expreso por la Junta que fue la que no actuó en el ejercicio de su cometido con la diligencia que requerían las circunstancias. Del mismo modo la falta de reclamación judicial por la deuda, al parecer prescrita, en el pago de las cuotas comunitarias, tampoco puede atribuirse al administrador si no hay acuerdo previo de la Junta sobre la fijación de la deuda y el mandato expreso de ejercitar acciones judiciales. Y es que el artículo 21 de la LPH exige, como se ha dicho que previamente se acuerde en Junta General, la cual encomendará al presidente o al administrador que reclame en nombre de la Comunidad judicialmente a través del proceso monitorio. Y en este caso no consta que la Junta de propietarios acordase el ejercicio de acciones judiciales respecto de las deudas del apartamento número NUM000, al que en la demanda se atribuye la deuda ya incobrable»*.

La reciente reforma llevada a cabo por la Ley 10/2022, de 14 de junio, introdujo una serie de reformas tendentes a paliar el problema financiero que produce la existencia de comuneros morosos y que imposibilitan la realización de obras de rehabilitación. Se reforma el art. 20 añadiendo la posibilidad de que secretario administrador profesional pueda interponer él mismo la demanda de juicio monitorio en re-

clamación de deudas comunitarias contra los copropietarios morosos (art. 21.2 LPH) e incluso prevé que puedan incluirse como gasto sus honorarios por intervención en la reclamación (art. 21.3 LPH).

Se abre pues la vía a una posible responsabilidad derivada de la actuación a la hora de interponer la reclamación judicial similar a la de un abogado.

4.5. «Actuar, en su caso, como secretario de la Junta y custodiar a disposición de los titulares la documentación de la comunidad»

El art. 13.6 LPH prevé que puedan acumularse los cargos orgánicos de secretario y administrador. Se trata de una posibilidad y no de una obligación, correspondiente a la Junta el nombramiento. Es habitual, no obstante, que designado un administrador profesional asuma también el cargo de secretario.

Las obligaciones resultantes del cargo de secretario comprenden la redacción de actas y certificados, la custodia y puesta a disposición de los titulares de la comunidad de la documentación.

A los efectos que interesan en el presente trabajo conviene resaltar dos obligaciones por ser motivos habituales de reclamación:

- La emisión del certificado sobre el estado de deudas que debe emitir cuando se produce la transmisión de un piso, local, trastero o plaza de garaje. Este certificado está regulado en el art. 9.1.g) LPH, respondiendo de su exactitud. Prevé también que el administrador secretario responda por el retraso en su emisión.

Bajo esta sencilla apariencia se vienen suscitando problemas en ciertos supuestos a la hora de interpretar la expresión «estado de deudas», concretamente en los casos de derramas extraordinarias aprobadas, pero no giradas al cobro o con los recibos pasados al cobro por entidad bancaria y posteriormente devueltos.

La documentación de la que dispone el administrador secretario y debe custodiar y tener a disposición engloba tanto la contable (facturas, recibos de cobros y pagos), libros de actas, comunicaciones enviadas y recibidas, póliza de seguro, contratos de suministros y servicios co-



munitarias, documentación relativa a obras ejecutadas y presupuestos, etc.

Esta documentación debe ser custodiada con la diligencia propia de un ordenado contable y de un cuidadoso gestor. Las reclamaciones existentes surgen en la mayoría de las ocasiones con la entrega de documentación cuando se produce su cese. Ninguna duda puede haber que el administrador debe devolver la documentación a la comunidad cuando es cesado o cesa por voluntad propia, sin perjuicio de que pueda reclamar por entender que su cese ha sido anticipado y no ha existido justa causa para ello. La SAP Alicante, Secc. 5ª, de 6 de octubre de 2004 así lo confirma: *«Cualesquiera que fueran las supuestas irregularidades de esa Junta y las circunstancias concurrentes en el Administrador designado, el demandado cesado en la Junta ya mencionada, tenía obligación de devolver a la Comunidad esa documentación, pues como indica la norma citada debe conservarla “a disposición de los titulares”, y no puede desconocer el Administrador que los acuerdos de la Comunidad son ejecutivos, según dispone expresamente el art. 18,4 LPH, aun en el caso de que sean impugnados salvo que el Juzgado acuerde la suspensión cautelar. El Administrador es un profesional encargado por la Comunidad de determinadas prestaciones, conforme establece el ya citado art. 20, pero no es titular de ninguna documentación de la finca, y en consecuencia, cuando es destituido de su cargo, debe entregar toda la que obra en su poder tanto la general como la particular, entre la que se incluyen los datos de los propietarios y la domiciliación bancaria»*. En igual sentido SAP Cádiz, Secc. 2ª, de 19 de octubre de 2010, SAP Asturias, Secc. 7ª, de 18 de julio de 2006, SAP La Coruña, Secc. 1ª, de 17 de octubre de 2001 o SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, de 11 de junio de 2001.

Para concluir esta concisa y sistemática exposición sobre la responsabilidad civil del Administrador, deben de añadirse dos cuestiones finales, que vienen a constituir el epílogo de este trabajo, pues en caso de exigirse la responsabilidad del Administrador de fincas, debe de analizarse el plazo de prescripción de la posible acción de responsabilidad y la necesaria cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional que el Colegio de Administradores de forma colectiva o el propio Administrador pueden haber contratado.

4.6. «Todas las demás atribuciones que se confieran por la Junta»

Dentro de este cajón de sastre se incluyen todos aquellos servicios no incluidos en apar-

tados anteriores y que puedan ser encargados por la comunidad al administrador, siendo recomendable que se pacten de forma expresa y por escrito.

Dentro de este apartado se encuentran la presentación de reclamaciones, firma de contratos, amonestación o sanción de empleados, redacción y presentación de escritos ante administraciones públicas o realización de gestiones ante el Registro de la Propiedad.

Otra atribución sería la presentación y tramitación de subvenciones. Es indudable el papel fundamental que dentro de la vida comunitaria ha asumido el administrador de fincas en el asesoramiento y gestión de subvenciones públicas autonómicas y municipales. Dichas subvenciones pueden estar entre un 25% y un 75% del importe de ejecución de las obras de rehabilitación, eficiencia energética y de accesibilidad del inmueble. Durante los últimos años han aumentado considerablemente las partidas destinadas a subvenciones para comunidades de propietarios dentro de ese interés del legislador en mejorar la eficiencia energética del parque de viviendas, fomentar la rehabilitación y garantizar la accesibilidad.

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR DE FINCAS

El administrador responde de los daños y perjuicios derivados del ejercicio de sus funciones siempre que intervenga en su actuación dolo, culpa o negligencia.

La responsabilidad civil derivada de la actuación profesional puede ser de tres tipos que analizaremos de forma separada, dando especial preponderancia a la contractual por ser la más frecuente.

5.1. La responsabilidad ex delicto.

El art. 1092 CC dispone que las obligaciones civiles nacidas de delitos se rijan por el Código Penal. La responsabilidad civil derivada de los delitos se regula en el art. 109 y stes. CP, obligando a reparar los daños y perjuicios causados y comprendiendo la restitución, la reparación del daños y la indemnización por perjuicios personales y morales.

Al igual que en la jurisdicción civil el imprescindible que además de la comisión de un delito, exista y se acredite un daño y una relación de causalidad entre el daño o perjuicio y la ac-

ción u omisión delictiva, resultando de aplicación aquí el principio de justicia rogada y no el acusatorio (STS, Sala de lo Penal, de 15 de octubre de 2018).

Ya se ha indicado que no cabe apreciar delito de intrusismo del art. 403 CP en el ejercicio de la administración de fincas sin colegiación. De la misma manera no resultan de aplicación los delitos societarios previstos en los arts. 290 y stes. CP ya que la comunidad de propietarios constituida de acuerdo con la LPH carece de la naturaleza jurídica de una sociedad tal y como consta en el art. 297 CP (así lo entendió el Auto de la audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de septiembre de 2006).

Tras una aproximación con herramientas de inteligencia artificial disponibles en bases de datos (en este caso se ha empleado *Tirant Analytics*) se comprueban tres datos relevantes que confirman la impresión que ya se tenía con anterioridad:

- En las resoluciones allí recogidas el fallo es desestimatorio en un 68%, a lo que habría que

añadir las absoluciones dictadas por los juzgados de lo penal que no tienen acceso a este tipo de bases de datos por no ser recurridas debido a las actuales limitaciones que tiene el recurso de apelación contra sentencias absolutorias en la jurisdicción penal.

- No se observa un número elevado de referencias, si bien el incremento en los últimos años ha sido importante, cuadruplicándose desde 2016.

- A pesar de que es frecuente encontrar artículos doctrinales barajando un catálogo sinfín de delitos de posible comisión, lo cierto es que las figuras delictivas habituales son tres: el delito de intrusismo, la apropiación indebida y la administración desleal. Con la despenalización de las faltas de lesiones, a penas hay resoluciones que impliquen condenas por delitos imprudentes, no obstante, lo cual se analizará por entender que habida cuenta de la mayor exigencia en materia de revisiones y controles, sí que son susceptibles de darse supuestos que engloben delitos de imprudencia con resultado de muerte o lesiones.



Entre los posibles delitos que pueden imputarse a un administrador en el ejercicio de su cargo se encuentran:

a.- El delito de administración desleal del art. 252 CP que sería de aplicación si el administrador se excediese en el ejercicio de sus facultades de administración del patrimonio comunitario y le cause perjuicio. Las facultades serán las resultantes de la ley o a lo convenido.

b.- La apropiación indebida del art. 253 CP que castiga a quien en perjuicio de otro se apropie para sí o para tercero de dinero, efectos, valores o cualquier mueble que hubiera recibido en depósito, comisión, custodia o cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos (o negaren haberlos recibido).

Es este el delito de más frecuente investigación en los juzgados de instrucción, pudiendo concurrir en ocasiones con un delito de falsedad documental. Existen numerosos pronunciamientos de nuestras audiencias provinciales relativas a condenas por disponer de fondos de

la cuenta comunitaria en beneficio del administrador y sin justificación alguna (SAP Zaragoza de 30 de marzo de 2016, SAP Pontevedra de 13 de junio de 2018; SAP Barcelona de 22 de abril de 2009; STSJ Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.ª, 19/2022, de 15 de marzo) o la disposición de fondos para el pago de gastos comunitarios por un precio realmente inferior al que retirado de la cuenta bancaria (STS, Sala de lo Penal de 11 de febrero de 2020).

El sistema de caja única está detrás de un gran parte de las de condenas por la comisión delitos de apropiación indebida. Así lo recogen multitud de sentencias como la SAP Cádiz, Secc. 8ª, de 14 de febrero de 2022: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Sala de lo Civil y lo Penal, de 17 de mayo de 2022; o STS, Sala Segunda, de 19 de junio de 2020, que recoge en sus fundamentos: *«El acusado ha reconocido que dedicó el dinero a gastos de otros individuos distintos de los pagadores, por lo que la conducta es constitutiva del delito de distracción de dinero del antiguo artículo 252 Código Penal y se encuentra consumada. Sin que la an-*



tijuridicidad de la conducta desaparezca por servirse el acusado del sistema que denomina de caja única. El sistema comporta que el acusado canalizaba a través de una misma cuenta bancaria la totalidad de los cobros y pagos que correspondían a las comunidades que administraba, pero eso no faculta a emplear los fondos de unos en favor de las deudas de otros. El depósito de los fondos no libera al administrador de establecer una correspondencia entre las provisiones de fondos de cada administrado y los pagos concretos que con estas se atienden. Cuando se asignan fondos que corresponden al patrimonio de determinados clientes para extinguir las obligaciones de otros, no nos encontramos ante un acto de administración autorizado al acusado, sino con un acto de disposición que, por la transmisión de bienes o derechos que comporta, lleva a la disminución del patrimonio inicial, lesionando así el bien jurídico protegido dentro de la esfera de comportamientos que el tipo penal contempla».

c).- El delito contra los derechos de los trabajadores del art. 316 CP en aquellas comunidades de propietarios que cuenten con trabajadores como conserjes, porteros o jardineros. El tipo penal castiga a quien no facilite los medios necesarios para que los trabajadores realicen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, cuando pongan en peligro su vida, salud o integridad física, siempre que estén obligados legalmente y se produzca infracción de normas de prevención de riesgos laborales.

d).- La comisión de un delito imprudente puede darse cuando se produzca la muerte o lesiones graves de un sujeto como consecuencia de la actuación negligente por no atender las obligaciones impuestas en el art. 20 LPH. Concretamente, las de los apartados a, c, y d ya tratados. En este caso cabría la comisión de un delito de homicidio imprudente (arts. 142 CP) o un delito de lesiones imprudentes (arts. 152 CP).

La STS, Sala Segunda, de 13 de marzo de 2006 refiere que *«la falta de una definición auténtica de lo que debe entenderse por imprudencia profesional es causa de la conocida polémica doctrinal a la hora de distinguir entre lo que se viene denominando «imprudencia del profesional» y la «imprudencia profesional» propiamente dicha, cuestión especialmente dificultosa. La jurisprudencia, como hemos visto, pone el acento de la distinción -para apreciar la imprudencia profesional- en la posible infracción de la «lex artis» y de las*

más elementales cautelas exigibles a quienes, por su condición de profesionales, deben tener una especial capacitación y preparación para el desempeño de sus actividades profesionales, especialmente de las potencialmente peligrosas; siendo preciso, para el debido enjuiciamiento de este tipo de conductas, ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso».

El resultado dañoso se tendrá que resultar de la conducta del administrador por su falta de cuidado y constituye así la esencia del delito imprudente.

En este tipo de delitos hay que tener presente el progresivo aumento del control en cuestiones de seguridad en los edificios. Así, en la actualidad es obligatoria la revisión de ciertos servicios y elementos, así como su mantenimiento regular. Es el caso del servicio de ascensor, los sistemas ventilación y contraincendios o las puertas de garaje que deben contar con unas revisiones periódicas obligatorias y contar con un mantenimiento por empresa especializada. Al ser elementos y servicios utilizados a diario que entrañan un potencial riesgo para las personas, en caso de omitirse su vigilancia y control, podría dar lugar a la comisión de un delito imprudente si tienen lugar por tal motivo accidentes con resultado de muerte o lesiones graves y, con ello, que exista responsabilidad civil. Lo mismo puede predicarse de las inspecciones técnicas que los ayuntamientos obligan a realizar a las edificaciones a partir de una cierta antigüedad.

La SAP Madrid, Secc. 16ª, 4 de junio de 2002, si bien enjuiciando la derogada falta de lesiones por imprudencia, concluye que la esencia del delito de imprudencia se encuentra en la infracción de un deber de diligencia, que puede ser grave o leve. En este supuesto se condenó al administrador por la caída desde siete alturas en el interior de ascensor, estando el elevador en mal estado y sin las revisiones técnicas obligatorias y sin que tomase las medidas oportunas ni diese cuenta al presidente.

e).- El delito de corrupción entre particulares del art. 286 bis CP castiga al administrador que reciba, solicite o acepte - por sí o por persona interpuesta - un beneficio o ventaja no justificado de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo - para sí o para un tercero - «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales».

Sobre el papel es factible que se dé este supuesto e incluso aparenta ser un supuesto relativamente fácil de encontrar. No obstante, no se ha localizado pronunciamiento alguno al respecto por la dificultad probatoria.

5.2. La responsabilidad extracontractual

Cuando del incumplimiento de las obligaciones del profesional deriva daño para terceros resulta de aplicación el art. 1902 CC, en casos como los daños de los comuneros por el incumplimiento del administrador de llevar a cabo las obras urgentes que necesita el inmueble o no da cuenta a la comunidad de las obras de conservación y entretenimiento necesarias en cumplimiento del deber que le impone el art. 20.c) y art. 10 LPH. Otro supuesto es la emisión errónea del certificado de deudas del art. 9.1.e) LPH

La SAP Pontevedra, Secc. 1ª, de 17 de abril de 2020, concluye que el administrador de fincas en ningún caso puede tener responsabilidad contractual con los comuneros por lo que únicamente cabe ejercitar la extracontractual, y concreta en su fundamento de derecho segundo los requisitos para que prospere la acción:

«1.- Acción u Omisión por parte del Administrador de Fincas en el ejercicio de sus funciones, de forma que con su actuar se derive un perjuicio cuantificable e individualizable.

2.- Negligencia o culpabilidad en el ejercicio de sus funciones que provoquen un perjuicio determinado y cuantificado. Cuando esta actuación es intencionada por parte del administrador de fincas, con una conciencia y “voluntad de provocar” un resultado perjudicial estaría expresamente excluido por ser considerado dolo. La exclusión se aplica en cualquier contrato de seguro.

3.- Daño o Perjuicio ocasionado por la conducta u Omisión del Administrador de Fincas.

4.- Relación de causalidad entre su conducta y el resultado dañoso, que no quede duda alguna de que su actuación ha sido la causa del perjuicio. A la vista de las formalidades que son necesarias para la existencia de una responsabilidad civil profesional.

El marco en el que se desenvuelve la actividad y función del administrador de fincas



se recoge en La Ley de Propiedad Horizontal (LPH) vigente en 2013 (con las modificaciones introducidas por la Ley 8/2013 de 26 de junio) establece en su artículo 20, el cometido de los administradores, y a tal efecto señala que serán:

a) *Velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios, y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares.*

b) *Preparar con la debida antelación y someter a la Junta el plan de gastos previsibles, proponiendo los medios necesarios para hacer frente a los mismos.*

c) *Atender a la conservación y mantenimiento de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios.*

d) *Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes.*

e) *Actuar, en su caso, como secretario de la Junta y custodiar a disposición de los titulares la documentación de la comunidad.*

f) *Todas las demás atribuciones que se confieran por la Junta.»*

Muy interesante resulta la SAP Madrid, Secc. 10ª, de 15 de febrero de 2013, donde se condena al administrador a abonar casi 20.000 € a la compañía con quien tres comuneros tenían concertado su seguro de hogar, por los daños provocados por un incendio comunitario. El motivo viene dado por no haber contratado el administrador el seguro comunitario, a pesar de haberle sido encomendada dicha gestión por acuerdo adoptado en Junta de vecinos. La inexistencia de seguro comunitario provocó que el seguro de hogar tuviese que abonar a sus asegurados las cantidades que como comuneros tuvieron que abonar para la reparación de los elementos comunes dañados por el incendio.

El plazo para ejercitar las acción de responsabilidad extracontractual será el de un año fijado en el art. 1968 CC.

5.3. La responsabilidad contractual

La administración de fincas exige cada vez un mayor rigor y profesionalidad. También una actualización permanente en materias tan dis-

pares como seguros, técnicas constructivas, fiscalidad, seguridad laboral, urbanismo, contabilidad o realidad sociológica. Este es el motivo de que existan grandes contrastes en la prestación de un mismo servicio, ya que actualmente compiten en un mismo mercado de servicios por un lado profesionales altamente cualificados y por otro operadores de otras campos sin apenas conocimientos.

El régimen de responsabilidad en el desempeño de las funciones del administrador está unido a su condición de órgano de la comunidad y a lo previsto en el art. 20 LPH.

Para que pueda hablarse de responsabilidad contractual es necesario que se haya actuado apartándose de la *lex artis* propia del ejercicio de la administración de fincas en régimen de propiedad horizontal, incumpliendo con ello los parámetros que rigen la responsabilidad contractual recogidos en el art. 1101 y en el 1104 CC. En las reclamaciones a profesionales colegiados es frecuente abordar la delimitación de la *lex artis* aludiendo a los deberes recogidos en los estatutos de sus Colegios Profesionales a la hora de delimitar cuál es el estándar de actuación.

La jurisprudencia no ha enumerado exhaustivamente hasta ahora los deberes que pudieran perfilar esa *lex artis* del administrador de fincas profesional más allá de la alusión a las reglas técnicas de la administración comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. No obstante, y siguiendo a la SAP Valencia, Secc. 11ª de 13 de noviembre de 2019, citamos los siguientes aspectos que deben ser observados en el ejercicio de su cargo:

a. Cumplimiento de los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo.

b. Cumplimiento del encargo encomendado con el máximo celo y diligencia.

c. Actuar ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas, éticas o morales adecuadas para la ejecución de las decisiones de cada asunto.

d. Realizar las actividades para la ejecución de los acuerdos diligentemente.

e. Realizar su función con la diligencia debida, que no es la normal u ordinaria del art. 1104 CC (la de un buen padre de familia para evitar la producción de un daño), sino la más



exquisita que imponen los particulares cánones del Estatuto por el que se rige su función.

f. Responder civilmente frente a sus clientes de los daños y perjuicios que les causasen cuando infrinjan los deberes antes dichos en el ejercicio de su profesión, se excedan de los límites contractuales, no cumplan los mínimos exigibles, o actúen con dolo o negligencia.

El art. 1101 CC sujeta a responsabilidad a quien en cumplimiento de sus obligaciones incurre en culpa, dolo o negligencia, o de cualquier otro modo contraviene su tenor. El art. 1104 CC determina en qué consiste la culpa o negligencia.

Tal y como ya se ha explicado, la relación contractual es la propia de un mandato *sui generis* del art. 1709 y siguientes CC en donde el administrador deberá realizar la gestión encomendada prestando aquellos servicios y realizando las labores que la comunidad le encar- gue.

La responsabilidad podrá derivar de un incumplimiento total de sus obligaciones o de un

cumplimiento defectuoso o incorrecto, pudiendo por tanto diferenciarse:

- en primer lugar, una responsabilidad derivada del incumplimiento total de los deberes de gestión (CC art.1718); y
- en segundo lugar, la responsabilidad derivada del cumplimiento defectuoso o incorrecto de sus obligaciones.

Para la apreciación de responsabilidad se requerirá:

- Acreditar la existencia de una relación contractual entre las partes. En este punto es importante señalar que es infrecuente que se firmen contratos detallados entre las partes más allá de un presupuesto con el coste mensual del servicio, un plazo de duración y una remisión a las funciones habituales del administrador recogidas en la LPH.

- La deficiente prestación de alguna de las funciones comprendidas dentro de lo pactado, incluyendo también la extralimitación en el mandato.

- Un daño y el nexo causal entre la deficiente prestación y el daño según criterios racionales de imputación objetiva (SAP Pontevedra, Secc. 1, de 20 de enero de 2019).

El administrador no responde objetivamente por el daño causado, sino solo en caso de actuación negligente en función del caso concreto y condicionado por la información que le suministren la comunidad a través de sus órganos de gobierno o los propios comuneros.

Se trata de un deber de actividad y de diligencia en la gestión, con la correspondiente facultad de moderación de la responsabilidad del art. 1726 CC, siendo indispensable acreditar la culpa y la relación causal con el daño.

El plazo de prescripción para el ejercicio de la acción es el de las acciones personales (cinco años).

En cuanto a la legitimación activa, la acción para exigir la responsabilidad contractual al administrador corresponde únicamente a la comunidad de propietarios y nunca a los comuneros. Ya se califique el contrato como arrendamiento de servicios o mandato *sui generis*, es incuestionable que el vínculo contractual existe solamente entre la comunidad y el administrador. Por tanto, el comunero individual no tiene legitimación activa y, únicamente, en caso de resultar perjudicado por alguna actuación del administrador podrá reclamar alegando responsabilidad extracontractual. En este sentido se ha pronunciado la SAP Murcia, Secc. 5ª, de 8 de febrero de 2010, entendiendo que no hay vínculo contractual entre comunero y administrador.

De la misma manera, el administrador carece de legitimación pasiva frente a terceros *«por daños producidos en el desarrollo de estas funciones ni por el deterioro o mal funcionamiento de los elementos comunes de cuyo mantenimiento se encarga, sino que es la Comunidad la que responde en aplicación del art. 10.1 LPH (antes, el art. 1908 CC), sin perjuicio de la competencia de la Junta para exigir responsabilidades al mismo en vía de repetición en la esfera interna (SSTS de 14/05/1993 y 21/10/1991), en el seno de la cual el administrador responderá de la omisión de las actuaciones que le impone el art. 20 LPH (art. 1.718 CC), de la culpa y negligencia en el desempeño de tales actuaciones, con el rigor que permita, en su caso, su carácter de profesional retribuido (arts. 1719.2 y 1726 CC) o del incumplimiento de rendir cuentas de su gestión (art. 1720 CC)»* (SAP Pontevedra, Secc. 1ª de 20 de febrero de 2019).

La responsabilidad no deriva de una obligación de resultado, sino de un deber de ordenada gestión, de la correcta llevanza de la contabilidad de la comunidad de propietarios, de la adopción de las cautelas precisas en el cumplimiento de sus atribuciones y de actuar con la diligencia necesaria a fin de evitar daños a la comunidad (SAP Valencia, Secc. 6ª de 10 de julio de 2009; SAP Badajoz, Secc. 2ª de 24 de octubre de 2003; SAP de Asturias, Secc. 7ª, 160/2008, de 7 de abril; SAP Málaga, Secc. 5ª, de 7 de julio de 2017, y más recientemente la SAP Madrid, Secc. 12ª, de seis de junio de 2022, con cita a su vez de la *«STS 24 de octubre de 2003 que sienta “la posible responsabilidad civil del Administrador no deriva de una obligación de resultado, sino de un deber de ordenada gestión, de una correcta llevanza de la contabilidad comunitaria, y de la adopción de las debidas cautelas en el ejercicio de sus funciones y de la debida diligencia para evitar cualquier daño a la Comunidad (...) “determinándose que la relación contractual que liga al Administrador, con la Comunidad de Propietarios, es la propia de un mandato “sui generis” de los arts. 1709 y ss. CC, su deber primario deberá consistir en llevar a cabo la gestión encomendada, esto es, prestar los servicios o realizar las operaciones que se le han encargado; ahora bien, si se produce, por su parte, algún tipo de infracción en el acometimiento de sus obligaciones por cumplimiento defectuoso o incorrecto, se puede hablar de una responsabilidad dimanante de una actuación inadecuada e impropia en orden a la ejecución de lo encomendado, lo que haría merecedor al agente de reproche culpabilísimo que del mismo se deriva, generándose una responsabilidad por daños, emanada de la probada existencia y realidad de unos determinados perjuicios...” »*

Existe un deber para el profesional de actuar con la debida diligencia conforme a lo previsto legalmente y a lo que la comunidad de propietarios le encomiende.

Recordamos lo ya dicho en cuanto a que, al prever la LPH que el cargo de administrador sea ocupado por un comunero o por una administrador profesional ajeno, existe una mayor exigencia para este último al estar cualificado. A lo que hay que añadir el art. 1726 CC determina que la culpa del mandatario se estimará con más o menos rigor dependiendo de si el mandato ha sido o no retribuido.

No obstante, algunas de las funciones que tiene encomendadas sí que pueden entenderse como obligación de resultado, como luego se dirá al hablar de la emisión de certificados o la entrega de la documentación.

A continuación, se analizan los supuestos más frecuentes a partir de la enumeración contenida en el art. 20 LPH que, como ya se ha dicho, sirve como guion al no constituir un numerus clausus:

5.3.a. «Velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios, y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares»

La responsabilidad deriva en estos casos de la inacción del administrador o su falta de diligencia. Como ejemplo de falta de diligencia, la SAP de Badajoz, Secc. 2ª, de 17 de junio de 2009, en la que se condena al administrador al pago resultante tres sanciones impuestas a una comunidad de propietarios por la apertura de una piscina comunitaria. La Sala entiende que por su condición de profesional debía conocer la materia y debía haber actuado conforme a lo obligación que le impone el art. 20.a LPH de realizar las advertencias y apercibimientos oportunos.

Como ejemplo de pasividad, la SAP Asturias, Oviedo, Sec. 4ª, de 14 de mayo de 2004, absuelve a una comunidad de propietarios y condena por su inacción al administrador del inmueble en relación con los perjuicios sufridos por varios vecinos por el mal funcionamiento del sistema de calefacción, al entender incumplido el art. 20.a LPH en relación con el mal funcionamiento del servicio de agua caliente y calefacción.

No obstante, y como se apuntó al hablar de la obligación, es preciso que el administrador sea informado del problema. Como sucede en la STS, Sala Primera, de 5 de noviembre de 2001, que exonera de responsabilidad a un administrador al que se le imputaba conducta omisiva y negligente o descuidada en relación con la conservación de las acometidas y cañerías de un edificio. El motivo para exonerarle fue que ni la Junta ni ningún vecino le habían manifestado ninguna queja que le hubiese podido alertar la necesidad de realizar alguna reparación o actuación.

5.3.b. «Preparar con la debida antelación y someter a la Junta el plan de gastos previsibles, proponiendo los medios necesarios para hacer frente a los mismos»

En el caso de la presentación de presupuestos y cuentas anuales la responsabilidad civil del administrador no deriva de una obligación de resultado. En este caso hay un deber de or-

denada gestión, de la llevanza de la contabilidad de forma correcta y de la toma de aquellas medidas que sean precisas dentro de sus atribuciones para evitar cualquier daño a la comunidad.

La responsabilidad puede provenir del incumplimiento total de los deberes de gestión y así lo entendió la SAP Asturias, Secc. 5ª, de 24 de octubre de 2005 que apreció responsabilidad en el administrador que no elaboró las cuentas ni hizo un adecuado control de ingresos, gastos y pagos y de la conservación y mantenimiento del inmueble.

El incumplimiento defectuoso o incorrecto de los deberes de gestión tiene lugar cuando las cuentas no se corresponden con la realidad de gastos e ingresos efectuados, siendo frecuente las condenas por este motivo en casos de administradores profesionales (SAP Asturias, Secc. 7ª, de 20 de octubre de 2014 o SAP) e incluso en casos en que la administración es asumida por un vecino comunero (SAP Madrid, Secc. 13ª, de 5 de diciembre de 2005, en donde se condena al administrador comunero por no presentar cuentas durante ocho años y generar con su mala gestión un descubierto de caja de casi 3.000 euros, siendo condenado al pago de dicho importe e inadmitiendo la posibilidad de una justificación por inacción de otros cargos comunitarios).

La SAP Cádiz, Secc. 8ª, de 26 de abril de 2016, condena a la aseguradora del administrador de fincas al pago de los honorarios devenidos por un nuevo administrador por la elaboración de las cuentas debido a una situación caótica en la gestión y administración comunitaria, lo cual constituye un comportamiento imprudente y negligente. La no elaboración de las cuentas o su llevanza caótica, desordenada y sin justificación documental constituyen un supuesto de responsabilidad civil profesional.

La aprobación de las cuentas por la Junta libera de responsabilidad al administrador según ha entendido la SAP Granada, de 15 de enero de 2020.

Incluso cuando se aprueban las cuentas de ejercicios posteriores en Junta ordinaria se estaría admitiendo la de años anteriores, eximiendo de responsabilidad al administrador. Así lo entiende la SAP Cáceres, Secc. 1ª de 20 de noviembre de 2015: «no existe responsabilidad alguna de la Administradora de la finca cuando las Cuentas Anuales de los ejercicios siguientes se han aprobado en Junta de Propietarios, lo



cual sería inimaginable sin estar aprobadas las cuentas de un ejercicio precedente. Es decir, si la Junta de Propietarios aprueba las Cuentas de los Ejercicios 2.011 y 2.012, sin estas aprobadas las del ejercicio 2.010 (que debe ser el arranque de la contabilidad comunitaria del año siguiente), no cabe duda de que esta decisión no la adopta la Administración del inmueble, quien -insistimos- no es quien tiene que confeccionar los puntos del orden del día de una determinada Junta. Por tanto -y aun cuando no existiera constancia documental de esa aprobación- si se aprobaron las Cuentas Anuales de los ejercicios económicos siguientes, sin impugnación de ningún propietario, no puede apreciarse ningún tipo de responsabilidad ni de negligencia del tipo y de la naturaleza de la que se atribuye a la Administradora de la Comunidad de Propietarios».

A la hora de reclamar la responsabilidad civil por incumplir el deber de presentar las cuentas a anuales o rendir cuenta de su gestión se observa en las resoluciones estudiadas una confusión por parte de los demandantes en cuanto a la mezcla de la acción de rendición de cuentas ex art. 1720 CC y que obliga al mandatario a rendir cuenta de sus operaciones, con

acción de la de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de su deber de gestión (SAP Madrid, Secc. 12, de 6 de junio de 2022, en donde se analiza este supuesto, concluyendo que no cabe condenar al administrador simultáneamente a rendir cuentas y a abonar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de no rendirla).

5.3.c. «Atender a la conservación y mantenimiento de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios»

La responsabilidad del administrador puede provenir en este caso de incumplir la obligación de informar al presidente o a los propietarios y de no acometer las obras necesarias y urgentes.

También entrarían en este apartado los supuestos frecuentes en que el administrador se extralimita en su mandato y contrata excediéndose de su función una obra no urgente o necesaria y sin contar con el acuerdo de la Junta de propietarios (SAP Asturias, Secc. 7ª, de 22 de junio de 2007, en donde es condenado el admi-

nistrador por contratar la realización de obras en fachadas omitiendo con ello lo acordado en Junta por la comunidad de encargar un informe pericial antes de realizar ninguna obra). En estos casos la comunidad puede repetir contra el administrador el importe que tenga que abonar por esas obras, no pudiendo alegar frente a tercero la extralimitación del administrador en el encargo realizado. Así sucede en la SAP Murcia, Secc. 5ª, de 11 de enero de 2012.

También puede existir una extralimitación de las funciones del administrador, y así se reconozca, y sin embargo se ratifique con posterioridad por la comunidad. Es el caso de la SAP Madrid, Secc. 25, de 25 de octubre de 2013, en donde tras apreciar la extralimitación del administrador se indica que la comunidad, como mandante puede ratificar expresa o tácitamente lo ejecutado, como así lo prevé el art. 1727 CC. Esto lleva a la absolución del administrador al no haber realizado la comunidad manifestación en contra y haber recibido en su condición de propietaria comitente las prestaciones de las contratas haciendo suyo por tanto la gestión del administrador. En igual sentido se pronuncia la SAP Valencia, Secc. 8ª en dos sentencias de 5 de junio de 2006 y 16 de junio de 2006.

La SAP Pontevedra, Secc. 1ª, de 1 de febrero de 2007, exonera de responsabilidad de la administradora de un edificio que había dado cuenta al presidente y a la junta de la necesidad de proceder a una reparación y esta no se llevó a cabo por causas no imputables a ella.

5.3.d. «Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes»

Una de las reclamaciones más habituales se centra en los perjuicios sufridos por la comunidad por el impago de impuestos, tasas o sanciones. Sucede con relativa frecuencia que la desidia mostrada en la gestión contable o en la celebración de Juntas se añada la falta de fondos y a su vez el impago de obligaciones fiscales que a su vez generan expedientes sancionadores. Algunos ejemplos son el impago de impuestos como el IVA (SAP Valencia, Secc. 11ª, de 13 de octubre de 2010), impago de seguros sociales del conserje (SAP Granada, Secc. 4ª, de 5 de abril de 2000), abono de intereses y recargos por impago del recibo del suministro de agua (SAP Cáceres, Secc. 7ª, de 7 de junio de 2004 o SAP Zaragoza, Secc. 2ª, de 29 de septiembre de 2009) o de sanciones provenientes de industria por problemas con ascensores, garajes o calefacción.

En la SAP Pontevedra, Secc. 1ª de 20 de febrero de 2019, se condena al administrador por el impago de diversas cantidades resultantes de impago de tasas y sanciones, añadiendo que la falta de liquidez de la comunidad no impedía que la diligencia de un ordenado administrador le obligaba a advertir de lo que sucedía y de las posibles consecuencias de los impagos, así como adoptar las medidas precisas para minimizar los perjuicios.

Un supuesto que depara reclamaciones de gran cuantía es el resultante del perjuicio ocasionado a la comunidad por el impago de la prima del seguro. Es el caso de la SAP Baleares, Secc. 3ª, de 29 de septiembre de 2005 que condena al administrador al pago de 24.879,60 euros correspondientes a los daños sufridos por la comunidad tras producirse un incendio y ser rechazada su cobertura por la aseguradora por no estar en vigor la póliza. La sala considera que incumple sus obligaciones el administrador por cuanto la comunidad había manifestado en junta su voluntad de suscribir la póliza llegando incluso a aprobar una partida para ello en su presupuesto. Llegado su vencimiento y ante la no renovación por la aseguradora, el administrador no contrata nueva póliza ni se percató que no ha sido pagada la prima.

También el incumplimiento de acuerdos relativos a la ejecución de obras y mantenimiento dio lugar a la condena del administrador en la SAP Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de julio de 2010. En este supuesto la condena viene motivada por incurrir en responsabilidad al no cumplir el encargo comunitario de contratar el mantenimiento del servicio de alcantarillado. Ello provocó una inundación de cuyos daños debe responder el administrador.

5.3.e. «Actuar, en su caso, como secretario de la Junta y custodiar a disposición de los titulares la documentación de la comunidad»

En este caso, la responsabilidad puede surgir de la inexactitud de los certificados emitidos y o del retraso en la entrega del certificado de deudas a que se refiere el art. 9.1.e LPH como ya hemos expuesto.

También la retención de documentación de la comunidad puede dar lugar a responsabilidad civil, tal y como hemos visto.

Se ha descartado la responsabilidad del administrador por la colocación del acta o de la relación de morosos en el tablón de anuncios del inmueble. La jurisprudencia entiende que

no hay responsabilidad del secretario o del administrador por una supuesta vulneración del derecho al honor, por cuanto dicha posibilidad está prevista en la LPH en caso de impago de cuotas comunitarias por parte del copropietario. La STS, Sala Primera de 11 de diciembre de 2008, en donde se desestimó una demanda contra el secretario administrador por los daños causado a la intimidad familiar y a la propia imagen por ser abogado en ejercicio el comunero. Se alega que la información era veraz y que la colocación en el tablón de anuncios de la diligencia dando cuenta de la liquidación de la deuda no vulnera el derecho al honor por cuanto los demandados actuaron siguiendo escrupulosamente lo previsto en la LPH, siendo además que la diligencia publicada no contiene juicio valorativo ni ofensa ni término injurioso o insultante ni crítica a su condición de letrado. En idéntico sentido se pronunció la STS, Sala Primera de 21 de marzo de 2014.

Tampoco se considera una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor del vecino la difusión del contenido del acta, limitada a los miembros de la comunidad de propietarios, puesto que la difusión del acta no es en sí un acto difamatorio, ya que forma parte del normal proceder del régimen de la propiedad horizontal (STS, Sala Primera, de 2 de octubre de 2008).

5.3.f. «Todas las demás atribuciones que se confieran por la Junta»

En la práctica es frecuente que sea el administrador quien reciba las reclamaciones judiciales y se encargue de buscar a los profesionales que se encarguen de la defensa de la comunidad. Existen numerosas resoluciones de condena al administrador por el perjuicio producido por haber dejado pasar el plazo para oponerse a una demanda o por haber prescrito la reclamación (SAP Valencia, Secc. 6ª, de 4 de abril de 2011).

La falta de coordinación en la tramitación de una subvención y en el control de las obras llevaron a condenar al administrador y al pago de la subvención dejada de percibir en la SAP Burgos, Secc. 2ª, de 11 de enero de 2012, en la que un administrador se había encargado de gestionar el acuerdo de realización de unas obras y de gestión de subvenciones municipales. Para ello debía haber coordinador las distintas actuaciones para que las obras no comenzasen antes de la obtención de la licencia de obra, porque de no ser así no se cumplía uno de los requisitos para la concesión de la sub-

vención. Pues bien, la falta de coordinación, en la que tuvo intervención el administrador directa y personal, sirve a la Sala para apreciar un cumplimiento deficiente de las funciones y justicia que deba responder ante la comunidad por la pérdida de la subvención solicitada y no concedida, toda vez que la comunidad cumplía los requisitos para su concesión. La cantidad por la que se le condena es el importe dejado de percibir.

La SAP Asturias, Oviedo, Secc. 4ª, 24/2022, de 20 de enero de 2022, entiende que existe negligencia por no haber gestionado correctamente el expediente de subvención de las obras por no haber presentado las facturas necesarias y condena al administrador por la subvención dejada de percibir. En igual sentido la SAP Cantabria, Secc. 2ª, de 25 de enero de 2017.

5.4. El seguro del administrador de fincas

El seguro de responsabilidad civil profesional cubre los daños y perjuicio económicos causados por el asegurado en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, tal y como ha señalado la STS, Sala Primera, de 29 de marzo de 2022, Rec. 1105/2019.

De acuerdo con la SAP Málaga, Secc. 4ª, de 18 de diciembre de 1997, el seguro cubre la responsabilidad civil «en que pueda incurrir el asegurado por daños materiales o corporales como consecuencia de la conservación y gobierno de fincas rústicas o urbanas, de terceros, así como por daños patrimoniales primarios causados involuntariamente a clientes o terceros por hechos que deriven de errores profesionales en que pueda incurrir el asegurado en el ejercicio libre de su actividad profesional, tal como dicha profesión venga regulada en las disposiciones y reglamentos vigentes, entendiéndose por daños patrimoniales aquellos menoscabos o perjuicios patrimoniales que no sean reducibles a daño personal o material, consecuencia de éstos.

Actualmente no existe a nivel nacional la obligación legal de suscribir una póliza de seguro de responsabilidad civil profesional. No obstante, en algunas comunidades autónomas sí se ha establecido, concretamente:

a. En el art. 54.6 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la vivienda de Cataluña se establece la obligatoriedad de suscribir un seguro de responsabilidad civil para garantizar los derechos de los consumidores. Pudiendo constituirse el seguro, en su caso, a través del colegio o asociación profesional. El

art. 9.2 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales de Cataluña en el marco de las profesiones colegiadas, obliga a los colegios profesionales a adoptar las medidas necesarias para promover y facilitar el cumplimiento del deber de seguro de los colegiados.

b. El art. 27.c de la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía establece como deber de los colegiados tener cubierto mediante un seguro de responsabilidad civil los riesgos en que puedan incurrir en el ejercicio de su profesión.

c. Lo dispuesto en la ley andaluza es un calco del art. 12.1 la Ley 18/1997, de 21 de noviembre, de ejercicio de profesiones tituladas y de colegios y consejos profesionales del País Vasco.

En el caso de administradores de fincas colegiados, estos tienen cubierta su responsabilidad civil profesional a través de seguros concertados por los Colegios Territoriales de Administradores de Fincas, a pesar de no ser legalmente obligatorios. Este tipo de contratación tiene sus inconvenientes como la aceptación de cláusulas limitativas o la prohibición de actividades profesionales accesorias a la principal para el caso, por ejemplo, que se ejerza la administración y la abogacía simultáneamente.

El seguro incluye daños negligentes y voluntarios. La STS, Sala Segunda, de 25 de julio de 2014, así lo refiere *«El sentido del seguro de responsabilidad civil profesional es precisamente dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de una garantía eficiente de responsabilidad frente a terceros, de modo que quienes contraten a estos profesionales, y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas directamente de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria. Por ello se incluyen expresamente en la cobertura objetiva del contrato tanto la responsabilidad civil derivada de daños negligentes (errores) como voluntarios (faltas), responsabilidad que en ambos casos puede ser reclamada directamente al asegurador por el perjudicado (art 76 LCS), sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño o perjuicio causado al tercero sea debido a conducta dolosa del asegurado, acción directa que es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado»*. Añadiendo que en el ámbito profesional este seguro *«ofrece no*

solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro, y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable.

Es por ello que, para hacer compatible esta seguridad con el principio de inasegurabilidad del propio dolo, la norma legal introduce este razonable equilibrio de intereses. El asegurador responde en todo caso frente al perjudicado, pero con el derecho a repetir del asegurado en caso de dolo. No tendría sentido establecer legalmente la posibilidad de repetir frente al asegurado, si no fuera precisamente porque en dichos supuestos, el asegurador tiene la obligación de indemnizar al perjudicado.»

Una de las cuestiones conflictivas son las resultantes de la delimitación temporal de la cobertura,

En la STS, Sala Segunda, de 2 de julio de 2014 se condena a un administrador de fincas por delitos de apropiación indebida de más de 60.000 € y falsedad en documento público por alterar libro de la comunidad y se aborda esta controversia. Mientras la apropiación del dinero fue estando en vigor tal póliza, cuando se presentó la querrela la póliza de responsabilidad civil ya había quedado sin vigencia tras varias prórrogas. Por ello, la aseguradora negó la cobertura del siniestro ya que en la póliza se recogía expresamente que el asegurador quedaba liberto de cualquier siniestro que no se le hubiese reclamado con anterioridad a la finalización del contrato, fuese cual fuese el momento en que se produjo el hecho. A partir de aquí, el Tribunal concluye que *«... “Por ello, en el supuesto enjuiciado no procede declarar la responsabilidad civil de la aseguradora, ya que cuando se presentó la querrela en fecha 17-5-2011 -o primera reclamación- la misma no estaba cubierta por la póliza de responsabilidad civil profesional suscrita en su momento a favor del acusado al haber transcurrido el plazo establecido en la misma para verificar la reclamación, esto es antes de su finalización o última prórroga 28-2-2010-, aunque los hechos ocurrieran durante la vigencia de la póliza...”*.

Más aún, según la doctrina de la Sala I de este Tribunal Supremo, obviamente no vinculan- te en esta jurisdicción penal pero sí tiene el valor de un referente, la cláusula que limita el plazo durante el cual se cubre el riesgo -- art. 73 LCS

--, no tiene naturaleza la cláusula limitativa de derechos, sino delimitadora del riesgo, y como tal no exige expresa aceptación del asegurado -- STS Sala I de 30 de Noviembre de 2011 --, tesis asumida en la sentencia de instancia con cita, también de las SSTS Sala I de 11 de Septiembre de 2008 y 7 de Mayo de 2009».

La STS, Sala de lo Penal, de 15 octubre de 2015, aborda el alcance de una póliza de responsabilidad civil profesional colectiva concertada por el Colegio de Administradores de Fincas de Navarra en relación con un administrador que presta sus servicios a través de una sociedad mercantil con empleados. Y concluye que la póliza cubre además de al administrador asegurado («*persona indicada en las condiciones particulares*») a sus empleados «*ligados por él por relación de dependencia laboral, en el desempeño de sus funciones propias de su cometido y mientras actúen siguiendo sus instrucciones dentro del ámbito de las actividades propias del riesgo objeto del seguro*». Cita esta sentencia otra STS 588/2014, de 25 de julio, en cuanto a que «*El sentido del seguro de responsabilidad civil profesional, máxime cuando se contrata por el propio Colegio Profesional al que pertenece*

el asegurado, es precisamente dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de la Procura de una garantía eficiente de responsabilidad frente a terceros, de modo que quienes contraten a estos profesionales, y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas directamente de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria».

También ha sido discutida cómo debe aplicarse la franquicia en causas penales por apropiación indebida, donde un mismo administrador se apropia de fondos de muchas comunidades. En estos casos se ha alegado por la aseguradora que no hay un solo siniestro sino tantos como perjudicados afectados, por lo que debería aplicarse la franquicia sobre cada una de las operaciones de cada una de las comunidades. Esta posibilidad fue rechazada por la SAP Córdoba, Secc. 3ª, de 20 de junio de 2018, y para ello se remite a la póliza suscrita y transcribe «*...parte de la cláusula 14 (página 1354 del Tomo V de los autos) y conectar ello con la cláusula 13 que establece la nada desdeñable franquicia de 15.000 euros. Dice la cláusula 14: "A efectos del seguro se considera*



como un mismo siniestro: 1. El conjunto de reclamaciones originadas por una misma causa o evento siniestral cualquiera que sea el número de reclamantes e independientemente de que la reclamación se dirija exclusivamente contra el notario (...) 2. El conjunto de las consecuencias de varios errores profesionales cometidos en un mismo acto (...)”.

Una interpretación teleológica y sistemática hace que no deban considerarse siniestros distintos los realizados bajo una sola unidad jurídica de acto y con mimético proceder, sino un único siniestro. Y es que de lo contrario, y con la franquicia pactada, quedarían de facto desprotegidos la mayoría de los clientes que depositan fondos en las notarías en concepto de provisión, pues el grueso de ellas nunca alcanzaría la cifra de la franquicia. En el peor de los casos, no siendo una cuestión totalmente clara o discutible, la duda nunca puede ir en contra del asegurado y, por ende, del perjudicado».

Por último, además del seguro de responsabilidad civil profesional es frecuente la contratación de un seguro de caución, regulado en el art. 68 de la *Ley de Contrato de Seguro*. Dicho seguro responde de la gestión económica del administrador frente a las comunidades para garantizar el pago de una indemnización por las responsabilidades en que pueda incurrir el administrador, como consecuencia generalmente de la apropiación indebida de fondos dentro de su actuación profesional, como así consta en los antecedentes fácticos comprobados en sentencias condenatorias por delitos de apropiación indebida (STS, Sala Segunda, de 2 de diciembre de 2020, Recurso núm. 593/2019).

Tanto el seguro de caución como el de responsabilidad civil profesional son exigidos para todos los administradores de fincas colegiados de acuerdo con sus estatutos y con el *Código deontológico europeo para profesionales inmobiliarios* del Consejo Europeo de Profesionales Inmobiliarios, que establece la obligatoriedad de una garantía financiera y un seguro que garantice la responsabilidad en que se pueda incurrir con respecto a los fondos depositados u otros fondos que le hayan sido confiados y la responsabilidad en que pueda incurrir en el ejercicio de su profesión.

El importe de seguro de caución no podrá ser inferior a 25.000 € y el de responsabilidad civil a 200.000 € y el certificado de cumplimiento de estas garantías deberá estar expuesto en lugar visible de su local o, en caso de prestar su servicio vía internet, de su página web.

VI. CONCLUSIONES

Primera.- La jurisprudencia y la doctrina califican de forma casi unánime el contrato entre el administrador de fincas y la comunidad de propietarios como mandato *sui generis*, perfilando sus obligaciones a partir de lo previsto en el art. 20 LPH y la regulación contenida en los arts. 1718 CC y siguientes relativos al mandato.

En consecuencia, el administrador de fincas no se rige por el principio de independencia aplicable a otros profesionales, y deberá actuar con sujeción a las instrucciones de la comunidad, expresadas mediante acuerdos tomados en Junta o por las instrucciones de los órganos ejecutivos (presidente o vicepresidente).

Las obligaciones del administrador se ven ampliadas en los últimos años por las mayores exigencias a las comunidades de propietarios en materia de urbanismo, industria, fiscalidad, protección de datos o seguridad y salud. También con la aparición de nuevas funciones como la solicitud y gestión de subvenciones o la posibilidad de presentar procedimientos monitorios ante los juzgados de primera instancia.

La comunidad autónoma de Cataluña ha desarrollado normativa autonómica propia sobre propiedad horizontal. Las funciones atribuidas en el art. 20 LPH y en el art. 553-18 del *Libro Quinto del Código Civil de Cataluña* difieren en pequeños matices, por lo que el análisis realizado en este trabajo es aplicable a todo el territorio nacional.

En cuanto a la funciones y obligaciones encomendadas al administrador que han sido analizadas en el presente trabajo, no se ha detectado la necesidad de ninguna reforma.

Al concertarse el contrato entre administrador y comunidad de propietarios la legitimación activa para su exigir responsabilidad civil corresponde siempre a la comunidad y la pasiva al administrador. Los vecinos comuneros podrán accionar en su caso por responsabilidad extracontractual cuando de la actividad del administrador resulten perjudicados individualmente.

Segunda.- Su responsabilidad civil deriva del deber de ordenada gestión, de una correcta llevanza de la contabilidad comunitaria y de la toma de las cautelas precisas en el desempeño de sus atribuciones y actuar con la debida diligencia en orden a evitar daños a la comunidad.

Tercera.- El ejercicio de la actividad de administración de fincas no requiere de colegiación obligatoria por no requerirlo la LPH, porque sería contrario a la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, por carecer de justificación restringir la competencia de esta actividad y por no ser una profesión regulada.

Cuarta.- La Ley de Sociedades Profesionales no permite el ejercicio exclusivo de la administración de fincas bajo la forma de sociedades profesionales, por lo que no es aplicable su régimen de responsabilidad solidaria por los actos profesionales previsto en su art. 11. Así se ha manifestado hasta en tres ocasiones la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de mayo de 2009, 18 de mayo de 2009 y 20 de mayo de 2009.

Quinta.- Del análisis de las resoluciones jurídicas obrantes en bases de datos se observa que la responsabilidad civil *ex delicto* proviene fundamentalmente de la condena por delitos de apropiación indebida.

No resulta de aplicación a la administración de fincas el delito de intrusismo del art. 403 CP.

Sexta.- Existe un interés evidente y comprensible de los administradores de fincas colegiados en que se regule su actividad para evitar las malas prácticas que conllevan una degradación de la imagen del colectivo. Para ello es una reclamación constante la que se realiza desde los colegios profesionales para promover una reforma legal que exija la colegiación obligatoria o la necesidad de una titulación específica que, como se ha visto, no tiene encaje en nuestra legislación.

Séptima.- Se ha comprobado un aumento significativo del número de referencias relativas a procedimientos judiciales en reclamación de responsabilidad civil contra administradores a partir del período 2005-2007.

A pesar de existir un elevado número de artículos doctrinales publicados en editoriales jurídicas sobre el administrador de fincas, llama la atención que buena parte de ellos están desactualizados e incurren en errores como seguir incluyendo la posible comisión del delito de intrusismo en el ejercicio de la administración de fincas sin colegiación, la obligatoriedad de la colegiación o la aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales.



Octava.- El aseguramiento de la actividad del administrador de fincas se realiza a través del seguro de responsabilidad civil profesional y del seguro de caución.

En el caso de los profesionales colegiados ambos seguros son cubiertos - al menos en su cuantía mínima (25.000 € el de caución y 200.000 € en el de responsabilidad civil) - a través de seguros colectivos concertados a través de los colegios territoriales de administradores de fincas. El *Código deontológico europeo para profesionales inmobiliarios* del Consejo Europeo de Profesionales Inmobiliarios impone dicha obligación a los administradores colegiados estableciéndose además esas cantidades mínimas, previéndose además en los estatutos de cada colegio.

Se echa en falta estudios doctrinales sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil del administrador de fincas que, a pesar de su indudable interés, apenas ha sido tratado.

Novena.- Existe un amplio número de profesionales no colegiados ejerciendo la administra-



ción de fincas sin la cobertura de un seguro de responsabilidad civil profesional o de caución.

Partiendo de la existencia en Cataluña del art. 54.6 de la *Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la vivienda de Cataluña*, sería recomendable que el legislador introdujese la necesidad de que el administrador no comunero suscriba un seguro de responsabilidad civil que cubra su actuación profesional. Con esta medida, además de dar una mayor protección a las comunidades de propietarios, se conseguiría impedir el ejercicio de la actividad sin ningún tipo de cualificación profesional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SÁNCHEZ, B. (1994). «El administrador de fincas en el régimen de la propiedad horizontal». Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. III. Editorial Aranzadi, S.A.U.

CARRASCO PERERA, A. y otros. (2008), «Derecho de la construcción y de la vivienda». Editorial Dilex.

CARRERAS MARAÑA, J.M. (2022), «Demandas al administración de fincas por protección al honor», Revista del Colegio Profesional de Administradores de Fincas de Madrid.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1957), «Derecho Civil español, común y foral. Tomo segundo. Derecho de cosas (propiedad y derechos reales restringidos)». Editorial Instituto Editorial Reus.

CONDE DÍEZ, R. G. y otros. (2008), Tomos I y II del Manual de Formación Continuada núm. 45 «Propiedad Horizontal». Escuela Judicial del CGPJ.

Cuaderno Jurídico de Propiedad Horizontal, núm. 323, AAVV, Editorial SEPIN 2014.

Cuaderno Jurídico de Propiedad Horizontal, núm. 329, AAVV, Editorial SEPIN 2016.

DÍEZ PICADO y GULLÓN (1997), «Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral». Editorial Tecnos.

FDEZ. MARTÍN-GRANIZO, M. y otros (1985), «Comentarios al Código Civil y compilaciones forales», tomo V, volumen 2. Editorial Revista de Derecho Privado.

FLORES RGUEZ., J. (2010), «Administrador de fincas y comunidades de propietarios. Análisis de su relación jurídica». Editorial Lefebvre- El Derecho

FLORES RGUEZ., J. (2010). «Administrador de fincas y comunidad de propietarios. Análisis de su relación contractual» El Derecho, pp 333-346.

FUENTES LOJO, J. V. (2000), «La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma del 6 de abril de 1999», Tomos I y II, Editorial José María Bosch.

FUENTES LOJO-RIUS, A. y otro (2021), «Ley de Propiedad Horizontal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia» Editorial Colex.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (1999), «La Ley de Propiedad Horizontal», Editorial Aranzadi.

GONZÁLEZ MARTÍN, L. A. y otros (2007), «Propiedad Horizontal», Consejo General del Poder Judicial (Colección de Manuales de Formación Continuada de la Escuela Judicial número 45, Tomos I y II).

LACRUZ BERDEJO y otros. (2004) «Derechos Reales III», Editorial Dykinson.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2022) «La responsabilidad civil del administrador de fincas», Revista del Consejo Andaluz de Colegios de Administradores de Fincas.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2022), «El seguro en la empresa», Fundación INADE UDC.

LOSCERTALES FUERTES, D. (2018). «Propiedad Horizontal. Legislación y comentarios». Editorial SEPIN.

MARTÍ MARTÍ, J. (2013), «La responsabilidad civil del administrador de fincas en el ejercicio de su profesión». Editorial SEPIN.

MARTÍ MARTÍ, J. (2022), «Fondos Next Generation: Competencias y responsabilidad profesional». Revista del Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas, núm. 201.

Memento práctico de Propietario Horizontal. AAVV. Editorial Francis Lefebvre 2023.

PAVELEK ZAMORA, E. (2017). «La responsabilidad civil del administrador de fincas y su aseguramiento», Fundación Mapfre, notas de ponencia en el Colegio de Administradores de Fincas de Asturias.

POLO PORTILLA, M. J. (octubre 2019). «Secretario y administrador en la Comunidad de Propietarios. Nombramiento, competencias, obligaciones, responsabilidad y cese. 251 preguntas y respuestas + jurisprudencia aplicable». Editorial SEPIN.

POLO PORTILLA, M.J. (2019). «Responsabilidad del Secretario-Administrador», Editorial SEPIN.

PUCHE RAMOS, A. (2020), «La adopción de medidas urgentes por los Administradores de fincas, sin necesidad de autorización de la Junta de propietarios», Diario la Ley, Wolters Kluwer.

ROSAT ACED, J. I. y otros (2022), «GPS Propiedad Horizontal», Editorial Tirant Lo Blanch.

TOLOSA TRIVIÑO, C. (2019, «La responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales en la ejecución de obras en las Comunidades de Vecinos».

XIOL RÍOS, J. A. y otros (2010), «Ley de Propiedad Horizontal comentada». Colección Tribunal Supremo. Editorial El Derecho.



La responsabilidad civil de los administradores concursales o los semidioses obradores de milagros

Idoia Azpeitia Alonso
Abogada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. NATURALEZA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES

3.1. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

3.2. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES. ADMINISTRACIÓN DUAL

3.3. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD: LEGITIMACIÓN, PLAZO DE PRESCRIPCIÓN Y COMPETENCIA

3.4. ELEMENTOS PARA LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES Y AUXILIARES DELEGADOS

IV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

V. CONCLUSIONES Y JURISPRUDENCIA RELEVANTE

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Exposición de Motivos del actual Texto Refundido de la Ley Concursal¹ reconoce que “la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas” y “es difícil encontrar una ley que en tan pocos años haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones”; lo que, aunado a que la Administración Concursal es una verdadera institución policéfala que debe “administrar, representar y controlar intereses de sujetos diversos y antagónicos” en el procedimiento concursal, así como dominar una multiplicidad de materias en un mismo macroprocedimiento, nos sitúan ante una labor de alto riesgo, elevada cualificación técnica y enorme responsabilidad. Responsabilidad que se puede desplegar en todos los órdenes: penal, mercantil, civil y administrativo (obligaciones tributarias y de seguridad social).



El trabajo diario de cualquier administrador concursal² está presidido por el elevado riesgo de su función, por la inseguridad jurídica, por los cambios constantes en los criterios jurisprudenciales, la exacerbada dilación indebida de la tramitación del concurso, la falta de medios de investigación y económicos para el desempeño adecuado de su labor y una Jurisprudencia que cada vez ha demonizado más la figura del AC, siendo obligado por tanto: de un lado, el adecuado aseguramiento civil del desempeño de la función en el concreto procedimiento concursal con cobertura suficiente para la asunción de responsabilidades; y, de otro lado, un conocimiento profundo de las acciones de responsabilidad civil, su plazo de prescripción y los presupuestos procesales y de fondo para la determinación de la concurrencia de responsabilidad.

1 En adelante, TRLC.

2 En adelante, AC.

Este artículo, precisamente, tratará de sintetizar de forma clara los elementos esenciales de la responsabilidad civil del administrador concursal en el contexto que nos ha dejado la última reforma de la Ley Concursal, que entró en vigor el pasado 26 de septiembre de 2022, y que ha supuesto la posibilidad de supresión de la figura del AC, al menos, en dos procedimientos con especialidades, así como la asunción cada vez de más deberes y menos derechos en los procedimientos donde se mantiene al AC, imponiéndole tiempos de tramitación imposibles en el entorno de una administración de justicia apoltronada en la dilación indebida y despreocupada por el fin último que ha de perseguir la legislación concursal de todo ordenamiento jurídico europeo: la preservación del tejido empresarial y el empleo^{3 4}.

La nueva normativa podrá conllevar, por tanto, un aumento significativo de los procedimientos de responsabilidad civil frente a los administradores concursales por falta de diligencia en el ejercicio de su función.

II. NATURALEZA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

El legislador español ha diseñado a la Administración Concursal como un órgano auxiliar del Juez del Concurso, designado por este⁵,

3 La Exposición de Motivos del TRLC aseveraba: “[...] El Derecho concursal se reivindica como una herramienta fundamental para la conservación de tejido empresarial y empleo; y de ello es consciente el legislador y la propia Unión Europea que ha desarrollado una importante iniciativa normativa a través de Directivas como la mencionada inmediatamente antes. Esta finalidad conservativa del Derecho concursal se manifiesta no solo a través de normas con vocación de permanencia como el presente texto refundido, sino que en el contexto de la crisis sanitaria originada por el COVID-19 también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal. [...]”.

4 Es, asimismo, uno de los propósitos de crecimiento de la Comisión Europea: (“Commission proposes new approach to business insolvency in Europe: promoting early restructuring to support growth and protect Jobs.” [//https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_3802](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_3802)).

5 La última reforma del TRLC ha introducido la posibilidad de que acreedores que representen un determinado porcentaje del pasivo puedan promover que el Juez nombre un administrador concursal con costes a su cargo. Este es el caso del artículo 37.1 quater que establece para los concursos sin masa: “En el caso de que, dentro de plazo, acreedor o acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo formularan solicitud de nombramiento de administrador concursal para que emita el informe a que se refiere el artículo anterior, el juez, mediante auto, proce-

para la gestión de un patrimonio ajeno conforme a una normativa legal especial y a través de un procedimiento judicial.

Cargo retribuido que en contraprestación queda sometido a una responsabilidad civil que permite reclamarle los daños y perjuicios que ocasione por acciones u omisiones que se aparten de la diligencia profesional que se es exigible. El modelo de responsabilidad civil, por daños a la masa concursal o al patrimonio individual del acreedor, seguido por la Ley Concursal es muy similar al modelo de responsabilidad por daños de los administradores societarios regulado en los artículos 236 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital⁶. Similitud que se concreta en los presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad civil, su carácter solidario, el distinto patrimonio que se resarce, su prescripción y los dos tipos de acciones: colectiva e individual.

El elemento sustancialmente diferenciador se encuentra en el sujeto y el patrón de diligencia que le es exigible a dicho sujeto, pues el deber de diligencia de un ordenado administrador societario dista mucho del extenso y sistemático catálogo de deberes que son propios del administrador concursal y que exige el actual TRLC⁷. Tantas son las exigencias actuales que el legislador cierne sobre el administrador concursal, tanto de tipo técnico (económicas, procesales, laborales, mercantiles, administrativas y penales) como temporales (en términos de eficiencia) que, prácticamente, se le exige ser una suerte de semidiós que todo lo sabe y de todo responde, en consonancia con su naturaleza mitad mortal (sector privado) mitad divina (nom-

derá al nombramiento para que, en el plazo de un mes a contar desde la aceptación, emita el informe solicitado. En el mismo auto fijará la retribución del administrador por la emisión del informe encomendado, cuya satisfacción corresponderá al acreedor o acreedores que lo hubieran solicitado.

6 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

7 LAURA ZUMAQUERO GIL, Revista InDret, "La responsabilidad civil de los administradores concursales": "El régimen de responsabilidad regulado por el Derecho societario es un régimen que ha sido pensado para un sujeto diferente –el administrador societario–, cuyas funciones, deberes, atribuciones e intereses dignos de protección varían de forma sustancial respecto al administrador del concurso. De hecho, nada tiene que ver la relación jurídica existente entre el administrador societario, el acreedor societario y los socios; y la relación jurídica existente entre la administración concursal y el deudor concursado o sus acreedores, pudiendo calificarse la primera de contractual, lo que no parece claro en el caso del concurso."

brado por el Juez), teniendo prácticamente que obrar milagros cuando la empresa concursada llega al concurso sin medios económicos ni materiales y los administradores societarios no colaboran o han gestionado nefastamente la empresa en el tiempo anterior al concurso.

El Prof. TIRADO MARTÍ es uno de los autores que con mayor profundidad ha estudiado la naturaleza jurídica de la administración concursal, analizando todas las posiciones doctrinales y jurisprudenciales europeas e internacionales⁸ y con él se ha de concluir que la tesis por la que se opte para determinar la naturaleza de la administración concursal resulta fundamental para identificar el concreto régimen de responsabilidad civil exigible.

El legislador español no ha atribuido al propio deudor o al acreedor la facultad de encomendar esta función a un sujeto determinado de su elección, sino que ha atribuido esta misión al Juez, lo que en principio garantiza que se persiga el interés del concurso y que muchos de los actos del administrador requieran una autorización judicial ineludible *ex ante*, o bien un control *ex post* del propio Juez que lo nombró.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES:

3.1. Funciones de la administración concursal

El Capítulo II, Título II, del Libro I, que reza "De los órganos del concurso" (arts. 57 a 104 TRLC), está compuesto de cinco secciones relativas al nombramiento, ejercicio del cargo, retribución, responsabilidad, separación y revocación del administrador concursal.

Asimismo, la Disposición Transitoria Única, 1 del TRLC, así como la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, mantienen transitoriamente en vigor determinados artículos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre⁹, por lo que el estatuto del administra-

8 La teoría de la representación, la teoría orgánica, la teorías en torno al oficio, la teoría de la sustitución legal del deudor y una tesis propia unitaria que denomina "teoría de la legitimación indirecta".

9 Así, el contenido de los arts. 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1 TRLC, que corresponda a las modificaciones

dor concursal se halla en un penoso contexto de transitoriedad sin desarrollo reglamentario desde hace más de diez años, limitándose el actual TRLC, en su artículo 80, a establecer un deber genérico de la administración concursal y los auxiliares delegados de desempeñar el cargo con la debida diligencia, del modo más eficiente para el interés del concurso, con imparcialidad e independencia respecto de la concursada, sus socios, administradores y directores generales, así como respecto de los acreedores concursales y de la masa.

introducidas en los arts. 27, 34 y 198 de la versión de la Ley Concursal desarrollada, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de dicha ley. Entre tanto, como se ha dicho, permanecerán en vigor los arts. 27, 34 y 198 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Asimismo, el contenido de los arts. 91 a 93, TRLC, correspondientes a los arts. 34 bis a 34 *quáter* de la Ley Concursal introducidos por Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social; entrarán en vigor cuando se apruebe el desarrollo reglamentario de la cuenta de garantía arancelaria.

El resto de funciones y deberes específicos se hallan dispersos entre el articulado del TRLC sin ningún tipo de sistemática. Así las cosas, de los siguientes artículos del TRLC se infieren los siguientes deberes y funciones¹⁰:

Art. 60.- Deber de inscripción obligatoria en el Registro público concursal.

Art. 64 y 65.- Deber de no incurrir en las incompatibilidades y prohibiciones legales para el ejercicio del cargo.

Art. 67.- Deber de acreditar al tiempo del nombramiento, y durante todo el concurso, que tiene vigente, en los términos un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función.

Art. 82.- Deber de respetar la supervisión judicial. La administración concursal está sometida a la supervisión del juez del concurso. En

¹⁰ Muchos de los deberes referidos penden a día de hoy del correspondiente desarrollo reglamentario, como por ejemplo la previsión del art. 92 del TRLC respecto a la cuenta arancelaria.



cualquier momento, el juez podrá requerir a la administración concursal una información específica o una memoria sobre el estado del procedimiento o sobre cualquier otra cuestión relacionada con el concurso.

Art. 92.- Deber de dotación de la cuenta de garantía arancelaria aplicando los porcentajes legales en función de la retribución percibida.

Art. 116.- Deber de formular las cuentas anuales en caso de suspensión de facultades.

Art. 118.- Deber legal de presentar las declaraciones y autoliquidaciones tributarias en caso de suspensión de facultades del deudor.

Art. 120.- Deber de representación y defensa procesal del concursado en caso de suspensión de facultades

Art. 128.- Deber de representación de la persona jurídica concursada en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren la masa activa en caso de suspensión de facultades.

Art. 131.- Deber de ejercitar la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de la concursada anteriores a la declaración de concurso o del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.

Arts. 166 y 167.- Deber de rehabilitación de contratos de financiación y de adquisición de bienes con precio aplazado que hayan sido declarados vencidos dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso en interés del concurso.

Art. 168.- Rehabilitación de contratos de arrendamientos urbano hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento en interés del concurso.

Art. 198 y 201.- Deber de elaboración del inventario de la masa activa del concurso y la valoración de los bienes y derechos, pudiendo nombrar expertos independientes a su costa.

Art. 204.- Deber de conservación de la masa activa del concurso.

Art. 231.- Deber del ejercicio de las acciones rescisorias que procedan en interés del concurso.

Art. 249. Deber de comunicación de la insuficiencia de la masa activa.

Art. 252.- Comunicación individualizada a los acreedores sin demora de la declaración de concurso.

Art. 253.- Comunicación a organismos públicos de la declaración de concurso, conste o no su condición de acreedoras.

Art. 254.- Comunicación a los representantes de los trabajadores.

Art. 259.- Reconocimiento de los créditos por la administración concursal.

Art. 289.- Comunicación del proyecto de inventario y de la lista de acreedores con una antelación mínima de diez días a la presentación del informe al Juez.

Art. 290.- Deber de presentación del informe de la Administración Concursal dentro de los dos meses siguientes a contar desde la fecha de aceptación.

Art. 347.- Evaluación de la propuesta de convenio por la administración concursal, emitiendo juicio favorable, con o sin reservas, o desfavorable.

Art. 382.- Deber de formular oposición a la aprobación del convenio por el Juez del concurso, en su caso.

Art. 408.- Deber de apertura de la liquidación en caso de cese total o parcial de la actividad profesional o empresarial.

Art. 412.- Deber de continuar con sus funciones en caso de incumplimiento de convenio

Art. 415.- Deber de realización de Informe sobre las reglas especiales de liquidación en el plazo máximo de diez días naturales.

Art. 415 bis.- Deber de publicitar los bienes y derechos objeto de liquidación en el portal de liquidaciones concursales del Registro público concursal.

Art. 422.- Deber de solicitar del juez la autorización para la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan, en interés del concurso.

Art. 424.- Deber de presentar informes trimestrales de liquidación.

Art. 427 y 428.- Deber de no prolongar indebidamente la liquidación más de un año, con posibilidad de separación y pérdida del derecho a la retribución.

Art. 448.- Deber de presentar informe de calificación del administrador concursal dentro de los quince días siguientes al de la presentación del inventario y de la lista de acreedores provisionales.

Art. 461.- Deber de ejecución de la sentencia de calificación.

Art. 468.- Presentación del informe final de liquidación dentro del mes siguiente a la conclusión de la liquidación de la masa activa.

Art. 478.- Deber de presentar Informe de rendición de cuentas.

Las funciones de la administración concursal, consecuencia de la refundición legislativa y de la supresión del artículo 33 de la antigua Ley Concursal, se hallan diseminadas y mal sistematizadas y las mismas variarán sustancialmente en función de si las facultades de administración y disposición patrimoniales de la concursada se encuentran intervenidas o suspendidas¹¹.

El incumplimiento o falta de diligencia por la Administración Concursal en el desempeño de dichas funciones cuando cause daño a la masa activa del concurso o al patrimonio privativo de la concursada, los acreedores o un tercero podrá dar lugar a que se active su responsabilidad civil y al pago de importantes indemnizaciones. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de julio de 2019¹², condenó a un administrador concursal al pago de una indemnización de 2.513.050,96 €, correspondientes a créditos contra la masa dejados de abonar a un acreedor desde la declaración de concurso hasta el 31 de diciembre de 2013.

¹¹ La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, reformó la Ley Concursal e introdujo en el art. 33 un gran elenco de funciones de la administración concursal, distinguiendo en sus distintas letras, funciones de carácter procesal, propias del deudor o de sus órganos de administración, en materia laboral, relativas a derechos de los acreedores, de informe y evaluación, de realización de valor y liquidación, de secretaría o cualesquiera otras que esta u otras leyes les atribuyan. El artículo 33, en la actualidad, ha sido totalmente suprimido en el TRLC y se ha vuelto a la dispersión de funciones anterior.

¹² AP Cádiz, sec. 5ª, S 17-07-2019, nº 569/2019, rec. 989/2018. PTE.: Alcalá Mata, Óscar

En esta sentencia se consideró que la falta de pago de los créditos masa a su vencimiento con falta de presentación de informes trimestrales, la negligencia grave en el control de la gestión durante la fase común del concurso y en la propia gestión del AC durante la fase de liquidación, fueron conductas causantes de una actuación dañosa para los intereses de la acreedora.

3.2. Naturaleza de la responsabilidad civil de los administradores concursales. Administración dual.

Los administradores concursales pueden incurrir, como ya se ha referido, en responsabilidad penal, mercantil, civil y administrativa. La normativa concursal recoge exclusivamente la responsabilidad civil de los administradores concursales (arts. 94 y ss. TRLC) que, asimismo, le es aplicable a los auxiliares delegados (arts. 75 y ss. TRLC).¹³

Existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad, catalogándola como una responsabilidad de carácter resarcitorio que requiere, ineludiblemente, para su apreciación de la existencia de daño, culpa, y un nexo causal entre ambos, como requisitos predicables de la responsabilidad extracontractual del art. 1.902 del Código Civil.

Ambas acciones se basan en una responsabilidad subjetiva, tal y como aclara la Jurisprudencia pacífica del Tribunal Supremo, y entre la misma: Sentencia nº 669/2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 de noviembre; y, de igual modo, la AP de Santa Cruz de Tenerife en sentencia de 4 de abril de 2008; la de Córdoba, de 7 de julio de 2008 o la de Segovia, de 22 de diciembre de 2015.

Por tanto, se exige la concurrencia de un daño, con relación de causalidad con una acción u omisión de la Administración Concursal que se le pueda imputar por apartarse del estándar de diligencia profesional, consistente en la conducta del ordenado administrador y representante leal en el complejo y concreto escenario concursal de que se trate.

Este estándar conlleva un plus de exigencia respecto a la diligencia de un ordenado em-

¹³ La exigencia de responsabilidad a los empleados públicos, cuando son nombrados administrador concursal, se sujeta a la normativa administrativa, previa tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo establecido en el art. 67 y 32 de la Ley 39/2015 y 40/2015, respectivamente.

presario. El artículo 80 del TRLC establece que los administradores concursales y los auxiliares delegados desempeñarán el cargo con la debida diligencia, del modo más eficiente para el interés del concurso, debiendo actuar con imparcialidad e independencia respecto del deudor; y, si fuera persona jurídica, de sus socios, administradores y directores generales, así como respecto de los acreedores concursales y de la masa.

El art. 95 TRLC establece una solidaridad impropia de los distintos administradores concursales que puedan ser nombrados, así como de los auxiliares delegados, pues les obliga solidariamente frente a la parte perjudicada, salvo que prueben que emplearon toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

Partiendo de la falta de rigor con la que el Tribunal Supremo, las más de las veces, ha dado tratamiento a la solidaridad impropia; y, por tanto, la confusión que puede producir en el lector que se hable de solidaridad impropia cuando la misma viene ordenada por el propio TRLC, en mi opinión cuando el art. 94 habla de solidaridad de los administradores concursales nombrados y los auxiliares delegados, lo hace para significar el *ius electionis* y el *ius variandi* del acreedor de la indemnización y la aplicación del artículo 1144 del Código Civil, lo que no significa que nos encontremos ante una obligación solidaria en sentido estricto o propio, puesto que no hay una sola obligación y no existe una relación interna entre los diferentes deudores. La postura que se mantenga respecto al tipo de solidaridad previsto por el art. 94 del TRLC tendrá una indudable trascendencia en cuanto al régimen de prescripción aplicable a los distintos obligados, la posibilidad de repetición entre ellos mismos y la posibilidad o no de excepcionar falta de litisconsorcio pasivo necesario. Y, por tanto, la solidaridad es impropia en cuanto se produce una disociación entre las relaciones externas con el acreedor solidario y las internas de los deudores solidarios, aunque la solidaridad venga determinada por la Ley. En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1992 y 14 de mayo de 1992, siendo ponente D. José Almagro Nosete.

El art. 94.2 TRLC señala una excepción para los supuestos de Administración Concursal dual que puedan existir conforme a lo dispuesto en el art. 58 del mismo texto legal¹⁴. En estos casos, el régimen de responsabilidad de la Admi-

nistración pública acreedora o de la entidad de derecho público acreedora vinculada o dependiente de ella, y la de la persona designada para el ejercicio de las funciones propias del cargo, será el específico de la legislación administrativa.

En caso de administración dual, las funciones de este órgano concursal se ejercitarán de forma mancomunada. En caso de disconformidad, será el juez el que deberá resolver y, además, podrá atribuir determinadas competencias de forma individualizada a uno de los administradores o distribuirlas entre ellos (art.81 TRLC).

Las decisiones y los acuerdos de la administración concursal dual que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados por los dos miembros del órgano (art.81.2 TRLC).

Las resoluciones judiciales que se dicten para resolver las cuestiones relativas al ejercicio del cargo por la administración concursal revestirán forma de auto, contra el que no cabrá recurso alguno; y, por último, sobre la materia resuelta no podrá plantearse incidente concursal (art.83 TRLC).

3.3. Acciones de responsabilidad: legitimación, plazo de prescripción y competencia.

La responsabilidad civil de la administración concursal se regula en los arts. 94 y ss. TRLC¹⁵ y se vertebra en un doble régimen de responsabilidad en atención al interés que se haya visto lesionado en el concurso. Así, como sucede en la responsabilidad de los administradores societarios, el TRLC también distingue dos tipos de acciones: la acción colectiva o concursal y la acción individual.

La acción colectiva se dirige a reparar el daño sufrido por la masa activa concursal y la acción individual a resarcir el daño directo sufrido en el patrimonio privativo de la concursada, cualquier acreedor o un tercero.

La legitimación activa para el ejercicio de la acción colectiva la tiene la concursada y cual-

¹⁴ tariamente la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

¹⁵ Antes se regulaba en el art.36 de la Ley Concursal que quedó derogado con efectos de 1 de septiembre de 2020, por la disposición derogatoria única.1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

¹⁴ Téngase en cuenta que la DT única del TRLC establece que la mencionada posibilidad del art. 58 TRLC todavía no está en vigor, hasta que se desarrolle reglamen-

quier acreedor aunque no haya sufrido un daño directo en su propio patrimonio privativo. En el ejercicio de esta acción el art. 96 TRLC le reconoce a la parte actora un derecho de reembolso de los gastos necesarios soportados por el ejercicio de dicha acción en interés de la masa con cargo a la indemnización judicialmente reconocida.

La acción individual la pueden ejercitar la concursada, cualquier acreedor o un tercero que haya sufrido un daño o lesión directa en sus intereses patrimoniales privativos.

En el ejercicio de ambas acciones podrá ser codemandada la compañía aseguradora que hubiera prestado el seguro legamente exigido para el ejercicio de la función, en virtud del art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro¹⁶, sin perjuicio de las excepciones que puedan ser deducidas por la aseguradora en relación con su propio deber de indemnizar, tales como la vigencia del seguro, la existencia del contrato, entre otras. Distinta cuestión es la acción de repetición que pueda ejercitar la aseguradora condenada, una vez hubiera cumplido con dicha condena, contra el propio profesional administrador concursal asegurado, con fundamento en el art. 43 LCS, de la que será competente el órgano de primera instancia, no mercantil, que corresponda.

La distinción entre ambas acciones se clarifica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª, de 17 de febrero de 2017: "*Ambas son acciones por culpa y daño. La acción colectiva y propiamente concursal trata de reparar los daños y perjuicios causados por la administración concursal a la masa activa por actos u omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia. La legitimación activa se atribuye tanto al propio deudor como a los acreedores pero no para recomponer su patrimonio sino la masa activa que es la que directamente ha sufrido los daños y perjuicios cuya reparación se solicita*".

El plazo de prescripción de ambas acciones, en virtud de los arts. 97 y 98.2 TRLC, es de cuatro años a contar desde que el legitimado o actor haya tenido conocimiento del daño o perjuicio objeto de su reclamación; o, en todo caso, desde que la Administración Concursal o el auxiliar delegado haya cesado en su cargo.

Resulta extremadamente relevante en este punto, que se tenga en cuenta que hasta el 1

de septiembre de 2020, en que entró en vigor el TRLC, en la Jurisprudencia era pacífico que el plazo de prescripción de la acción individual frente la AC era de un año, siendo ahora de cuatro años para ambas acciones.

En lo que respecta a la competencia objetiva y la tramitación del procedimiento, el art. 99 del TRLC determina la competencia objetiva del Juez que conozca o haya conocido del procedimiento concursal, siguiéndose los trámites del juicio declarativo que corresponda en función de la cuantía reclamada, de conformidad con arts. 248 y ss. de la LEC¹⁷.

Por último, los artículos 100 a 104 del TRLC prevén que juez podrá separar del cargo a cualquiera de los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados, siempre que concurra justa causa para ello, de oficio o a requerimiento de cualquier legitimado para solicitar la declaración de concurso o del otro miembro de la administración concursal, siendo causa de separación del administrador concursal el incumplimiento grave del deber de diligencia, así como el incumplimiento del deber de imparcialidad e independencia respecto del deudor.

En este sentido, no huelga resaltar que como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 31 mayo de 2016, la desaprobación de las cuentas de la concursada no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales, al igual que las causas y tramitación del trámite de separación del administrador conforman un instituto distinto que tampoco tiene por qué prejuzgar las resultas de la formulación de una acción de responsabilidad civil, pues podría concurrir causa de separación y ser apreciada y que no se produzca un daño efectivo a la masa activa concursal o al patrimonio privativo de los que ostentan legitimación activa.

3.4. Elementos para la concurrencia de responsabilidad de los administradores concursales y auxiliares delegados.

La regulación anterior y actual de la responsabilidad civil de los administradores concursales ha sido parca, por lo que resulta necesario traer a colación los criterios jurisprudenciales sentados para la responsabilidad por daños prevista para los administradores de sociedades mercantiles.

16 En adelante, LCS.

17 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil



La solidaridad del órgano colegiado o del administrador con los auxiliares delegados no se basa en un principio de responsabilidad colectiva, sino en una simple presunción de culpa colectiva que admite prueba en contrario, que ha de consistir en la acreditación del hecho de que el administrador o auxiliar que pretende exonerarse ha actuado de forma diligente e irreprochable (Sentencia Audiencia Provincial de Navarra de 26 de julio de 1996).

Por lo que respecta a los presupuestos para el ejercicio de la acción civil de responsabilidad, el administrador concursal será responsable cuando se produzcan daños a la masa concursal o causados directamente al patrimonio de los acreedores, la concursada y terceros, en virtud de una actuación culposa o negligente, debiendo existir un nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido¹⁸.

¹⁸ Véase LAURA ZUMAQUERO GIL, Revista InDret, "La responsabilidad civil de los administradores concursales": A favor de la exigencia de estos presupuestos, GUERRA MARTÍN (2004, pp. 31 y 32); VALPUESTA GASTAMINZA (2004, p. 331); ROCA GUILLAMÓN (2009, p. 100). Hace referencia a estos presupuestos la SAP Huelva, Secc. 2ª, 23.6.2010, que resuelve a favor de la inexistencia de responsabilidad de los administradores concursales al no observar la falta de diligen-

cia alegada por la apelante respecto al impago de los servicios del Letrado, así como por la no suspensión de los pagos a los acreedores. En el mismo sentido se ha pronunciado la SAP Jaén, Secc. 1ª, 29.10.2010 al referirse a la responsabilidad contenida en el art. 36 LC, como consecuencia del ejercicio de una "acción individual", al señalar la necesidad de que concurren los presupuestos indicados para que la misma prospere. En esta ocasión los administradores concursales quedaron libres de toda responsabilidad al no quedar acreditada ni la falta de diligencia ni la relación de causalidad existente entre el daño producido y la omisión alegada por la recurrente. La demandante en la instancia solicitaba el pago de una indemnización por daños morales como consecuencia del perjuicio sufrido por la falta de reclamación de determinados créditos por parte de los administradores concursales. Alegaba la demandante que el empeoramiento de su salud tuvo su origen en el desgaste sufrido como consecuencia de conocer la noticia de declaración de concurso, y el embargo de su vivienda a instancias de otra empresa distinta de las que eran deudoras de la concursada. La Audiencia Provincial consideró que no quedaba acreditada ni la falta de diligencia en el actuar de los administradores concursales, puesto que no existía documentación suficiente en la que fundar una reclamación judicial, ni tampoco el nexo causal entre el empeoramiento de la salud de la actora y las actuaciones de los administradores concursales, aún en el hipotético caso de que hubieran actuado de forma negligente.

Estos mismos presupuestos son exigidos por la jurisprudencia para depurar responsabilidades frente a la administración societaria por lesión directa de los intereses de terceros y socios, siendo a su vez configurada como una acción de responsabilidad extracontractual.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias nº 131/2016, de 3 de marzo; nº 396/2013, de 20 de junio; nº 395/2012, de 18 de junio; nº 312/2010, de 1 de junio y nº 667/2009, de 23 de octubre, entre otras, han establecido una serie de requisitos respecto de la responsabilidad por daños de los administradores societarios que también ha tenido su reflejo en la escasa Jurisprudencia concursal existente.

Los requisitos para que se aprecie la concurrencia de la responsabilidad del administrador concursal son los genéricos de la responsabilidad extracontractual¹⁹:

a) **Ilicitud de la conducta:** comprende actos u omisiones relacionados con el ejercicio de su cargo (responsabilidad orgánica) que supongan el incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus funciones, ya sea: por ser contrarios a la ley o porque se ejecuten sin la debida diligencia. Incumplimiento que abarcará también el incumplimiento defectuoso o parcial, ya sea por infracción de una prohibición o por falta de la autorización judicial preceptiva.

b) **Producción de un daño:** es el presupuesto inicial de cualquier acción de responsabilidad. La Jurisprudencia es unánime en considerar que la mera infracción de una norma o la mera irregularidad no pueden servir de base a la acción, si no se produce un daño; y ello, sin perjuicio de que dichas conductas puedan dar lugar a la separación del cargo. En función de si el daño se produce en la masa activa concursal o bien en el patrimonio de un concreto sujeto legitimado, habrá de ejercitarse la acción colectiva o la individual.

c) **Relación de causalidad:** La relación de causalidad entre el daño y el acto u omisión debe extraerse del caso concreto, considerando las circunstancias concurrentes.

d) **Culpa:** entendida como la conducta realizada sin la debida diligencia. En cuanto al grado de diligencia, el art. 80 TRLC tan solo establece que al administrador actuará con la debida diligencia, del modo más eficiente para el interés del concurso. Concepto jurídico indeterminado que debe integrarse en cada caso concreto.

En este sentido: la Sentencia de Juzgado de lo Mercantil de Barcelona nº 2 de 7 de febrero de 2012 señaló que “no toda interpretación errónea a de la ley debe ser sancionada con la *responsabilidad civil del administrador concursal, al igual que no cualquier error judicial determina la responsabilidad civil de jueces y magistrados [...] solo si el error es palmario y la decisión contraria a toda lógica jurídica podrá exigirse la responsabilidad*”; Y, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2013 entendió que ni la falta de ejercicio de la acción de reintegración ni la falta de reclamación de IVA soportado constituían una infracción de las normas de conducta impuestas por la ley al administrador concursal y, por tanto, no resultaban conductas merecedoras de la responsabilidad pretendida. Véase el apartado de Jurisprudencia menor relevante.

IV.- EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

El artículo 67 del TRLC exige que en el momento de la aceptación del cargo el administrador concursal acredite que tiene vigente, en los términos que se desarrollen reglamentariamente, un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función y manifestar si acepta o no el cargo.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introdujo en el sistema concursal español la exigencia de un seguro de responsabilidad civil o de una garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto. A estos efectos, se aprobó el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se exige una cobertura que tienen el deber de mantener durante toda la tramitación del proceso concursal y que es condición para poder aceptar el cargo y poder desempeñarlo a lo largo del curso del procedimiento. Al aceptar el nombramiento, todo administrador concursal deberá acreditar ante el Letrado de la Administración de Justicia que conozca del concurso la vigencia de un contrato de seguro o una garantía equivalente (art.1 Real Decreto 1333/2012).

A fin de que el asegurador pueda conocer el nacimiento del riesgo, se impone al Juzgado la notificación del nombramiento y de la aceptación del administrador concursal a la aseguradora o entidad (art. 4 RD 1333/2012) y, pa-

¹⁹ Son presupuestos de la responsabilidad concursal o colectiva la existencia de daños y perjuicios en la masa, la realización por parte de los administradores concursales de actos contrarios a la ley o negligentes y la relación de causalidad entre tales actos y el resultado lesivo (Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de julio de 2008).

ralelamente, a fin de que la cobertura esté vigente en todo momento, se imponen singulares deberes de información, tanto al administrador concursal como al asegurador de la responsabilidad civil, que habrá de comunicar al Juzgado determinadas modificaciones o vicisitudes de la relación contractual, como la falta de pago de la prima, habiendo de mantenerse la cobertura durante el período de un mes desde que realizó la comunicación.

La suma obligatoriamente asegurada se determina en función de la entidad del concreto concurso y, con carácter general, será de 300.00 euros (art. 8 RD 1333/2012)²⁰.

El legislador ha optado por no repercutir este importe del seguro en la masa del concurso, siendo los propios administradores concursales los que deberán abonarlo.

V.- CONCLUSIONES Y JURISPRUDENCIA RELEVANTE

Resulta valioso, antes de analizar en detalle las resoluciones judiciales sobre la responsabilidad civil de la AC, poner de manifiesto las siguientes conclusiones que pueden extraerse de las mismas:

²⁰ El artículo 8 del Real Decreto 1333/2012, establece que la suma mínima asegurada por los hechos generadores de responsabilidad del administrador concursal será de trescientos mil euros. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior:

a) La suma mínima asegurada será de ochocientos mil euros cuando, con la aceptación del cargo, el asegurado tenga la condición de administrador concursal en, al menos, tres concursos de acreedores de carácter ordinario.

b) La suma asegurada será de un millón quinientos mil euros cuando se trate de concurso de especial trascendencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

c) La suma asegurada será de tres millones de euros cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

1.º Cuando se trate del concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión.

2.º Cuando se trate del concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora. [...]

4. Cuando el administrador concursal sea una persona jurídica, la cuantía de la suma asegurada será de dos millones de euros.

No obstante, la suma asegurada será de cuatro millones de euros cuando la persona jurídica ejerza las funciones de administración concursal en alguno de los supuestos que se indican en la letra c) del apartado 2 de este artículo.

1ª. El número de procedimientos de responsabilidad civil frente a la AC en relación al número de concursos que se declaran en España, es muy bajo. Nótese, que apenas existen 42 sentencias que se pronuncien sobre la responsabilidad de la AC en sentido propio; Y, entre las mismas, todas aplican el antiguo artículo 36 de la ALC, que quedó derogado con efectos de 1 de septiembre de 2020, sin que existan a fecha sentencias que hayan aplicado el actual art. 94 TRLC y siguientes.

2ª. Apenas existen tres pronunciamientos del Tribunal Supremo, siendo el más relevante el contenido en la STS de 11 noviembre de 2013. El resto de pronunciamientos constituyen Jurisprudencia menor o resoluciones de instancia.

3ª. Existen muy pocas condenas a los administradores concursales, si bien suelen tratarse de cuantías relevantes y en casos muy flagrantes.

4ª. Han existido muchos procedimientos en torno a la actuación de la AC respecto a contratos de arrendamiento en vigor, al pago de las rentas y la adecuada entrega de la posesión planteados por la parte arrendadora.

5ª. La gran mayoría de las acciones se formulan por algún acreedor en ejercicio de la acción de responsabilidad individual y gran parte de las mismas se declararon prescritas por aplicación del plazo de prescripción de un año del régimen de responsabilidad extracontractual general, siendo ahora de cuatro años. Ampliación de plazo que pudiera augurar que prosperen un mayor número de demandas en las que se exija responsabilidad civil al AC.

Del rastreo jurisprudencial realizado se han encontrado cuatro Sentencias condenatorias:

SAP A Coruña de 21 abril de 2004; Sentencia Jdo. Mercantil Madrid núm. 6, de 30 diciembre de 2015; SAP Valencia de 19 junio de 2019 y SAP Cádiz de 17 julio de 2019. Esta última, además de ser la más reciente, condena al pago de una indemnización de elevadísima cuantía para un profesional (2.513.050,96 €).

6ª. Existen muchos acreedores que pretenden hacer valer sus pretensiones indemnizatorias en el trámite de oposición a la rendición de cuentas o con ocasión del procedimiento de separación del AC, siendo institutos completamente diferentes con tramitación propia y diferenciada.

7ª. La nueva normativa impone tiempos de tramitación imposibles a la AC en un entorno hostil, consecuencia de una administración de justicia apoltronada en la dilación indebida, lo que podrá conllevar un aumento significativo de los procedimientos de responsabilidad civil frente a los administradores concursales por falta de diligencia en el ejercicio de su función.

Las Sentencias analizadas son las siguientes²¹:

1.- SAP Madrid de 24 enero de 2020 (EDJ 2020/519563)

Acción de responsabilidad contra síndico de la quiebra: La AP rechaza la acción de responsabilidad que se ejercita contra el síndico de la quiebra. La acción ejercitada parte de una premisa errónea cual es la de considerar al síndico obligado frente a la quebrada cuando, en realidad, son los acreedores frente a quienes aquel está obligado (FJ 2).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

2.- STS (Civil) de 11 noviembre de 2013 (EDJ 2013/233977)

Inexistencia de responsabilidad del AC: El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante y confirma que no procede la acción de responsabilidad dirigida contra el administrador concursal. Las dos conductas que se imputan al administrador concursal, como causantes de los perjuicios, no serían propiamente contrarias a la ley, pues ni la falta de ejercicio de la acción de reintegración ni la falta de reclamación del IVA soportado constituyen una infracción de una norma de conducta impuesta por la ley, más allá de que pudieran no ajustarse a la diligencia debida. Aunque genéricamente podrían ejercitarse otras acciones de reintegración, no se aprecia que la omisión del administrador concursal haya constituido una negligencia merecedora de la responsabilidad pretendida (FJ 10-12).

Sentido del fallo: Desestimación

3.- SAP Lleida de 29 noviembre de 2019 (EDJ 2019/749203)

Inexistencia de responsabilidad del AC: Conclusión por insuficiencia de la masa activa. La AP determina que la acción individual de responsabilidad por daño ejercitada está prescrita. Ha transcurrido más de un año sin que conste que se haya producido interrupción alguna de la prescripción (FJ 2).

Sentido del fallo: Estimación. Favorable a la AC.

4.- SAP Cádiz de 17 julio de 2019 (EDJ 2019/757184)

Existencia de responsabilidad del AC: La AP distingue la acción colectiva que trata de reparar los daños y perjuicios causados por la administración concursal a la masa activa por actos u omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia de la acción individual, que permite al deudor, a los acreedores e incluso a terceros reclamar de la administración concursal los daños y perjuicios que, por acción u omisión, hubieran lesionado directamente sus intereses (FJ 2). En esta sentencia se consideró que la falta de pago de los créditos masa a su vencimiento con falta de presentación de informes trimestrales, la negligencia grave en el



²¹ Las referencias que se hacen constar se corresponden con la base de datos especializada de la editorial Francis Lefebvre.

control de la gestión durante la fase común del concurso y en la propia gestión del AC durante la fase de liquidación, fueron conductas causantes de una actuación dañosa para los intereses de la acreedora y condenó a un administrador concursal al pago de una indemnización de 2.513.050,96 €, correspondientes a créditos contra la masa dejados de abonar a un acreedor desde la declaración de concurso hasta el 31 de diciembre de 2013.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Estimación parcial. Condena AC 2.513.050,96 €

5.- SAP Valencia de 19 junio de 2019 (EDJ 2019/660111)

Existencia de responsabilidad del AC: La AP señala que el administrador concursal es responsable de los daños y perjuicios causados derivados de su negligencia, resultando acreditados los presupuestos de la responsabilidad extracontractual por culpa: conducta antijurídica, culpable, daños y nexo causal (FFJJ 3 y 4), condenando a BARBETA Y JOVER CONCUR-

SALES S.L. y a ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. a pagar solidariamente al demandante la cantidad de 38.733,52 euros. Un comportamiento diligente, que correspondía al administrador concursal, exigía premura en el cumplimiento de la sentencia. Mediante diligencia de 8 de julio de 2014 (f. 96) se requería de desalojo voluntario en 10 días, sin que conste que se cumpliera ni se diera razón al juzgado de ello, de porqué se demoró el desalojo hasta septiembre. No hay duda de que la sentencia de 22 de mayo de 2015, da por acreditados unos daños (documentados y objeto de dictamen pericial) que no pueden ser cuestionados aquí ni en su realidad ni en su importe: 27.640,19 euros. Al resarcimiento de tales daños se condenó a la mercantil concursada. De la inapropiada forma de la retirada de elementos del local no puede abstraerse la administración concursal, que sustituía por la apertura de la liquidación desde hacía meses a la dirección de la sociedad y, por tanto, responsable de lo actuado por el gerente encargado del negocio que parece ser que fue, según declaró el sr. Casiano, el directamente encargado del desalojo.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Estimación parcial.

6.- SAP Alicante de 24 enero de 2019 (EDJ 2019/534284)

Inexistencia de responsabilidad del Administrador concursal: Postergación en el pago del crédito. Acción de responsabilidad por daños. Interrupción de la prescripción. La AP señala que, para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que tal voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, dado que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (FJ 3).

Sentido del fallo: Desestimación a favor AC.

7.- STS (Civil) de 28 mayo de 2012 (EDJ 2012/153753)

Inexistencia de responsabilidad del AC: El TS desestima los rec. de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por el comisario y depositario de la



quiebra contra la sentencia de la AP que les condenó solidariamente a abonar a la masa de la quiebra la cantidad reclamada por la sindicatura. La empresa concursada tenía frente a la Hacienda Pública un saldo a su favor en concepto de IVA y ambos gestores fueron cesados sin haber cursado el requerimiento y a raíz de la falta de reclamación a tiempo, la Agencia Tributaria comunicó a la sindicatura el rechazo de la devolución del impuesto. El Juzgado estimó que la responsabilidad de ambos era naturaleza extracontractual sometida al plazo de prescripción de un año y desestimó la demanda. La AP revocó el fallo porque consideró la responsabilidad derivada del incumplimiento de funciones, con prescripción en quince años y argumentó la negligencia de la actuación de ambos. El TS desestima el recurso porque el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad derivada del daño extracontractual no es, como pretendieron los recurrentes, la fecha de su cese, sino, como indica el art. 1968 CC aquel en «que lo supo el agraviado», es decir, cuando la Administra-

ción Tributaria comunicó a la sindicatura el rechazo de la devolución del impuesto por no haberse solicitado a tiempo.

Sentido del fallo: Desestimación

8.- SAP Santa Cruz de Tenerife de 19 diciembre de 2018 (EDJ 2018/734110)

Inexistencia de responsabilidad del AC: Acción individual de un ejecutado provisionalmente. La AP señala que no consta la producción del daño por el que se reclama, siendo así que, de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba y para que prosperara su reclamación, le correspondía al reclamante acreditar la conducta perjudicial y el efectivo perjuicio a causa de la misma por parte de los reclamados (FJ 7). La conducta no acreditada es que concurriera la obligación por la concursada de devolver al ejecutado la cantidad que, en su caso, hubiere percibido provisionalmente si tal resolución es revocada.

Sentido del fallo: Desestimación



9.- SAP Barcelona de 12 diciembre de 2018 (EDJ 2018/659237)

Inexistencia de responsabilidad del AC: Ejercicio de la acción individual de responsabilidad por daños. Comodato. Incumplimiento de contrato por la concursada. La AP entiende que la concursada ha incumplido el contrato de comodato al no restituir la maquinaria entregada. La concursada debe responder de los daños y perjuicios causados. El perjuicio se corresponde con el valor de la maquinaria y, a falta de otros elementos de prueba, con el valor que recoge el informe del perito (FJ 6). Sin embargo, absuelve a la AC de toda responsabilidad civil, frente a la alegación de que no ejerció el cargo con la diligencia debida, al no haber procedido a la devolución de los bienes propiedad de la actora, cuando tenía conocimiento de su existencia.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Estimación parcial. Absolución AC del pago de 712.140 euros.

10.- SAP Soria de 12 febrero de 2018 (EDJ 2018/36843)

Inexistencia de responsabilidad de la AC: Inadecuado cauce para solicitar RC de la AC. Incidente concursal. Dación en pago. La AP determina que no puede entrar a valorar si ha existido o no responsabilidad de la administración concursal o si ha existido o no daños o perjuicios o su cuantía. Esta cuestión será resuelta en el procedimiento declarativo correspondiente (FJ 1).

Demandante/recurrente: Deudor de la obligación

Sentido del fallo: Estimación. Favorable AC.

11.- SAP Valencia de 18 enero de 2017 (EDJ 2017/60999)

Inexistencia de responsabilidad del AC: Prescripción. La AP determina que cuando el acreedor de una concursada reclama una responsabilidad por los daños individualizados en él, no está entablando una acción concursal, sino, al amparo de la teoría general de las obligaciones. Entre la administración concursal y los acreedores no existe vínculo contractual, sino que existe una responsabilidad extracontractual. Este tipo de daños, tie-

ne una norma específica que regula el plazo de prescripción de un año a computar desde que quien reclama el daño tuviera conocimiento de él (FJ 4 y 5).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

12.- SAP Vizcaya de 30 junio de 2017 (EDJ 2017/184625)

Inexistencia de responsabilidad del AC: Derecho concursal. Responsabilidad del administrador concursal. Explica la AP que la acción individual de responsabilidad del administrador concursal supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario. Debe identificarse bien la conducta del administrador a la que se imputa el daño ocasionado al acreedor, y que este daño sea directo. En el caso la acción de responsabilidad individual carece del más mínimo criterio delimitador concreto de los actos que dice afirmar y en los que se basa la responsabilidad individual del administrador concursal (FJ 2 y 4).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

13.- SAP Cuenca de 20 diciembre de 2016 (EDJ 2016/246187)

Inexistencia de responsabilidad extracontractual: La AP declara que no existe falta de diligencia de la administradora concursal cuando su forma de actuar está supervisada y autorizada en el marco del proceso concursal, no permitiendo la tesorería adoptar medidas de control y vigilancia sobre la nave arrendada (FJ 2). Se alegaba por el recurrente el incumplimiento del deber contractual de diligencia en el buen cuidado y conservación de la nave por ella alquilada e incendiada, y por la no contratación de un seguro que cubriera de eventuales daños al inmueble arrendado de conformidad con lo establecido contractualmente, sin ni siquiera advertir a la propiedad la inexistencia de seguro.

Demandante/recurrente: Deudor de la obligación

Sentido del fallo: Desestimación

14.- SAP Almería de 31 mayo de 2016 (EDJ 2016/288465)

Inexistencia de responsabilidad del administrador concursal: Confirma la AP que la desaprobación de las cuentas de la concursada no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales (FJ 2).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

15.- SAP Segovia de 22 diciembre de 2015 (EDJ 2015/287654)

Inexistencia de responsabilidad frente a los Administradores Concursales: La AP entiende que no existe responsabilidad frente a los Administradores Concursales si el acreedor no acredita la acción u omisión negligente en la que estos han incurrido (FJ 5 y 6).

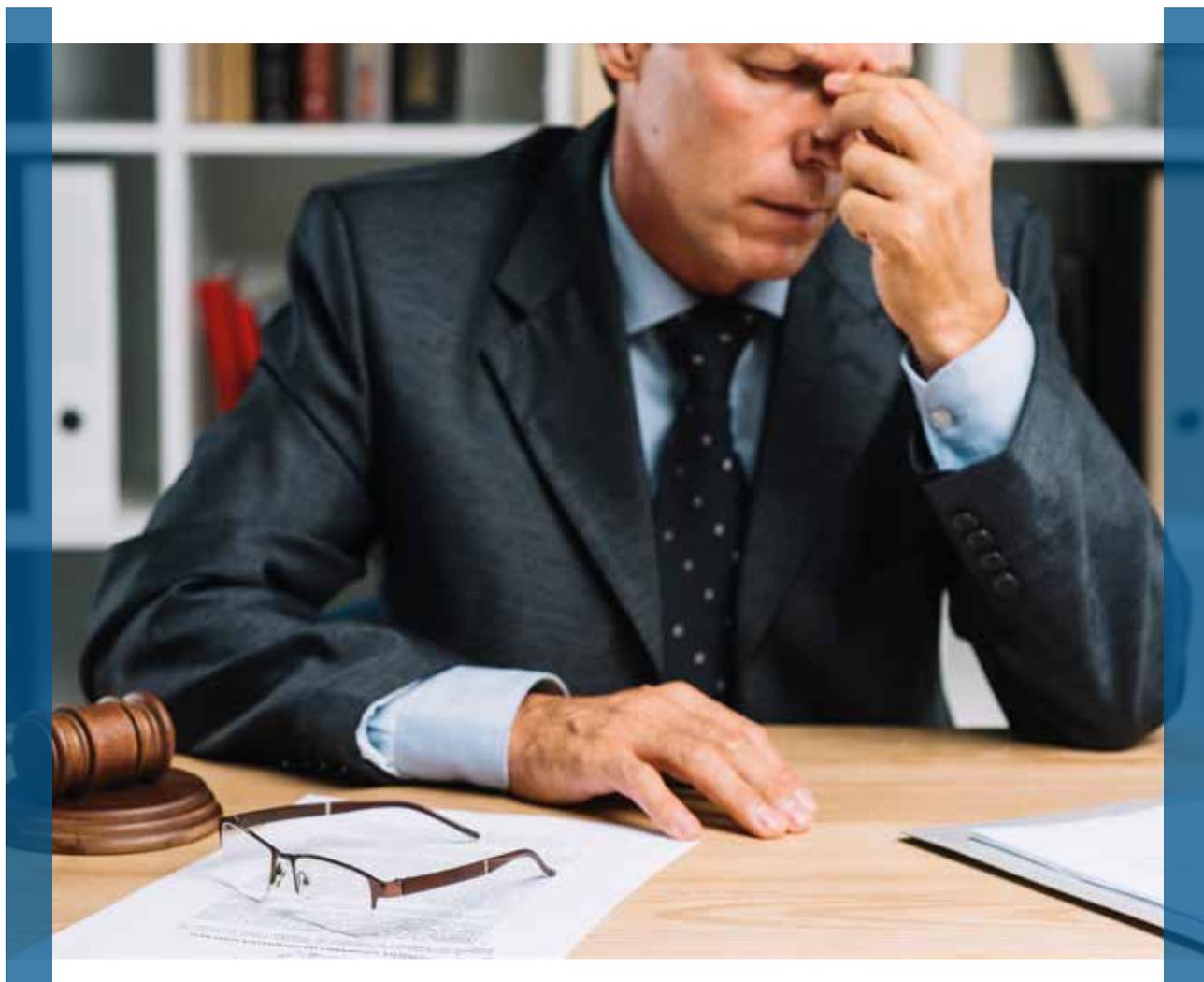
Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

16.- SAP Granada de 23 enero de 2015 (EDJ 2015/41618)

Inexistencia de responsabilidad de la administración concursal: requisitos. La AP desestima la apelación del actor y rechaza la reclamación indemnizatoria. La Sala descarta la existencia de conducta negligente por parte de la administración concursal por no haber gravado o dejado afecta al pago al demandante la cantidad consignada por aquel como parte del precio de compraventa y puesta a disposición de la masa activa. Ningún privilegio especial corresponde al actor, debiendo respetar el orden de pagos previsto en la normativa del concurso (FJ 2).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho



Sentido del fallo: Desestimación

17.- SAP Madrid de 25 noviembre de 2014 (EDJ 2014/236659)

Inexistencia de responsabilidad del AC: Legitimación pasiva. La AP desestima el recurso de apelación formulado por la comisionista al apreciar la falta de legitimación de la administradora concursal. Determina que la acción culpable en que funda la apelante la responsabilidad de la apelada, es realizada dentro de las facultades propias y genuinas de su cargo de administradora concursal, y, por ende, no es ella la responsable directa frente a la apelante (FJ 3).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

18.- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Cuenca núm 2, de 13 junio de 2016 (EDJ 2016/174258)

Inexistencia de responsabilidad del AC: Arrendamiento de local. La parte actora solicita se condene a la demandada concursada en liquidación a indemnizar a la actora los daños y perjuicios sufridos por los desperfectos acaecidos en la nave de su propiedad que fue arrendada a la mercantil concursada por incumplimiento de su obligación de conservación de la nave y de su obligación de concertar un seguro para cubrir los posibles daños del inmueble arrendado. Se solicita igualmente se condene solidariamente a tal indemnización por los referidos daños y perjuicios a la Administradora Concursal y la Cías. Aseguradoras. Fácilmente se advierte que de la conducta que en la demanda se reprocha a la Administradora Concursal no ha generado detrimento alguno a la masa activa del concurso (ello ni se alega en la demanda ni consta prueba alguna al respecto), puesto que los daños que se describen en la demanda se refieren a la nave industrial que no es propiedad de la concursada, y por tanto no integrada en la masa activa, lo que nos llevaría a concluir sin más que tal acción deba ser rechazada por falta de uno de los requisitos legales exigidos para la estimación de la acción de responsabilidad instada frente a la Administradora Concursal. Pues bien, si atendemos a la narración de parte de hechos de la demanda y el suplico de la misma, superando el defecto en la narración jurídica que se contiene en el escrito rector de autos, y haciendo

uso de los aforismos clásicos "iura novit curia y da mihi factum dato tibi ius", podemos entender que lo que en realidad pretendía instar la parte actora es la acción de responsabilidad individual, no concurriendo tampoco.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Estimación parcial. Favorable a la AC.

19.- STS (Civil) de 21 marzo de 2005 (EDJ 2005/46965)

Inexistencia de responsabilidad del AC: Se presenta recurso de casación contra la sentencia que apreció la prescripción de la acción ejercitada contra quienes habían sido interventores en el expediente de suspensión de pagos del demandante, en reclamación de una indemnización por los daños causados. Desestima el recurso y confirma la Sala que en el caso de autos debe aplicarse el plazo de prescripción referido en el art. 1968,2 CC, señala que no es aplicable el invocado art. 1969 CC porque el citado artículo aplicado da un tratamiento particular a la posibilidad de ejercicio en relación con la regla "actio nata" que proclama este último precepto.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

20.- SAP Salamanca de 6 junio de 2013 (EDJ 2013/129123)

Inexistencia de responsabilidad al administrador concursal: Aprobación de cuentas. La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la sociedad acreedora demandante y confirma la absolución del administrador concursal demandado. Por mucho que el administrador hubiera puesto de manifiesto al finalizar el procedimiento concursal la realidad y existencia del crédito contra la masa de la demandante la situación sería idéntica pues solo podrá cobrar su crédito en cuanto la concursada tenga bienes o recursos para hacerle pago (FJ 6).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

21.- SAP Barcelona de 15 mayo de 2013 (EDJ 2013/211865)

Inexistencia de responsabilidad de los administradores concursales: Liquidación. La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por los acreedores concluyendo que no existe responsabilidad de los administradores concursales por la liquidación por ellos practicada. No cabe apreciar que la decisión de extinguir la empresa estuviera desprovista de justificación jurídica y económica y que constituya una actuación negligente o contraria a la diligencia exigible, por ello, no es apreciable en este supuesto un daño a la masa ni una actuación contraria a la ley o negligente por parte de los administradores concursales (FJ 8).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

22.- SAP Valencia de 17 enero de 2018 (EDJ 2018/58608)

Inexistencia de responsabilidad AC: Ejercicio de la acción colectiva de responsabilidad. grave comportamiento negligente del administrador concursal y su responsabilidad en el deterioro y pérdida de maquinaria". El daño producido por la actuación negligente y antijurídica del demandado en su caso se concreta en 215.080,63 euros. En su informe a la autorización a la venta de la maquinaria, al inicio del concurso, el AC ya manifestó que estaba obsoleta y se estaba deteriorando, poniendo estos hechos en conocimiento de las partes. No concurre responsabilidad de la AC.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

23.- SAP Ávila de 9 julio de 2012 (EDJ 2012/170997)

Inexistencia de responsabilidad AC: Resuelve la Sala desestimar el recurso de apelación interpuesto por los acreedores contra la sentencia que desestimaba la acción de responsabilidad contra la administración concursal. La resolución descarta que la administración concursal haya impedido continuase tal actividad agraria o causado daños alegada por los acreedores. Entiende la Sala que circunstancias como falta de siembra en dos años agrícolas o de petición de ayudas para determinado período, no comportan necesariamente un daño, y toma como base el informe pericial emitido por el perito, para concluir que no existe daño directo

en cuanto a la continuidad de las actividades agrarias, ni a propósito de ayudas agrarias.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

24.- SAP Soria de 8 septiembre de 2017 (EDJ 2017/199141)

Nulidad de actuaciones por conocer de la responsabilidad de la AC en el incidente de rendición de cuentas: Procedimiento imperativo. La sentencia condena a la AC al pago a la actora Caja Rural Soria la cantidad de 359.508,20 euros, sin que se haya declarado previamente la responsabilidad de la Acción Concursal y sin que se haya seguido el trámite procesal imperativo según lo prevenido en el artículo 36.3 del la Ley Concursal (EDL 2003/29207), por lo que se le ha producido a la recurrente una clara indefensión y vulneración de la tutela judicial efectiva ya que se ha privado de las garantías procesales de defensa que permite realizar un procedimiento declarativo ordinario.

Demandante/recurrente: Deudor de la obligación

Sentido del fallo: Estimación. Favorable a la AC.

25.- SAP Tarragona de 16 marzo de 2017 (EDJ 2017/80994)

Inexistencia de responsabilidad AC: No procede la acción de responsabilidad frente a la AC. Falta de diligencia del propio actor. No consta en autos que D. David utilizase la vía procedimental adecuada para conseguir la devolución de los efectos de su propiedad, incidente que de haberse cursado hubiese impedido la finalización del procedimiento concursal hasta la resolución del mismo. Esta falta de diligencia no puede justificar utilizar la vía de reclamación contra los administradores concursales, pues desde el momento en que éstos comunicaron la afección de los bienes al activo siendo imposible su devolución, el actor estaba legitimado para interponer el incidente de separación de la masa activa de los bienes de su propiedad, para cuya resolución debería haberse seguido los trámites del juicio verbal (art. 194.4 de la Ley Concursal (EDL 2003/29207)), y así lo expone el art. 80 del Ley Concursal (EDL 2003/29207).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación.

26.- SAP Alicante de 15 septiembre de 2011 (EDJ 2011/231045)

Inexistencia de responsabilidad AC: La Audiencia acuerda desestimar el rec. de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda interesando que se condenara al administrador concursal demandado a abonar a los actores la cantidad reclamada por la mala gestión patrimonial de aquél. Los actores apelantes insisten en su recurso en sus pretensiones iniciales, señalando la Sala que la actuación imputada al administrador concursal, productora del daño, consistió, según la muy confusa demanda, en que autorizó verbalmente a la sociedad concursada a ejercer una actividad distinta de la que constituía su objeto social, y, por ello, aquélla comenzó a hacerlo, poniendo en marcha una actividad de venta de productos de alimentación. Por tanto, cuando el administrador, en contra de dicha autorización, comunicó al juez del concurso que en el local de la sociedad, en lugar de ejercerse una actividad inmobiliaria se ejercía una actividad de alimentación, no autorizada ni consentida por la administración concursal, dentro del marco de una economía sumergida, dicho administrador actuó negligentemente, produciendo un daño, pues finalmente el juzgado de lo mercantil dictó auto acordando el cierre de los establecimientos de la concursada y el cese total de su actividad empresarial, con lo que se produjo una pérdida de ventas, cuyo importe se reclama en el presente procedimiento. Añade el Tribunal que no existe prueba suficiente de la autorización verbal que se dice que el administrador dio para el ejercicio de una actividad distinta a la que constituía el objeto de la sociedad hasta la declaración de concurso, por cuanto dicha prueba se antojaría absolutamente imprescindible para que la acción pudiera prosperar. La autorización verbal para una cuestión de tanta trascendencia como pudiera ser el cambio o modificación de la actividad empresarial de la sociedad concursada sería tan anómala que, precisamente por extravagante, precisaría de una cumplida prueba. En definitiva, ninguno de los argumentos vertidos en el escrito de interposición del recurso tiene entidad para que este Tribunal modifique el criterio y resolución adoptados por el juzgador de instancia, razón por la que se desestima el recurso interpuesto.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

27.- SAP Madrid de 17 febrero de 2017 (EDJ 2017/40422)

Inexistencia de responsabilidad AC: Demanda defectuosa. En la demanda no se solicita la condena de la administradora demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor de la masa activa y/o de cada uno de los demandantes sino que lo que se pretende es una genérica declaración de responsabilidad de la administradora concursal por daños a la masa y por los directamente sufridos por los demandantes para, a continuación, solicitar la separación de la administradora con nombramiento de nuevo administrador concursal y que se declare la pérdida de los créditos que la demandada tuviera reconocidos a su favor en el momento de declararse dicha responsabilidad. Al margen de que, a la vista de las alegaciones y del suplico del escrito de interposición del recurso de apelación, las pretensiones de cese y declaración de la pérdida de los créditos que pudiera tener la demandada no ha sido mantenida en el recurso de apelación, conviene apuntar que el éxito de la acción de responsabilidad no determina directa y automáticamente el cese del administrador concursal, sin perjuicio de que, una vez apreciada la responsabilidad, ésta pudiera integrar justa causa para el cese del administrador, bien de oficio bien a instancia de cualquiera de los legitimados para solicitarlo, conforme a los trámites y recursos establecidos en los artículos 37 y 39 de la Ley Concursal. Tampoco se configura como causa de pérdida de la retribución (artículos 74.4, 117.1 y 153.3 de la Ley Concursal).

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

28.- Jdo. Mercantil Murcia núm 1, de 9 diciembre de 2014 (EDJ 2014/302114)

Inexistencia de responsabilidad colectiva AC: El actor, administrador de la sociedad en concurso ARMECON ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.L., ejercita la acción de responsabilidad de los administradores concursales sin concretar la acción. Alega que con fecha 18 de septiembre de 2007 se celebró la Junta de Acreedores que considera fraudulenta afirmando que el pasivo ordinario no se correspondía con el real, pues varias deudas fueron abonadas mucho antes de su celebración por una tercera empresa, GLOCOHER S.L., lo que motivó que no se alcanzara en la Junta el quórum necesario para su válida constitución, debido a la falta de

la debida diligencia de los administradores concursales, pues de no haberse tenido en cuenta los créditos extinguidos por pago (por importe de 2.833.583,88 Euros) para el cómputo de las mayoría necesaria para la constitución de la Junta el convenio hubiese sido aprobado. Reclama por ello una indemnización de 4.008.821,51 euros, que es la diferencia entre lo que mantiene que es el pasivo real y el activo real, importe en el que cifra los daños causados a la masa. Frente a dichas pretensiones se opusieron los administradores concursales argumentando, en esencia, que carecían de facultades para modificar la lista de acreedores si no es impugnada, y mucho menos después de ser definitiva. La juzgadora considera no concurriría responsabilidad civil colectiva, pues a fecha de celebración de la Junta en cuestión no era factible la modificación de los textos definitivos, -posibilidad introducida en la Ley Concursal por la reforma de 2011-, sino que la jurisprudencia mantenía que había que estar al pasivo recogido en dichos textos por aplicación de lo que se denominaba la doctrina de la "foto fija" de la posición crediticia del deudor concursado (AAP Madrid 26/09/2008 y SAP Alicante 18/10/2007). El legislador de 2011 renunció a dicha foto fija, permitiendo la modificación de los textos definitivos en los supuestos de los apartados 3º y 4º del artículo 97 de la LC, pero actualmente sigue faltando una previsión legal respecto a la forma de proceder cuando la lista de asistentes y los créditos que titulan según los textos definitivos no se corresponde con la realidad al tiempo de la junta. Esa falta de previsión legal hace que ni siquiera con la legislación vigente pudiera entenderse que la administración concursal hubiese vulnerado ningún precepto.

Demandante/recurrente: Deudor de la obligación

Sentido del fallo: Desestimación.

29.- SAP Murcia de 10 noviembre de 2016 (EDJ 2016/291408)

Inexistencia de responsabilidad AC: Ejercita la acción de responsabilidad de los administradores concursales de DG ASFALTOS SA y en la que se reclaman unos daños y perjuicios causados a la actora derivados del incumplimiento del contrato de arrendamiento de industria. El que el contrato de marzo de 2009 denominado de "subcontratista" fuera confirmado por los administradores concursales, y después sustituido desde noviembre de 2009 por una serie de contratos individualizados por cada obra, no guarda relación causal con los daños reclama-

dos, por lo que huelga analizar si esa decisión fue ajustada al estándar de diligencia exigible. Y, además, concurre ausencia de prueba de los daños y perjuicios reclamados en la demanda como derivados del incumplimiento del contrato.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

30.- SAP Valladolid de 18 diciembre de 2015 (EDJ 2015/265021)

Inexistencia de responsabilidad AC: La entidad mercantil "PESCADOS ALBA, S.L." interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en los autos del procedimiento de Juicio Ordinario sobre ejercicio de una acción de responsabilidad contra la administradora concursal por actuación negligente y lesión directa a los intereses del deudor concursado que se ha seguido con el número 550/2014 ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Valladolid, en la que finalmente se ha desestimado la demanda por dicha mercantil formulada, absolviendo a la administradora concursal demandada, Sra. Andrea, de las pretensiones de condena contra ella ejercitadas por actuación diligente. La Sala confirma la Sentencia de instancia.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

31.- SAP Pontevedra de 27 noviembre de 2015 (EDJ 2015/237013)

Inexistencia de responsabilidad AC: En el presente procedimiento se ejercita por la entidad "Palés y Sistemas de Embajale Alba, S.L." una acción de responsabilidad al amparo del art. 36.2 de la Ley Concursal (EDL 2003/29207), contra la Administradora concursal de la sociedad concursada. La mencionada acción se fundamenta en que, primero, la actora era titular de dos créditos frente a NUGAPE, en virtud de sentencia pronunciada en fecha 29 de julio de 2011 en el procedimiento ordinario núm. 427/2010 y de falta de formalización de la oportuna demanda de oposición ante el requerimiento de pago de fecha 12 de julio de 2010 en el juicio cambiario núm. 427/2010, ambos seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Villagarcía de Arosa, por importes de 26.352,02 euros y 20.080,94 euros, respecti-

vamente, y, segundo, la propia Administración concursal incluyó ambos procedimientos en el informe provisional presentado en fecha 15 de diciembre de 2010. Sin embargo, pese a tener pleno conocimiento de la existencia de tales procedimientos y de las resoluciones judiciales que reconocían los créditos, la Administración concursal no los recogió en la lista de acreedores del informe definitivo, con el consiguiente daño para la entidad demandante y que se cuantifica en el importe de ambos créditos " toda vez que el concurso finalizó mediante convenio con los acreedores, en el que se estipuló un plan de pagos " que, lógicamente, no incluyó a la actora. La Administradora concursal asume la falta de reconocimiento de los créditos en los textos definitivos, pero falta que atribuye a la pasividad del acreedor, que no comunicó el crédito, ni formuló alegaciones ni, en definitiva, impugnó la lista de acreedores, además de considerar que, en todo caso, la omisión no determina la responsabilidad prevista en el art. 53 LC. (EDL 2003/29207).La Sala confirma la

desestimación de la demanda, pues el art. 134.1 LC (EDL 2003/29207) somete al convenio todos los créditos anteriores a la declaración del concurso, incluidos los no reconocidos, por lo que no cabe hablar de perjuicio alguno.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

32.- SAP Valencia de 8 julio de 2015 (EDJ 2015/208253)

Inexistencia de responsabilidad AC: Ejercicio de acción de cobro de lo indebido por la AC. Frente a tal reclamación se opusieron los demandados invocando con carácter previo la cosa juzgada, prescripción de la acción; falta de acción y ser la cantidad entregada de la sociedad en concurso y la causa de su entrega el pago a cuenta de sus honorarios como administradores concursales. La sentencia del Juzgado



de lo Mercantil reproduce el rechazo de la cosa juzgada acordada en la audiencia previa, desestima la prescripción de la acción y la falta de acción y desestima la pretensión actora. Se interpone recurso de apelación por el demandante alegando el error de valoración de prueba al concurrir los requisitos para apreciar el pago de lo indebido, razón por la que interesa la revocación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil por otra que estime la demanda. La Sala llega a la misma conclusión fáctica y valorativa que el Juzgado de lo Mercantil y comparte todos sus razonamientos

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

33.- Jdo. Mercantil Barcelona núm 2, de 7 febrero de 2012 (EDJ 2012/7636)

Inexistencia de responsabilidad AC: La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, tanto de la demanda principal como de la demanda acumulada que versaba sobre la responsabilidad de la administración concursal. En el presente caso, una empresa en concurso, que pierde a su principal proveedor, que no cuenta con financiación, que ve rechazada la propuesta de convenio y que se ve abocada a la liquidación, no puede tenerse por probado que existiera una alternativa viable al cese definitivo de la actividad. Y a falta de una alternativa cierta de continuidad del negocio, la rápida apertura de un expediente de extinción colectiva de los contratos de trabajo, en el que se conviene la indemnización mínima de 20 días por año trabajado, no dejaba de ser la opción menos gravosa para la masa activa. En definitiva, la actuación de la administración concursal ni fue contraria a la Ley, ni se llevó a cabo con infracción del deber de diligencia.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

34.- SAP Santa Cruz de Tenerife de 4 abril de 2008 (EDJ 2008/95720)

Inexistencia de responsabilidad AC: Confirma la AP la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que había desestimado la demanda de responsabilidad contra los administradores del concurso. La Sala resuelve que no procede la alegación de denegación de prueba en la pri-

mera instancia pues se ha vuelto a reproducir la solicitud en la alzada, la falta de notificación de la resolución por la solicitud de nulidad de actuaciones tampoco ha supuesto infracción de garantías procesales pues de insistirse en ella debió ser reproducida en el recurso y carecía de base sólida, ya que el hecho de que en la audiencia previa la juez "a quo" solicitase de la demandante una explicación sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas no suponía vulneración de ninguna norma legal; en cuanto al fondo del asunto, no ha habido incongruencia en la sentencia recurrida ya que carecía de legitimación la empresa concursada para ejercitar la acción de responsabilidad por lesión a los intereses de acreedores y terceros y no se ha obviado el análisis de ningún supuesto susceptible de hacer surgir la responsabilidad reclamada, respecto del carácter de la responsabilidad de los administradores del concurso, no es objetiva sino que debe haber una conducta subjetivamente reprochable y referida a hechos posteriores a sus tomas de posesión, hechos no acreditados.

Sentido del fallo: Desestimación

35.- SAP Córdoba de 7 julio de 2008 (EDJ 2008/306029)

La AP desestima el recurso de apelación interpuestos por los acreedores demandantes contra los administradores de la sociedad concursada y se confirma la sentencia de instancia que declara no probada la actuación dolosa o negligente de los mismos, siendo este un requisito necesario para que prospere la acción de responsabilidad ejercitada.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

36.- Jdo. Mercantil Santander núm 1, de 22 junio de 2011 (EDJ 2011/245860)

Inexistencia de responsabilidad AC: Los actores, trabajadores de la empresa, interesan que se condene a la concursada y a los administradores concursales a abonarles los salarios que señalan en su escrito, ejercitando una acción de reconocimiento de créditos concursales. La sentencia desestima la petición y confirma el criterio de la resolución concursal que indica que el trámite procesal empleado es improcedente y que tendrán que acudir al juicio declarativo que corresponda, que además no alega la existencia de un perjuicio para la masa

del que hacer responsable a la administración concursal.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

37.- Jdo. Mercantil Barcelona núm 4, de 17 diciembre de 2012 (EDJ 2012/359109)

Inexistencia de responsabilidad AC: Conflicto de jurisdicción. El Juzgado acuerda librar de oficio inhibición a la AEAT para que anule o deje sin efecto las resoluciones de incoación del procedimiento para determinar la posible condición de responsables civiles subsidiarios de los administradores concursales. Se establece que si la AEAT considera que se ha derivado un daño como consecuencia de la actuación de la administración concursal, ha de presentar una demanda contra ellos ante el juzgado, como ocurre con los demás acreedores concursales. Este requerimiento obliga a la Agencia Tributaria a suspender la tramitación de su procedimiento de forma inmediata hasta la resolución del conflicto (FJ 9 y 19).

38.- Jdo. Mercantil Donostia/San Sebastián núm. 1, de 25 noviembre de 2016 (EDJ 2016/249152)

Inexistencia de responsabilidad AC: Se presentó por el Letrado habilitado de la Abogacía del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, demanda de Juicio Ordinario contra el administrador concursal por el daño o perjuicio causado a la masa del concurso por la actuación negligente del adm. concursal y en reclamación de la suma de 22.518,20 euros que se pedían como indemnización a la masa del concurso. En el caso presente, hemos de coincidir en que la masa no sufre ningún detrimento, dado que el resultado dañoso se produce cuando ya no hay concurso, ni por tanto, el efectivo no pagado al FOGASA pueda considerarse ya como masa; antes de la conclusión, la masa activa sigue inalterada no obstante la dilación en el pago por parte del administrador; es decir, cuando el concurso se concluye, la masa seguía igual, seguían habiendo 22.518,20 euros en la cuenta de la concursada; por ello, efectivamente, el perjuicio no lo sufre la masa, sino el FOGASA, que no ha cobrado ese efectivo que ya el administrador concursal le había asignado si bien sin efectuar el acto transmisivo en sí, que no era otro que el pago; el simple hecho de que un pago de esa suma era posible después de la conclusión hace que el perjuicio no pueda imputarse a la masa,

sino al acreedor que no cobró lo que el administrador concursal ya había reservado para él. Es más, la actuación negligente que se imputa al administrador es, por sí, incapaz de suponer perjuicio para la masa, dado que consiste en no pagar, es decir, no supone ninguna disminución del efectivo existente en aquella.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

39.- Jdo. Mercantil Madrid núm. 6, de 30 diciembre de 2015 (EDJ 2015/273281)

Existencia de responsabilidad AC: El administrador concursal realizó una clara y patente dejación de sus funciones legales al no proceder a la resolución convencional del contrato de arrendamiento de nave industrial que unía al demandante con la concursada. Se condena al administrador concursal cesado y demandado a abonar a la actora el importe de las rentas arrendaticias devengadas entre mayo de 2011 y noviembre de 2012 por la nave industrial titularidad del demandante y en posesión de la demandada, que se determinará en ejecución de sentencia por el cauce del art. 575 L.E.Civil (EDL 2000/77463), bien por el cauce del art. 712 y ss L.E.Civil (EDL 2000/77463); debiendo incrementarse dicha cantidad en el interés legal desde la interposición judicial, sin perjuicio de los intereses ejecutorios del art. 576 L.E.Civil (EDL 2000/77463); y sin hacer imposición de las costas.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Estimación parcial

40.- SJdo. Mercantil Málaga núm 1, de 15 febrero de 2008 (EDJ 2008/121898)

Inexistencia de responsabilidad AC: El juez de lo mercantil desestima la demanda dirigida contra los administradores de la sociedad deudora a quienes se les imputa el impago, ya que no se ha acreditado la deuda alegada pues los pagos realizados se han fijado de forma inconcreta por la actora, sin que se acredite tampoco el daño ni la relación de causalidad que se alega entre la actuación de los administradores y dicho perjuicio.

Demandante/recurrente: Acreedor del derecho

Sentido del fallo: Desestimación

41.- SAP A Coruña de 21 abril de 2004 (EDJ 2004/286051)

Existencia de responsabilidad del AC: Revoca en parte la Audiencia la sentencia de instancia que condena a la sociedad codemandada y absuelve al administrador, en ejercicio de acción de reclamación de precio impagado de suministros a la que se acumuló otra frente al administrador por no haber liquidado ni disuelto la sociedad deudora. Se alza la actora. Responde la Sala que no ha prescrito la acción contra el demandado absuelto ya que debe aplicarse el plazo establecido en el código de comercio y no el del código civil. Además, el administrador ha causado daños al actor, pues como reconoció, la actora no habría cobrado nada al haber acreedores preferentes por lo que reconoce que no podía hacer frente a sus deudas, no pudiendo admitirse que el deudor elija quiénes van a ser los acreedores preferentes y quiénes no. Por ello el juzgador «ad quem» estima la demanda en su totalidad. Se condena a abonar solidariamente a la actora la cantidad de 13.462,63 euros, más los intereses legales devengados desde la interpelación judicial, y al pago de las costas causadas en la instancia.

Sentido del fallo: Estimación

VI. BIBLIOGRAFÍA

GUÍA RÁPIDA de la Reforma Concursal Ley 16/2022, FRANCIS LEFEBVRE.

MEMENTO CONCURSAL 2023, FRANCIS LEFEBVRE.

PEDRO JOSÉ VELA TORRES. MAGISTRADO Y RAFAEL SARAZÁ JIMENA, Magistrados es-

pecialistas en lo Mercantil, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 641/2004 parte Comentario. “La administración concursal en las distintas fases del procedimiento de concurso”.

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA, Grandes Tratados. Comentario al art. 36 de la Ley Concursal.

LAURA ZUMAQUERO GIL (2013), Revista In-Dret, “La responsabilidad civil de los administradores concursales”.

ALFONSO MUÑOZ PAREDES, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 9695, 2020. “El estatuto pendular de la administración concursal”.

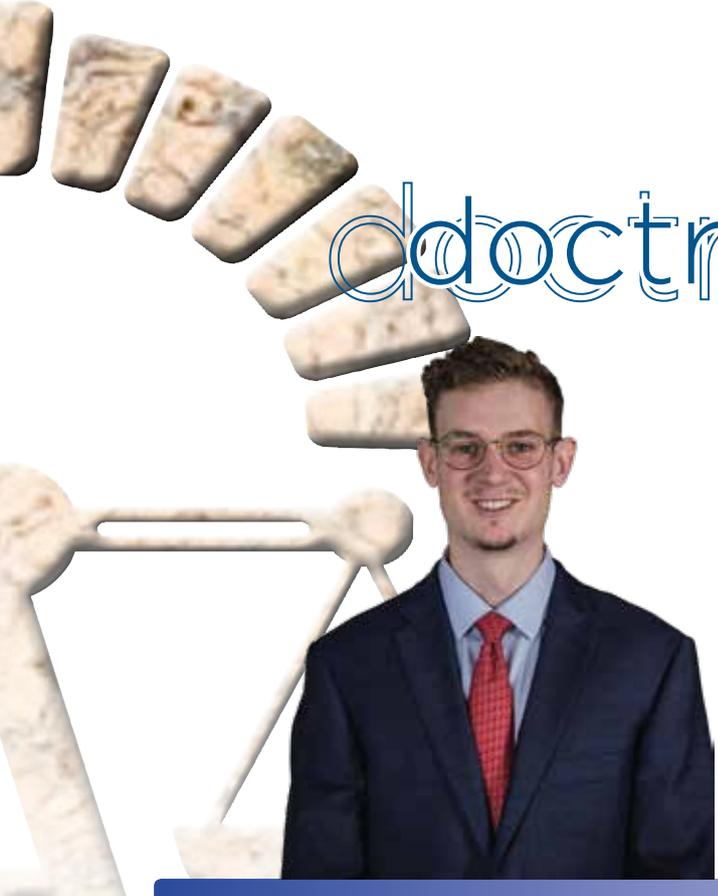
AGUSTÍN JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Catedrático de Universidad de Derecho Procesal, Universidade da Coruña. Magistrado Audiencia Provincial A Coruña, Revista de Derecho Procesal. “La administración concursal: su régimen jurídico en la Ley Concursal”.

IGNACIO TIRADO MARTÍ, “Los administradores concursales”, Aranzadi, Navarra.

ALFONSO MUÑOZ PAREDES, Editorial Aranzadi, “Protocolo concursal”.

ALFONSO MUÑOZ PAREDES, Editorial Aranzadi, “Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad concursal. Vol. II”.

JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ, “La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.



doctrina

Enfermedades, y medicación del conductor, su incidencia sobre una conducción segura, y responsabilidad civil dimanante

José María Hernández-Carrillo Oliver
Abogado

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA SITUACIÓN ACTUAL EN CIFRAS

- 2.1. Accidentes causados por automedicación y tratamientos
- 2.2. Accidentes causados por enfermedades que afectan a la conducción
- 2.3. Somnolencia al volante y la apnea obstructiva del sueño

III. REGULACIÓN

3.1. Medicamentos y conducción

- 3.2.1. Enfermedades y aptitud para conducir
- 3.2.2. Apnea, cansancio y conducción, interpretación del nuevo Reglamento General de Conductores en España
- 3.2.3. Requisitos para la renovación y causas de revocación del permiso de conducción

IV. CUESTIONES LEGALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

4.1. ¿Qué cubren las aseguradoras?

4.2. Responsabilidad civil del personal Médico/ Sanitario

- 4.2.1. Centros de Reconocimiento de Conductores
- 4.2.2. Personal médico Público y Privado

4.3 Deber de informar, confidencialidad, protección de datos y secreto profesional. (especial mención conductores profesionales y bajas permanentes SS)

V. JURISPRUDENCIA

VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo comienza planteando un problema que afecta a un gran porcentaje de la población, se trata de los accidentes de circulación que se ocasionan (tanto por conductores no profesionales cómo por profesionales del sector) bajo los efectos de medicamentos o debido a enfermedades cómo la apnea del sueño o alergias y sus tratamientos cómo los antihistamínicos que en ocasiones son incompatibles con la conducción, accidentes cuyo origen sus causantes, sea o no deliberadamente, ignoran y aun así conducen.

Tras poner de relieve dicho problema mediante un análisis de las estadísticas conocidas (y un cálculo aproximado de las que, por razones que se expondrán, no podemos conocer con certeza) y de las consecuencias del mismo, cabe dar un enfoque jurídico a la situación.

Para ello, es prioritario empezar conociendo los antecedentes legislativos en materias como la regulación del uso de medicamentos y fármacos al volante; la suspensión temporal del carnet o su retirada, condiciones para obtenerlo o mantenerlo si se padecen ciertas enfermedades; la coordinación entre el personal médico y la DGT y los límites del secreto médico; regulación especial en el caso de profesionales de la conducción cómo transportistas, conductores de ambulancias etc.

Una vez expuesta la trayectoria legislativa nos centraremos en la normativa que regula actualmente las materias en cuestión y a partir de esta será posible plantear mejoras para una regulación futura.

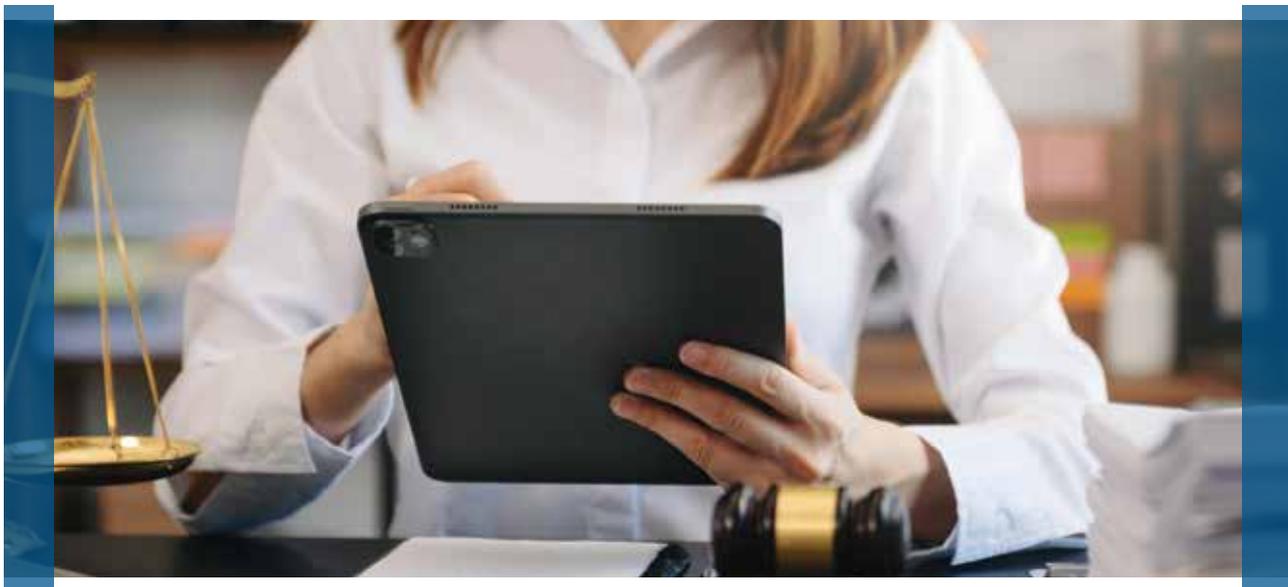
En definitiva, lo que se pretende en este trabajo es dar una perspectiva dual al problema de este tipo de accidentes de circulación, primero plantear una situación de alarma social y hacer patente y latente el interés en torno a su estudio y las consecuencias que está teniendo la no investigación de estos accidentes y el atribuirlos a causas desconocidas.

Y segundo, enfocarlo desde el Derecho, ampliando los puntos mencionados a otras cuestiones cómo las consecuencias económicas de la responsabilidad civil y quien debe hacerse cargo de ésta, en qué situación se encontrarían las aseguradoras, contemplar no solamente las del riesgo de la circulación, sino también los seguros de daños propios, etc. e intentando hallar respuesta a través de la jurisprudencia, y sentencias relacionadas.

Un excelente supuesto introductorio sería la sentencia 146/2020 del Tribunal Supremo del Excmo. Magistrado D. José Luis Seoane Spiegelberg ejemplo de casos no detectados como tales, de Síndrome de Apnea del Sueño, que de haber sido descubierto y tratado antes del juicio hubiesen hecho este innecesario, y sin sueño, ni accidente no estaríamos hablando de cuatro fallecimientos, por una causa tan común, tratable ,previsible y evitable.

II. LA SITUACIÓN ACTUAL EN CIFRAS

En los accidentes de tráfico el factor humano es responsable del noventa por ciento de ellos. Es por lo anterior, que tanto las enfermedades como los tratamientos mal controlados o



descompensados podemos considerarlos como factores de riesgo vial. (Redondo Margüello, 2014). Es importante dividir dichos factores de riesgo en las siguientes categorías y analizar las cifras estadísticas que los representan en España para tener una perspectiva más individualizada sobre cada una de ellas:

2.1. Accidentes causados por automedicación y tratamientos farmacológicos

Para comprender el alcance del consumo de sustancias que alteran la conducción, debemos remontarnos a 2006, cuando se buscó hacer más segura la prescripción de medicamentos y que tanto el médico que los prescribe como el paciente conductor que los consume conozca los riesgos asociados a la conducción bajo sus efectos, conociendo antes de ello la situación del consumo de drogas, y medicamentos al volante tanto a nivel europeo como en concreto en España.

Esto fue posible gracias al Proyecto DRUID (del inglés "DRiving Under Influence of alcohol and Drugs", conducción con presencia o bajo los efectos de alcohol y otras drogas) un proyecto integrado promovido por la Comisión Europea, que tuvo como objetivos principales profundizar en el conocimiento del problema del consumo de alcohol, otras drogas y medicamentos en los conductores, revisar las posibilidades de intervención y armonizar las actuaciones en el marco europeo de la Unión. (Álvarez & González Luque, 2014).

A partir de los datos arrojados por este proyecto se procedió a realizar un estudio periódico y más detallado de este fenómeno en España y a proponerse medidas legislativas para regular y prevenir los aspectos negativos de tan altas tasas de consumo de sustancias que alteran la conducción respecto a la media europea.

Gracias a dichos estudios podemos determinar que actualmente, los traumatismos por accidentes de tráfico son uno de los principales problemas de salud pública y se estima que en el año 2019 se registraron en nuestro país 104.080 accidentes con víctimas, que ocasionaron 1.842 fallecidos. Según el informe de 2019 del Instituto Nacional de Toxicología, el 45,5% de los conductores fallecidos en accidentes de tráfico presentaron resultados toxicológicos positivos a alcohol, drogas de abuso y psicofármacos o a sus combinaciones. De ellos, el 61,8% fueron positivos a alcohol (alcoholemias > de 0,3 g/L), el 44,1% a drogas y el 27,2% fueron positivos a psicofármacos.

En España, dichos accidentes constituyen actualmente la sexta causa más frecuente de muerte, por detrás de las enfermedades cardiovasculares, las neoplásicas, las respiratorias, las enfermedades del sistema nervioso y las digestivas.

De 130 peatones fallecidos por atropello en accidentes de tráfico y sometidos a autopsia, 49 (lo que es equivalente a un 37,7%) arrojaron resultados toxicológicos positivos a alcohol, drogas de abuso y psicofármacos, aisladamente o en combinación. La mayor prevalencia de peatones con resultados positivos correspondió a alcohol (65,3%), seguido de psicofármacos (34,7%) y drogas (24,5%).

Además, un 17,3% de los conductores reconoce estar bajo tratamiento farmacológico y, de ellos, el 76,5% afirman no haber sido informados sobre el efecto de su medicación en la conducción. Según datos españoles de conducción y uso de drogas, un 27% de los conductores españoles conducen bajo el consumo de sustancias psicoactivas, siendo el grupo más frecuentemente implicado el de las benzodiazepinas, seguido por los antidepresivos, hipnóticos y opiáceos; pero los antihipertensivos, y los antihistamínicos H1 de primera generación, son otros fármacos frecuentemente implicados. (Redondo Margüello, 2014)

Según se ha citado anteriormente, el 27,2% de los conductores fallecidos en accidentes de tráfico presentaron resultados toxicológicos positivos a psicofármacos. A esto se suma que, según datos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), el 25% de los medicamentos autorizados en nuestro país deben advertir sobre una posible influencia en la capacidad de conducir y manejar maquinaria pesada, incluyendo para ello un pictograma en su envase.

Cómo bien advierte el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, los medicamentos pueden perjudicar a la conducción de muy diversas formas, bien porque produzcan un efecto terapéutico contraindicado en caso de manejar maquinaria peligrosa o conducir, o bien como consecuencia de un determinado efecto adverso.

Hay que aclarar, que la relación medicamentos-conducción no es siempre negativa, puesto que el medicamento en cuestión, puede controlar la patología y mejorar la aptitud ante la conducción. En cualquier caso, se ha de evaluar el binomio riesgo-beneficio, e informar detalladamente al paciente.

Los mecanismos generales a través de los cuales un determinado medicamento podría afectar al conductor pueden ser agrupados en los siguientes:

1. Somnolencia o efecto sedante.
2. Reducción de los reflejos y aumento del tiempo de reacción.
3. Alteración de la percepción de las distancias.
4. Hiperactividad e hiperreactividad.
5. Alteraciones oftalmológicas o de la audición.
6. Estados de confusión y aturdimiento (mareos, vértigos, etc.).
7. Alteraciones musculares, como espasmos, calambres, incoordinación motora, etc.

Como se hace palpable a través de estas cifras, la conducción bajo los efectos de medicamentos y psicofármacos que afectan a la capacidad para conducir es un problema real y patente en España, del que además solo conocemos los casos registrados gracias a análisis, autopsias y controles de los cuerpos y fuerzas del orden, lo que sugiere que estos datos probablemente contendrían cifras mayores si se conociera el número total de los casos reales.

2.2. Accidentes causados por enfermedades que afectan a la conducción.

El estudio de las enfermedades, como factor de riesgo de accidente, es muy complejo, debido a la gran cantidad de variables que intervienen en la producción del mismo (tipo de vehículo, condiciones ambientales, estado de mantenimiento del vehículo, tipo de vía...) y a otros factores de confusión como el número de km recorridos, etc.

No todas las enfermedades se consideran un factor de riesgo de accidente, ni todas se asocian al mismo nivel de riesgo, además, en algunas de ellas, como por ejemplo en el síndrome de apnea-hipoapnea obstructiva del sueño (SAOS), cuando la enfermedad está controlada y existe un buen cumplimiento del tratamiento el riesgo se reduce considerablemente, en ocasiones igualándose al de la población general.

Las diferencias en la forma de presentación de una enfermedad entre unos pacientes y

otros, el momento evolutivo, la respuesta al tratamiento, el tipo de fármaco empleado, la asociación a otros problemas (consumo de alcohol, etc.), hacen necesaria la valoración de la aptitud del conductor de forma individualizada. (Arias Rivas et al., 2021)

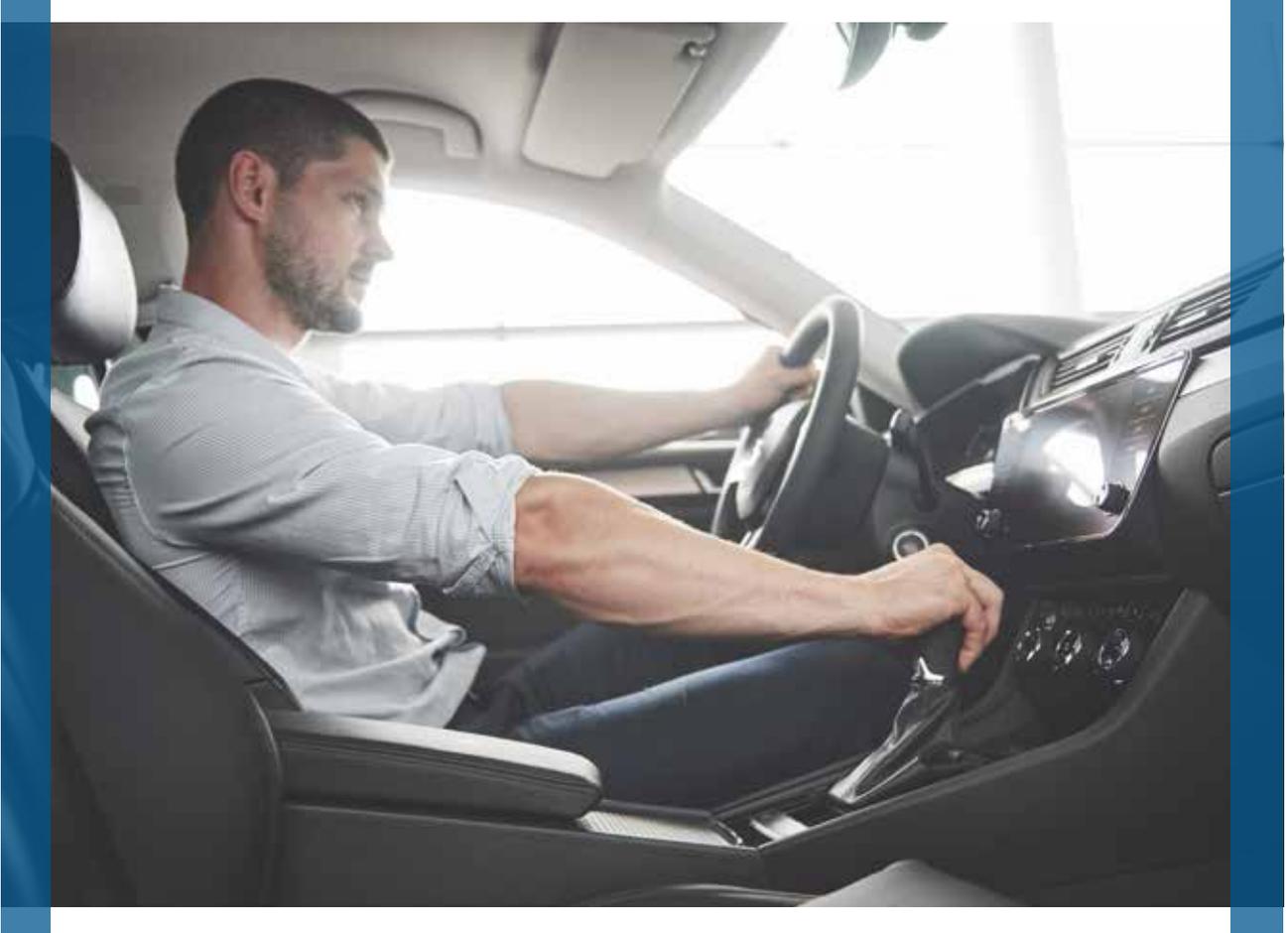
Como podemos observar en la tabla de la imagen, resulta congruente afirmar la correlación entre la afectación del conductor por alguna de estas enfermedades o condiciones físicas y su mayor riesgo de causar un accidente o verse involucrado en el mismo.

RIESGO RELATIVO DE ACCIDENTE DE LOS CONDUCTORES CON DISTINTAS ENFERMEDADES. El riesgo relativo del conductor sin enfermedades es =1,00 (Vaa 2003).

PATOLOGÍAS	RIESGO RELATIVO DE ACCIDENTE
Discapacidad visual	1,09
Discapacidad auditiva	1,19
Artritis y discapacidad locomotora	1,17
Patología cardiovascular	1,23
Enfermedades neurológicas	1,75
Diabetes	1,56
Trastornos Mentales	1,72
Alcoholismo: 2.00	2.00
Drogas y Medicamentos	1,58
Apnea del sueño / narcolepsia	3,71

Tabla 1 fuente (Arias Rivas et al., 2021)

Es por ello que, como desarrollaré más adelante, se hizo necesaria la implantación de medidas legales para regular tanto el acceso al carnet de conducir o su renovación si se padece alguna de estas enfermedades, como para la retirada o suspensión temporal del mismo, y es que el Reglamento General de Conductores, Real Decreto 818/2009, en su Anexo IV establece los requisitos de aptitud psicofísica re-



queridos para obtener o prorrogar el permiso o licencia de conducción.

En 2021, según el análisis estadístico de las principales cifras de la Siniestralidad Vial realizado por la DGT, el 3% de los accidentes mortales de circulación y el 2% de los accidentes con víctimas fue causado por alguna de las enfermedades contempladas, sin embargo el porcentaje de accidentes es mucho más alarmante cuando nos centramos en aquel con su origen en el cansancio o sueño, y es por ello que junto con el síndrome de apnea-hipoapnea del sueño (SAHS), merecen una especial mención en el siguiente apartado.

2.3. Somnolencia al volante y la apnea

La Organización Mundial de la Salud reportó en 2015 que 1.25 millones de personas fallecen cada año debido a accidentes de tráfico. Un 10-20% de los accidentes podrían estar asociados a la somnolencia. En el estudio “Influencia de la somnolencia en los accidentes de tráfico en España (2011-2015)”, se analizaron datos de accidentes registrados en la Dirección General de Tráfico (DGT) entre 2011 y 2015.

Según estos datos, la presencia de somnolencia duplicaba el riesgo de fallecimiento y aumentaba el riesgo de lesiones graves tras un accidente ya que los efectos de la somnolencia sobre la conducción son principalmente la disminución del grado de vigilancia y alerta, el incremento del tiempo de reacción y la afectación de la memoria, coordinación psicomotora, procesamiento de la información y la toma de decisiones. (Lyznicki et al., 1998)

Entre la población con alto riesgo de padecer somnolencia al volante se encuentran, además de los conductores profesionales por su mayor tiempo de exposición, los trabajadores con turnos de trabajo muy prolongados o conductores nocturnos; las personas que conducen con privación de sueño, especialmente jóvenes, o las que duermen menos de 6 h; los que consumen hipnóticos u otras medicaciones productoras de somnolencia, y finalmente las personas que presentan síntomas relacionados con la presencia de apnea del sueño no diagnosticada (Terán-Santos et al., 2017), es por ello que nos centraremos a continuación en esta última.

El cansancio y la somnolencia asociada al mismo es un gran factor de riesgo en la produc-

ción de accidentes y directamente relacionado con la gravedad de los estos, y siendo la apnea del sueño una de las principales causas de la somnolencia, debemos analizar las cifras de que disponemos para conocer mejor el problema de seguridad vial al que nos enfrentamos, dado que uno de los principales problemas que existen en España es la falta de detección de la apnea del sueño, una enfermedad que justamente es una de las peores para la conducción ya que provoca un trastorno que impide el descanso correcto.

Los pacientes con apneas durante el sueño tienen un riesgo relativo siete veces superior a la población de referencia sin apneas, de sufrir accidente de tráfico. (Ozcoidi Val & Lascorz Ayats, 2009) Lo anterior, unido a que, en concreto, en España se estima que apenas llegan al 10% los pacientes diagnosticados en sus formas más graves y que reciben, por tanto, tratamiento, evidencia el peligro del desconocimiento de las cifras reales de esta patología.

Además, es importante destacar que este problema afecta también y en mayor medida a los conductores profesionales. Santos et al. (2004) evaluaron el sueño nocturno y la somnolencia durante el día, de los conductores de autobuses, mediante polisomnografía (PSG) de grabación y ensayo de latencia múltiple del sueño (MSLT). El MSLT reveló que el 38% de los conductores tenía índices de apnea obstructiva y síndrome de hipopnea y que el 42% de los conductores de autobuses, tenían criterios para determinar somnolencia, cuando se realizó la prueba durante la noche y el día, respectivamente. También los problemas respiratorios fueron un hallazgo común entre los conductores de autobuses. Quedando demostrado que estas deficiencias del sueño afectan muy negativamente el rendimiento al volante. (Sentís, 2016)

Tras contemplar los datos anteriores se evidencia la necesidad de conocer más sobre esta enfermedad y prevenir así los accidentes provocados por la misma, ya que suelen ser más violentos y con una mayor tasa de mortalidad que los provocados por otras enfermedades debido al tiempo de reacción prácticamente nulo tras quedarse dormido al volante. Dicha tasa de mortalidad también hace más difícil determinar el número real de accidentes causados por el SAHS, siendo lógico pues, intentar enfocar el estudio desde la prevención y detección temprana de esta patología y la regulación del acceso al permiso de conducir de quienes la padecen.

III. REGULACIÓN

Ahora que ha quedado planteado el problema que suponen para la seguridad vial los accidentes, y el riesgo incrementado de sufrílos, causados por factores como la conducción bajo efecto de los fármacos, la automedicación y las enfermedades que afectan a la aptitud psicofísica para conducir, nos centraremos en este apartado del trabajo en conocer la normativa que regula la prevención de los mismos a través de distintas herramientas legislativas.

3.1. Medicamentos y conducción

3.1.1. Medidas preventivas

- *El pictograma*

Gracias a los esclarecedores resultados del proyecto DRUID, que mencionaba en el apartado 2.1 de este trabajo, y a las medidas propuestas en él, tuvo lugar en noviembre de 2007 la publicación del Real Decreto 1345/2007 por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. En este Real Decreto se establece, que los medicamentos de nueva autorización que puedan reducir la capacidad para conducir o manejar maquinaria peligrosa, deberán incorporar en el envase un símbolo de advertencia (pictograma). En el RD 1345/2007 se establece, además, un plazo de 5 años para la adecuación del etiquetado y prospecto (disposición transitoria tercera), para los medicamentos que ya estaban autorizados a la entrada en vigor de la ley anterior (Ley 29/2006, de 26 de julio). Por lo tanto, en el año 2011, todos los medicamentos con posibles efectos sobre la capacidad de conducir comercializados en España, deberían haber incorporado el pictograma en su envase.

Dicho símbolo debe reunir las siguientes características:

- Sobre fondo blanco, un triángulo equilátero rojo con el vértice hacia arriba y un coche negro en el interior, muy similar a una señal de tráfico, con la leyenda:

“Conducción: ver prospecto”.

- El tamaño del pictograma se adaptará al del envase y, en todo caso, el lado del triángulo no será inferior a diez milímetros. El objetivo del símbolo es llamar la atención del usuario para que lea la información correspondiente, ya que



los prospectos de los medicamentos ya contienen la advertencia de los efectos que pueden tener en quienes conducen o manejan maquinaria peligrosa, pero no se leen con tanta frecuencia, intentando el pictograma cambiar esto último.

Este pictograma se presenta de esencial importancia dado que, según datos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), el 25% de los medicamentos autorizados en nuestro país deben advertir sobre una posible influencia en la capacidad de conducir y manejar maquinaria pesada. (Conse-

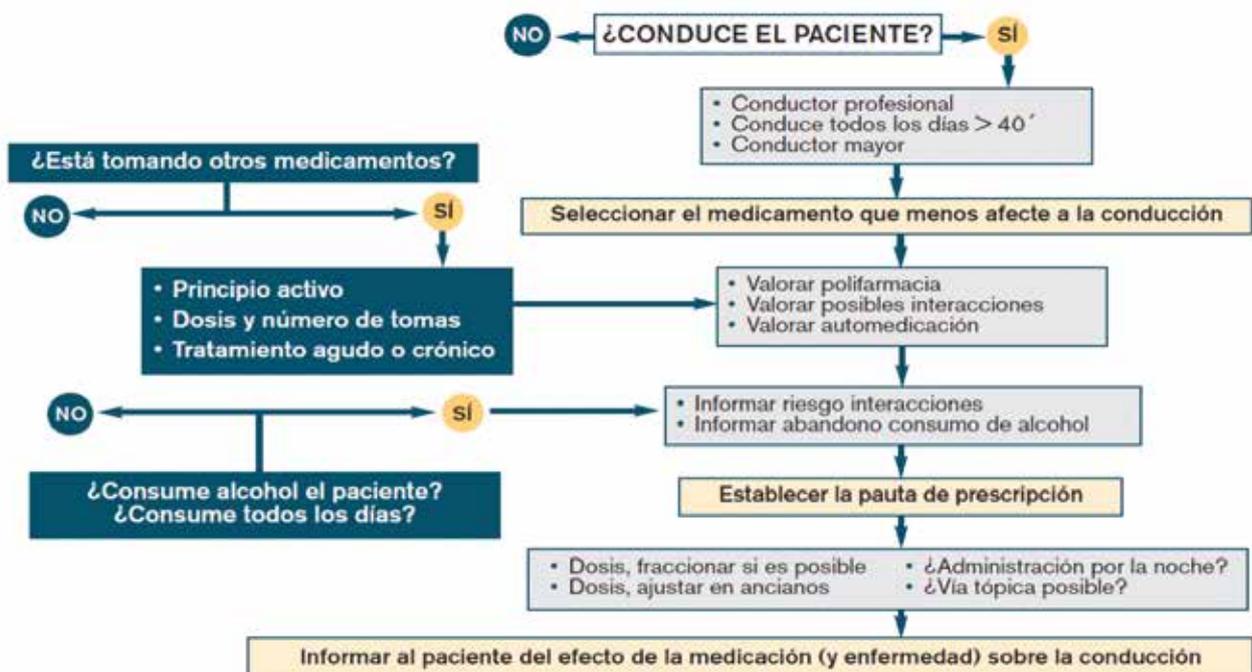
jo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, 2018)

- *Algoritmo decisional*

La DGT, con la colaboración de profesionales del sector sanitario ha elaborado el siguiente Algoritmo decisional en la prescripción de medicamentos al paciente-conductor. (Redondo Margüello, 2014)

3.1.2. Medicamentos, conducción y sanciones

Pese a que este trabajo, en el aspecto jurídico quiere centrarse en cuestiones de responsabilidad civil, es importante mencionar el aspecto sancionador de la normativa reguladora en casos de conducción bajo los efectos de medicamentos, y es que tal y cómo documentó el Grupo de trabajo sobre fármacos y conducción de vehículos en el “Documento de consenso sobre medicamentos y conducción en España: información a la población general y papel de los profesionales sanitarios”, aun cuando el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial establece la prohibición de la conducción con la presencia de drogas en el organismo, han quedado excluidas aquellas sustancias que se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica, siempre que se esté en condiciones



de utilizar el vehículo conforme a la obligación de diligencia, precaución y no distracción establecida en el artículo 10 del RD 6/2015, dejando para el tipo penal previsto en el artículo 379.2 del Código Penal la sanción por conducción bajo la influencia de drogas.

Igualmente, el RD 6/2015 establece la prueba salival, mediante dispositivo autorizado, como medio preferente para detectar in situ la presencia de drogas en el organismo y como medio electivo para su posterior análisis de confirmación. La sanción por conducir con presencia de drogas en el organismo o por negarse a realizar las pruebas para su detección, se establece en 1.000 €, además de la pérdida de 6 puntos del carnet de conducir.

3.1.3. Medicamentos y aptitud para conducir

El Reglamento General de Conductores, Real Decreto 818/2009, en su Anexo IV establece los requisitos de aptitud psicofísica requeridos para obtener o prorrogar el permiso o licencia de conducción. Es preciso señalar que dentro del apartado 11 del citado Anexo IV, trastornos relacionados con sustancias, se incluyen de forma conjunta las drogas y los medicamentos, y se menciona la categoría de “consumo habitual”, especificándose que no se admite el consumo habitual de medicamentos que, individualmente, o en su conjunto, produzcan efectos graves en la capacidad de conducir.

La realidad es que en la práctica es muy poco frecuente la introducción de una restricción o denegación del permiso de circulación por la medicación que esté tomando la persona que solicita obtener o renovar el permiso o licencia para conducir.

3.2. Enfermedades y conducción.

3.2.1. Enfermedades y aptitud para conducir

La Directiva Comunitaria CD 91/439/EEC22 estableció los criterios mínimos de valoración de la aptitud para conducir en los países miembros de la Unión Europea. Dicha normativa se transpuso a la normativa de los distintos países miembros, si bien existen marcadas diferencias entre países: por ejemplo, en España la evaluación de la aptitud para conducir se realiza de manera obligatoria en todos los conductores, mientras que, en otros países europeos, esta se basa en una valoración inicial a partir de un autoinforme del propio conductor, o solo se realiza cuando existe

una determinada patología. (Álvarez & González Luque, 2014)

En España el anexo IV del Reglamento General de Conductores regula las enfermedades y deficiencias que serán causa de denegación o de adaptaciones, restricciones de circulación y otras limitaciones en la obtención o prórroga del permiso o la licencia de conducción. La Orden PRE/2356/201033 modificó los requisitos de capacidad visual, diabetes, mellitus y epilepsia. Para reconocer las enfermedades que se recogen en el mencionado anexo IV del Reglamento General de Conductores, Real Decreto 818/2009 y declarar la capacidad o no del sujeto para conducir, se estableció que esta tarea correspondería a un órgano específicamente diseñado para su desempeño, los Centros de Reconocimiento de Conductores (CRC), en los que la valoración se realiza conjuntamente por parte de un médico y un psicólogo.

Estos centros de reconocimiento de conductores son un conjunto de centros sanitarios privados, que, para poder realizar la función de evaluar a los conductores, deben acreditarse e inscribirse en un registro de la Dirección General de Tráfico. Están regulados por el Reglamento de centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores que establece los elementos personales, materiales, la forma de acreditarse, régimen de funcionamiento, etc. En cuanto a los profesionales, deben contar con un médico y un psicólogo durante todo el horario de apertura del CRC, también con un oftalmólogo, aunque este último se puede sustituir concertando el servicio con una clínica oftalmológica. Los profesionales de los CRC, médico y psicólogo, realizan una labor de cribado, no diagnóstica, su función es determinar si el riesgo vial de un conductor, que padece una enfermedad, es “asumible” y si dicho riesgo se puede reducir con medidas preventivas. Los facultativos para realizar su labor se apoyan en la historia clínica del conductor, la exploración psicofísica, los informes aportados por el interesado de médicos y psicólogos encargados de su tratamiento y control y finalmente su trabajo se puede complementar con la posibilidad de realizar una prueba práctica en la Jefatura Provincial de Tráfico en colaboración con un médico designado al efecto por la CCAA.

Los CRC cuentan con un “Protocolo de exploración médico-psicológica para CRC” elaborado por la DGT y el Ministerio de Sanidad junto con Sociedades Científicas y Asociaciones de Centros, herramienta de utilidad para realizar su trabajo, además con puntos de corte objetivos

en los casos en que es posible (agudeza visual, auditiva, etc.), y criterios excluyentes que impiden la obtención a los aspirantes del grupo 2 (conductores profesionales), etc. que facilitan la toma de decisión. Pero el Anexo IV del R.G de Conductores deja cada vez más a criterio del profesional la toma de decisión atendiendo a las manifestaciones individuales de la enfermedad, el momento evolutivo, el tipo de fármaco empleado, la presencia de efectos secundarios por lo que la formación de médicos y psicólogos en este campo es imprescindible.

Una vez realizado el informe, el CRC lo envía telemáticamente a la DGT, esta comunicación impide que el conductor acuda a otro centro en el caso de que no esté conforme con el resultado de la exploración. Tanto las adaptaciones o restricciones como las enfermedades que originan su necesidad aparecen codificadas en el informe. Esta información queda recogida en una

CÓDIGO	LITERAL
61	Solo conducción diurna
62	Límite radio conducción
63	Conducción sin pasajero
64	Limitación velocidad
65	Conducción acompañada
66	Sin remolque
67	No permitida autopista
68	Exclusión de alcohol

Tabla 2 fuente (Arias Rivas et al., 2021)

CÓDIGO	LITERAL
01	Corrección y/o protección de la vista.
02	Audífonos.
03	Prótesis.
10	Transmisión adaptada.
15	Embrague adaptado.
20	Mecanismos de freno adaptado.
25	Mecanismos de aceleración adaptados.
31	Adaptaciones de pedal y protecciones de pedal.
32	Sistemas combinados de freno de servicio y acelerador.
33	Sistemas combinados de freno de servicio, acelerador y dirección.
35	Dispositivos de mandos adaptados (interruptores de los faros, claxon, limpiaparabrisas, intermitentes, etc.).
40	Dirección adaptada.
42	Retrovisores interiores/laterales modificados.
43	Posición de asiento del conductor.
44	Adaptaciones de la motocicleta.

Tabla 3 fuente: (Arias Rivas et al., 2021)

base de datos que permite analizar los resultados de las exploraciones y conservar el historial.

Si los facultativos de un CRC consideran que el conductor precisa limitaciones (tabla 2), adaptaciones (tabla 3) o restricciones, lo indicarán en su informe mediante los códigos armonizados europeos. Dichos códigos figuran en el Anexo I del Reglamento General de conductores. (Arias Rivas et al., 2021)

En los casos en los que el conductor no esté de acuerdo con el resultado de su exploración puede acudir a la Jefatura Provincial de Tráfico, donde solicitará la valoración por los servicios sanitarios de su provincia. Las Jefaturas Provinciales de Tráfico también derivan personas a estos servicios sanitarios cuando existen indicios de que un conductor puede haber perdido la capacidad de conducir, información que suele proceder de distintos cuer-

pos de policía o también de familiares del conductor.

3.2.2. Apnea, cansancio y conducción, interpretación del nuevo Reglamento General de Conductores en España

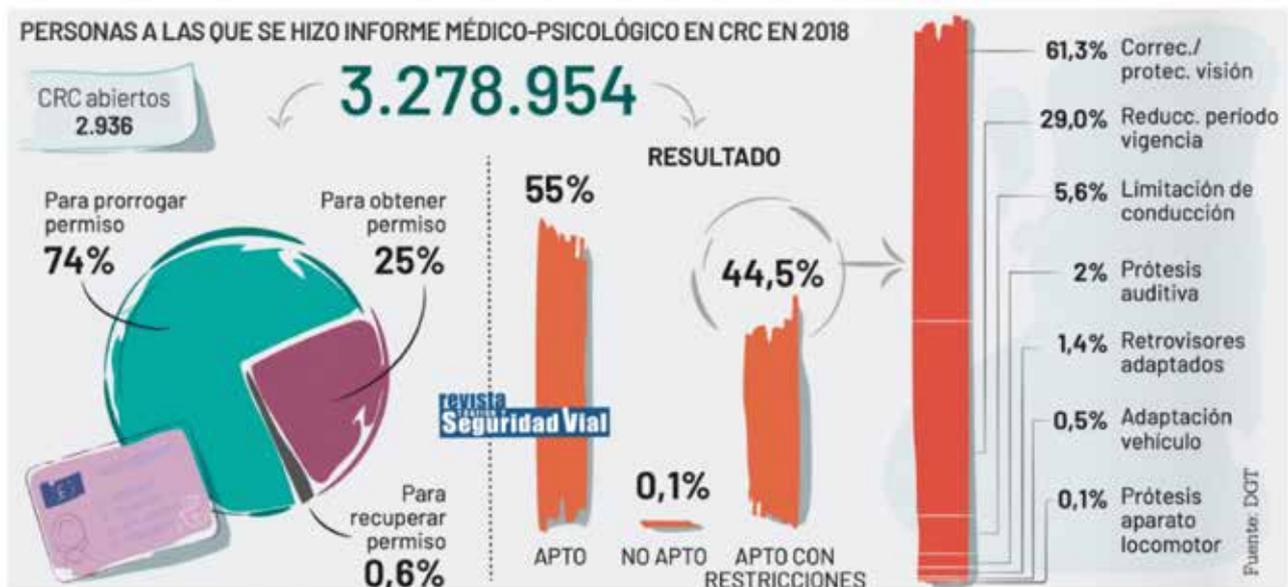
El conocimiento de que los pacientes con SAHS(SAOS) no tratados tienen mayor riesgo de accidentes de tráfico ha sido el motivo por el que algunos países de la UE, entre ellos España, incluyen desde hace años esta enfermedad entre las que deben ser controladas para obtener o prorrogar el permiso de conducción. Más recientemente, la Directiva 2014/8515 UE de la Comisión sobre el permiso de conducción, que modifica la Directiva 126/2006, ha incluido, en su anexo III, al SAHS entre los criterios de aptitud psicofísica que se han de valorar en todos los Estados miembros. Esta regulación se publicó en la UE en junio de 2014 y contiene los criterios mínimos que se deben aplicar en todos los países.

España, que ya incluía el SAHS en el Reglamento General de Conductores, en concreto en su Anexo IV, que regula las aptitudes psicofísicas para obtener o prorrogar el permiso de conducción, ha actualizado sus criterios acorde a la Directiva Europea mediante el Real Decreto 1055/2015 de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores aprobado por Real Decreto 818/2009 de 8 de mayo, que entró en vigor en enero de 2016. (Terán-Santos et al., 2017)

Tras ser modificado el anexo en 2015 y en 2018 (orden 375/2018), para adaptarlo a las

directrices del Parlamento Europeo (Directiva 2006/126/CE). En lo que respecta a los trastornos del sueño, se incluyen en el apartado 7 del anexo "Sistema respiratorio" y en el apartado 10 "Trastornos mentales y de conducta". El apartado 7 "Sistema respiratorio" manifiesta la prohibición de conducir en el caso de síndrome de apnea hipoapnea del sueño (SAHS) con un índice de apnea/ hipoapnea igual o superior a 15 eventos por hora asociado a somnolencia excesiva moderada o grave. Para poder conducir, estas personas precisarán un informe favorable de la Unidad de sueño donde conste que reciben tratamiento para su SAHS y que con ello la somnolencia excesiva se ha resuelto. Así pues, se permite conducir con un informe favorable por parte de una unidad de sueño, con una vigencia del permiso de tres años en conductores del Grupo 1 y de un año en el Grupo 2.

En el apartado 10. "Trastornos mentales y de conducta", manifiesta la prohibición de conducir en casos de narcolepsia e hipersomnias diurnas de origen no respiratorio. Se incluyen las primarias y aquellas relacionadas con trastorno mental, enfermedad médica o inducidas por sustancias. En el caso de trastornos del ritmo circadiano que supongan riesgo para conducir también se prohíbe. En el caso del insomnio atiende a los casos asociados al consumo de fármacos. Todos ellos requieren de un informe favorable de un facultativo señalando que la somnolencia excesiva está controlada tras el tratamiento correspondiente, tanto para la obtención como para la prórroga del permiso y su vigencia puede verse reducida según criterio.



3.2.3. Requisitos para la renovación y causas de revocación del permiso de conducción

Las condiciones para la renovación del permiso también las encontramos en el Anexo IV del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento General de Conductores, éste reguló específicamente las aptitudes psicofísicas requeridas para obtener o prorrogar la vigencia del permiso o de la licencia de conducción haciendo mención oportuna a todas aquellas enfermedades y deficiencias que serán causa de denegación, de indicación de adaptaciones y de restricciones de circulación y otras limitaciones en la obtención o prórroga del permiso o la licencia de conducción que ya hemos mencionado anteriormente en las tablas 1 y 2.

La realidad, según muestran datos de la DGT es la siguiente:

Gracias a esta información podemos conocer que, aunque la lista del Anexo IV sea extensa y recoja muy diversas patologías y causas de revocación del permiso de conducir, solo a un 0,1% de los 3,3 millones de conductores que se sometieron al reconocimiento se les declaró no aptos, mientras que al 44,5% se les impusieron algunas restricciones.

Teniendo en cuenta el dato anterior y que el artículo 3: "Deberes de los titulares de un permiso o de una licencia de conducción" del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores estipula:

"1. El titular de un permiso o de una licencia de conducción, así como de cualquier otra autorización o documento que habilite para conducir, deberá hacerlo con sujeción a las menciones, adaptaciones, restricciones y otras limitaciones respecto de las personas, vehículos o de circulación que, en su caso, figuren en el permiso o licencia de conducción, de forma codificada según se determina en el anexo I."

Estaríamos ante un gran porcentaje de conductores obligados a cumplir con un deber que, pese a tener una importante función preventiva frente a los accidentes de circulación, encuentra su incumplimiento sancionado en el ámbito administrativo únicamente como una infracción grave con una multa de 200€ (Art. 76 apartado s) Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el

que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.). Es un dato que podría explicar el motivo por el cuál un porcentaje considerable de accidentes está causado por conductores que infringen el deber mencionado y conducen.

En cuanto a la retirada del permiso de conducir por pérdida de las aptitudes psicofísicas para su tenencia, esta posibilidad se encuentra recogida en el Art. 70 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, el cual establece:

"Artículo 70. Pérdida de vigencia por desaparición de los requisitos para su otorgamiento.

1. Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, la vigencia de las autorizaciones administrativas reguladas en este título estará subordinada a que se mantengan los requisitos exigidos para su otorgamiento.

2. El organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico podrá declarar la pérdida de vigencia de las autorizaciones reguladas en este título cuando se acredite la desaparición de los requisitos sobre conocimientos, habilidades o aptitudes psicofísicas exigidas para su autorización.

Para acordar la pérdida de vigencia, la Administración deberá notificar la presunta carencia del requisito exigido al interesado, a quien se concederá la facultad de acreditar su existencia en los términos que reglamentariamente se determine.

3. El titular de una autorización cuya pérdida de vigencia haya sido declarada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior podrá obtenerla de nuevo siguiendo el procedimiento, superando las pruebas y acreditando los requisitos que reglamentariamente se determinen."

Respecto al procedimiento para la retirada de la autorización mencionada en el artículo anterior, este se encuentra recogido en el Art. 36 "Procedimiento para la declaración de pérdida de vigencia por la desaparición de alguno de los requisitos exigidos para su otorgamiento" del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

IV. CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

4.1. ¿Qué cubren las aseguradoras?

Cuando desafortunadamente se produce un accidente de circulación por las razones principalmente contempladas en este trabajo, y cómo consecuencia del mismo uno o varios sujetos y/o bienes sufren una serie de daños, cabe plantearse las siguientes cuestiones sobre la responsabilidad civil y si está cubierta por las aseguradoras de seguro de circulación obligatorio, y voluntario en:

- *Accidentes causados por medicamentos*

Se trata de una situación compleja por diversos motivos, el primero y quizás más evidente es la dificultad que existe a la hora de atribuir la responsabilidad o causa del accidente al uso de uno o varios medicamentos, y demostrar esa relación de causalidad.

Otra razón por la cual la respuesta a la cuestión de si en materia de responsabilidad civil los daños y perjuicios originados en accidentes de circulación causados por medicamentos estarían o no cubiertos por las aseguradoras que cubren el riesgo circulatorio del causante, es el matiz que marca el Art. 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, el cual establece la prohibición de la conducción con la presencia de drogas en el organismo, y sin embargo excluye específicamente aquellas sustancias que se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica, siempre que se esté en condiciones de utilizar el vehículo conforme a la obligación de diligencia, precaución y no distracción establecida en el artículo 10 del RD 6/2015, y deja para el tipo penal previsto en el artículo 379.2 del Código Penal la sanción por conducción bajo la influencia de drogas.

Coincidió también el ex Magistrado Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz D. Manuel Estrella Ruiz cuando se planteó el tema en el XII Congreso de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro celebrado en Cádiz los días 21 a 23 de junio de 2012, “que conducir bajo los efectos de antihistamínicos, relajantes musculares o antidepresivos, por ejemplo, no puede ser de ninguna manera considerado delito”. Y abogó por ceñirse al listado de sustancias prohibidas establecido en el Convenio de Viena de 1971.

Respecto a los fármacos, que además si son recetados quedan excluidos por ley de esa prohibición, es importante mencionar que legalmente no consta en sus prospectos que el consumo de ese medicamento “prohíba” la conducción; sin embargo, hay algunos fármacos que resultarían positivo en un control de drogas. Y aquí vendría el problema. (Ferrari, 2019) Ya que el art. 379.2 del Código Penal no distingue entre medicamentos y drogas, pero sin embargo hay medicamentos que tienen exactamente los mismos principios activos, cómo las benzodiacepinas, opiáceos etc.

Entendemos entonces que teniendo en cuenta los dos artículos mencionados, de forma explícita se indica la necesidad de que el conductor que se haya medicado esté en condiciones de conducir con seguridad, y que el fármaco del que ha dado positivo haya sido prescrito por un médico (aunque contenga principios activos de las “drogas” contempladas por el Art 379.2 CP, no entrando así a considerarse una sustancia dentro del tipo penal). Principalmente si se cumple la segunda condición, y siendo la primera bastante difícil de demostrar a posteriori, las aseguradoras siempre cubrirán los daños causados en estos casos, pero depende de las condiciones mencionadas si tras ello la aseguradora va o no a repetir contra el asegurado, si por ejemplo se demuestra que no estaban prescritos los medicamentos. Dado que “En España, la ley que regula el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria del automóvil obliga a las aseguradoras a indemnizar a las víctimas por los daños causados dolosamente pero después el asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir (para recuperar lo abonado) contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas” (Andreu, 2022)

- *Accidentes causados por somnolencia*

A pesar de que la somnolencia altera funciones fundamentales para la conducción como la pérdida de percepción, de reflejos, de tiempo de reacción, etc., ningún seguro dejará de cubrirle, en caso de accidente, si se duerme al volante. Por ley los daños provocados a terceros serán indemnizados por la aseguradora, pero, ¿y los propios si tiene contratada esa cobertura? ¿Podrá después repercutir contra el conductor la aseguradora por los daños de los terceros?

Al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, con la alcoholemia, aunque todo haga presumir que el conductor se ha quedado dormido, excepto en excepciones muy específicas, no perderá las garantías de su seguro. Es decir, si tiene contratada la cobertura de daños propios dentro de la póliza, ésta cubrirá los daños materiales que haya podido sufrir el coche. Además, el seguro obligatorio atendería la responsabilidad civil de los daños causados a terceros. Entre ellos, se incluye el acompañante, que siempre tiene derecho a indemnización, independientemente de que viaje con el conductor culpable. (Arpem, 2022)

“Si el conductor que se queda dormido provoca un accidente, la aseguradora se hace cargo de todos los daños ocasionados que contemple el contrato del seguro, tanto del conductor como de terceros implicados en el siniestro”, según explica Francisco Valencia, portavoz de Línea Directa.

Sin embargo, “Si quedase demostrado que cogió el vehículo tras haber consumido algún medicamento que, expresamente y con informe médico, prohibiera la conducción, la aseguradora cubriría únicamente los daños ocasionados a los terceros implicados en el accidente. Estos siempre, y con independencia de la causalidad, están cubiertos a través de la cobertura de responsabilidad civil, obligatoria en todos los seguros de autos en nuestro país” (Benito, 2016)

Es por ello que en este último punto se encuentra el matiz más importante para resolver las dudas planteadas inicialmente, y es que a no ser que la somnolencia derive de alguna causa evidente, documentada y por la que haya quedado especificado que el conductor causante del accidente no debería estar al volante (por ejemplo si se le ha retirado temporalmente el carnet por padecer apneas del sueño a un nivel incompatible con la conducción), o a no ser que este lo reconozca, es muy difícil determinar que el sueño ha sido la causa del accidente, es por lo mencionado que con gran frecuencia el seguro cubrirá los daños causados en este tipo de accidentes y cumplirá las coberturas contratadas.

- Accidentes causados con el carnet temporalmente suspendido

Es fundamental comenzar este apartado haciendo la siguiente distinción, y es que conducir con el permiso para ello temporal o cautelarmente suspendido es una infracción adminis-

trativa grave, contemplada en el Art. 76 apartado s) Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, pero que tal como establece el art 39.3 de esta ley “La conducción durante el período de suspensión cautelar de la autorización administrativa será considerada como conducir con la autorización administrativa correspondiente suspendida por sanción.”

Por lo tanto, no es considerado como un delito del Art. 384 del Código Penal:

“El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.”

Pese a esta gran diferencia mencionada entre conducir cometiendo un delito o una infracción administrativa, ante la mirada de las compañías aseguradoras conducir con el permiso temporalmente revocado será un problema añadido de gran importancia en caso de causar un accidente bajo estas circunstancias, pues no hacen estas distinciones a la hora de cubrir los daños causados a terceros, por los que después podrán repercutir contra el asegurado, y las pólizas contratadas, que probablemente no se activen al no tener dicha licencia administrativa vigente.

Por ejemplo, si tenemos el coche asegurado a todo riesgo no pagará la reparación del vehículo, y tampoco nuestra defensa jurídica. Al menos, no lo hará voluntaria y amistosamente. Tendrá que haber una Sentencia que le obligue a hacerlo, y si bien no hay ninguna garantía de lo que los Juzgados y Tribunales puedan decidir, lo más probable es que, si la póliza no está aceptada mediante la correspondiente firma del tomador-asegurado, la Sentencia obligue a la aseguradora a asumir sus obligaciones exactamente igual que si el conductor dispusiera del carnet de conducir. (Bosch Antonín, 2022)

4.2. Responsabilidad civil del personal médico / sanitario

Cuando por cualquier circunstancia, ya sea temporal o permanentemente, varían las capacidades psicofísicas de una persona para conducir cumpliendo los requisitos que le habilitan para hacerlo de forma segura, y ello es o bien descubierto por los siguientes sujetos del ámbito médico/sanitario o bien han intervenido directamente en ese cambio (por ejemplo prescribiendo medicación para un tratamiento), cabe plantearse cuál es el alcance de la responsabilidad civil en caso de que la persona cuyas capacidades han sido afectadas provoque un accidente de circulación.

4.2.1. Centros de Reconocimiento de Conductores

Los centros de reconocimiento, tal y como indica el art. 3 del Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero, tienen como finalidad comprobar que los conductores reúnen las aptitudes psicofísicas precisas cuando éstos estén interesados en obtener o prorrogar la vigencia del permiso o de la licencia de conducción. Para ello deberán realizar las pruebas y exploraciones nece-

sarias y determinar que no están afectados por alguna de las enfermedades o deficiencias que pueden suponer incapacidad para conducir o, en su caso, la necesidad de establecer adaptaciones, restricciones u otras limitaciones de acuerdo con la regulación vigente.

De la función de evaluar dichas capacidades se encarga en el ámbito respectivo de cada uno, el personal facultativo del centro, compuesto por un médico general, un médico oftalmólogo y un psicólogo, cuyo responsable será el director del centro. Es importante especificar sobre esta responsabilidad que el art. 6.3 del RD 170/2010 establece:

“El director del centro o, en su caso, el director facultativo si aquél no reuniera la condición de facultativo, será el responsable de que las pruebas se hayan realizado en sus instalaciones de acuerdo con el Protocolo de exploración médico-psicológica que, a tales efectos, editen los Ministerios del Interior y de Sanidad y Política Social, así como de la firma del informe de aptitud psicofísica y del dictamen final del modelo de historia clínica que figuran en los anexos II y III, respectivamente.”



Esto nos podría indicar que de la responsabilidad civil cuando un centro de reconocimiento no cumple con sus obligaciones, y un cliente sufre daños o los provoca como consecuencia de un reconocimiento desafortunado tras el cual no debería de conducir, respondería el director del centro. Sin embargo, es muy complicado encontrar alguna sentencia en la que se establezca la responsabilidad civil directa del CRC, debido a que los daños ocasionados suelen ser consecuencia de un accidente de circulación en el que la responsabilidad se imputa al mismo conductor.

Entonces cabe plantearse la cuestión de quién puede exigir esa responsabilidad civil al CRC. Al tratarse de un centro cuya función no es diagnosticar, tratar, rehabilitar etc. ni ningún acto típico de la medicina curativa, sino una función evaluadora de la capacidad psicofísica, podríamos establecer que hay un contrato entre el centro y el cliente por el que el primero se compromete a evaluar las capacidades del segundo por un precio.

Enfocado de esta manera indica la existencia de una responsabilidad civil contractual, al haber realizado el cliente un contrato con un experto del sector quien debiendo evaluarle correctamente no lo ha hecho, conociendo las consecuencias que podría acarrear para el cliente y los terceros involucrados en el daño que provoque.

En todo caso, en este ámbito y tratándose de derechos absolutos los afectados (la integridad física, la vida lo son), entre doctrina y jurisprudencia se discute si quedan tutelados por el acuerdo previo entre las partes, o si, por el contrario, quedan fuera del marco contractual. En tal caso, ya sabemos, suele alegarse la “unidad de la culpa civil”, acudiéndose a la doctrina de la yuxtaposición o concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual, en virtud de la cual “ante la evidencia de un daño, si entre los sujetos autor y perjudicado existe una previa relación jurídica y el perjuicio es consecuencia tanto de un incumplimiento de una obligación propia de aquella relación, como del deber general de no dañar a los demás, la víctima podrá optar por exigir la reparación, bien por la vía contractual, bien por la extracontractual”. Finalmente, destacar que, aunque el art. 6 del RD de 2010 declara como sujetos responsables al director del centro o, en su caso, al director facultativo, al emplear auxiliares en el cumplimiento de su obligación, la eventual responsabilidad civil de aquellos no se descarta a pesar de que la

actuación negligente provenga de uno de los concretos facultativos del mismo. (Leciñena Ibarra, 2020)

Ahora que ha quedado expuesto este enfoque de la responsabilidad civil del CRC, es esencial recordar que pese a ser sujetos privados, ejercen un servicio público, y es que la Administración se sirve de la acreditación que les proporciona a estos centros para externalizar un servicio. Como recoge el art. 2 del RD 170/2010, estos centros necesitan para operar tanto una autorización administrativa por la autoridad sanitaria como una acreditación por la Jefatura Provincial de Tráfico. Por lo que estaríamos ante un sujeto privado (CRC) encargado del ejercicio de este servicio, quedando la titularidad del servicio en manos de un sujeto público (administración).

Otra muestra de la titularidad de la administración es que quedan en sus manos, según el Art 26 del RD 170/2010 las labores de control e inspección del correcto funcionamiento de estos centros. Y si estas labores se incumplen, se puede producir la responsabilidad “in vigilando” de la administración, tal y como se afirmó en la STSJ de Castilla León de 28 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 328251) *“para que el daño se impute a la Administración no es preciso localizar el agente concreto causante de los daños, debiendo atribuirse los mismos a la ‘organización’ en cuanto tal, ya que la titularidad de la organización constituye un título de imputación suficiente, tanto por que el servicio haya funcionado mal, como porque no haya funcionado, cuando existe un deber de actuar... el título de imputación de la Administración demandada puede arrojarse con el incumplimiento por parte de la misma de los deberes de policía, inspección y vigilancia que siempre ostenta sobre el servicio público, y ello con independencia de las acciones de regreso que puedan corresponder al Ayuntamiento contra la empresa concesionaria”*.

En el ámbito penal encontramos otras sentencias condenatorias como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 11 de noviembre de 2013 (JUR 2013, 367444) en la que expresamente se condenó a una directora facultativa de un centro de reconocimiento como autora de un delito de falsedad en el certificado médico expedido y tipificado en el artículo 397 CP. Otra sentencia ejemplo de esto es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 19 de abril de 2016 (JUR 2016, 123421), en la que son condenados tanto el director del centro que era a un mismo tiempo direc-

tor facultativo, el psicólogo y oftalmólogo, por un delito continuado de falsedad documental, siendo hechos probados, la conducta reiterada de los mismos que sin realizar las exploraciones pertinentes e incluso fuera del centro donde deberían haberse practicado, expiden certificados en los que se califica de aptos a diversos sujetos que podrían en realidad no estar cualificados como tales.

Lo más complicado es demostrar la existencia del nexo causal entre el informe incorrecto y el daño causado, ya que la responsabilidad del mismo deriva en un primer momento de una actuación negligente del conductor. En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2003, (JUR 2004, 409), Sala de lo contencioso Administrativo, se reclamaba Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones públicas por la muerte de dos personas por concesión de licencia de armas a quien carecía de aptitudes psicológicas para ello, constatándose que la exploración del autor de las muertes se lleva a cabo por un Centro de reconocimiento de aptitudes psicofísicas que lo considera apto a pesar de que el autor de los delitos padecía un grave trastorno psíquico. La Audiencia Nacional, no obstante, niega la responsabilidad de la Administración, pero advierte que *“habría de establecerse la responsabilidad a exigir del centro privado, al resultar incorrecto el informe de aptitud emitido”*.

Es esencial conocer que posteriormente la Sentencia anterior es casada y anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, Sala Tercera (RJ 2007, 3746), declarando que *“la Administración, para la concesión de la licencia, se basa fundamentalmente en el exiguo informe emitido por el Centro en el que de una forma prácticamente estereotipada se limita a dar un dictamen psicológico ‘positivo’, reputándole apto para licencia sin hacer absolutamente ninguna otra consideración sobre las aptitudes psicológicas y estado mental que debían ser estudiadas a los efectos de las causas de denegación de licencias... Resulta evidente que el informe médico de dicho Centro, cuya mínima motivación ya hemos recogido, no se correspondía con la real situación mental que el informe médico forense emitido en el proceso penal puso de relieve, y que en el momento en que cometió sus acciones delictivas padecía un trastorno mental fruto de una patología permanente en el tiempo e irreversible que, sin embargo, no fue ni mínimamente apuntada por el Centro de reconocimiento en su informe y que fue el que llevó a la Administración a conceder una licencia de armas, que lógicamente*

no hubiese concedido, si dicho Centro hubiese emitido un informe que reflejase el verdadero estado mental”.

De ello extrae el Tribunal Supremo que *“Así las cosas es evidente que el motivo de recurso debe ser estimado, apreciándose la responsabilidad patrimonial de la Administración que se reclama, pues, el Centro privado que emite el informe está reconocido e inscrito por los organismos oficiales correspondientes, a los que no puede resultar ajena, y deben responder por la forma en que se ejercita la actividad realizada por los Centros a los que, previo cumplimiento de los requisitos reglamentarios, se autoriza por la Administración, precisamente, para la acreditación de circunstancias relevantes en relación a la concesión o, en su caso, renovación de determinadas licencias”*.

En definitiva, este criterio de la culpa in vigilando puede relacionarse con supuestos de defectuosa inspección de la Administración, es decir, se refiere a su propio ámbito de actuación, a la dejación o incorrecta práctica de las funciones de control y que se suelen corresponder con la tutela de la seguridad en la prestación de servicios públicos, y ello, como ya se ha dicho, independientemente de la responsabilidad del centro de reconocimiento. (García Pérez, 2020)

4.2.2. Personal médico público y privado

Aunque existen diversos factores que influyen en mayor o menor medida, en el origen de los accidentes de tráfico, el consumo de medicamentos es objeto de creciente interés. No se puede olvidar que los medicamentos tienen un triple efecto: por un lado, efecto beneficioso (terapéutico), por otro los efectos adversos y en tercer lugar posibles efectos adversos añadidos si se combina con otro tipo de sustancias (interacciones). (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2016)

Cuando uno o ambos de los dos últimos efectos mencionados dan lugar a un accidente, cabe preguntarse acerca de la responsabilidad derivada del deber de informar que recae sobre el facultativo que los prescribió.

La responsabilidad profesional por la información del medicamento se origina en que todo profesional que interviene en la denominada «cadena terapéutica del medicamento» ya sea porque realiza un diagnóstico, prescripción, dispensación, administración y/o seguimiento, contrae obligaciones en materia de información al paciente.

La conocida como «Ley de autonomía del paciente» (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), establece con carácter general la exigencia de facilitar información a los pacientes, además es complementada por otras normativas legales de derechos de los pacientes dictadas por algunas Comunidades Autónomas. El profesional sanitario, siempre que prescriba o indique un tratamiento con medicamentos, debe proporcionarle un asesoramiento adecuado sobre los riesgos, contraindicaciones, efectos secundarios, etc. con independencia de la información para el paciente que se contiene en el prospecto del fármaco. No basta con depositar la confianza en que el paciente hará una lectura del prospecto, sino que el profesional ha de actuar diligentemente en este terreno, asegurándose de que el paciente está informado de forma correcta.

En el supuesto que nos concierne, las concreciones de la obligación de información del medicamento se contienen en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, así como en las diferentes normativas legales de farmacia de las Comunidades Autónomas. Pues en la exposición de motivos del Real Decreto se afirma que la información para el uso correcto del medicamento es uno de los ingredientes básicos de la prestación farmacéutica; y en su cuerpo normativo, que la dispensación conlleva necesariamente información. También regula algunos aspectos importantes el Reglamento de receta médica (Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, de receta médica y órdenes de dispensación).

La responsabilidad profesional por falta de información del medicamento puede recaer sobre un médico si, por dejar de advertir al paciente en tratamiento de las precauciones o limitaciones que razonablemente (conforme a la experiencia y estado de la ciencia) deba adoptar para no poner en riesgo su salud, se le causa un daño. Hay que poner especial cuidado cuando hablamos del paciente conductor, y más aún cuando se trate de conductores profesionales ya que la diligencia del profesional sanitario tiene que extremarse, pues no solo está en peligro su propia salud, sino también la de terceros que circulan por la vía pública o quiénes están a su cargo (por ej. si es conductor de autobús).

Hay que tener presente que las incompatibilidades de determinados trastornos inducidos

por drogas o medicamentos con la conducción está puesta de manifiesto de manera explícita en el Reglamento General de conductores (Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, Anexo IV, aptdo. 11.7), donde no se admite a aquellos con delirium, demencia, alteraciones perceptivas, trastornos psicóticos u otros inducidos por drogas o medicamentos que supongan riesgos para la seguridad vial. Tampoco se admiten casos de antecedentes de trastornos inducidos por drogas o medicamentos en los que la rehabilitación no esté debidamente acreditada. (Redondo Margüello, 2014)

Sobre este punto nos interesa dejar sentado que, la problemática de las consecuencias de la falta de información y/o consentimiento informado, más que un problema de distribución de riesgos es una cuestión que debe ser resuelta desde el análisis de la relación de causalidad, puesto que como bien lo destaca De Ángel, “el punto de partida, es el de que al médico que incurre en culpa en el deber de información le es objetivamente imputable el daño experimentado por el paciente”. (Parra Sepúlveda, 2014)

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de fecha de 22 de noviembre de 1991, “*constituye un deber exigible a los miembros de la profesión médica y, en general al personal sanitario, el que adviertan claramente a sus pacientes de las contraindicaciones de los medicamentos que receten o administren, de modo tal que si se omite el cumplimiento de este deber se incurre en responsabilidad, o por la persona jurídica pública o privada en cuya organización se encuentra el técnico sanitario, o por éste individualmente si ejerce la profesión de modo libre*”.

Pues la responsabilidad civil se produce cuando ha habido culpa o negligencia por parte del autor del resultado dañoso, en conformidad con la concepción jurídica tradicional de la misma y, asimismo que, en la actualidad, se tiende hacia la objetivación de la responsabilidad civil en la medida en que la obligación de resarcimiento surge únicamente de la constatación del nexo causal entre el agente y el resultado dañoso producido, con independencia de presencia o no de intención o de negligencia. (De Lorenzo y Montero, 2015)

Esa responsabilidad, cuándo se ha informado correctamente al paciente y este decide interrumpir el tratamiento prescrito o automedicarse fuera de las pautas establecidas por el facultativo, ya no recae sobre el médico. Al igual sucede en el caso de las apneas del sue-

ño cuando un CRC pide del cliente un informe de una unidad del sueño evaluándolo, ya que en todo caso, y a los efectos que prevé la norma, la unidad de sueño que deba certificar a fin de la obtención o prórroga de la licencia, deberá hacerlo con arreglo a la realidad del caso concreto, indicando si efectivamente el sujeto está sometido a tratamiento y control, sin que —en principio— se pueda extender al profesional médico la responsabilidad de un eventual accidente si con posterioridad a la emisión del informe favorable el paciente abandonara voluntariamente el tratamiento, por cuanto que se produciría una ruptura de la relación de causalidad. («Aspectos médico-legales del SAHS. Responsabilidad civil», 2005)

Por lo tanto al igual que sucede con los CRC, cuando la responsabilidad es del personal del sistema de salud público existe la posibilidad de dirigirse contra la Administración sanitaria en un proceso contencioso administrativo donde podría exigirsele responsabilidad patrimonial, pero cuando es el personal médico de una entidad privada contra el que nos dirigimos deberemos hacerlo por la vía civil correspondiente para exigir dicha responsabilidad, enfrentándonos a la complicada tarea en ambas situaciones de demostrar el nexo o relación de causalidad entre el daño y la entidad o personal facultativo contra el que nos dirigimos.

4.3 Deber de informar, confidencialidad, protección de datos y secreto profesional. (especial mención conductores profesionales y bajas permanentes SS).

Cómo hemos visto en los apartados anteriores, tanto los Centros de Reconocimiento de Conductores que determinan la inaptitud o restricciones/limitaciones de un conductor cómo los facultativos médicos que le prescriban un tratamiento o fármacos que le afecten a la conducción, tienen el deber de comunicárselo a dicho cliente (del CRC) o paciente (del sistema sanitario).

Sin embargo, hay una diferencia esencial entre los primeros y los segundos, y se trata del deber de comunicación a un tercero. En el caso de los CRC, estos se comunican con la Jefatura Provincial de Tráfico para transferir la información correspondiente sobre la aptitud, inaptitud, limitaciones o restricciones de un conductor.

En el caso en que la inaptitud para conducir derive de un hecho por el que se establezca la baja permanente, sí existe un novedoso me-

canismo de comunicación y colaboración entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Jefatura Central de tráfico, este se añade, con efectos de 21 de marzo de 2022, por el art. único.39 de la Ley 18/2021, de 20 de diciembre incorporando al Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, la Disposición adicional decimocuarta. Colaboración entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Jefatura Central de Tráfico:

“Cuando con ocasión de la tramitación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social de un procedimiento para el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente a un trabajador profesional de la conducción, el órgano competente para la emisión del dictamen-propuesta proponga la declaración de la situación de incapacidad permanente como consecuencia de limitaciones orgánicas o funcionales que disminuyan o anulen la capacidad de conducción de vehículos a motor, lo pondrá en conocimiento de la Dirección Provincial para que dé aviso de la situación del trabajador al Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico, a efectos de la iniciación del procedimiento de declaración de pérdida de vigencia de alguna o de todas las clases del permiso o licencia de conducción del que sea titular dicho conductor profesional, por desaparición de los requisitos para su otorgamiento.

En dicho aviso en ningún caso se harán constar historias clínicas, documentación u otros datos relativos a la salud del trabajador afectado.”

Dicha colaboración también viene reflejada en el Real Decreto-ley 2/2021, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, (que entró en vigor el 26 de enero) incluye la Disposición final quinta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto legislativo 8/2015). Entre los artículos reformados está el 77. Reserva de datos, cuyo primer párrafo queda así:

«Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y solo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras, servicios comunes y órganos que integran la Administración de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto: ...»

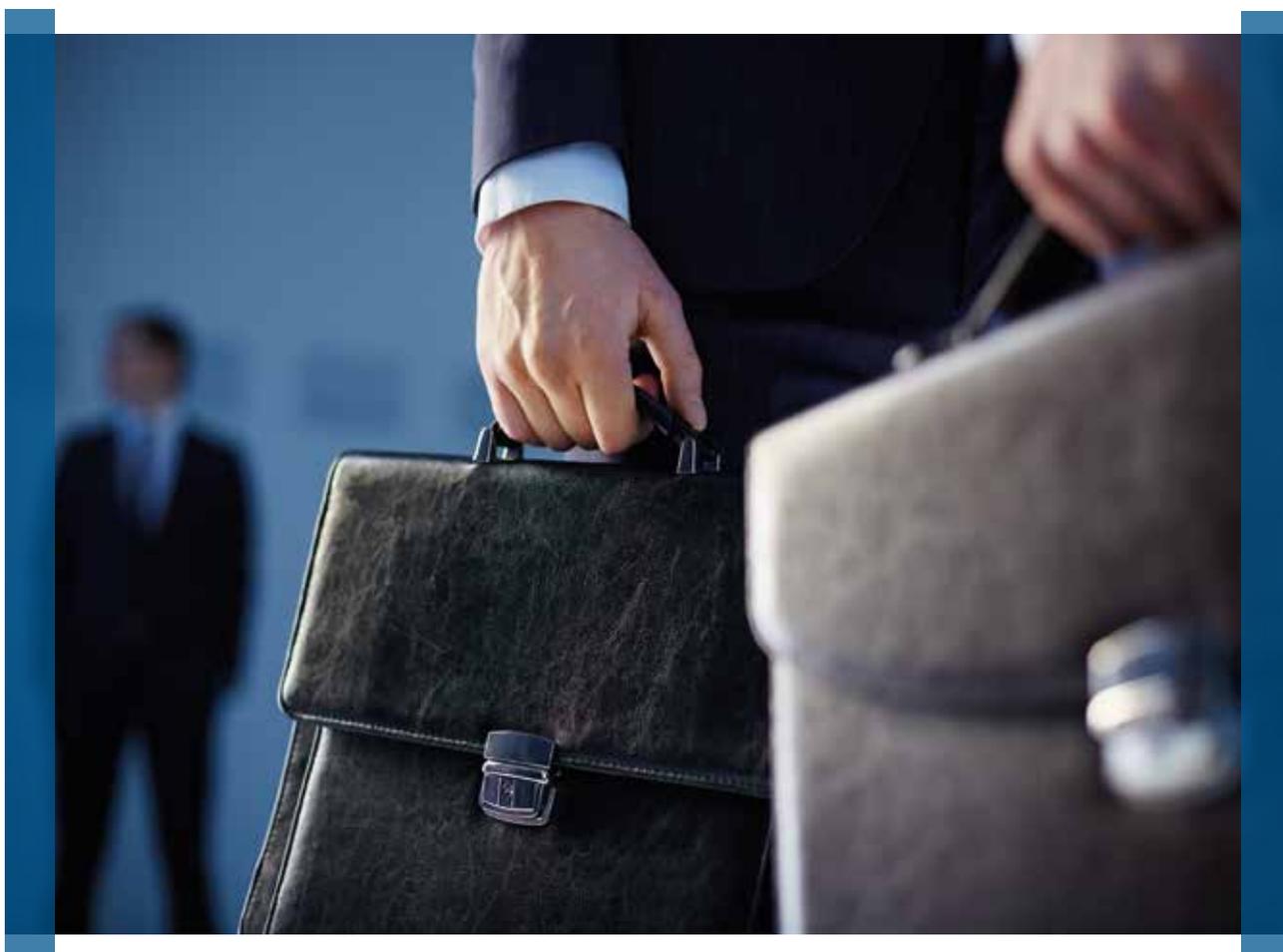
j) «La colaboración con el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico para que este inicie, en su caso, el procedimiento de declaración de pérdida de vigencia del permiso o la licencia de conducción de vehículo a motor, por incumplimiento de los requisitos para su otorgamiento en aquellos supuestos en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social declare en situación de incapacidad permanente a un trabajador profesional de la conducción, como consecuencia de presentar una limitación orgánica y/o funcional que disminuya o anule su capacidad de conducción de vehículos a motor.

La colaboración se realizará mediante un aviso, en el que no se harán constar otros datos relativos a la salud del trabajador afectado.»

Sentado este ejemplo de una reciente y eficaz regulación de la transmisión de datos, de carácter personal y médico que influyan en la conducción, entre dos organismos oficiales del Estado, es momento de plantear qué sucede en casos que aún no han sido regulados correctamente y cuya creación de normativa reguladora urge.

Es decir, la cuestión más compleja se plantea en el caso de los facultativos médicos, ya que estos no están directamente vinculados con ese tercer organismo, pero sin embargo son de los primeros en conocer de condiciones que impedirían temporal o definitivamente la conducción, antes incluso que un CRC al cual probablemente solo llegaría ese conocimiento en el momento en que el conductor fuese a renovar su licencia de conducir.

Siendo, según la DGT, el periodo de vigencia de los permisos de conducción de motocicleta, coche y moto, AM, A1, A2, A, B, y Licencias de Conducción de 10 años hasta los 65 años de edad y a partir de esa edad, la renovación se realiza cada 5 años y el de los permisos profesionales de conducción de camión y autobús, C, C1, D, D1, EC, EC1, ED, ED1, que se renovarán cada cinco años mientras su titular no cumpla 65 y cada tres años, a partir de esa edad. No es de extrañar que en ese amplio periodo de tiempo tenga lugar algún cambio en las aptitudes psicofísicas para conducir.



En los espacios de tiempo entre las prórrogas, si la autoridad de tráfico tiene conocimiento de que la persona puede haber perdido su capacidad para conducir, puede iniciar un procedimiento para que sea evaluada su aptitud por la autoridad sanitaria o CRC, pero si el propio conductor no informa, ¿quiénes estarían sujetos a ese deber de informar a la autoridad de tráfico correspondiente para que se inicie el procedimiento de evaluación o de retirada provisional de la licencia de conducir?

Un tema espinoso, que cuestiona los límites de la ética, y que ha sido muy discutido, es si el médico tiene o no la obligación de denunciar a un paciente ante la Dirección General de Tráfico cuando tiene conocimiento de que, pese a no estar en condiciones óptimas para conducir, sigue haciéndolo. ¿Debe el médico preservar la confidencialidad de los datos, valorando el secreto profesional, o prima el interés social que evitaría accidentes que perjudicasen a terceros? ¿Es superior el valor de protección social o debe primar el derecho de la persona a conducir? Es este un tema que se debate recurrentemente en distintos foros sin que se haya llegado a una conclusión definitiva. (Arias Rivas et al., 2021) La Comisión sobre Seguridad Vial y Movilidad Sostenible del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 22 de junio de 2017, aprobó una Proposición no de Ley relativa a controlar los problemas físicos o psíquicos que limitan la capacidad de conducción, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en sus propios términos: “El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a la creación de un grupo de trabajo interministerial entre la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación y la Dirección General de Tráfico para estudiar la posible adopción de medidas en orden a una eventual comunicación de aquellas lesiones físicas o psíquicas que tengan efectos directos en la capacidad de conducción en aras de la seguridad vial.».

Pese a los cambios que se propusieron, la normativa vigente deja mucho que desear en el ámbito de la comunicación de este tipo de datos entre organismos que puedan prevenir los accidentes provocados por aquellos conductores cuyo derecho a la protección de datos y confidencialidad se podría ver vulnerado si no se hace esta comunicación de datos sensibles de una manera correcta.

De una parte, tenemos la posición normativa que establece el deber de compartir ciertos datos aunque sean confidenciales, así en el art. 262 LECrim se establece la obligación de de-

nunciar a los que, por razón de su cargo, profesión u oficio, tuvieran noticia de algún delito público y conmina con una sanción más grave a los facultativos que incumplieren ese deber de dar parte a la autoridad de la comisión de tales delitos; de otro, el art. 450 del CP castiga la omisión del deber de impedir los delitos enumerados en su apartado primero; y finalmente, el art. 757 de la LEC, impone con carácter imperativo a las autoridades y funcionarios públicos y con carácter meramente potestativo a cualquier persona el deber de comunicar al Ministerio Fiscal los hechos que pudieren resultar determinantes de la incapacitación.

Pero como podemos observar, no encajan con el supuesto tratado, pues lo que se pretende es poner en conocimiento de la Jefatura de tráfico las enfermedades o alteraciones físicas o psíquicas que determinan la pérdida de las aptitudes precisas para la conducción y la consiguiente retirada del permiso de conducción. Sin embargo, el Código De Deontología Médica establece en su artículo 30.1.c) que: “El secreto profesional debe ser respetado. No obstante, el médico podrá revelar el secreto exclusivamente ante quien tenga que hacerlo, en sus justos términos y con el asesoramiento del Colegio si lo precisara (...) si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o a un peligro colectivo.” Y este precepto determina obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados al tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 219/1989.

Para comunicar dichos datos a la Jefatura de Tráfico, y que sea considerado como tratamiento lícito de datos clínicos, se precisa de una causa legal o base legítima que lo justifique. Concretamente, el art. 9.2.g RGPD, contempla la posibilidad de un tratamiento necesario “por razones de un interés público esencial” amparado en norma adicional que debe cumplir con los requisitos establecidos en el referido precepto, esto es, “debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”, y precisa además que “se ofrezcan las garantías adecuadas” (art. 56 RGPD).

Análogas exigencias impone la doctrina del Tribunal Constitucional cuando trata de perfilar los límites del derecho fundamental a la intimidad, pronunciándose en los siguiente términos: “*el derecho fundamental puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya*

de experimentar esté fundada en una previsión legal, que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho” (STC de 23 de marzo de 2009 – RTC 2009, 70– citada por la sentencia 76/2019, de 22 de mayo de 2019 –RTC 2019, 76–)53.

En definitiva, el secreto puede ceder ante situaciones en las que hay un interés público esencial y prevalente. De modo que la injerencia en la intimidad y la comunicación no consentida de datos clínicos a la Jefatura de tráfico quedaría justificada si concurrieran los siguientes presupuestos: 1. Fin constitucionalmente legítimo; 2. observancia de la proporcionalidad de la medida; y 3. previsión legal de la medida limitativa. (Morales Saura, 2020)

Observándose esos requisitos, el tratamiento de datos sensibles que conlleva la comunicación no consentida de datos objeto de análisis, excluidos los casos en los que el profesional médico queda exonerado del compromiso por consentimiento expreso del paciente, ha encontrado refrendo doctrinal y jurisprudencial consolidado en la causa de justificación, prevista como eximente en el artículo 20.5.ª CP, de actuar por un estado de necesidad, cuando la revelación es el único medio para evitar un mal de mayor gravedad, eliminando así la anti-juridicidad de la conducta reveladora y absolviendo de la responsabilidad al profesional médico por la divulgación de estos datos.

Es por todo lo expuesto en este apartado que la comunicación de datos por un médico sobre las aptitudes psicofísicas de un paciente a un tercero cómo la DGT, con la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos de terceros, es una tarea compleja con la normativa vigente y que deja al personal sanitario esperando una regulación concreta y necesaria para este tema.

V. JURISPRUDENCIA

Tras haber hecho un recorrido por las muy diversas cuestiones que surgen en el objeto de este trabajo, este apartado tiene como finalidad conocer de forma práctica, a través de sentencias y casos reales, la incidencia que tienen en nuestros tribunales los problemas planteados en materia de seguridad vial, prevención de accidentes y responsabilidad civil. Podemos dividirlos atendiendo a que el origen causal del hecho enjuiciado sea accidentes relacionados con:

- Medicación y tratamientos.

- *Sentencia del Juzgado de lo Penal nº1 de Segovia 354/2019 (Sección 1ª), de 8 de octubre de 2019. Roj: SJP 912/2019 - ECLI:ES:JP:2019:912*

Esta sentencia ejemplifica un claro caso de consumo de varias sustancias al volante, y cómo, aunque algunas se podrían intentar justificar de manera legal alegando la prescripción médica de éstas, otras entran claramente en la categoría de drogas, siendo un delito tipificado la conducción bajo sus efectos. Cómo podemos ver, cuando ambas clases de sustancias confluyen en un accidente, no importa la prescripción o no de una como medicamentos ya que al tratarse la otra de droga ya entra en el tipo penal del Art 384 CP.

“La acusada dice tomar metadona por prescripción, esto es ilógico pues incluso los que toman metadona saben que no deben conducir. Los síntomas que presenta son completamente compatibles con la completa desinhibición a las circunstancias de la conducción desinhibida así la adormilada, habla dificultosa, movimientos descoordinados e inquietos.

En este caso la acusada manifiesta en sede de atestado declara que consumió drogas (metadona) y el hecho de que fuera con prescripción es indiferente, parece claro que consumió altas dosis de cocaína tal como refiere la Perito actuante Doña Celsa.”

El siguiente extracto de la sentencia pone de relieve el alarmante peligro que representa conducir en ese estado y la necesidad de evitar conductores así en nuestras carreteras:

“En este caso, la acusada se chocó con una bionda de seguridad, pero bien pudo haberlo hecho contra un vehículo donde circulase terceros ciudadanos e incluso niños y es altamente probable que si hubiera ido hacia la derecha acabará causando un terrible siniestro. La conducta durante todo el juicio ha sido desinhibirse de este juicio lo que denota un nulo arrepentimiento y el privarle definitivamente del carnet de conducir se convierte en una necesidad para intentar abortar una más que probable catástrofe.”

- *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Pamplona/Iruña 11/2021 (Sección 2ª), de 18 de enero de 2021 (recurso 195/2020) Roj: SJCA 43/2021 - ECLI:ES:JCA:2021:43*

En esta sentencia, cómo en la anterior se pretende justificar resultar positivo en el test de varias sustancias, con la prescripción médica para una de ellas, evidenciando una vez más la sentencia en su argumentación la incompatibilidad de estas con la conducción:

“De la prueba aportada por el propio recurrente se puede tener por acreditado que consume, por prescripción facultativa, metadona, informe sanitario que, realizado a petición del propio paciente y aquí recurrente

Pero es que, aunque se pretenda, como parece que mantiene la parte recurrente, que la prescripción facultativa de la metadona es causa suficiente para producir la nulidad de la sanción (...)

Si la metadona es una droga (medicamento) y produce efectos sobre la conducción, la consecuencia no es, ni puede ser, que quien la consume, a pesar de sus efectos sobre la conducción, pueda conducir.

El efecto es el que se deriva de los propios términos del artículo 14.1 de la Ley de Tráfico, que permite, por quien conduce un vehículo, el uso de drogas y medicamentos, en tanto que esas sustancias no alteren ni menoscaben las condiciones para conducir vehículos.

En el presente caso el resultado, que no ha sido desvirtuado, determina el positivo en tres

sustancias (morfina, a 6-monoacetil morfina (6AM) y metadona), lo que determina la comisión de la infracción administrativa que impide conducir con presencia de drogas en el organismo.”

- Enfermedades que afectan a la conducción

• *Sentencia del Tribunal Supremo 1019/2010, 2 de noviembre de 2010, dictada en el recurso de casación nº 589/2010:*

“El acusado, no obstante observar la circulación de numerosos vehículos en sentido contrario al seguido por él, lejos a de aminorar su velocidad o efectuar cualquier otra maniobra siguió en la misma dirección, circulando al menos durante 40 kms. en la creencia de que era él, el que circulaba en sentido correcto y que los demás usuarios de la vía eran los que querían matarle, provocando con ellos situaciones de riesgo inminente de colisión con tales vehículos, así como dos accidentes de tráfico.

El acusado carecía de conocimiento y voluntad de forma plena en el momento de cometer los hechos, produciéndose esa situación por una reactivación o brote esquizofrénico de tipo paranoide con alucinaciones verbales (...) pues durante la ejecución de los hechos el procesado ha estado afectado por una anomalía o alteración psíquica que anulaba plenamente



te sus facultades intelectivas y volitivas, con lo que lo cual, le impedía comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Fallo: Que considerándose a Arsenio como autor de un delito de conducción con consciente desprecio a los demás, más otros dos delitos de homicidio dolosos, y cuatro de lesiones, en la relación establecida en el art. 77 del Código Penal, debemos absolver y absolvemos al acusado de tales ilícitos, al concurrir la eximente completa de anomalía o enajenación mental.”

• **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia 890/2010, de 08 de octubre de 2010 Recurso De Casación Núm: 10312/2010**

En esta sentencia, al igual que en la anterior nos encontramos ante un claro ejemplo de trastorno mental y de conducta que se encuadra en el apartado 10.3 del anexo IV del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

“10.3 Esquizofrenia y otros trastornos psicóticos.: No debe existir esquizofrenia o trastorno delirante. Tampoco se admiten otros trastornos psicóticos que presenten incoherencia o pérdida de la capacidad asociativa, ideas delirantes, alucinaciones o conducta violenta, o que por alguna otra razón impliquen riesgo para la seguridad vial.”

“los hechos ocurrieron con motivo de una reactivación de la enfermedad al entrar en una fase aguda con un brote psicótico plasmado en un delirio muy concreto: actuaba convencido de que estaba siendo filmado como protagonista de una película que tenía como fin convencer a los esquizofrénicos de que se tomaran la medicación.

Absolvemos al acusado Mauricio del delito de conducción temeraria, de dos delitos de homicidio y de dos delitos de lesiones, al apreciar la eximente completa de alteración psíquica.

Se mantienen los pronunciamientos del fallo condenatorio sobre la responsabilidad civil y demás extremos no cuestionados ante esta Sala.”

Como observamos en este caso, aunque no se le considere penalmente responsable, sí que fue condenado civilmente, pues no debería estar conduciendo con dicho padecimiento y fruto de el mismo causó tan negativos resultados.

- Somnolencia al volante y la apnea

• **Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra 34/2021 (sección 2ª), de 21 de enero de 2021, (recurso 5/2021) Roj: AAP PO 4/2021 - ECLI:ES:APPO:2021:4A**

“Como se dice en los autos impugnados, de las actuaciones existen indicios de la comisión de los delitos de homicidio por imprudencia del art. 142.1 CP por atropello de un ciclista, con fuga por parte del investigado (Art. 195 CP). La zona del atropello es recta, con amplia visibilidad y el accidente se produjo un día soleado. El investigado, conductor profesional, ha sido diagnosticado de una enfermedad de apnea del sueño, y tras dicho diagnóstico no se renovó el carnet ni se determinó si le imposibilitaba o no para conducir. El investigado negó recordar nada sobre haber pasado por la zona del atropello.

Ante las manifestaciones del investigado a los agentes de tráfico, éstos intervinieron cautelarmente el permiso de conducir por entender que las limitaciones psicofísicas que presentaba (necesita CPAP a 8cm nocturna y en siesta, apnea del sueño) podrían estar incursas en el art. 36.1 del Reglamento General de Conductores (Decreto 818/2009 de 8 de mayo), por si procediese el inicio de declaración de pérdida de vigencia y, consecuentemente, de la adopción de la medida de suspensión cautelar o intervención inmediata de la licencia o permiso de conducción (art. 39 del Reglamento General de Conductores) por parte de la Jefatura de Tráfico.

También el Ministerio Fiscal interesó la retirada cautelar del permiso, por considerar la concurrencia de un riesgo grave en la conducción del investigado.

Se fundamenta por todo lo expuesto un riesgo grave en el uso del permiso de conducción, en tanto se esclarecen las circunstancias del caso y la procedencia de su intervención conforme al art. 764.4 LEcr.”

• **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 6988/2017 (Sala de lo Social, sección 1ª) de 17 de noviembre de 2017 (Recurso 5108/2017) Roj: STSJ CAT 10072/2017 - ECLI:ES:TSJCAT:2017:10072**

“En efecto, el demandante tiene como profesión la de conductor de mercancías peligrosas, y, a resultas de padecer apnea obstructiva del sueño (moderada) con somnolencia nocturna, fue objeto de reconocimiento médico por el servicio de prevención concertado por la empre-

sa en 3/6/2016, indicándosele que no resultaba apto para el desempeño de su puesto de trabajo como conductor de camión de mercancías peligrosas diurna. Se le da tratamiento con hipnóticos para mejorar el descanso por la noche.

(...) resulta palmario que el actor está inhabilitado para ejercer su profesión de conductor como consecuencia de la apnea y somnolencia diurna que padece, habiendo determinado el servicio de prevención que no está en disposición, por falta de aptitud, para conducir.

Por todo ello entendemos que concurre en el trabajador una inhabilitación sobrevinida conocida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa y con entidad y duración en el tiempo, que justifica la decisión empresarial de extinguir el contrato por causas objetivas, cumpliendo con los requisitos formales y de indemnización exigidos para ello, por lo que es procedente convalidar la decisión extintiva de la empresa con base al art. 52 a) ET, a fin de preservar su seguridad laboral, sin riesgo propio o de terceros.

- **Sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Barcelona 74/18, de 23 de febrero de 2018.**

“A la vista de los hechos probados, debe resolverse la pretensión de la parte demandante, que solicita la declaración de incapacidad permanente absoluta, situación que se define en el art. 194.5 LGSS como aquella que “inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”

A la hora de resolver dicha pretensión, debemos señalar que el síndrome de apneas obstructivas del sueño, el insomnio y la hipersomnia subjetiva y objetiva secundarias a los anteriores impiden al demandante el ejercicio de cualquier profesión, pues los problemas derivados de la falta de sueño son graves y, en consecuencia, afectan claramente a cualquier actividad reglada que el demandante pueda desempeñar. Por tanto, el demandante debe ser declarado en situación de incapacidad permanente absoluta.”

- **Auto de la Audiencia Provincial de León 321/2013 (sección 1ª), de 18 de julio de 2013, (recurso 34/2013) Roj: SAP LE 1070/2013 - ECLI:ES:APLE:2013:1070**

“No cabe obviar que en el informe del accidente, se constata que el lesionado padecía una apnea del sueño (debía tener estrictamente prohibido terminantemente prohibido subirse a una altura), y según los informes médicos había tenido un traumatismo esternal por una caída debida a un mareo, pero a su vez, teniendo en cuenta

la valoración impropia del peligro por parte del trabajador y su poco sentido común, al subirse en altura teniendo dicha patología, supone a su vez que ha habido una supervisión inadecuada respecto identificación del riesgo y a la vigilancia del cumplimiento de las normas de seguridad.

(...) De este hecho deduce que la entidad demandante sería la responsable civil por los hechos que motivaron la sanción administrativa”

- **Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 2 marzo de 2020 (recurso 4149/2017) Roj: STS 711/2020 - ECLI:ES:TS:2020:711**

Esta sentencia del Excmo. Magistrado José Luis Seoane Spiegelberg pone de relieve una de las controversias de responsabilidad civil planteadas sobre qué cubren las aseguradoras, se trata de un caso en que el demandante reclamaba a la aseguradora una importante suma en concepto de los daños indirectamente sufridos por él al fallecer tanto su esposa como sus tres hijos en un accidente que él mismo provocó.

“del atestado instruido como consecuencia del siniestro se desprende que el accidente se produjo como consecuencia de la falta de control del vehículo por parte del conductor (actor) al “rendirse ante el sueño”, no constando la existencia de ningún pronunciamiento judicial sobre su responsabilidad.”

Pues bien, pese a que cómo hemos mencionado anteriormente los daños a terceros en caso de quedarse dormido al volante están cubiertos, no lo están así los propios, “En la actualidad, la reforma del art. 5 LRCSVM operada por la Ley 21/2007, de 11 julio, ha despejado las dudas existentes, pues con arreglo a la nueva redacción se dispone que “la cobertura del seguro de suscripción obligatoria no alcanzará a los daños y perjuicios ocasionados por las lesiones o fallecimiento del conductor del vehículo causante del accidente”.

“Extender el resarcimiento por causa de muerte a los allegados del conductor fallecido, único implicado en el siniestro, supondría atribuir, sin un precepto legal que lo autorice, efectos propios de un seguro de accidentes a un seguro que está concebido y regulado como un seguro de responsabilidad civil.”

Lo más impactante de este caso, pese al interés jurídico que tenga en materia de responsabilidad civil, es que se trata de un claro ejemplo de la magnitud que puede tener como cau-

sante de un accidente el sueño, y el propio conductor lo reconoce, que por quedarse dormido se han perdido cuatro vidas, la de su esposa y tres hijos. Si hubiese sido detectada cualquier patología relacionada con la somnolencia recogida en el anexo IV, podría o haberse evitado el accidente bien tratándola o bien impidiendo que un sujeto con la misma condujese.

VI. CONCLUSIONES

- *Problemática del actual sistema de categorización de medicamentos y propuesta de actualización.*

Tras haber analizado el efecto que los medicamentos pueden tener en la conducción, es

MEDICAMENTOS QUE PUEDEN INTERFERIR EN LA CONDUCCIÓN		POSIBLE EFECTO	RECOMENDACIONES
SISTEMA NERVIOSO	ANSIOLÍTICOS/ HIPNÓTICOS Benzodiazepinas (BZD) Zopiclona Zaleplon Zolpidem, etc.	- Alteraciones psicomotrices y de alerta, incluso a dosis terapéuticas. - Sedación excesiva como consecuencia de la acumulación de BZD de acción larga con la administración repetida. - Efectos derivados de la privación o retirada: insomnio de rebote, ansiedad, reacciones de agresividad, síndrome de abstinencia. Son menos frecuentes en las BZD de acción larga.	Los pacientes tratados con BZD deberían evitar en lo posible la conducción, especialmente durante las primeras horas de la mañana (por la somnolencia residual) y, por supuesto, no ingerir bebidas alcohólicas. Hay dos reglas en el tratamiento de pacientes geriátricos: seleccionar BZD que no sufran biotransformación hepática y que no se acumulen, y ajustar progresivamente la dosis.
	ANALGÉSICOS OPIÁCEOS Morfina Codeína Dextropropoxifeno Tramadol, etc.	Somnolencia, disminución de la alerta psíquica, e incluso vértigo.	Las personas que utilizan este tipo de medicamentos, no deberían conducir vehículos. Varios autores afirman que una prohibición absoluta es excesiva, especialmente en los tratamientos crónicos con morfina. Algunas especialidades con estas sustancias son consideradas "analgésicos menores", lo que acarrea importantes consecuencias.
	ANTIDEPRESIVOS Antidepresivos Tricíclicos o AT (imipramina, etc) Inhibidores de la	Efectos anticolinérgicos (visión borrosa), sedación e hipotensión ortostática. La supresión radical produce (con mayor frecuencia e intensidad):	Es aconsejable que los pacientes con depresión mayor conduzcan una vez que se ha estabilizado el tratamiento y obtenida una respuesta positiva al mismo, evaluada por el psiquiatra. La norma más común para suspender un tratamiento
	Recaptación de Serotonina o ISRS (fluoxetina, etc)	alteraciones digestivas (náuseas, dolor abdominal, diarrea), alteraciones del sueño, letargo y alteraciones afectivas. Con los ISRS: vértigo, fotofobia y parestesias. Todos ellos desaparecen rápidamente al reanudar el tratamiento.	antidepresivo que haya durado más de ocho semanas, consiste en ir reduciendo la dosis a lo largo de un período no inferior a un mes. En cualquier caso, es especialmente importante informar a los pacientes acerca de esta cuestión. Los ISRS afectan en menor medida a la aptitud de conducir.
	ANTEPILEPTICOS Topiramato Lamotrigina Fenitoína, Carbamazepina, etc.	Ataxia (descoordinación motora), temblor, somnolencia, letargo o estados de confusión o aturdimiento. La necesidad de buscar el fármaco adecuado, conlleva un período de coexistencia que implica posibles interacciones, con pérdida de efectos (crisis epiléptica) o de potenciación de efectos adversos neurológicos, y posibilidad de crisis de rebote.	La epilepsia en sí incapacita para conducir, lo que se contempla incluso en el código de la circulación. En general se considera que un paciente epiléptico está capacitado para conducir solo cuando, gracias al tratamiento, han transcurrido dos años desde la última crisis, la suspensión de la medicación se realiza gradualmente y sus efectos secundarios están controlados.
	ANTIPARKINSON Levodopa Pramipexol Ropinirol, etc.	Con levodopa es frecuente una pérdida progresiva de eficacia hacia los 3-5 años de tratamiento, con aparición de síntomas parkinsonianos acusados (fenómeno on-off). Pramipexol y ropinirol pueden provocar ataques repentinos de sueño.	Hay que tener especial cuidado en caso de conducir por los efectos del tratamiento, pero también por los episodios de "freezing" (bloques motores que impiden durante unos segundos la iniciación o la continuación de un movimiento) y el temblor inducido por estrés. Estas manifestaciones son componentes de la propia enfermedad de Parkinson y ocurren incluso en ausencia de tratamiento.

	<p>ANTIPSICÓTICOS Olanzapina, Risperidona, etc.</p>	<p>Somnolencia y visión borrosa (típicamente anticolinérgicos). Al inicio, síntomas extrapiramidales como parkinsonismo, acatisia y distonía según la dosis; hipotensión ortostática (más intensa en la administración i.m.), hipertensión, taquicardia, etc.</p>	<p>En general, los pacientes con esquizofrenia u otros cuadros de naturaleza psicótica no deberían conducir, salvo en aquellos casos adecuadamente estabilizados. Aun así, se recomienda viajar acompañados, moderar la velocidad, evitar las horas punta y los viajes nocturnos, etc).</p>
	<p>ANESTÉSICOS</p>	<p>Efectos residuales significativos, lo que merma la capacidad de reacción de los pacientes.</p>	<p>Por ello, se recomienda que aquellos que han recibido un anestésico, no conduzcan en un periodo mínimo de 48 horas, ya que la eliminación de estos fármacos es lenta.</p>
	<p>ANTIMIGRAÑOSOS Sumatriptán, Rizatriptán.</p>	<p>Mareos y somnolencia por la propia migraña y por estos fármacos.</p>	<p>No se recomienda la conducción de vehículos durante el tratamiento con "triptanes"</p>
	<p>ANTIVERTIGINOSOS Flunarizina, Cinarizina.</p>	<p>Potente efecto antihistamínico (somnolencia) y vasodilatador.</p>	<p>No parece prudente que un paciente con un ataque de vértigo conduzca un automóvil, incluso aunque esté siendo tratado.</p>
<p>APARATO RESPIRATORIO</p>	<p>ANTIHISTAMÍNICOS (H₁) Clorfenamina, Difenhidramina, etc. <u>AntiH1 2ª generación:</u> Astemizol, Azelastina, Fexofenadina, Loratadina, Mizolastina, Terfenadina</p>	<p>Los antihistamínicos "clásicos" tienen acción anticolinérgica y la capacidad de producir somnolencia. Se han desarrollado antihistamínicos de 2ª generación que carecen de estos efectos. Los efectos neurológicos asociados al bloqueo de los receptores histamínicos y colinérgicos incluyen:</p>	<p>La recomendación básica a realizar a los pacientes es que eviten conducir bajo la influencia de medicamentos antihistamínicos, aunque sean de "segunda generación", dado que, aunque el riesgo de somnolencia es inferior respecto a los "clásicos", no puede descartarse por completo. El hecho de que los antihistamínicos sean utilizados mayoritariamente para síntomas no relacionados con el sistema nervioso (como la alergia al polen o rinitis alérgica) contribuye a confundir a los pacientes no informados. Esto</p>
	<p>Cetirizina, Elastina, etc.</p>	<p>ansiedad, parestesia, alteraciones visuales e incluso alucinaciones.</p>	<p>se agrava porque muchas fórmulas son EFP.</p>
	<p>DESCONGESTION NASAL</p>	<p>Muchas preparaciones comerciales contienen antihistamínicos</p>	<p>Aunque no es probable que los efectos neurológicos sean marcados, debe informarse a los pacientes.</p>
	<p>ANTITUSIVOS Dextrometorfano, Codeína</p>	<p>Somnolencia, vértigo, excitabilidad, confusión, nistagmo, dificultad al hablar.</p>	<p>Se recomienda mucha prudencia al conducir.</p>
<p>APARATO DIGESTIVO Y METABOLISMO</p>	<p>ANTIABIÉTICOS Insulina, Antidiabéticos orales</p>	<p>Posibilidad de hipoglucemia intensa, sobre todo con insulina. Los cuadros de hipoglucemia asociados a los antidiabéticos orales suelen ser menos intensos y menos frecuentes. Diversos estudios han demostrado que la capacidad de conducción se empieza a deteriorar cuando los niveles de glucemia bajan a 3,6 mmol/l (65 mg/dl).</p>	<p>Ante el menor signo de mareo, el paciente diabético debería apartarse al arcén y, si es posible, tratar su hipoglucemia con una pequeña cantidad de azúcar. Siempre deberá dejar transcurrir el tiempo necesario para recuperar todas sus capacidades cognitivas. Las recomendaciones básicas para la conducción por parte de los pacientes diabéticos es que controlen frecuentemente su glucemia, conozcan perfectamente los síntomas asociados a la hipoglucemia y estén preparados para actuar con rapidez. Esto supone que pueden conducir siempre que tengan bien controlada su diabetes.</p>
	<p>PROCINÉTICOS Metoclopramida, Cieboprida, etc.</p>	<p>Producen frecuentemente (10-25%) agitación, somnolencia, astenia o sedación.</p>	<p>Su uso no es aconsejable, especialmente al principio del tratamiento.</p>
	<p>ESTIM. APETITO Ciproheptadina</p>	<p>Son antihistamínicos y anticolinérgicos, lo que produce</p>	<p>Precaución al conducir. Se debe informar al paciente.</p>
	<p>Pizotifeno, etc.</p>	<p>somnolencia, sequedad de boca y visión borrosa</p>	
	<p>ANTIEMÉTICOS Ondansetrón, etc.</p>	<p>Cefalea, estreñimiento o diarrea (10-25%) y mareo, astenia o sedación(1-9%)</p>	<p>Se recomienda evitar la conducción de vehículos y el manejo de maquinaria peligrosa.</p>

APARATO CARDIOVASCULAR	BETA BLOQUEANTES Propranolol, Atenolol, etc.	Especialmente al principio del tratamiento, fatiga, mareos, cefalea, insomnio, y sensación de hormigueo.	La mayoría no presentan gran riesgo para la conducción, pero se aconseja utilizar este grupo de medicamentos de forma muy precavida o incluso no usarlos en conductores diabéticos.
	ANTIHIPERTENSIVOS Prazosina, Doxazosina, etc.	Hipotensión postural (en general tras la primera toma), con mareos o vértigo en los movimientos bruscos.	Comenzar con dosis bajas, que se incrementan progresivamente. Advertir al paciente que durante el inicio del tratamiento, o si se ajusta la dosis, debe tener precaución al conducir.
	ANTIANGINOSOS Antagonistas del calcio del calcio (nifedipina, diltiazem, etc), Nitratos (dinitrato y mononitrato de isosorbida, etc).	Antagonistas del calcio: mareos y/o cefaleas al principio del tratamiento. Ocasionalmente, ansiedad, somnolencia, astenia, parestesia y calambres musculares. Nitratos: cefaleas graves y persistentes. Taquicardia e hipotensión marcada (10-25%), y a veces bradicardia paradójica y angina de pecho aumentada.	Antagonistas del calcio: Se aconseja precaución durante la conducción de vehículos o el manejo de maquinaria peligrosa o de precisión. Nitratos: En general, no se aconseja la conducción de vehículos durante las primeras semanas de tratamiento.
	ANTIARRITMICOS	Todos ellos producen	La mayoría de los antiarrítmicos de uso ambulatorio
	Propafenona, Flecainida	frecuentemente mareos y visión borrosa.	contraíndica la conducción durante las primeras semanas de tratamiento.
	VASODILADORES PERIFÉRICOS	Mareos (1-9%), hipotensión ortostática, insomnio y cefalea.	No se aconseja la conducción de vehículos durante las primeras semanas de tratamiento.
	ANTIAGREGANTES PLAQUETARIOS Dipiridamol	Frecuentemente (10-25%) se asocia a mareos y ocasionalmente (1-9%) a cefalea.	No se aconseja la conducción de vehículos, ni el manejo de maquinaria peligrosa durante las primeras semanas de tratamiento.
APARATO LOCOMOTOR	RELAJANTES MUSCULARES Carisoprodo, Metocarbamol, Baclofeno, Ciclobenzaprina, etc.	Carisoprodo: taquicardia, hipotensión, mareos, somnolencia, cefalea y ataxia. Metocarbamol: somnolencia, visión borrosa, vértigo, nerviosismo y ansiedad. Baclofeno y ciclobenzaprina: hipotonía muscular, somnolencia. Ocasionalmente mareos, parestesia, visión borrosa.	En general, se debe evitar la conducción de vehículos bajo los efectos de este tipo de fármacos, porque los reflejos se encuentran disminuidos. Los AINE no suelen suponer una contraindicación para la conducción.
TUBERCULOSIS	Isoniazida Etambutol	Visión borrosa y mareos, así como confusión e incluso alucinaciones.	Precaución en la conducción.
APARATO GENITOURINARIO	Lisurida, Clomifeno, Antiespasmódicos urinarios	Lisurida: posible disminución de la capacidad de reacción. Clomifeno: alteraciones de la visión. Trosipio, oxibutinina, tolterodina: visión borrosa, mareos y fotofobia.	Se debe advertir al paciente.
OTOLÓGICOS	Colirios, pomadas oftálmicas, etc.)	Son capaces de perturbar temporalmente la capacidad visual de los pacientes.	

importante resumirlo con este claro y conciso esquema extraído del Consejo General de Colegios Farmacéuticos:

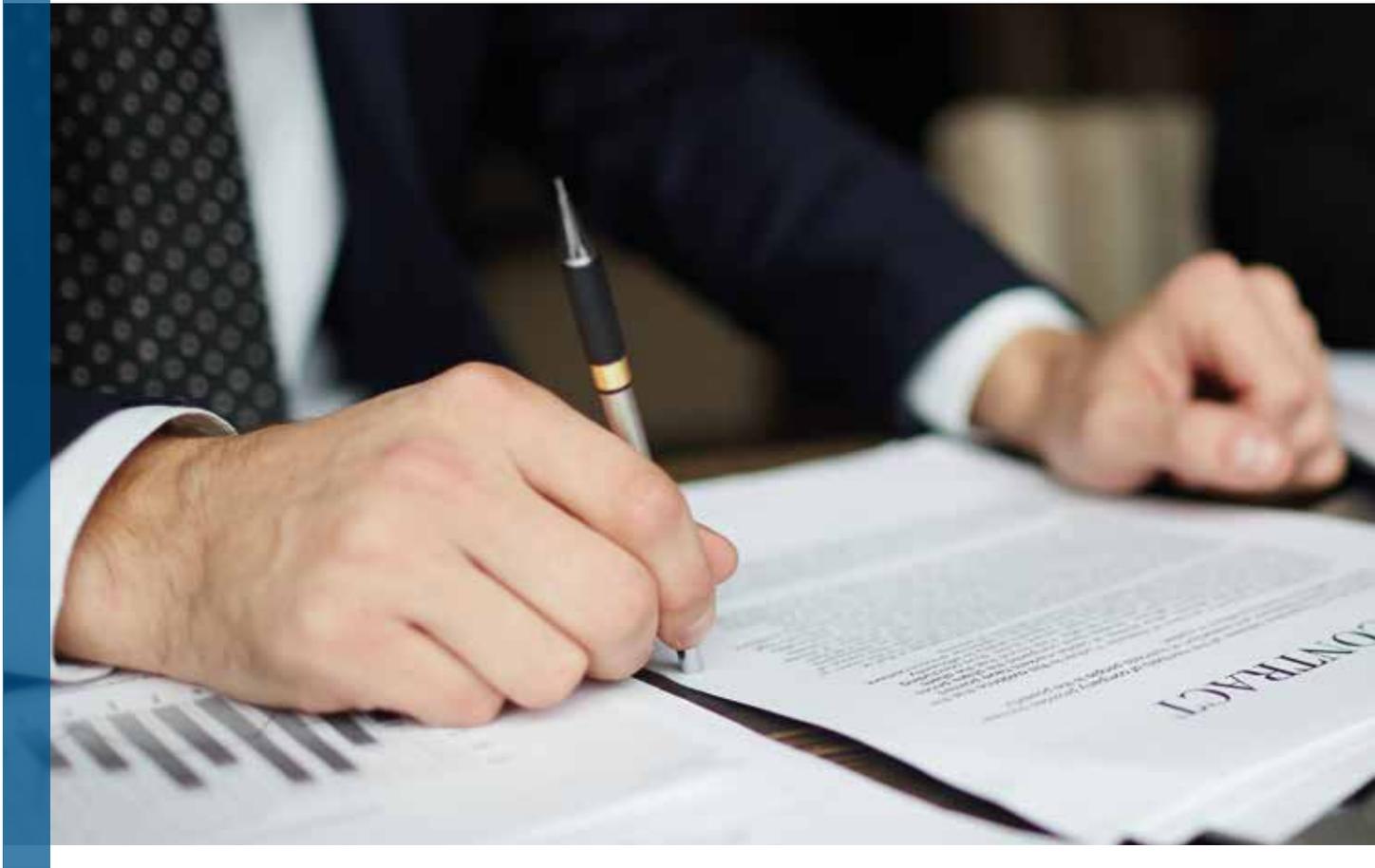
Viendo la gran cantidad y tipos de medicamentos que afectan a la seguridad vial, activa y pasiva, de todos, no solo quienes los consumen sino cualquier otro usuario de las vías públicas a quien podrían involucrar en un accidente causado por el uso de estos medicamentos, cabe plantearse que no nos podemos basar únicamente en si afectan o no a la conducción sino además ¿en qué medida?. El sistema actual de advertencia se basa en el pictograma de la silueta negra de un coche sobre un triángulo de fondo blanco con bordes rojos, que nos indica la necesidad de leer el prospecto del medicamento porque afecta a la conducción.

El problema de este sistema es que al haber tantos medicamentos de tan diferentes usos

y que deben llevar el pictograma, el paciente puede no considerar adecuadamente el alcance del peligro que suponen para la conducción ya que el rango de efectos y probabilidad de estos es muy amplio.

En conclusión, creo que es muy útil y necesaria una modificación del sistema de categorización de los medicamentos y su grado de afectación a la conducción, es por ello que si utilizásemos el sistema planteado en el proyecto europeo D.R.U.I.D. (DRiving Under Influence of alcohol and Drugs) y gracias a este los médicos estuvieran informados correctamente de estas categorías, podrían a su vez transmitir dichas precauciones de forma sencilla y gráfica a los pacientes a quienes prescriban este tipo de medicamentos.

Fuente: Proyecto Europeo D.R.U.I.D.



Además de incorporar el sistema en el entorno médico-paciente, fuera de éste también se debería añadir modificando el pictograma en la caja de los medicamentos que actualmente regula el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, reemplazándolo por el de la imagen inferior. De esta forma en un momento, nada más con mirar el envase, podremos saber en qué categoría se encuentra el medicamento y prevenir así sumar más víctimas a las alarmantes estadísticas que he ido exponiendo.

Este sistema permitiría también disminuir la carga de responsabilidad civil que pudiese tener el facultativo sanitario al recetar medicamentos así dándose el caso de que el paciente que los tome y tenga un accidente alegue que no fue informado correctamente, aunque cómo se verá en las siguientes conclusiones hay otras propuestas de soluciones factibles para este caso.

- *Desarrollar la proposición no de ley 161/001916, de 16 de mayo de 2017 creando un grupo de trabajo interministerial.*

La proposición no de ley que formuló el grupo Popular en 2017, recogía lo siguiente “Los

modelos de evaluación de aptitudes para la conducción deben abarcar una doble vía de comunicación, por una parte, con el modelo primario tal y como se conoce con revisiones periódicas, y, por otra, con la comunicación inmediata a las Autoridades Administrativas de Tráfico por parte del médico de una patología o circunstancia sobrevenida permanente que incapacite a la persona para la conducción. Es por lo tanto en estos casos en que el paciente presenta déficits o pérdida de aptitudes sobrevenidas permanentes que puedan afectar su capacidad por conducir cuándo el papel del médico se hace decisivo.

Proposición no de Ley: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a la creación de un grupo de trabajo interministerial entre la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación y la Dirección General de Tráfico para estudiar la posible adopción de medidas en orden a una eventual comunicación de aquellas lesiones físicas o psíquicas que tengan efectos directos en la capacidad de conducción en aras de la seguridad vial.»”

Pese a que fue aprobada, y ya se propuso hace más de cinco años la creación de un grupo



General de Colegios Médicos, sobre el secreto médico, incluye los certificados de aptitud (conducción, uso de armas) entre los procedimientos de control que merecen una especial consideración a efectos de transmitir información con la consiguiente ruptura del secreto médico.

- El Fiscal de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Murcia, Lanzarote Martínez, ya hablaba en 2013 sobre “la necesidad de abordar una reforma legislativa a fin de otorgar cobertura normativa y con ello expresa previsión legal con “claridad y calidad de ley” a la comunicación de datos clínicos a las autoridades de tráfico para la iniciación del procedimiento de la declaración de pérdida de vigencia del permiso de conducir por pérdida de las aptitudes psicofísicas necesarias para la conducción.”

- A finales de 2019, en el “I Congreso Nacional sobre deterioro de las aptitudes del conductor senior en el marco del envejecimiento activo: seguridad vial y deber de confidencialidad del médico”: Necesidad de lograr soluciones al dilema al que se enfrentan los facultativos cuando en la horquilla temporal entre dos revisiones del permiso o la licencia de conducción (diez años mientras su titular no cumpla los sesenta y cinco años y de cinco años a partir de esa edad) detectan que el paciente ha visto menoscabadas sus aptitudes psicofísicas para la conducción. El dilema al que se enfrenta el profesional es comunicar tal incidencia a la Jefatura Provincial de Tráfico vs. guardar la confidencialidad que impone su profesión.

Todas las propuestas mencionadas tienen la misma finalidad, sin embargo, hay diversas formas o medios de lograr la consecución de dicho fin:

- La consideración del secreto compartido cómo una variable del secreto profesional

El RGPD (artículo 9.2, apartado h), y 3) implícitamente exime del deber de secreto a los profesionales que ceden los datos por las razones que contempla el artículo 16 de la LBAP y, a la par, sujeta expresamente a los profesionales y órganos administrativos que reciben y tratan esos datos al deber de secreto profesional.

Lo anterior convierte en a dichos profesionales en confidentes necesarios de un secreto compartido. La institución del secreto médico compartido permite enmarcar las comunicaciones de datos a facultativos ajenos al proceso asistencial de paciente por razones de protección de la sa-

de trabajo interministerial, no han tenido lugar aún los más que necesarios avances para hacer de ese proyecto una realidad, al menos no por organismos oficiales. Es por ello que a continuación se plantean distintos enfoques para lograr esta comunicación entre los organismos sanitarios y los que componen la Dirección General de Tráfico de forma eficaz, segura y amparada por el derecho.

• Opciones para regular la transmisión de datos a la DGT sobre cambios en las aptitudes psicofísicas de un conductor.

Son muy diversos los organismos y entidades oficiales que han destacado la necesidad de establecer una vía de comunicación o colaboración entre el personal médico y la DGT para, en aras de la seguridad vial y protección tanto del paciente conductor cómo de terceros, evitar temporal o permanentemente que conduzca o al menos establecer ciertas restricciones. Varios ejemplos de esa búsqueda pertinaz de una solución a este problema normativo son:

- La Declaración de 8 de julio de 2017 de la Comisión Central de Deontología del Consejo

lud pública, de medicina preventiva y para lograr buenos niveles de calidad asistencial.

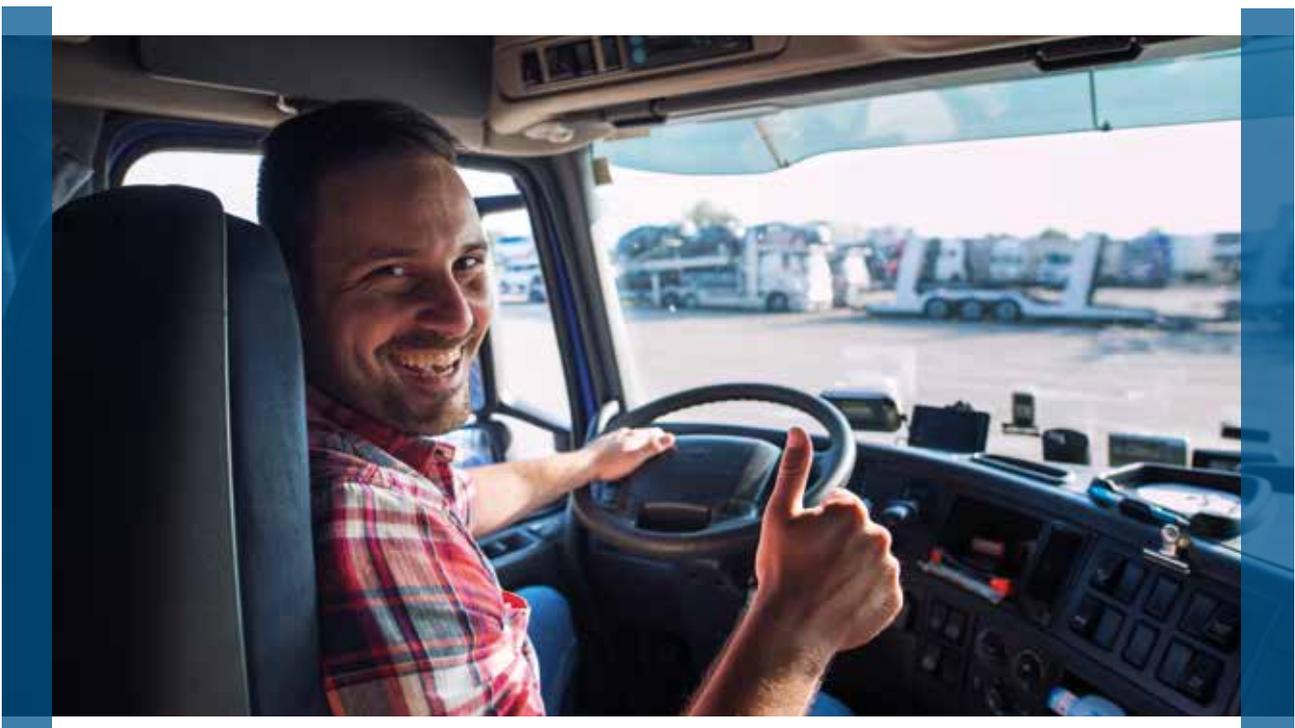
Hay varias excepciones al deber de secreto establecidas normativamente, pero sin embargo la diferencia sustancial que no se da en el resto de los supuestos legalmente establecidos en los que se excepciona el deber de secreto, es que la comunicación de los datos se produce exclusivamente entre médicos o profesionales sanitarios y en el ámbito de la actividad sanitaria pública. De este modo podemos ver que no se trataría de revelar un secreto en sentido amplio, sino de transmitir una información médica a otros médicos y/o autoridades que actuarán también en beneficio del paciente y de la colectividad, quedando estos igualmente obligados a salvaguardar y proteger el secreto. Sosteniendo así que el secreto compartido, estudiado desde una óptica técnico-jurídica, no implica o conlleva una ruptura del deber de secreto a efectos de transmitir información, mediante una conexión entre los médicos de atención primaria y hospitalaria, públicos y privados, y los centros homologados, a través de la cual los profesionales podrían advertir que las condiciones psicofísicas de la persona han cambiado, para que estas fueran evaluadas y contemplar así si es apto o no, o si requiere adaptaciones o limitaciones.

Dicha comunicación entre la medicina asistencial, pública y privada, la medicina del trabajo y los centros de acreditación de capa-

idades psicofísicas debe entenderse no como una ruptura de la confidencialidad, sino como una ampliación del círculo de confidentes necesarios para una correcta asistencia al paciente y la protección tanto del mismo como de terceros.

Es importante pues considerar la propuesta normativa de (Aguirre et al., 2017) de adaptación al RGPD para la regulación de esta situación "Quedan sujetos al deber de secreto compartido, como confidentes necesarios, los profesionales sanitarios y no sanitarios en relación con los datos de salud que, por comunicación de otros profesionales o por acceso directo legítimo a los historiales clínicos cedidos por las administraciones públicas y entidades privadas, lleguen a conocer y a tratar por necesidad del ejercicio de su función o labor profesional en el ámbito de la asistencia sanitaria, la salud pública y la investigación epidemiológica."

De esta manera no estaría incurriendo el profesional sanitario en la vulneración de los derechos del paciente cuando realice la correspondiente comunicación a otro profesional del sector sanitario, como lo es un facultativo médico del personal del centro de reconocimiento de conductores, de la variación en sus aptitudes psicofísicas para conducir. Pudiendo a posteriori ese último informar a la Jefatura Provincial de Tráfico de la necesidad de iniciar el



procedimiento de retirada temporal del carnet hasta que se evalúen las capacidades del conductor afectado.

- Reforma de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y del Real Decreto Legislativo 6/2015, adaptación ampliada, a todos los conductores, del sistema de colaboración entre el INSS y la DGT propuesto por D. Bartolomé Vargas Cabrera, que ya se emplea en casos de baja temporal o permanente.

La Disposición adicional decimocuarta del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, ya establece un sistema de colaboración entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Jefatura Central de Tráfico. Esta tiene su origen en una propuesta del Fiscal de Sala de Seguridad Vial de la Fiscalía del Estado, de la que he extractado las modificaciones que interesan para el caso concreto, pues ya se ha regulado la colaboración entre el INSS y la DGT:

1. Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial:

«Art. 70. Pérdida de vigencia por desaparición de los requisitos para su otorgamiento

2. El organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico podrá declarar la pérdida de vigencia de las autorizaciones reguladas en este título cuando se acredite la desaparición de los requisitos sobre conocimientos, habilidades o aptitudes psicofísicas exigidas para el otorgamiento de la autorización.

2 bis.

1. El facultativo, en los casos previstos en el art. 16.4 bis de la Ley Orgánica de Autonomía del Paciente pondrá en conocimiento de la Jefatura Provincial de Tráfico solo la existencia de una enfermedad o deficiencia de las incluidas en el Anexo IV del Reglamento General de Conductores sin ninguna otra concreción derivada de la historia clínica.

2. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica:

«Artículo 16. Usos de la historia clínica

3. La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de este como instrumento fundamental para su adecuada asistencia. (...)

4. El personal de administración y gestión de los centros sanitarios solo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.

4 bis. Si de la documentación obrante en la historia clínica se desprende que el paciente que se halle en posesión del permiso de conducir padece una enfermedad o deficiencia de las previstas en el Anexo IV del Reglamento General de Conductores, el facultativo con constancia documental le informará por escrito de sus obligaciones. Si pese a ello no las cumpliera y se tratara de graves enfermedades o deficiencias que representen un riesgo muy elevado para su vida o integridad física o la de los usuarios de las vías públicas derivado de la conducción de vehículos de motor, le advertirá de que puede dar cuenta a la Jefatura de Tráfico valorando las circunstancias concurrentes e informándole en el caso de que la haya realizado, de la comunicación que se llevará a cabo en los términos previstos en el artículo 70.2 bis de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.»

- Propuesta legislativa que permitiera modificar el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad vial, incorporando al mismo la posibilidad de que el facultativo pudiera comunicar a la Jefatura Provincial de Tráfico la pérdida de aptitudes psicofísicas de sus pacientes conductores cuando, en el ejercicio de su actividad asistencial, considerase que la enfermedad o patología del paciente o el tratamiento prescrito pudiera poner en grave riesgo la seguridad vial.

A diferencia de la anterior, la reforma que se propone quiere modificar un único artículo, lo que la hace más realizable, pero a su vez debe acotar de forma muy exacta lo que abarca y tener en cuenta la regulación sobre tratamiento y protección de datos personales. Es importante dicha consideración dado que cuando se alerta de una posible pérdida de condiciones psíquicas o físicas precisas para conducir, los motivos de dicha pérdida se considerarían datos de salud, los cuales entran dentro de las categorías

especiales de datos contemplados en el art. 9 RGPD, también conocidos como datos sensibles, para los que dicho Reglamento prevé un régimen más protector.

Para que el tratamiento de datos que se lleve a cabo mediante la comunicación que se realice a las Jefaturas Provinciales de Tráfico no vulnere ese régimen protector ha de ampararse en una causa legal o base legítima concreta, la podemos encontrar en el artículo 9.2 g) RGPD: “el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”.

Ahora bien, dicho tratamiento requiere de una norma adicional (habilitación legal adicional a la del art. 9.2.g RGPD) que cumpla con los requisitos establecidos en este último precepto. Además, el TC en su doctrina establece que la comunicación de tales datos debe ser proporcional al objetivo perseguido: respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado. Este mismo tribunal ha establecido que el derecho fundamental a la protección de datos puede ser limitado siempre que se justifique en la necesidad de garantizar otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos.

Tras las anteriores consideraciones, el equipo dirigido por Leciñena Ibarra propone la siguiente reforma del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, creando un nuevo artículo 70 bis:

“Comunicación de la pérdida de aptitudes psicofísicas de los conductores por los facultativos.

1. A los efectos previstos en el artículo 70.2 de esta Ley y con una finalidad de interés público esencial consistente en proteger la vida e integridad física de las personas que circulan en vehículos a motor por la vías públicas, el facultativo que, en el ejercicio de su actividad asistencial, considere que la enfermedad o patología del paciente o el tratamiento prescrito puede poner en grave riesgo la seguridad vial

al constarle que conduce vehículos a motor, deberá ponerlo en conocimiento de la correspondiente Jefatura Provincial de Tráfico a través del medio establecido por la Dirección General de Tráfico.

2. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para realizar dicha comunicación, que deberá cumplir con los principios y garantías establecidas en la normativa de protección de datos personales. A tal efecto:

a) Únicamente se comunicará una alerta relativa a la posible pérdida de aptitudes psicofísicas para la conducción.

b) La alerta será generada por el facultativo, sujeto a secreto profesional, y solo tendrá acceso a ella el órgano encargado de la tramitación del procedimiento de pérdida de vigencia de la autorización administrativa para conducir. No podrá utilizarse la información para finalidades distintas de la tramitación de este procedimiento.

c) Las personas que accedan a esta alerta estarán sujetas al deber de confidencialidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

3. En el tratamiento y transmisión de la información contenida en la alerta deberán adoptarse las medidas de seguridad adecuadas para el tratamiento de categorías especiales de datos, con el fin de evitar el acceso no autorizado, pérdida o destrucción de la información conforme a lo previsto en los artículos 5.1.f y 32 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos”.

- Propuesta de un doble consentimiento informado y firmado.

Esta propuesta se basa en la autonomía de la voluntad (Art 1.255 del CC), en que al paciente con alguna patología o al que se le recete un medicamento, que afecte a sus capacidades psicofísicas para conducir se le pide que firme (o a un tutor, curador o figura similar de derecho o de hecho, si sus capacidades están disminuidas en ese momento) un documento por el que afirma que el facultativo le ha informado correctamente de qué patología tiene o qué medicamento está tomando, cómo puede afectar a la conducción y que no debe conducir temporal o permanentemente y debería ser evaluado por un CRC.



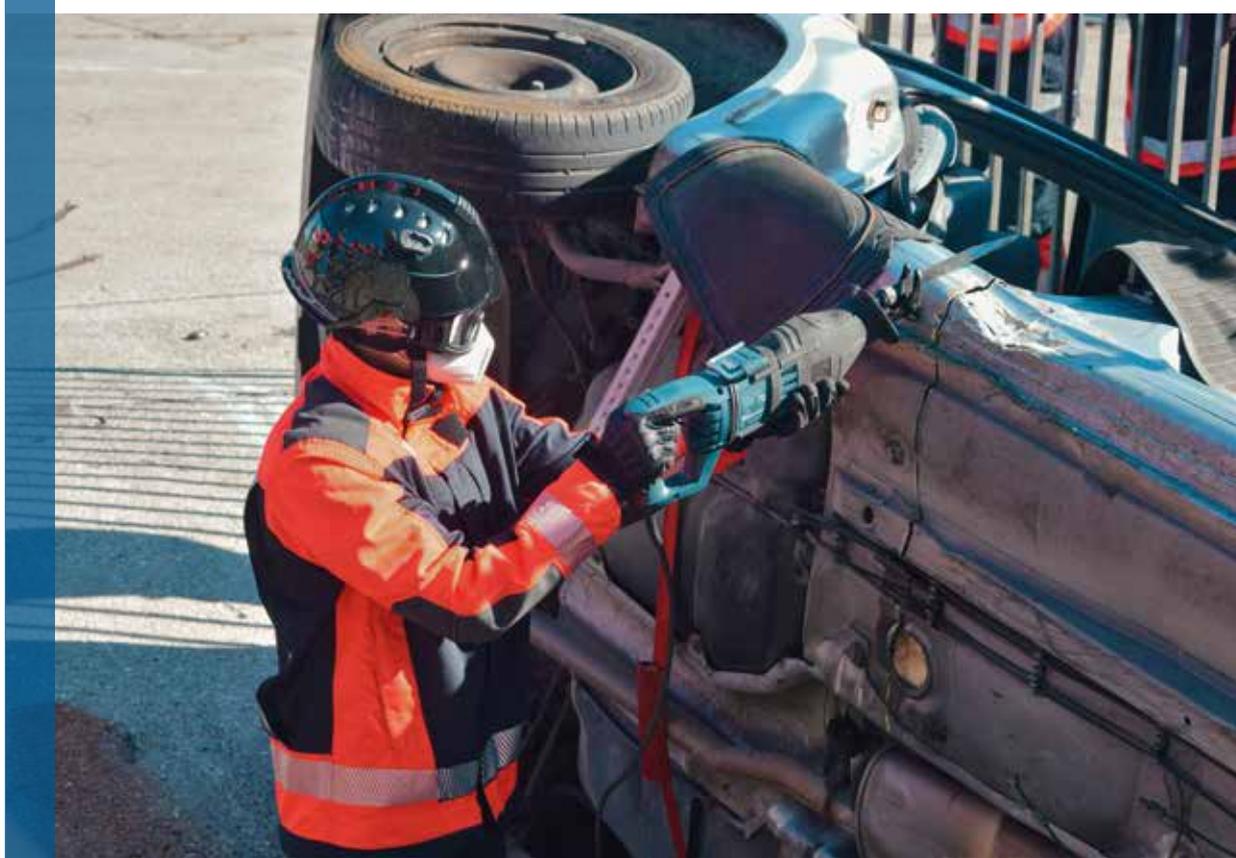
El artículo 5.1 de la Ley 41/2002 indica como titular del derecho a la información al paciente, prescribiendo que: *“El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”*.

Sin embargo, pueden surgir problemas cuando el paciente no tiene capacidad para recibir la información, ya sea por postración a causa de su enfermedad, o porque padece un trastorno o enfermedad psíquica, porque el paciente es menor de edad, o porque este último se encuentra en estado de inconciencia. La situación descrita también es regulada por la normativa española, la cual expresamente en los números 2 y 3 del citado artículo 5 disponen: nº 2, *“El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”*; nº 3, *“Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa*

de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. (Parra Sepúlveda, 2014)

El otro aspecto de ese doble consentimiento informado es firmar otro documento por el que autoriza (o no autoriza) a que el médico comunique lo anterior a la DGT con todos los efectos legales inherentes. En caso de que consienta esa comunicación se iniciara la revisión de la vigencia del permiso de conducir, y en caso de negativa a la comunicación, el facultativo lo hará constar en su historia clínica, eximiéndose de responsabilidad.

Para facilitar la ejecución de esta propuesta las distintas organizaciones médicas, y sanitarias distribuirían modelos redactados de ambos documentos a sus colegiados a firmar por el paciente. Con esto se pretende, concienciar al afectado -que no conduzca-, y proteger más al médico frente a la responsabilidad civil que se pueda derivar de un accidente provocado por el paciente conductor si pese a todo lo explicado conduce. No es ideal, pero podría ser un reme-



dio al menos en el aspecto de la responsabilidad civil del médico. Mientras tanto sigue siendo necesaria una regulación normativa que establezca una vía por la cual el facultativo que conozca de esta información tan relevante pueda comunicarla a la DGT, evitar eficazmente accidentes viales graves y además no sufrir represalias jurídicas por el presunto quebranto de secreto.

- Resumen y reflexión final

Las propuestas relatadas en estas conclusiones, en su mayoría, necesitarían de modificaciones legislativas, pues excepto por la primera propuesta del pictograma que se encuentra regulado por el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre y la última que se podría poner en marcha mediante circulares de los colegios profesionales médicos y sanitarios, las demás exigen un cambio normativo.

La ejecución de las acciones expuestas podría salvar muchas vidas, evitar desgracias y cómo efecto colateral benéfico, al emerger situaciones de merma de capacidad oficialmente solapadas u ocultas, mejorar la siniestralidad laboral.

Con este trabajo de fin de máster mi objetivo ha sido plantear una realidad problemática

que personalmente me llamó la atención y que consideré interesante abordar desde una perspectiva jurídica para investigar qué soluciones podía tener, buscando cómo se regulaban las situaciones aquí desarrolladas y ver si se podían aplicar otras normas, modificando las existentes. Dichas modificaciones vi que eran cada vez más necesarias cuanto más me adentraba en desarrollar el trabajo de investigación previo a la redacción de este TFM, pues se me hacía evidente lo difícil que es de determinar la cantidad de accidentes y delitos cometidos por personas con enfermedades o tratamientos impeditivos, o con permiso de conducción expedido o renovado sin tener las facultades mínimas para la conducción. Y si a lo anterior se le suma la falta de comunicación que hay entre los organismos que pueden conocer de dichas enfermedades y tratamientos con más frecuencia y los organismos destinados a evitar que esas personas conduzcan poniendo en peligro su seguridad y la de terceros, tenemos una mezcla perfecta para el desastre. Un desastre o desgracia que se puede evitar, incrementando la seguridad vial de todos, si se conoce mejor su origen, causas y fallos en el sistema, todo lo cual he pretendido estudiar en este trabajo, pues me pareció un tema original, útil y que reclamaba desarrollo.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Accidente de circulación entre una moto y un vehículo que se adentró en una vía principal desde una vía secundaria en la que había una señal de Stop que regulaba el cruce. Inexistencia de culpa exclusiva del motorista ni de un aporte concausal del mismo de intensidad o valor suficiente para acudir al mecanismo de la concurrencia de culpas

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 23 de enero de 2023

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los siguientes antecedentes relevantes.

1º.-El objeto del proceso

El proceso versa sobre las consecuencias civiles derivadas de un hecho de la circulación, que tuvo lugar sobre las 15.30 horas del día 16 de octubre de 2016, en el punto kilométrico 1,135 de la carretera DP-402 (Ares-Chanteiro), término municipal de Ares (A Coruña), como consecuencia de la colisión del turismo Renault Megane, matrícula W-....-KG, asegurado en la entidad Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija S.A., con la motocicleta Hyosung 0646 FCV, conducida por el actor D. Gabino, que resultó lesionado.

2.- El proceso en primera instancia

El Sr. Gabino presentó demanda contra la referida compañía aseguradora, en la que postuló ser resarcido económicamente por el daño corporal sufrido con la indemnización de 24.054,98 €, o la que, en su caso, corresponda, con los intereses desde la fecha del siniestro y hasta el pago efectivo, acompañando a la demanda informe pericial sobre las lesiones y secuelas padecidas.

La demanda se fundamentó en lo dispuesto en los artículos 1 y 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, modificado por Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ferrol, que la tramitó por los cauces del juicio ordinario 98/2018, con la oposición de la compañía aseguradora, que entendió que la colisión se produjo por culpa exclusiva de la víctima, por lo

que interesó su absolución o, en su caso, la estimación de una concurrencia de culpas.

Posteriormente, en la audiencia previa, la compañía demandada no cuestionó el informe pericial médico presentado por el demandante, que expresamente aceptó; por consiguiente, se declaró fuera de la controversia el alcance de las lesiones sufridas por el actor, y, de esta forma, la cuestión litigiosa quedó circunscrita a la determinación de la conducta causante del daño.

Seguido el proceso, por todos sus trámites, se dictó sentencia por el juzgado, en la que desestimó la demanda al apreciar la culpa exclusiva de la víctima. Contra dicha decisión se interpuso por el lesionado recurso de apelación.

3.- El proceso en segunda instancia

El conocimiento del recurso correspondió a la sección tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña que dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el juzgado.



A tal efecto, tras descartar la aplicación de la doctrina de la sentencia del pleno de esta Sala 536/2012, de 10 de septiembre, puesto que no nos encontramos ante un supuesto de incertidumbre causal sobre la forma en que se desarrollaron los hechos, el tribunal provincial consideró que la causa material, directa y eficiente del daño corporal sufrido radicó en la conducta del motorista lesionado, apreciando la excepción de culpa exclusiva.

Se fundamentó, para obtener tal conclusión, en el atestado levantado por la guardia civil de tráfico, que entendió que la causa de la colisión tuvo su origen en la velocidad inadecuada del motorista para el tipo de carretera y tramo curvo por el que circulaba, todo ello unido a una conducción poco atenta evidenciada en el hecho de tardar en accionar el sistema de frenado, puesto que dejó una huella de tal clase de 7 metros y, desde la salida del stop hasta el lugar de la colisión, hay unos 35 metros de distancia. La sorpresa a la que se refiere el atestado no debe ponerse en relación con una maniobra inadecuada del conductor del turismo, sino con la falta de atención del demandante, puesto que si circulase a velocidad más reducida hubiera podido evitar el choque cuando el automóvil pretendía girar a la izquierda para entrar en una vivienda.

También destacaron los agentes actuantes, continua el razonamiento de la audiencia, que el automovilista realizó correctamente el stop, y que dicha incorporación a la calzada principal nada tuvo que ver con el posterior siniestro. El motorista reconoció haber visto al automóvil cuando salía de la intersección a una distancia de unos 70 metros. Y el automóvil recorrió 35 metros por esta calzada antes de querer girar a la izquierda. La prueba está en que si el automóvil hubiese seguido circulando no se habría producido la colisión. La causa exclusiva del siniestro fue una velocidad inadecuada del motorista que no le permitió detenerse en el espacio visible cuando traza la curva.

4.- Recurso de casación

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora el presente recurso extraordinario de casación.

SEGUNDO.- Examen del motivo único del recurso de casación

El recurso de casación se formuló por interés casacional, por aplicación indebida o, en su defecto, por interpretación errónea del art. 1 de la Ley 8/2004, Texto Refundido modificado

por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en relación a los arts. 76 l), 23.1, 26 y 53 del Texto Refundido de la Ley del Tráfico, aprobado por Decreto Legislativo 6/2015 de 30 de octubre. Y se citó como jurisprudencia infringida la dimanante de las sentencias de 5 de marzo de 1976; 768/2010, de 26 de noviembre y 312/2017, de 18 de mayo.

En el desarrollo del recurso se mantuvo, en síntesis, que las dos maniobras de incorporación a la vía preferente y parada para girar a la izquierda, tras una curva, son de concatenación casi simultánea, de manera que el conductor del turismo, si su intención era detenerse para introducirse en una propiedad, no se cercioró debidamente de si podía acceder a la vía principal dada la proximidad con la que circulaba la motocicleta.

Por todo ello, no fue el motorista, exclusivamente, el único culpable del siniestro, con lo que su pretensión indemnizatoria debería ser aceptada en todo o, subsidiariamente, en parte, caso de apreciarse concurrencia de culpas.

TERCERO.- La responsabilidad por riesgo derivada de la circulación de vehículos de motor

La teoría del riesgo, como fundamento de la responsabilidad civil, nace al socaire del desarrollo técnico. Surge de la utilización de ciertos instrumentos de progreso cuya puesta en funcionamiento constituye una indiscutible fuente de potenciales peligros. Las personas no tienen otra opción que soportar dichos avances tecnológicos, de forma más o menos complaciente o incluso participativa, por los beneficios y ventajas que producen. Son, por ello, socialmente tolerados, y el ordenamiento jurídico no brinda una acción para vedarlos o prohibirlos, evitando que el potencial riesgo que encierran se convierta en un real siniestro. Se establecen, entonces, específicos remedios legales para resarcir el daño que causen bajo el sometimiento, incluso, al régimen del aseguramiento obligatorio. Dentro de estas actividades se encuentran las derivadas de la circulación de vehículos de motor.

En este sentido, la STC 181/2000, de 28 de julio, señala que:

“Sin duda, uno de esos sectores en el que el progreso social ha requerido un giro decisivo en la forma de entender el Derecho común de la responsabilidad civil, hasta provocar una cierta crisis del concepto tradicional, ha sido el de la responsabilidad civil derivada de los daños oca-

sionados por la circulación de vehículos a motor. Un ámbito que en la actualidad se estructura fundamentalmente a partir de un principio de socialización del riesgo, lo que ha exigido, al menos parcialmente, una inevitable superación del modelo de responsabilidad subjetiva basado exclusivamente en la culpa (reproche culpabilístico), para incorporar otras fórmulas jurídicas, como la del aseguramiento obligatorio, la creación de fondos de garantía o la supervisión pública de ciertas actividades vinculadas con el sector, mucho más próximas en sus fines a los principios de responsabilidad compartida y solidaridad con los dañados que a la lógica inherente al principio clásico de "naeminem laedere", inseparable de la noción de culpa o negligencia".

Bajo el contexto expuesto, de socialización del daño, la primera norma que abordó la regulación de la responsabilidad civil, en este sector de la actividad humana, fue la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, cuya entrada en vigor se aplazó, no obstante, más de tres años, la cual señalaba en su exposición de motivos que:

"El constante aumento del tráfico, consecuencia del uso, cada vez más frecuente, de vehículos de motor; el progreso y perfeccionamiento ininterrumpido de la técnica automovilística y las necesidades de la vida moderna han provocado una situación de hecho que constituye una seria preocupación para los Gobiernos de todos los países ante el número de víctimas y daños materiales que ocasiona, en constante progresión, con grave quebranto para la seguridad de las personas y la economía nacional".

Y dentro de los objetivos, que inspiraron la redacción de dicha Ley, se hace referencia en el referido preámbulo:

"El Título III regula la responsabilidad civil y el seguro obligatorio. El resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por la víctima se busca a ultranza, pero en su propio campo y con pleno fundamento jurídico, como algo que brota espontáneo y fluido de una de las fuentes de las obligaciones, la Ley, en función al riesgo que implica el uso y circulación de vehículos de motor".

Con tal finalidad, se redactó el art. 39 de la precitada disposición general que norma:

"El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daño a las personas o a las cosas estará obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe

que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado, o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de éste ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos".

El contenido de dicha disposición normativa fue derogado en parte, concretamente sus títulos I y II, y recogido en el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, objeto igualmente de importantes reformas, como las llevadas a efecto por el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario, así como la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Tras nuevas reformas, y el impacto derivado de la STC 181/2000, de 29 de junio, se promulgó el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que fue objeto, a su vez, de otras reformas por leyes 21/2007, de 11 de julio, 18/2009, de 3 de noviembre, 21/2011, de 26 de julio, y, últimamente, por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, esta última de gran calado.

En lo que ahora nos interesa, pues bajo su dicción normativa hemos de resolver el recurso interpuesto, el art. 1.1, párrafos primero y segundo, del RDL 8/2004, viene a mantener la regulación de la responsabilidad civil dimanante de la circulación de vehículos de motor sometida a un régimen de imputación por riesgo, al establecer dicho precepto que:

"1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

"En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos".

Así las cosas, la ley sólo regula dos supuestos de exoneración de la responsabilidad civil del conductor del vehículo, y, por ende, de su compañía aseguradora contra la que el perjudicado ostenta la acción directa que le atribuye el art. 7 de la precitada ley, cual es la culpa exclusiva del perjudicado o la fuerza mayor, precisamente la primera de ellas es apreciada por la sentencia del tribunal provincial, y su concurrencia constituye el objeto del presente recurso de casación.

La jurisprudencia ha realizado la exégesis del precepto para precisar que debe entenderse por culpa exclusiva de la víctima. En este sentido, una lejana sentencia de esta Sala 469/1969, de 10 de julio, señalaba al respecto que:

"[...] no debe erigirse en principio capital del tránsito rodado el de la traslación unilateral de todas las consecuencias dañosas a los hombros del sujeto que desencadenó el peligro específico; antes al contrario, las ineludibles exigencias de la solidaridad social imponen como norma a cuantos participan en el tráfico la distribución de la carga del riesgo concreto entre todos los que en la situación particular de peligro están en condiciones de coadyuvar a la evitación o disminución del resultado lesivo [...] (en) la realización de esas maniobras anormales, también llamadas de fortuna, el conductor ha de optar por aquella que, conforme a la técnica y a la experiencia, sea la más oportuna y eficaz en el caso concreto para impedir la transformación en daño del peligro inminente originado por la culpa ajena".

Con tal finalidad, la sentencia 1145/1994, de 16 de diciembre, proclamó que:

"Se trata de un supuesto de culpa exclusiva de la víctima, pues como ha exigido esta Sala (Sentencias de 5 de diciembre de 1984, 23 de septiembre de 1985 y otras) exige que no conste por parte del conductor con el que colisionó matiz culposo alguno, ni siquiera levísimo y ha de ser estrictamente interpretada".

La sentencia 1130/2008, de 12 de diciembre, en un adicional esfuerzo delimitador, establece que:

"El principio de responsabilidad objetiva por riesgo limita en todo caso la ausencia de imputación ("quedará exonerado") a los supuestos en que la decisiva intervención de la víctima permite descartar, en todo o en parte, la imputación objetiva del accidente al conductor como producto del riesgo originado por la circulación (cosa que sólo ocurrirá en supuestos de intencionalidad o

negligencia de la víctima o interferencia causal de su conducta de suficiente gravedad para que pueda ser considerada como hecho ajeno a la conducción o al funcionamiento del vehículo)".

Y, por su parte, la sentencia 83/2010, de 22 de febrero, insistiendo en tal doctrina, señala que:

"El régimen de responsabilidad por daños personales derivados de la circulación (artículo 1.1 II LRCSVM) solamente excluye la imputación objetiva cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (cuando los daños se deben únicamente a ella) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización -artículo 1.1 IV LRCSVM - (STS 12 de diciembre 2008)".

Bajo tales condicionantes se apreció, por ejemplo, la culpa exclusiva de la víctima en supuestos en los que el daño derivó únicamente de la súbita e inopinada invasión de la calzada por parte de peatones que resultaron atropellados (SSTS 308/1983, de 31 de mayo; 850/1989, de 17 de noviembre; 1178/1992, de 17 de diciembre; 680/1993, de 30 de junio; 712/1996, de 16 de septiembre; 25/2005, de 27 de enero, o 712/2009, de 2 de noviembre, entre otras); en casos de invasión del carril contrario y colisión frontal con el vehículo que circulaba en sentido opuesto (SSTS 446/1988, de 27 de mayo; 471/1997, de 26 de mayo; 191/1998, de 6 de marzo, o 293/1998, de 1 de abril, entre otras); por irrupción del vehículo en la vía preferente desatendiendo las señales de ceda el paso o stop que le impedían hacerlo (SSTS 374/1994, de 29 de abril; 1158/2001, de 3 de diciembre, etc.); o en hechos de circulación consistentes en la colisión por alcance contra vehículo que circulaba en el mismo sentido de marcha y con la iluminación pertinente (STS 1145/1994, de 16 de diciembre), todo ello dentro de la amplia casuística jurisprudencial existente al respecto.

Es obvio, también, que la compañía de seguros ha de indemnizar a los perjudicados por el evento circulatorio, salvo que acredite una de las causas de exoneración como es, la culpa exclusiva de la víctima (STS 708/2011, de 18 de octubre), cuya carga de la prueba le corresponde.

La idea de que el comportamiento de la víctima excluya la obligación de resarcir, en un



sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, requiere una especial consideración. Para ello, es preciso que el siniestro sea causado intencionalmente por la víctima o se deba a su conducta la producción del resultado dañoso; pues como hemos dicho, en sentencia 851/2005, de 14 de noviembre:

"La responsabilidad civil no constituye un sistema de aseguramiento universal que permita a todos quienes han sufrido un daño obtener una compensación, independientemente del origen del mismo. En concreto, la concurrencia de culpa de la víctima excluye la obligación de responder también en los casos en que la ley haya configurado la responsabilidad como objetiva".

CUARTO.- La apreciación de las circunstancias concurrentes e inexistencia de culpa exclusiva

Pues bien, bajo la doctrina expuesta, hemos de determinar el acierto de la valoración jurídica que, sobre la existencia de culpa exclusiva de la víctima, fue realizada por el tribunal provincial, y al analizar dicho juicio valorativo, en el marco de una imputación del daño por riesgo, entendemos que el siniestro producido no responde, de forma exclusiva o absorbente total, a la conducta desplegada por el motociclista lesionado.

Partimos, para ello, del marco espacial en el que se produjeron los hechos. Una intersección

de vías, en la que el motociclista circulaba por la carretera preferente, mientras que el vehículo asegurado en la entidad demandada accedía por una vía secundaria, en la que, además, había una señal de Stop, que regulaba el cruce.

El motorista vio al turismo con al menos unos 75 metros de anticipación, detenido en la señal de stop. Deducimos, por ello, que el conductor del turismo vio o pudo ver también al demandante a dicha distancia. La maniobra que pretendía llevar a efecto el conductor del automóvil era adentrarse en la vía preferente, tomar la curva existente, pararse en sus proximidades, para penetrar acto seguido en una propiedad, ubicada a su izquierda según sentido de marcha, y situada a unos 35 metros del cruce.

Las referidas maniobras de acceso a la vía principal, circulación por la vía preferente y detención en la calzada, tras tomar una curva, no son maniobras autónomas o independientes entre sí, sino de realización planificada con evidente conexión espacio temporal -ejecutadas en unos segundos y en pocos metros-, las cuales requerían además detenerse en la calzada, lo que conformaba un indiscutible obstáculo y riesgo para la circulación de otros vehículos, máxime además en las proximidades de una curva, que impedía la visibilidad, y cuando el automovilista conocía o debía conocer que detrás de él circulaba muy próximo un vehículo tan peligroso para su usuario como es una moto.

Es evidente que se creó con ello una situación objetiva de peligro. Lo prudente hubiera sido, al ver al motorista, dejarlo pasar, lo que supondrían unos escasos segundos, y no apurar la introducción en la vía preferente, para luego realizar las precitadas maniobras. No lo hizo así, el automovilista optó entre las alternativas que disfrutaba -dejar pasar al motorista o penetrar en la vía principal- por la conducta menos diligente, cuando su intención era detenerse en la calzada en las inmediaciones de una curva, lo que constituía, como hemos destacado, una indiscutible situación objetiva de riesgo.

El motorista circulaba dentro de los límites de la velocidad pautada. No se puede decir que iba desatento a la circulación cuando frenó dejando en la calzada una huella de 8 metros, acción de defensa y evitación de la colisión, que no es de ejecución inmediata sino que requiere un mínimo lapso de tiempo de reacción, de esta forma consiguió que se produjeran daños de menor entidad que los sufridos. Tampoco se deduce la velocidad excesiva en atención a los desperfectos sufridos en los vehículos implicados evidenciados por las fotos y descripción de daños del atestado. La curva evitaba que el demandante viera la maniobra que pretendía llevar a efecto el conductor del turismo. De ahí la expresión contenida en el informe del atestado del que el motorista se vio sorprendido por la maniobra del conductor del turismo, que no cabe interpretar como que no iba atento a la circulación.

No podemos compartir el argumento de que si el automóvil no hubiera parado no se hubiera producido la colisión, y que, por ello, su acceso a la vía preferente fue correctamente ejecutado, sin que ningún reproche quepa efectuarle a su conductor; puesto que, independientemente de que la imputación del daño es por riesgo, el acceso a la vía preferente y la ulterior detención en la calzada, en las proximidades de la curva, no son, como hemos señalado, reiteradamente, maniobras desconectadas entre sí, sino de realización planificada, generadoras de un indiscutible riesgo, que pudo ser evitado, y que no era imprevisible para el conductor del turismo.

Por todo ello, descartamos la existencia de culpa exclusiva de la víctima.

Tampoco apreciamos que el motorista haya incurrido en un aporte concausal, de intensidad o valor suficiente, para acudir al mecanismo de la concurrencia de culpas.

Es precisamente, en casos como los que constituyen el objeto del proceso, que la socia-

lización del daño adquiere auténtica carta de naturaleza, para atender a la finalidad pretendida de resarcir los daños causados por esos instrumentos del progreso, que constituyen una fuente indiscutible de riesgos, como son los vehículos de motor, a través del aseguramiento obligatorio bajo un régimen de imputación por riesgo.

QUINTO.- Asunción de instancia

Descartada la existencia de culpa exclusiva de la víctima, así como de una conducta de intensidad suficiente o relevancia significativa en el demandante para acudir al instituto de la concurrencia de culpas; y toda vez que no fue cuestionado, sino aceptado expresamente el informe pericial médico aportado con la demanda, ésta debe ser íntegramente estimada.

Todo ello, con los intereses 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 depósito

La estimación del recurso de casación y correlativa apelación interpuestos por la parte actora determina no se haga especial imposición sobre las costas procesales de ambos recursos (art. 398 LEC). Con respecto a las costas de primera instancia al estimarse la demanda son de preceptiva imposición a la compañía aseguradora (art. 394 LEC).

Procede la devolución de los depósitos constituidos para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 8 de la LOPJ).

FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto, casar la sentencia recurrida dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de A Co-

ruña, con fecha 15 de marzo de 2019, en el rollo de apelación 471/2018, sin imposición de costas.

2.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Gabino, contra la sentencia de 25 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ferrol, en los autos de juicio ordinario 98/2018, y, en consecuencia, revocamos la referida resolución y, con estimación de la demanda, condenamos a la entidad Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, S.A., a abonar al actor D. Gabino, la suma reclamada de 24.054,98 €, con los intereses del art. 20 de la LCS a contar desde la fecha del siniestro hasta el pago de la indemnización, todo ello con imposición de

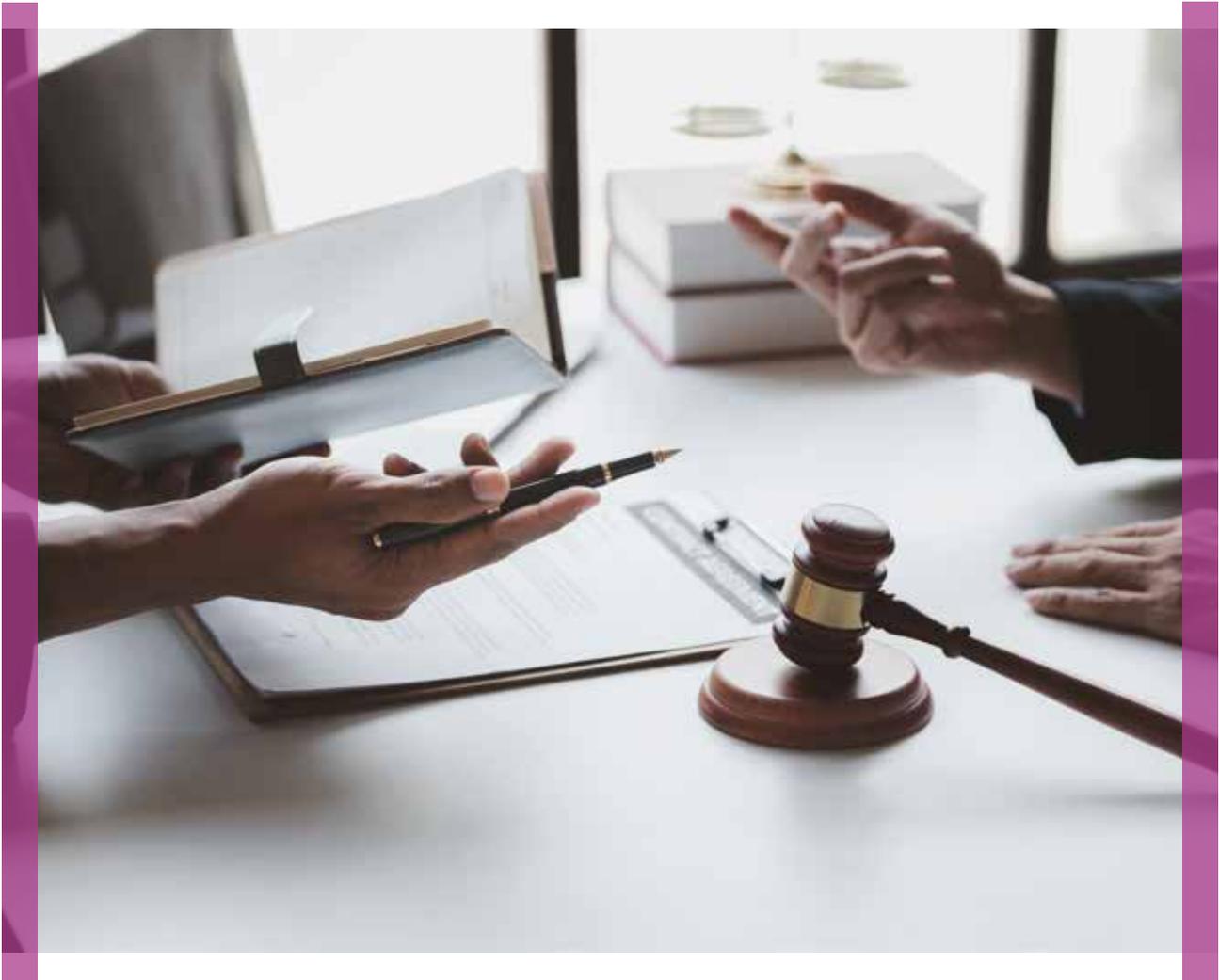
las costas procesales de primera instancia y sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las correspondientes al recurso de apelación.

3.- Se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.



Por **José Manuel Villar Calabuig**
Abogado

CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA COMO EXONERACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: NO PROCEDE SU APLICACIÓN ANTE LA GENERACIÓN DE UN RIESGO EVITABLE POR EL CONDUCTOR

Tuve acceso a esta sentencia, así como a los fundamentos de las dos de instancia, gracias al traslado de una de las partes, la que se vio sorprendida por el fallo tras haber vencido en primera y segunda instancia, que se cuestionaba si era correcto que el Alto Tribunal hubiera revisado los hechos probados, como si de una tercera instancia se tratara. Tras una rápida lectura, mostré mi desacuerdo con dicha posibilidad y entendí que la Sentencia se ajustaba a los criterios que históricamente ha mantenido el Tribunal Supremo respecto de su función casacional. La sentencia lo que hace es, aceptando la dinámica del accidente, ver su encaje en el criterio, también reiteradamente fijado por el Tribunal Supremo, en la causa de exoneración de la Responsabilidad Civil por culpa exclusiva de la víctima, y especialmente en la imputación del daño por riesgo. Y volvemos a agradecer al ponente el formato de ponencia de muchas de sus sentencias por el extraordinario estudio jurisprudencial realizado sobre los criterios y el concepto de culpa exclusiva como causa de exoneración.

La sala tiene facultades plenas de revisión no solo de las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso, sino también de las fácticas, pudiendo realizar una revisión plena de la valoración de la prueba.

Para los críticos de esta sentencia, respecto de la función del Tribunal Supremo en Casación, me permito traer a colación la sentencia STS 371/2017, que estableció que “*al actuar como órgano de instancia en la resolución del recurso de apelación, la sala tiene facultades plenas de revisión no solo de las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso, sino también de las fácticas, pudiendo realizar una revisión plena de la valoración de la prueba, ..*”. El TS ha valorado en gran cantidad de resoluciones la posible aplicación de la culpa exclusiva, que es un concepto jurídico. Lo que ha hecho en este caso es valorar si es de aplicación el concepto jurídico de la culpa exclusiva como exonerador de la responsabilidad objetiva por riesgo de circulación al caso enjuiciado. Como veremos, la sentencia valora las conductas sobre la base de la teoría del riesgo, corrige excesos subjetivos de la Audiencia sobre la responsabilidad del motorista y asume la instancia por no debatirse la indemnización.

Supuesto de hecho: Un vehículo, detenido en un STOP, se incorpora a la vía preferente por la que circulaba el motorista víctima del accidente, a una distancia entre 70 y 75 metros, para, a los pocos metros de incorporarse (35 metros) y en zona de curva, detener su vehículo con la intención de entrar en su vivienda. El motorista, que había visto la incor-

COMENTARIO

poración del turismo, siguió su marcha, y al trazar la curva se encuentra con el vehículo parado y aunque realiza frenada de emergencia, no puede evitar la colisión.

Estos hechos, los objetivos, han sido aceptados en las instancias y por la sala. Sin embargo, son los matices subjetivos como el de la Audiencia Provincial de A Coruña respecto de la velocidad inadecuada del motorista, los que han abierto el debate jurídico sobre si estas conductas de ambos intervinientes encajan o no con los criterios de la Culpa Exclusiva. En primera instancia se estimó que sí, culpa exclusiva; en segunda instancia también, culpa exclusiva; y el Alto tribunal casa la sentencia. Ni culpa exclusiva ni concurrencia de culpa, por lo que condena, al asumir la instancia, al 100% de lo reclamado al no haber sido discutido por la aseguradora ni la valoración ni la cuantía reclamada.

Fundamentos de la sentencia de 1ª Instancia para estimar la culpa exclusiva: *“Del examen del conjunto de la prueba, (a) del hecho de tratarse de un plano ascendente, (b) de reconocer el conductor de la motocicleta que vio al coche incorporarse desde el Stop, (c) circular 30 metros y detenerse, (d) que frenó delante y de atrás y € perdió el control de la motocicleta, queda acreditado que la motocicleta circulaba a una velocidad inadecuada para las circunstancias de la vía”*. A su vez, considera por la declaración de los agentes que el conductor del turismo no hizo ninguna maniobra antirreglamentaria y señala que *el actor basó la reclamación en la concreta conducta antirreglamentaria de saltarse el Stop y, en una sola maniobra, circular lentamente, para salir a su domicilio*.



No detalla mayor fundamentación sobre los criterios de la culpa exclusiva, limitándose a una valoración de la prueba que le lleva a establecer: que la incorporación del turismo a la vía es correcta, que circulo 30 metros, que se detuvo reglamentariamente y que fue golpeado por la motocicleta, estableciendo conducción antirreglamentaria del motorista por no ser la adecuada para detener el vehículo esquivarle por la derecha.

Fundamentos de la sentencia de 2ª Instancia para estimar la culpa exclusiva: En el Fundamento 3º, habiendo anticipado que el motivo de la culpa exclusiva no podía ser estimado, desarrolla en el punto 1º los criterios de esta causa de exoneración de la responsabilidad civil, criterios que la sentencia de casación admite como buenos, y en el punto 2º lleva al caso concreto esos criterios, que en este caso no han sido aceptado por el alto tribunal.

Así, determina, y esto si es sorprendente, que *“como se recoge en el atestado levantado por la Guardia Civil, y reafirmaron los agentes en el acto del juicio, la causa exclusiva del accidente fue la velocidad inadecuada del motorista. Es cierto que era inferior a la genérica limitación de la vía (90 km/h), pero es que los agentes no hablaron de velocidad excesiva,*



En casos como los que constituyen el objeto del proceso, que la socialización del daño adquiere auténtica carta de naturaleza, para atender a la finalidad pretendida de resarcir los daños causados por esos instrumentos del progreso.



no superior al límite permitido, sino inadecuada para el tipo de carretera y el tramo curvo por el que circulaba”. Es decir, igual estamos ante una posible responsabilidad de la administración por establecer un límite muy elevado para el tipo de carretera y el tramo curvo, y no advertir a los conductores de dicha circunstancia con señales concretas y límite mas reducido. No, no se puede compartir esta conclusión de que la causa exclusiva sea una velocidad inadecuada.

Para mayor reproche al motorista, absolutamente subjetivo en mi opinión, le recrimina conducción desatenta pues le vio parado a 35 o 40 metros, cuando traza la curva, y tardar en accionar el sistema de frenado, que además frenó mal porque activó delantero y trasero, y perdió el control de la moto por la forma de frenar. Culpa exclusiva.

En el Fundamento 5º detalla los principios básicos que rigen en la seguridad vial, claramente para confirmar el reproche que previamente ha hecho al motorista, y que sería: *la conducción dirigida o conducción controlada; la seguridad en la conducción y, por ultimo, la confianza n la circulación.* Establece que los dos primeros son impositivos y preferentes, y que su acreditación resulta obligada para poder aplicar al tercero. La conducción dirigida o controlada sería el que todo conductor debe estar en condiciones en todo momento de controlar el vehículo, a todos los niveles. La seguridad en la conducción sería la debida (diría que extrema para el ponente) atención a lo que pueda ocurrir en el trafico. Y la con-

COMENTARIO

fianza, que ya anticipa la sentencia que lo limitan mas a autovías y autopistas, donde para la existencia de obstáculos se le supone un plus mayor de seguridad, no siendo aplicable a las carreteras convencionales y menos en zonas pobladas. Resumiendo, el conductor de la motocicleta, según la Audiencia, no cumplió con el principio de conducción dirigida, tampoco con el de seguridad en la conducción, y no le aplicaba el principio de confianza, pues era una vía convencional. Culpa exclusiva.

Respecto del conductor del turismo, estima, como hizo la sentencia anterior, que la incorporación a la vía fue correcta, pese a que debió ver al motorista; que incorporarse a la vía, pese a la cercanía del motorista, para en pocos metros, y en tramo curvo, detenerse en el centro del carril para realizar giro a la izquierda a su vivienda, fue totalmente reglamentario, y eso, con el formato de reproche al motorista, le hace ser merecedor de ausencia total de culpa, excluyéndole así de responsabilidad.

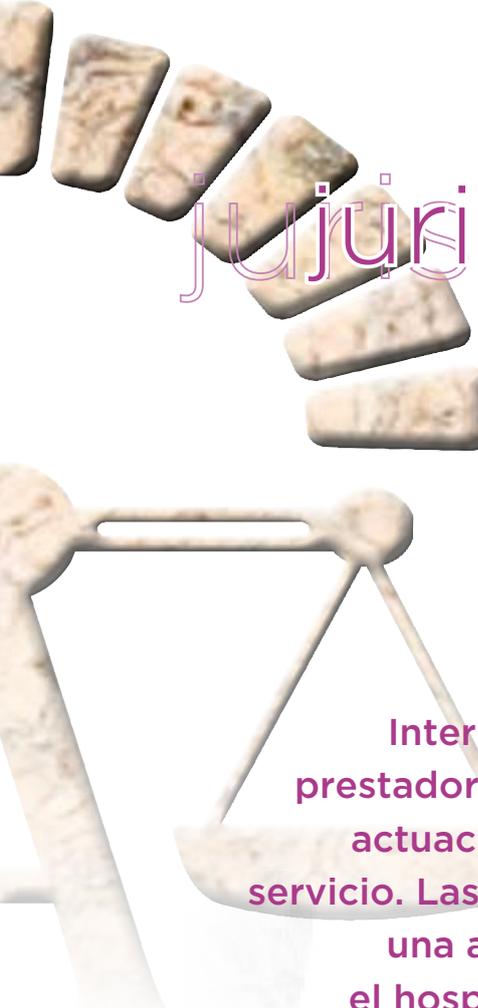
Fundamentos de la sentencia de Casación para no apreciar la culpa exclusiva:

Para lo que para la Audiencia de A Coruña fue una acción reglamentaria del conductor del turismo, incorporarse y detenerse, tan relevante que le excluye de toda culpa, para el Tribunal Supremo no es suficiente para esa total exoneración. Es mas, la considera tan relevante que no solo entiende que no hay culpa exclusiva, tampoco aplica concurrencia alguna.

La sentencia viene a establecer que el motorista no tuvo culpa alguna o, al menos, de intensidad o valor suficiente para ser causas concurrente. Así que pasamos de dos sentencias que determinan que el motorista conduce a velocidad inadecuada, desatenta y con falta de pericia, a otra que determina que, en base a la teoría del riesgo, es la maniobra del conductor del turismo la generadora del accidente. Porque aquí está la clave. Así como en las instancias se determinó la culpa relevante del conductor de la motocicleta, aplicando por ello culpa exclusiva, el Alto Tribunal basa su sentencia en el riesgo, en la socialización del riesgo y en los supuestos que *".. en casos como los que constituyen el objeto del proceso, que la socialización del daño adquiere auténtica carta de naturaleza, para atender a la finalidad pretendida de resarcir los daños causados por esos instrumentos del progreso, que constituyen una fuente indiscutible de riesgos, como son los vehículos de motor, a través del aseguramiento obligatorio bajo un régimen de imputación por riesgo"*.

Lógicamente, para ello se deben analizar los hechos y aplicar, sobre ellos, los criterios de la culpa exclusiva para ver si se cumplen o no. Y haciéndolo, el TS entiende que el siniestro producido no responde, de forma exclusiva o absorbente total, a la conducta desplegada por el motociclista lesionado, y se estima que la conducta del conductor del turismo creó una situación objetiva de peligro. Establece conexión de las maniobras del conductor como fue incorporarse a la vía ante la cercanía del motorista, recorrer pocos metros para detenerse y provocar un obstáculo, que crean ese riesgo, y que no fue prudente. Si bien, para reforzar que no estamos ante un supuesto de culpa exclusiva, con los datos objetivos, valora también la conducta del motorista: circula dentro de los límites (sin duda); pudo frenar (sin duda); la curva evitaba que viera la maniobra del conductor (sin duda); y lo remata con: *independientemente de que la imputación del daño es por riesgo, el acceso a la vía preferente y la ulterior detención en la calzada, en las proximidades de la curva, no son, como hemos señalado, reiteradamente, maniobras desconectadas entre sí, sino de realización planificada, generadoras de un indiscutible riesgo, que pudo ser evitado, y que no era imprevisible para el conductor del turismo*.

Concluyo, sentencia muy relevante para los letrados que tengamos que pleitear ante el rehúse de la aseguradora por culpa exclusiva. La justicia gratuita y el tesón del letrado de la demandante lo han hecho posible.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Interposición de demanda frente a entidad aseguradora prestadora del servicio de asistencia sanitaria, por deficiente actuación del facultativo y del hospital donde se presta el servicio. Las diligencias preliminares promovidas para preparar una acción por culpa extracontractual contra el médico, el hospital y sus aseguradoras de responsabilidad civil, no interrumpe la prescripción de una acción distinta, de naturaleza contractual, derivada de una relación convencional únicamente existente entre las partes litigantes, y a la que son ajenos los causantes materiales del daño

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 24 de enero de 2023

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente proceso hemos de partir de los siguientes hechos relevantes:

1.- D.ª Isabel y D. Carlos presentaron demanda, en reclamación de 300.000 euros de indemnización, con los intereses del art. 20 de la LCS, contra la entidad Segurcaixa Adeslas, S.A. de Seguros y Reaseguros (en adelante Adeslas), por negligencia médica derivada de la actuación del Dr. Elías y del servicio del HOSPITAL 000 (Cádiz), con ocasión de una cesárea, que tuvo lugar el día 19 de febrero de 2008, y del ulterior fallecimiento del bebé el 16 de enero de 2009, como consecuencia de una sección

medular completa causada durante la práctica de dicha intervención.

La demanda se fundamentó en que la atención médica dispensada fue inadecuada, tardía y tosca en la extracción del niño; en la insuficiencia del consentimiento informado, así como en la existencia de daño desproporcionado.

2.- La entidad demandada solicitó su absolución, alegando, entre otras, la excepción de prescripción de la acción, toda vez que la supuesta mala praxis asistencial se produjo el día 19/02/2008 y el fallecimiento del menor el 16/01/2009, mientras que la demanda se interpuso el 14/07/2014, por lo que habría transcurrido el plazo de los cinco años para ejercitar la acción prevista en el art. 23 LCS, así como el de un año para entablar la dimanante de culpa extracontractual. Las diligencias preliminares instadas lo fueron frente al facultativo y al hos-

pital, para que facilitaran el historial clínico de la actora y los respectivos seguros de responsabilidad civil, por lo que la interrupción de la prescripción no afecta a la entidad demandada.

3.- Seguido el proceso, en todos sus trámites, ante el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Barcelona, se dictó sentencia en la que, con estimación parcial de la demanda, se condenó a la entidad demandada a satisfacer a la actora la cantidad de 163.573,97 euros, con los intereses legales del art. 20 de la LCS.

En dicha resolución se descartó la existencia de la prescripción de la acción. Se razonó, para ello, con cita de la STS de 4 de junio de 2009, que la responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria, por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario, o centros médicos, ha sido jurisprudencialmente reconocida, y que, en el caso presente, la acción



que se ejercitada era la contractual derivada del contrato de seguro suscrito entre la actora y la entidad demandada, sometida al plazo de prescripción de cinco años del art. 23 de la LCS.

Consideró que las diligencias preliminares promovidas contra el ginecólogo y el centro hospitalario, para obtener el historial clínico y conocer los seguros de responsabilidad de civil, interrumpían la prescripción con respecto a la compañía de asistencia sanitaria, al hallarnos ante un caso de responsabilidad solidaria impropia a la que era de aplicación el art. 1974 del CC, sosteniendo la existencia de una relación de dependencia económica y funcional.

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de apelación en el que se reprodujo, como motivo de impugnación, la prescripción de la acción. El conocimiento del recurso correspondió a la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia en la que desestimó también la concurrencia de la prescripción, aunque revocó parcialmente la pronunciada por el juzgado, al limitar el devengo de los intereses del art. 20 de la LCS a partir de la fecha de interposición de la demanda, el 14 de julio de 2014, toda vez que la actora no efectuó reclamación directa a la demandada hasta la presentación de ésta.

En lo que ahora nos interesa, la desestimación de la prescripción de la acción se fundamentó en el razonamiento siguiente:

“Para resolver este punto debemos dejar sentado en primer lugar que la solidaridad entre la mutua y el cuadro médico es propia, dimana del pacto entre el cuadro médico y la arrendadora Adeslas que contrata sus servicios. Esa vinculación funcional y jurídica se ha explicado en la STS antes citada en nuestro razonamiento anterior y de ella dimana precisamente ese vínculo contractual entre mutua y cuadro médico de la que deriva cualquier responsabilidad en sentido propio.

“Efectivamente, se da entre las partes (mutua y facultativo) el vínculo contractual de arrendamiento de servicios, además del funcional económico del que deriva la solidaridad propia pese a que la juzgadora dice erróneamente “impropia”.

“De modo que le es de aplicación a Adeslas el art. 1974 CC alcanzándole la interrupción de la prescripción.

“Tal como ha quedado acreditado y no se discute, la demanda se presenta el 14/07/2014. La cesárea se realiza el 19/02/2008 y el fallecimiento del menor ocurre el 16/01/2009.

“Las diligencias (exhibición de historial médico y de aseguradoras), se solicitaron en abril de 2009 (fol. 67 a 70 Tomo I) y la comparecencia del médico y el representante del Hospital se produjo el 21 de diciembre de ese mismo año (fol. 69). Los actores tenían hasta el mes de diciembre de 2014 para presentar la demanda y la misma se interpuso en el mes de julio de ese año 2014. De modo que dicha acción no estaba prescrita. No puede tenerse en cuenta el día en que fue emplazada la demandada, como se pretende en el recurso, puesto que eso supondría dejar en manos de la mayor o menor celeridad de los juzgados la institución de la prescripción”.

5.- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de casación por ambas partes litigantes. Adeslas para insistir en la concurrencia de la prescripción de la acción, y los demandantes con respecto al devengo de los intereses de demora del art. 20 de la LCS, que entendían se generaban desde la fecha del siniestro.

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por la entidad demandada

2.1 Examen previo del recurso de casación interpuesto por la demandada

Un orden lógico de cosas exige entrar, en primer lugar, en el examen del recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, toda vez que, de estimarse, carecería de sentido analizar el formulado por la parte actora por ausencia de interés jurídico.

2.2 Formulación y desarrollo del recurso

El recurso se interpuso, al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1.903 en relación con el artículo 1.974 ambos del Código Civil (en adelante CC), y la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que los interpreta.

Se considera que la sentencia de apelación ha vulnerado dichos preceptos por no haber acogido la alegación de prescripción de la acción. Se razona que no estamos ante un supuesto en que sea de aplicación el art. 1974 CC, circunscrito a la solidaridad propia; es decir, la derivada de la ley o la pactada en el contrato, y que, por lo tanto, se otorgó indebidamente

efectos de interrupción de la prescripción a las diligencias preliminares instadas contra el facultativo y el centro sanitario, no demandados en este proceso.

Se citó, como jurisprudencia infringida, las sentencias 922/1999, de 2 de noviembre; 223/2003, de 14 de marzo; 1154/2007, de 8 de noviembre; 545/2011, de 18 de julio; 557/2012, de 1 de octubre; 480/2013, de 19 de junio; 709/2016, de 25 de noviembre. Y, en relación con los requisitos para interrumpir la prescripción de las diligencias preliminares, la STS 1225/2007, y las citadas en ella.

2.3 Examen de la concurrencia de causas de inadmisibilidad del recurso

No concurren causas de inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por la sociedad demandada, toda vez que, en su escrito de formalización, se indica el precepto que se considera infringido (art. 1974 CC), se respeta la relación de hechos de la sentencia recurrida, sin hacer supuesto de la cuestión; y se plantea, con nitidez, una cuestión de naturaleza jurídica, propia del recurso de casación, cual es si las diligencias preliminares promovidas sirven para interrumpir la prescripción en el caso del ejercicio de una acción derivada de un contrato de seguro de asistencia médica del art. 105 de la LCS. Se citó la jurisprudencia que se consideró infringida, y la parte recurrida pudo ejercitar sin limitación alguna, derivada de una deficiente formulación del recurso, su derecho de defensa.

Los autos de inadmisión no crean jurisprudencia sobre cuestiones de derecho material o sustantivo, ni consta del alegado por la parte su perfecta identidad de razón con el caso presente.

Por otra parte, conforme a la doctrina sobre las causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del Pleno de esta Sala de 6 de noviembre de 2013 (recurso 485/2012), asumida en resoluciones posteriores como las sentencias 351/2015, de 15 de junio; 550/2015, de 13 de octubre; 577/2015, de 5 de noviembre; 188/2016, de 18 de marzo; 331/2016, de 19 de mayo; 579/2016, de 30 de septiembre; 667/2016, de 14 de noviembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 2/2017, de 10 de enero; 49/2017, de 2 de marzo; 292/2017; de 12 de mayo; o más recientemente 142/2021, de 15 de marzo; 629/2021, de 27 de septiembre; 658/2021, de 4 de octubre; 843/2021, de 9 de diciembre; 283/2022, de 4 de abril, y 925/2022, de 19 de diciembre, entre otras muchas:

“[...] puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo del recurso, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia (sentencias 667/2016, de 14 de noviembre, con cita de la 439/2013, de 25 de junio; 2/2017, de 10 de enero y 149/2017, de 2 de marzo)”.

En consecuencia, no procede decretar la inadmisión del recurso de casación interpuesto, como se insta por la parte recurrida.

TERCERO.- Consideraciones generales sobre la acción deducida

En el caso presente, nos encontramos ante un seguro de asistencia sanitaria, concertado entre la demandante y la entidad Adeslas, y no de reintegro de los gastos médico-quirúrgicos devengados.

La jurisprudencia ha reconocido la responsabilidad de la prestadora del seguro de asistencia sanitaria, por la deficiente atención dispensada a los asegurados, con base en distintos tipos de imputación (sentencias 642/2001, de 19 de junio; 902/2004, de 4 de octubre; 1108/2004, de 17 de noviembre; 1154/2007, de 8 de noviembre; 1242/2007, de 4 de diciembre; 438/2009, de 4 de junio; 669/2010, de 4 de noviembre; 64/2018, de 6 de febrero, y 503/2020, de 5 de octubre, entre otras).

En el proceso que nos ocupa, no se está ejercitando una acción por culpa extracontractual de los arts. 1902 y 1903 del CC, postulando la condena solidaria del ginecólogo, centro hospitalario, así como de la aseguradora de asistencia sanitaria, que fue reconocida, por esta Sala, como impropia en las sentencias 922/1999, de 2 de noviembre y 1154/2007, de 8 de septiembre. Todo ello, claro está, sin perjuicio del derecho de reembolso o regreso de la aseguradora contra los médicos causantes del daño en sus relaciones internas como deudores solidarios (SSTS 129/2015, de 6 de marzo y 249/2016, de 13 de abril, entre otras).

La acción ejercitada no es tampoco la directa que el art. 76 de la LCS concede al perjudicado contra la compañía de seguros del causante del

daño. El facultativo tratante y el hospital, en el que se practicó la cesárea, no se encuentran asegurados en Adeslas, sino que cuentan con sus propias compañías de seguros que cubren su responsabilidad civil en los términos del art. 73 de la LCS.

Nos hallamos, por el contrario, ante un supuesto de ejercicio de una acción dimanante del contrato de seguro de asistencia sanitaria, concertado entre la actora y la compañía demandada con base en el art. 105 de la LCS.

Ambas clases acciones, la extracontractual contra el médico y el hospital, como la derivada del contrato de seguro, están sometidas a sus respectivos plazos de prescripción, la primera de un año por aplicación del art. 1968.2 CC; mientras que la dimanante del contrato de asistencia sanitaria al de cinco años del art. 23 de la LCS, al tratarse de un seguro de personas y no de cosas.

Esta dualidad de plazos se reconoció, por ejemplo, en la sentencia 488/2012, de 17 de julio, cuando señaló:

“En segundo lugar, se produjo un concurso de acciones: por responsabilidad en el cumplimiento del contrato concluido con la aseguradora y extracontractual respecto a los profesionales con quienes la recurrente no contrató. La primera prescribe a los 5 años, conforme al artículo 23 de la LCS, en cuanto resulta del contrato de seguro, norma especial de aplicación, según el artículo 1969 CC, a cuyo tenor “el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”. La segunda, prescribe al año, como todas las obligaciones que se fundamenta en la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 de Código Civil”.

En ambos supuestos, han transcurrido dichos plazos, toda vez que la muerte del niño se produjo el 16 de enero de 2009, y la demanda se presentó en julio de 2014.

CUARTO.- Las diligencias preliminares promovidas y su eficacia para interrumpir la prescripción

La razón en virtud de la cual se consideró que la acción ejercitada no se encuentra prescrita deriva de la práctica de unas diligencias preliminares (art. 256 1. 5º y 5º bis LEC), promovidas por los actores contra el médico tratante y el centro hospitalario. No fueron promovidas contra la demandada Adeslas.

Las diligencias se admitieron a trámite por el Juzgado de Primera Instancia número 3 del Puerto de Santamaría, por medio de auto de 22 de abril de 2009, como previas al proceso que D.ª Isabel y D. Landelino se proponen promover frente al ginecólogo Dr. Elias y contra el HOSPITAL000. La comparecencia y aportación de la documental requerida consistente en el historial clínico de la demandante y pólizas de los seguros de responsabilidad civil se produjo en el mes de diciembre de dicho año. Obviamente, la acción que se pretendía plantear era la de culpa extracontractual contra dichos profesionales.

Las sentencias, tanto de primera como de segunda instancia, otorgan a dichas actuaciones procesales valor de interrupción de la prescripción con respecto a la entidad demandada (art. 1973 CC), por entender de aplicación el art. 1974 del CC.

La audiencia consideró que los vínculos convencionales entre facultativo y hospital con la aseguradora determinaban la existencia de una solidaridad propia, puesto que asumían la correcta prestación de los servicios médicos dispensados frente a la actora, con lo que la interrupción de la prescripción frente a cualquiera de los deudores solidarios generaba efectos frente a los otros, a pesar de que su respectiva responsabilidad estaba sometida a plazos diferentes y tratarse de acciones de distinta naturaleza.

La concurrencia de una pluralidad de personas, en la producción de un daño, constituyó el caldo de cultivo que determinó la génesis, por parte de doctrina y jurisprudencia, de una solidaridad especial, que se denominó impropia, imperfecta u obligaciones *in solidum*, como una nueva categoría junto con la solidaridad propia, nacida ésta última de las cláusulas del contrato al obligarse las partes con tal carácter, o derivar directamente de la ley que así la establezca.

Ambos tipos de solidaridad cuentan con los mismos efectos denominados primarios, en atención a los cuales el acreedor de la prestación o el perjudicado pueden dirigirse contra cualquiera de los deudores exigiendo, íntegramente, el cumplimiento de la obligación o el resarcimiento del daño sufrido. Por el contrario, los efectos secundarios concernientes a la interpelación de la mora y la interrupción de la prescripción están sometidos a distinto régimen jurídico.

El art. 1974 del CC norma que la interrupción de la prescripción de acciones en las obli-

gaciones solidarias perjudica por igual a todos los codeudores. Una solución normativa de tal clase puede resultar inapropiada en los denominados supuestos de solidaridad impropia, con respecto a los sujetos a quienes no se les ha reclamado la deuda, y, por lo tanto, desconocen la intención del acreedor o la realidad y entidad del daño.

Es, por ello, que en la sentencia de esta Sala 223/2003, de 14 de marzo, se inicia una sólida jurisprudencia reiterada, entre otras muchas, en las sentencias 709/2016, de 25 de noviembre; 161/2019, de 14 de marzo, y 13/2020, de 15 de enero, conforme a la cual:

“[...] la doctrina ha reconocido junto a la denominada “solidaridad propia”, regulada en nuestro Código civil (artículos 1.137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predefinido, “ex voluntate” o “ex lege”, otra modalidad de la solidaridad, llamada “impropia” u obligaciones “in solidum” que dimanen de la na-

turalidad del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. A esta última especie de solidaridad no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1.974 del Código civil en su párrafo primero [...]”.

En el caso presente, las diligencias preliminares se plantearon, exclusivamente, contra el médico tratante y el centro hospitalario, con respecto a los cuales los actores no estaban unidos por vínculos contractuales. La atención médica dispensada por éstos, sin abono de sus honorarios, respondía a que dicho facultativo y hospital pertenecían al cuadro asistencial de la demandada, como consecuencia de distintos vínculos convencionales concertados entre éstos con la aseguradora de asistencia sanitaria, propios de un arrendamiento de servicios en el que el médico es un profesio-



nal independiente, relación convencional en la que no participan los demandantes. La acción que correspondía a éstos contra dicho facultativo y hospital era, pues, la extracontractual de los arts. 1902 y 1903 del CC, que no consta se haya interpuesto, sujeta al plazo de un año de art. 1968 CC.

En el actual proceso se ejercita la acción dimanante del contrato de seguro de asistencia médica, sometida al plazo de prescripción de cinco años del art. 23 de la LCS, que igualmente transcurrió, con la pretensión de que las diligencias preliminares, para preparar una acción por culpa extracontractual contra personas distintas (arts. 1902 y 1903 CC), generen efectos de interrupción de la prescripción en relación con el contrato de seguro suscrito exclusivamente entre actores y demandada.

No podemos entender que, entre el médico, hospital y la aseguradora de asistencia sanitaria, surjan vínculos de solidaridad contractual con los demandantes, derivados del contrato del seguro de asistencia sanitaria, en los que aquéllos -médico y hospital- no son parte, y que, únicamente, obliga, en los términos del art. 1 de la LCS, a la compañía demandada Adeslas y a los demandantes. No existe una disposición de rango legal que, en casos como el que nos ocupa, imponga la solidaridad para que opere el art. 1974 CC. En definitiva, no cabe entender que nos hallemos ante un supuesto de solidaridad propia.

Incluso, tampoco existen elementos para presumir que la demandada conociese la práctica de las precitadas diligencias preliminares, lo que no dice la sentencia en su relación fáctica. Es más, entiende lo contrario cuando señala, como fecha del devengo del interés moratorio del art. 20 de la LCS, el de la presentación de la demanda, y no la fecha del siniestro o la de la promoción de dichas diligencias.

QUINTO.- *Estimación del motivo del recurso, asunción de la instancia, y falta de interés para el conocimiento del recurso de casación interpuesto por la demandante* En virtud del conjunto argumental expuesto, las presentes diligencias preliminares promovidas para preparar una acción por culpa extracontractual contra el médico, el hospital y sus aseguradoras de responsabilidad civil, no interrumpe la prescripción de una acción distinta, de naturaleza contractual, derivada de una relación convencional únicamente existente entre las partes litigantes, y a la que son ajenos los causantes materiales del daño.

Por todo ello, al haber transcurrido el plazo de cinco años sin que los actores ejercitaran la acción, determina la estimación de la excepción de prescripción del art. 23 de la LCS y, en consecuencia, la desestimación de la demanda.

La estimación del recurso interpuesto trae consigo que carezca de interés jurídico el formulado por la parte actora, pues viene condicionado a la existencia de responsabilidad civil de la aseguradora de asistencia sanitaria que, por las razones expuestas, no concurre.

SSEXTO.- Costas y depósito

La estimación de los recursos de apelación y casación determina no se haga especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales (art 398 LEC), y, en consecuencia, se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir (disposición adicional 15.ª, apartado 8 de la LOPJ).

No procede efectuar condena en costas con respecto al recurso de casación interpuesto por la parte actora, al no llegar a ser examinado.

La desestimación de la demanda conlleva la imposición de las costas de primera instancia a la parte demandante (art. 394 LEC).

FALLO

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

1.- Casar la sentencia n.º 116/2019, de 14 de marzo, dictada por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 409/2017, sin imposición de costas.

2.- Estimar el recurso de apelación interpuesto Segurcaixa Adeslas, S.A. de Seguros y Reaseguros, contra la sentencia 230/2016, de 5 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario n.º 914/2014, que se revoca, y, en su lugar, se dicta otra por la que se desestima la demanda interpuesta por D.ª Isabel y D. Carlos contra la entidad Segurcaixa Adeslas, S.A. de Seguros y Reaseguros, con imposición a los actores de las costas de primera instancia, y sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las relativas a la apelación.

3.- No procede examinar el recurso de casación interpuesto por la parte actora, sin imposición de costas.

4.- Se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir en apelación y casación por la entidad demandada y el correspondiente al recurso de casación formulado por los demandantes.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los au-

tos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.



Por **Gonzalo Iturmendi Morales**
Abogado

Prescripción. Solidaridad propia y solidaridad impropia. Inaplicación a la solidaridad impropia del efecto interruptivo del artículo 1974.1 del Código Civil.

La doctrina ha reconocido junto a la denominada «solidaridad propia», regulada en nuestro Código Civil (arts 1.137 y ss) que viene impuesta, con carácter predeterminado, «ex voluntate» o «ex lege», otra modalidad de la solidaridad, llamada «impropia» u obligaciones «*in solidum*» que dimanen de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. A esta última especie de solidaridad no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1.974 del Código Civil en su párrafo primero (STS Sala 1ª de 14 Marzo 2003, rec. 2235/1997 Ponente: Almagro Nosete, STS Sala 1ª 709/2016, de 25 Noviembre, STS Sala 1ª 161/2019, de 14 de Marzo, STS Sala 1ª 13 /2020, de 15 de Enero).

Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona formularon recursos de casación la parte demandante y la aseguradora demandada Ésta última por infracción del art. 1903 en relación con el art 1974, ambos del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta, por no haber acogido la alegación de prescripción de la acción ejercitada.

Los demandantes reclamaron 300.000 euros de indemnización, con los intereses del art. 20 de la LCS, contra su aseguradora de asistencia sanitaria, por negligencia médica derivada de la actuación del médico y del hospital, con ocasión de una cesárea, que tuvo lugar el día 19 de febrero de 2008, y del ulterior fallecimiento del bebé el 16 de enero de 2009, como consecuencia de una sección medular completa causada durante la práctica de dicha intervención.

Por su parte la aseguradora de asistencia sanitaria demandada solicitó su absolución, alegando la excepción de prescripción de la acción, ya que la supuesta mala praxis asistencial se produjo el día 19/02/2008 y el fallecimiento del menor el 16/01/2009, mientras que la demanda se interpuso el 14/07/2014, por lo que habría transcurrido el plazo de los cinco años para ejercitar la acción prevista en el art. 23 LCS, así como el de un año para entablar la dimanante de culpa extracontractual. Y es que las diligencias preliminares instadas lo fueron frente al facultativo y al hospital, para que facilitaran el historial clínico de la actora y los respectivos seguros de responsabilidad civil, por lo que la interrupción de la prescripción no afectó a la aseguradora de asistencia sanitaria demandada.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con estimación parcial de la demanda y condenó a la entidad aseguradora demandada a satisfacer a la parte actora la cantidad de 163.573,97 euros, con los intereses legales del art. 20 de la LCS.

COMENTARIO

Interpuesto Recurso de Apelación por la aseguradora de asistencia sanitaria, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia que desestimó también la concurrencia de la prescripción, aunque revocó parcialmente la pronunciada por el Juzgado, limitando el devengo de los intereses del art. 20 de la LCS a partir de la fecha de interposición de la demanda, el 14 de julio de 2014.

La Audiencia Provincial consideró que los vínculos convencionales entre facultativo y hospital con la aseguradora determinaban la existencia de una solidaridad propia, puesto que asumían la correcta prestación de los servicios médicos dispensados frente a la actora, con lo que la interrupción de la prescripción frente a cualquiera de los deudores solidarios generaba efectos frente a los otros, a pesar de que su respectiva responsabilidad estaba sometida a plazos diferentes y tratarse de acciones de distinta naturaleza.

Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona formularon recursos de casación la parte demandante y la aseguradora demandada. Ésta última por infracción del art. 1903 en relación con el art 1974, ambos del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta, por no haber acogido la alegación de prescripción de la acción ejercitada.

La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 2023 que estamos comentando, estimó el recurso de casación interpuesto por la aseguradora demandada y casó la Sentencia dictada el 14 Marzo 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona sin



imposición de costas, y en su lugar dictó otra, por la que se desestima la demanda interpuesta contra la aseguradora de asistencia sanitaria, con imposición a los demandantes de las costas de primera instancia.

En el fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 Enero 2023 se hacen las siguientes consideraciones generales sobre la acción ejercitada en este proceso: La acción ejercitada no es una acción por culpa extracontractual de los arts. 1902 y 1903 del CC, postulando la condena solidaria del ginecólogo, centro hospitalario, y de la aseguradora de asistencia sanitaria. Ni tampoco es la acción directa que el art. 76 de la LCS concede al perjudicado contra la compañía de seguros del causante del daño. El facultativo y el hospital, en el que se practicó la cesárea, no se encuentran asegurados por la aseguradora de los demandantes, sino que cuentan con sus propias compañías de seguros que cubren su responsabilidad civil. En cambio, sí que nos hallamos ante un supuesto de ejercicio de una acción dimanante del contrato de seguro de asistencia sanitaria, concertado entre la actora y la compañía demandada con base en el art. 105 de la LCS.¹

¹ Véase al respecto Martín Casals, M., «La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas. Hacia un replanteamiento del problema: el marco contractual del seguro de asistencia sanitaria», Ponencia presentada en el XIII Congreso Nacional de

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 Enero 2023 consideró que entre el médico, el hospital y la aseguradora no existen vínculos de solidaridad contractual derivados del contrato de seguro de asistencia sanitaria en los que el médico y el hospital no son parte y que únicamente obliga a la aseguradora demandada y a los demandantes.

El Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 2023 consideró que las Diligencias Preliminares promovidas en el procedimiento seguido exclusivamente contra el médico y el hospital, no interrumpieron la prescripción de la acción ejercitada contra la aseguradora de asistencia sanitaria.

La Audiencia Provincial de Barcelona había estimado que los vínculos convencionales entre facultativo y hospital con la aseguradora determinaban la existencia de una solidaridad propia, puesto que asumían la correcta prestación de los servicios médicos dispensados frente a la actora, con lo que la interrupción de la prescripción frente a cualquiera de los deudores solidarios generaba efectos frente a los otros.

Sin embargo la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 Enero 2023 aplicó a este caso la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 2003 que reconoció que: *junto a la denominada «solidaridad propia», regulada en nuestro Código Civil (arts 1.137 y*

Derecho Sanitario, Madrid, 19 de octubre de 2006. Y también Martín Casals, M., Ribot Igualada, J., y Solé Feliu, J., Informe sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas (obra integrante de la Colección «Cuadernos de SEAIDA»), Editorial Española de Seguros, Madrid, 2006



ss) que viene impuesta, con carácter predeterminado, «ex voluntate» o «ex lege», otra modalidad de la solidaridad, llamada «impropia» u obligaciones «in solidum» que dimanar de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. A esta última especie de solidaridad no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1.974 del Código Civil en su párrafo primero.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 Enero 2023 consideró que entre el médico, el hospital y la aseguradora no existen vínculos de solidaridad contractual derivados del contrato de seguro de asistencia sanitaria en los que el médico y el hospital no son parte y que únicamente obliga a la aseguradora demandada y a los demandantes. Ni tampoco existe una disposición legal que imponga la solidaridad propia para que opere el art. 1974 del Código Civil. Por todo ello las Diligencias Preliminares promovidas para preparar una acción por culpa extracontractual contra el médico y el hospital no interrumpen la prescripción de una acción distinta de naturaleza contractual derivada de una relación convencional existente entre las partes litigantes, y a la que son ajenos los causantes del daño.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Cobertura de la incapacidad permanente absoluta. Se considera limitativa la cláusula que impide retrotraer el hecho causante al momento en el que las secuelas sean permanentes e irreversibles

Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala 1ª),
de 31 de enero de 2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Entre el 25 de febrero de 2009 y el 25 de octubre de 2014, D. Adolfo tuvo concertado un seguro de vida, vinculado a un préstamo hipotecario, con la compañía Caja Granada Vida compañía de seguros y reaseguros S.A., entre cuyos riesgos asegurados se encontraba el de incapacidad permanente absoluta. La cláusula que se refería a dicha cobertura establecía:

«En virtud de esta cobertura, la Entidad aseguradora garantiza el anticipo del cobro de la prestación asegurada por el riesgo principal del fallecimiento, en el caso de que el Asegurado resulte afectado por una invalidez absoluta y permanente para todo trabajo de forma irreversible, que le dé derecho al cobro de una pensión a cargo del erario público o entidad de previsión alternativa.

[...]

«Se entenderá que la fecha de ocurrencia de la invalidez coincide con la fecha que se establezca por el organismo público o entidad de previsión alternativa, en el documento acreditativo de la invalidez, que determine el derecho al cobro de una pensión a favor del Asegurado».

2.- En la póliza se designaba como primer beneficiario a la Caja de Ahorros de Granada y como segundo al propio asegurado.

3.- El 25 de agosto de 2014, a consecuencia de una enfermedad común, el Sr. Adolfo fue dado de baja laboral por un periodo inicial de doce meses. En esa fecha todavía estaba en vigor el contrato de seguro.

El 4 de septiembre siguiente, el Sr. Adolfo fue hospitalizado por sospecha de leucemia aguda, lo que fue confirmado en esa misma fecha, diagnosticándosele una leucemia aguda linfoblástica Pro-T. Juicio clínico que ya no cambió durante todo el tratamiento médico posterior hasta la fecha del reconocimiento de la incapacidad permanente.

Asimismo, en los partes de baja por incapacidad temporal que se fueron sucediendo en ese periodo el diagnóstico fue siempre el de «Leucemia tipo celular neom. Aguda. Sin remisión».

4.- Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 16 de marzo de 2016, cuando el contrato ya no estaba en vigor, el Sr. Adolfo, que seguía en incapacidad temporal, fue declarado en situación de incapacidad permanente por enfermedad común. Dicha resolución se basaba en el Dictamen-Propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de 24 de febrero de 2016, que describía el cuadro clínico en los siguientes términos:

«Leucemia aguda linfoblástica Pro-T. Enfermedad del injerto contra el huésped overlap mucosa y gástrica. Fractura de vértebra lumbar osteoporótica L3 y L5, Trastorno adaptativo».

5.- El Sr. Adolfo presentó una demanda contra la aseguradora Caja Granada Vida, en la que solicitó que se la condenara al pago de 41.158,24 €, más el interés del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), en concepto de indemnización prevista en la póliza para el caso de incapacidad permanente absoluta.

6.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda, al considerar, resumidamente, en lo que ahora importa, que la fecha del siniestro era la de la baja laboral, por lo que el mismo se produjo durante la vigencia de la póliza. Desechó la aplicación de la previsión contractual sobre la fecha de la resolución del INSS con el argumento de que sería tanto como dejar los plazos de la póliza contratada a la eficacia o rapidez en la tramitación del organismo público. Por ello, consideró que la cláusula antes transcrita sobre la fecha de ocurrencia de la invalidez debía interpretarse en el sentido de que era exigible una declaración formal de invalidez pero relativa a una enfermedad causante producida durante el periodo de vigencia de la póliza. En consecuencia, condenó a la demandada a indemnizar al demandante, si bien no concedió los intereses del art. 20 LCS, sino los legales desde la fecha de interposición de la demanda.

7.- El recurso de apelación interpuesto por la aseguradora fue desestimado por la Audiencia Provincial, al considerar que la enfermedad determinante de la posterior invalidez se manifestó durante la vigencia del contrato de seguro.

8.- La aseguradora demandada ha interpuesto un recurso de casación.

SEGUNDO.- Primer y segundo motivos de casación. Planteamiento. Admisibilidad. Resolución conjunta

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 83 LCS, en relación con los arts. 1 LCS y 1091, 1258 y 1278 CC y la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 372/1996, de 16 de mayo, y 100/2011, de 2 de marzo.

En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que conforme a lo pactado en la póliza la fecha del siniestro era la del reconocimiento administrativo de la incapacidad permanente y en este caso, cuando se dictó la correspondiente resolución del INSS ya no estaba en vigor la póliza.

2.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 1281.I CC, en relación con la interpretación literal de los contratos.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que la sentencia recurrida obvia la redacción de la cláusula relativa al objeto del contrato, que establece literalmente que la fecha de la invalidez es la de su re-

conocimiento por el organismo administrativo correspondiente.

3.- Los óbices de admisibilidad opuestos por la parte recurrida, por falta de acreditación del interés casacional, deben ser desatendidos. En estos dos primeros motivos del recurso se identifican las normas sustantivas que se consideran infringidas y la jurisprudencia de este Tribunal que se vulnera. Lo que es suficiente para su admisibilidad, sin perjuicio de la decisión final sobre su estimación o desestimación.

4.- Dada la evidente conexidad argumental entre ambos motivos, se resolverán conjuntamente, para evitar inútiles reiteraciones.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Fecha del siniestro en los seguros de invalidez. Desestimación de los dos primeros motivos de casación

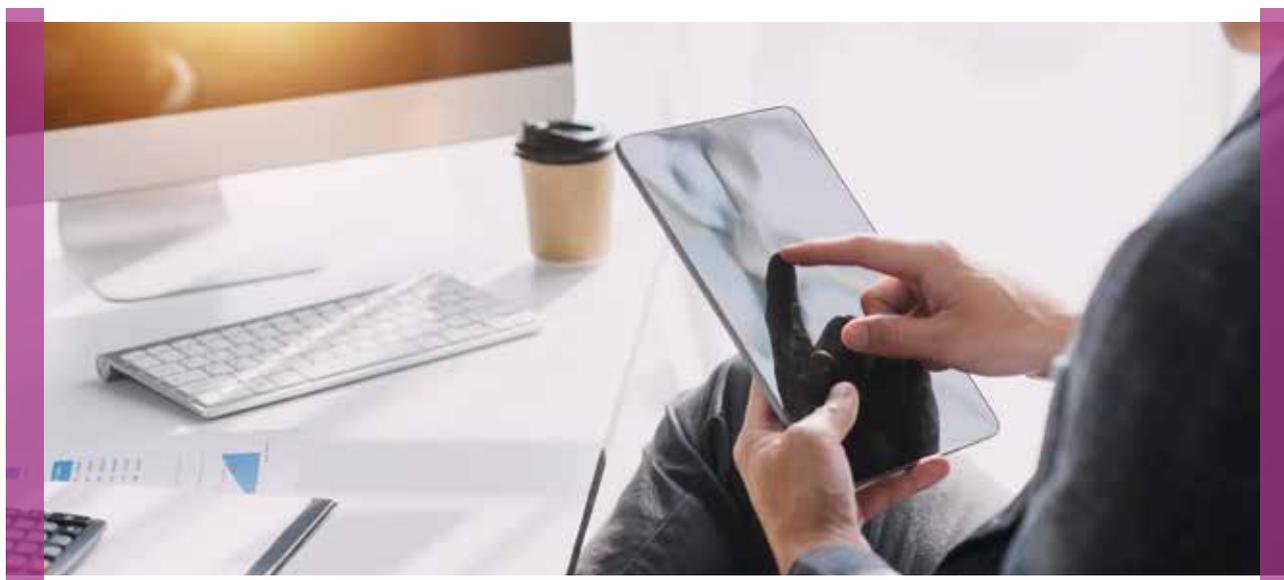
1.- La sentencia 100/2011, de 2 de marzo, que se remite a la sentencia 372/1996, de 16 de mayo, estableció que en el seguro de vida que incluye como cobertura complementaria la incapacidad o invalidez como consecuencia de enfermedad, el riesgo asegurado es la incapacidad o invalidez declarada mediante resolución administrativa o judicial y no la enfermedad que dio lugar a la misma, que solamente sería el hecho generador del riesgo. En consecuencia, como regla general, el evento dañoso, el riesgo asegurado, tiene lugar cuando se produce la declaración oficial de la incapacidad o invalidez.

No obstante, estos pronunciamientos tuvieron lugar en casos en los que no se discutía

concretamente cuál era la fecha del siniestro en este tipo de seguros, sino que la cuestión litigiosa versaba sobre qué compañía de seguros debía cubrir un siniestro en caso de sucesión de pólizas (las citadas sentencias 372/1996, de 16 de mayo, y 100/2011, de 2 de marzo), o sobre la validez de una cláusula que anticipaba expresamente la fecha del siniestro a la del diagnóstico de la enfermedad (sentencia 60/2021, de 8 de febrero). Según esta jurisprudencia, salvo pacto expreso en contrario, en el seguro de incapacidad o invalidez el pago de la indemnización corresponde a la aseguradora cuyo contrato estaba en vigor cuando se produjo la declaración de invalidez, aunque no lo estuviera cuando se inició la enfermedad invalidante

2.- En contraposición a tales pronunciamientos, la sala ha dado un tratamiento diferente al seguro que cubre la incapacidad o invalidez causada por un accidente, en el que, a efectos de determinación de la fecha del siniestro, lo relevante es la fecha en que se produjo el accidente, aunque posteriormente se produzca la declaración de la incapacidad (sentencia del pleno 736/2016, de 21 de diciembre).

3.- A diferencia de lo que sucede con el seguro de accidentes (art. 100 LCS), la LCS no da una definición de invalidez, posiblemente porque el seguro de invalidez, o de incapacidad permanente, no está regulado como tal en la Ley, con nomen iuris propio, y suele introducirse en la práctica aseguradora como una cobertura complementaria en los seguros de vida, al amparo de la amplitud de configuración contractual en los seguros de personas que permite el art. 80 LCS.



En el ámbito específico de la legislación de la Seguridad Social, la incapacidad permanente viene definida en el art. 193.1 LGSS, pero no basta con encontrarse en la situación descrita en el precepto (padecimiento de reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen la capacidad laboral), sino que, para ser beneficiario de la prestación correspondiente, dicha situación ha de ser expresamente declarada por los organismos competentes de la Seguridad Social (arts. 195 y 200 LGSS).

Por su parte el art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, establece:

«El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente.

En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades».

En el caso objeto del recurso, se da la circunstancia del segundo párrafo, puesto que hubo continuidad entre la incapacidad temporal no extinguida y la invalidez permanente, ya que el Sr. Adolfo fue primeramente dado de baja laboral en agosto de 2014 (en esa fecha todavía estaba en vigor el contrato de seguro), y finalmente por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 16 de marzo de 2016 (cuando el contrato ya no estaba en vigor), fue declarado en situación de incapacidad permanente por enfermedad común.

4.- Esta normativa de Seguridad Social ha sido interpretada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo en el sentido de que «el acto declarativo de la IP es un acto complejo, en el que es distinguible un aspecto de valoración médica y otro de valoración jurídica y solo por la conjunción de ambos puede surgir el fenómeno, propiamente jurídico-social, del reconocimiento de la IP» (sentencia de 6 de noviembre de 2008, rec. 4255/2007, ECLI:ES:TS:2008:6582).

A su vez, la sentencia del pleno de dicha Sala Cuarta de 14 de abril de 2010 (rec.

1813/2009, ECLI:ES:TS:2010:2746) declaró que, respecto de la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente por enfermedad común no podía adoptarse la misma solución que respecto de la fecha del accidente:

«dada la dificultad de fijar el momento en que se inicia de forma trascendente la situación de enfermedad común de la que sin solución de continuidad deriva necesariamente la posterior declaración de incapacidad permanente».

Así como que:

«La enfermedad en cuanto, «perturbación del estado de salud» presenta más dificultades de determinación temporal que el accidente -laboral o no-, pues éste opera produciendo una lesión corporal como consecuencia de una acción «violenta, súbita y externa» que es fácilmente observable en su principio y fin. El carácter más difuso de la enfermedad complica los problemas de inclusión del siniestro en el ámbito de la cobertura, pues, por una parte, puede fomentar la denominada “antiselección de riesgos” con respecto a enfermedades anteriores al seguro y, por otra, en sentido contrario, genera dificultades en orden a la fijación del límite de la cobertura respecto a las secuelas de la enfermedad que se manifiestan después de terminada la vigencia del contrato, en especial en las enfermedades en que el efecto propiamente invalidante se proyecta en el tiempo a partir de una evolución a veces muy lenta o del desencadenamiento de una crisis».

Razones todas por las que la mencionada sentencia de pleno concluyó:

(i) Como regla general, para contingencias comunes, en defecto de regulación específica en la norma o pacto constitutivo de la mejora (incluido el seguro voluntario), para determinar la fecha del hecho causante de una mejora voluntaria, y con ella, la responsabilidad en cuanto a su abono ha de acudir a la correspondiente norma sobre prestaciones obligatorias de Seguridad Social, que fija aquélla en la fecha de dictamen del EVI o de la UVAMI.

(ii) Como excepción, la fecha del hecho causante puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles.

5.- Del mismo modo que en su día consideramos procedente coordinar la jurisprudencia de esta sala en materia de fecha del siniestro en el seguro de accidentes con la de la sala de lo

social de este Tribunal Supremo (sentencia del pleno 736/2016, de 21 de diciembre), ahora consideramos procedente igualmente llevar a cabo la misma coordinación respecto de la fecha del siniestro en el seguro de invalidez o incapacidad permanente. Por lo que debemos hacer nuestras las mismas conclusiones, sobre la regla general y la excepción, expuestas en el apartado anterior, que además, no solo no se oponen a los pronunciamientos previos de esta sala, sino que la regla general coincide con las conclusiones de las sentencias 372/1996, de 16 de mayo, y 100/2011, de 2 de marzo, y la excepción con la admisibilidad de tal circunstancia contemplada en la sentencia 60/2021, de 8 de febrero.

6.- Conforme a tales criterios y tomando como fecha del siniestro la del dictamen del EVI (24 de febrero de 2016), en el caso objeto de enjuiciamiento el siniestro se habría producido fuera del periodo de vigencia de la póliza si tomáramos en consideración la regla general. Pero los datos médicos descritos en el fundamento jurídico primero revelan que la enfermedad causante de la incapacidad permanente -la leucemia- se reveló como permanente e irreversible desde el primer diagnóstico, el 4 de septiembre de 2014, cuando la póliza todavía estaba en vigor. Por lo que estaríamos en el caso previsto en la excepción, que permite considerar como fecha del siniestro la del diagnóstico de la enfermedad.

7.- Como quiera que la cláusula contractual que fijaba la fecha del siniestro excluía la posibilidad de que la misma pudiera ser anterior a la de las resoluciones administrativas (en particular, el dictamen del EVI), debe considerarse limitativa de los derechos del asegurado. Por lo que, al no reunir los requisitos del art. 3 LCS (no aparece resaltada en la póliza ni consta aceptada expresamente), resulta inoponible al asegurado. De modo que la interpretación contractual realizada en la instancia ha de considerarse ajustada a Derecho.

8.- Como consecuencia de ello, los dos primeros motivos de casación deben ser desestimados.

CUARTO.- Tercer motivo de casación. Planteamiento. Admisibilidad

1.- El tercer motivo de casación, formulado con carácter subsidiario a los anteriores, denuncia la infracción de los arts.83 y 88 LCS, relativos a la designación y orden de los beneficiarios en los seguros de personas.

2.- En el desarrollo del motivo, la aseguradora recurrente alega, resumidamente, que en la póliza se designó como primera beneficiaria a la Caja de Ahorros de Granada, lo que no ha sido tenido en cuenta en la sentencia recurrida, que atribuye directamente la indemnización al asegurado.

3.- La oposición a la admisibilidad del motivo por supuesta falta de justificación del interés casacional debe seguir la misma suerte que la esgrimida frente a los dos anteriores motivos, en cuanto que el motivo, al identificar los preceptos sustantivos infringidos y la jurisprudencia vulnerada, cumple con los requisitos de admisibilidad.

QUINTO.- Decisión de la Sala. Designación de beneficiarios en las pólizas de seguros de personas vinculadas a contratos de préstamo. Estimación y consecuencias

1.- La sentencia recurrida no niega expresamente que la entidad prestamista del contrato de préstamo al que estaba vinculado el de seguro objeto de litigio hubiera sido designada beneficiaria (art. 83 LCS), ni el derecho de crédito reforzado reconoce al beneficiario en un seguro de personas (art. 88 LCS), sino que, según parece deducirse del auto de denegación del complemento de sentencia, consideró que como en la demanda solamente se había solicitado el reconocimiento del derecho del segundo beneficiario a eso debía ceñirse el pronunciamiento judicial. Lo que, eso sí, vulnera las previsiones legales sobre el orden de llamamiento en caso de pluralidad de beneficiarios.

2.- Como declaramos en las sentencias 669/2014, de 2 de diciembre, 222/2017, de 5 de abril, y 37/2019, de 21 de enero, en los seguros de personas vinculados a préstamos hipotecarios, el tomador/asegurado o, en su caso, sus herederos, tienen plena legitimación para reclamar a la aseguradora la indemnización pactada, aunque en la designación de beneficiarios efectuada en la póliza aparezca en primer lugar la entidad prestamista. Sin perjuicio de que, con cargo a la suma asegurada, deba entregarse en primer lugar a la entidad beneficiaria el saldo pendiente de amortización del préstamo vinculado al seguro, para luego abonar el remanente al asegurado o sus herederos.

Todo ello, porque como resaltó la citada sentencia 222/2017, de 5 de abril, este tipo de seguros responden a un interés compartido por el tomador/asegurado demandante y la entidad de crédito prestamista: el del primero, quedar liberado de su obligación de devolver el préstamo si se produce el siniestro; y el de la segunda, garanti-

zarse la devolución del préstamo si no lo devuelve el prestatario en caso de muerte o invalidez.

3.- En este caso, nos encontramos ante el mismo supuesto de interés compartido, por lo que el tercer motivo de casación debe ser estimado, con el único efecto, derivado de su subsidiariedad, de complementar el fallo de la sentencia de primera instancia (en cuanto que confirmada por la ahora recurrida) para indicar que, con cargo a la suma asegurada, deberá entregarse en primer lugar a la entidad prestamista/beneficiaria el saldo pendiente de amortización del préstamo vinculado al seguro (si lo hubiera), y el remanente al Sr. Adolfo.

SEXTO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él causadas, según establece el art. 398.2 LEC.

2.- Asimismo, la estimación en parte del recurso de apelación -en cuanto a los efectos del pago a los beneficiarios sucesivos- también comporta que no proceda hacer expresa imposición de las costas de la segunda instancia, a tenor del mismo art. 398.2 LEC.

3.- En cuanto a las costas de la primera instancia, pese a la estimación de la demanda, igualmente no debe hacerse imposición, por las dudas de derecho expuestas y la inexistencia en la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia de jurisprudencia clara y concluyente de la Sala, según permite el art. 394.1 LEC.

4.- Finalmente, procede ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la formulación de los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Caja Vida Granada S.A. contra la sentencia núm. 495/2018, de 21 de diciembre, dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, en el recurso de apelación núm. 642/2017, en el único sentido de complementar el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Loja,

en el juicio ordinario núm.15/2017, indicando que, con cargo a la suma asegurada, la aseguradora demandada deberá entregar en primer lugar a la entidad prestamista/beneficiaria el saldo pendiente de amortización del préstamo vinculado al seguro (si lo hubiera), y el remanente a D. Adolfo.

2.- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación ni de las causadas en ambas instancias.

3.- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la formulación de los recursos de apelación y casación.

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 **Sergio García-Valle Pérez**
Abogado

Importante Sentencia donde se aclara y concilia un supuesto sobre el que hasta la fecha existían criterios dispares entre la jurisdicción Civil y la Social sobre la fecha que debe considerarse como fecha de siniestro en los seguros de cobertura de incapacidad absoluta, como consecuencia de enfermedad fijándose una regla general y una excepción. Asimismo, se establece con claridad aspectos relevantes sobre la vigencia y cobertura de la póliza, la existencia de cláusula limitativa en la determinación de la fecha de siniestro, y sobre el orden y prelación de beneficiarios en este tipo de seguros para el cobro de la prestación asegurada.

En el supuesto de hecho un particular tenía contratado un seguro de vida vinculado al pago de un préstamo hipotecario entre cuyos riesgos asegurados se encontraba la incapacidad permanente absoluta. En la póliza aparecía como primer beneficiario la entidad bancaria y como segundo beneficiario/ asegurado el mismo, y se establecía como fecha de ocurrencia de la invalidez la que se establezca por el organismo competente en el documento acreditativo de la invalidez. Existían informes médicos que establecían con claridad el diagnóstico de la enfermedad de leucemia del beneficiario/asegurado durante la vigencia de la póliza que fue la causa de su incapacidad temporal y con continuidad finalmente de su declaración de invalidez absoluta.

..., el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado con anterioridad señalando con claridad que la fecha determinante y a considerar es la del accidente.

Cuando se presenta la reclamación a la compañía de seguros, reclamándole la cobertura de incapacidad absoluta, la misma argumenta falta de cobertura pues la póliza ya no está en vigor, como falta de legitimación dado que le correspondía como primer beneficiario el pago de la prestación a favor de la entidad bancaria.

Sobre la fecha de establecimiento del siniestro: la regla general y la excepción en determinados supuestos. Hay que destacar para evitar errores de interpretación entre distintas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la materia, que este supuesto de hecho se trata de incapacidad permanente absoluta como consecuencia de enfermedad, y no como consecuencia de un accidente, donde ya existe jurisprudencia aplicable.

Así, en supuestos de incapacidad absoluta como consecuencia de un accidente, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado con anterioridad señalando con claridad que la fecha determinante y a considerar es la del accidente, sin perjuicio que la Administración dicte posteriormente y, tras su tramitación, la resolución de concesión de la incapacidad permanente absoluta (Sentencia del pleno 736/2016, de 21 de diciembre).

COMENTARIO

En lo relativo a incapacidad permanente absoluta como consecuencia de enfermedad, el Tribunal Supremo, ya en anteriores Sentencias, **donde no se discutía la fecha exacta del siniestro a efectos de cobertura póliza, sino que la compañía de seguros debía dar cobertura en caso de sucesión de pólizas**, se había establecido como fecha a considerar la fecha de establecimiento de la incapacidad permanente absoluta (Sentencias 372/1996, de 16 de mayo, y 100/2011, de 2 de marzo), o sobre la validez de una cláusula que anticipaba expresamente la fecha del siniestro a la del diagnóstico de la enfermedad (Sentencia 60/2021, de 8 de febrero).

Según esta jurisprudencia, salvo pacto expreso en contrario, en el seguro de incapacidad o invalidez el pago de la indemnización corresponde a la aseguradora cuyo contrato estaba en vigor cuando se produjo la declaración de invalidez, aunque no lo estuviera cuando se inició la enfermedad invalidante.

Se discute en este supuesto concreto cual es la fecha a considerar ya que la declaración de la incapacidad absoluta como consecuencia de enfermedad se establece cuando ya no existe póliza en vigor.

Para entender cómo se fija la fecha del siniestro, es importante diferenciar el concepto de *“hecho generador del riesgo”* con el concepto del *“riesgo asegurado en póliza”* para poder determinar cual es *“la fecha del siniestro”* (como antecedentes las Sentencias - Sentencia 100/2011, de 2 de marzo, que se remite a la Sentencia 372/1996, de 16 de mayo) estableciéndose **como regla general** que *“el riesgo asegurado en póliza”* tiene lugar cuando se produce la declaración oficial de la enfermedad.

No obstante, **y como excepción** *“el hecho generador del riesgo”* en los supuestos en los que existe una continuidad entre la declaración de incapacidad temporal no extinguida y la declaración de invalidez permanente, puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles.

En resumen, puede ocurrir, en numerosos casos, que la declaración de la incapacidad permanente como consecuencia de la enfermedad se produzca fuera del período de vigencia de la póliza si se toma en consideración la regla general, pero que, la enfermedad



causante de la incapacidad permanente -la leucemia en este siniestro- se reveló como permanente e irreversible desde el primer diagnóstico, cuando la póliza todavía estaba en vigor, encontrándonos en el caso previsto en la excepción, que permite considerar como fecha del siniestro la del primer diagnóstico de la enfermedad.

Todas las Sentencias dictadas en las Instancias en este asunto, como fundamento de estimación de la pretensión, tanto en primera instancia, como en segunda, son unánimes al señalar que la fecha del siniestro era la de la baja laboral con el primer diagnóstico que se produjo durante la vigencia de la póliza, lo que viene a confirmar el Pleno del Tribunal Supremo.

Asimismo, destacan algo obvio y lógico en puridad, no acogiendo la fecha de determinación de la incapacidad absoluta, ya que sería tanto como dejar los plazos de la póliza en manos de la eficacia o rapidez de la administración en la tramitación de la incapacidad.

Cláusula limitativa conforme artículo 3 LCS. En este concreto supuesto en la póliza de seguro se estableció como fecha de siniestro de la incapacidad absoluta la fecha en la que se determina por el organismo público o entidad de previsión alternativa, el derecho al cobro de

En la Sentencia de Pleno se establece como cláusula limitativa la que establecía como fecha del siniestro la de determinación de la incapacidad permanente absoluta

una pensión a favor del asegurado.

Esta forma de establecerse la fecha del siniestro limita con claridad los derechos del asegurado ya que excluye la excepción a la regla general que trata el Tribunal Supremo de que el “*hecho generador*” del riesgo asegurado pueda establecerse con anterioridad a que se determine la incapacidad absoluta por el órgano administrativo.

Nuevamente el Tribunal Supremo, como en otras tantas Sentencias, señala de aplicación el contenido del Artículo 3 LCS, dado que vuelve a destacar que no aparece resaltada en la póliza ni consta aceptada expresamente, por lo que resulta inoponible al asegurado.

No obstante, y en sentido contrario, se deduce, que, si bien es limitativa, si la cláusula se realiza cumpliendo los requisitos del Artículo 3 LCS sería admisible esta exclusión, y perfectamente por tanto oponible al asegurado.

Lo anterior, puede suponer que en numerosos siniestros como el que nos ocupa, en el que las pólizas pueden ya no estar vigentes cuando tiempo después se concrete el riesgo asegurado en póliza con la declaración de la incapacidad absoluta, se deje vacío de contenido la cobertura que la póliza quería brindar, y se desnaturalice el propio contrato de seguro.

Designación de beneficiarios en las pólizas de seguros de personas vinculadas a contratos de préstamo. Por último, en la Sentencia dictada, se deja claro en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia que el asegurado, que aparece como beneficiario en segun-

COMENTARIO

do lugar por detrás de la entidad bancaria, está perfectamente legitimado para reclamar el cumplimiento del contrato de seguro, si bien y, dado que existen interés compartidos para que se abone el préstamo, deba entregarse en primer lugar a la entidad beneficiaria el saldo pendiente de amortización del préstamo vinculado al seguro, para luego abonar el remanente al asegurado o sus herederos, y de esta forma se da cumplimiento a los citados intereses compartidos.

Conclusión. El Tribunal Supremo deja claro cuestiones importantes, y, que son de todo punto lógicas para establecer la fecha del siniestro en supuestos de incapacidad permanente absoluta como consecuencia de enfermedad, estableciendo una regla general y una excepción, coordinando con las decisiones de la Sala Social.

En la Sentencia de Pleno se establece como cláusula limitativa la que establecía como fecha del siniestro la de determinación de la incapacidad permanente absoluta, deduciéndose que si se cumplen los requisitos del Artículo 3 LCS sería admisible y oponible, y puede dar cabida por tanto a rechazar numerosos siniestros en los que ya no estará vigente la póliza cuando se produzca la declaración de invalidez absoluta como consecuencia de la enfermedad.

Frente a esta posibilidad, se echa en falta, por tanto, que pasa con la cobertura de la póliza cuando se aplique en los siniestros la excepción que fija la regla general, y no estuviera ya vigente la póliza de seguro, y se cumpla con los requisitos del Artículo 3 LCS estableciendo como fecha de siniestro de ocurrencia de la invalidez la fecha de determinación de la incapacidad permanente absoluta por el organismo competente.

En estos siniestros, considero que se podría plantear que estamos ante una cláusula lesiva y, por tanto, nula pues vacía de contenido la póliza y la cobertura que se quería brindar, debiéndose estimar igualmente este tipo de pretensiones con el argumento expuesto en las sentencias de instancia de que sería tanto como dejar los plazos de la póliza en manos de la eficacia o rapidez de la Administración en la tramitación de la incapacidad.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Cobertura de un seguro de multirriesgo de una vivienda adquirida mediante subasta judicial, que se encontraba ocupada en el momento de la contratación, hecho éste que no fue comunicado a la aseguradora. Se declara que existe interés del artículo 25 de la LCS por el tomador propietario, aunque no tuviera la posesión en el momento de la suscripción, y que no hay argumentos para liberar a la aseguradora, pues ésta contó siempre con la posibilidad de valorar el riesgo mediante el sometimiento a la actora al oportuno cuestionario del que voluntariamente prescindió, por lo que se sometió a lo pactado

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 1 de marzo de 2023

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

TERCERO.- Examen del primero de los motivos del recurso de casación

3.1 Fundamento y desarrollo del motivo.

El primer motivo se interpone, por interés casacional e infracción del art. 25 LCS, al considerar la recurrente que existe interés asegurable dado que la tomadora del seguro es propietaria del inmueble dañado, que contrata la cobertura con la advertencia de que su destino era el de alquiler; es decir, que lo habitual es que su posesión no corresponda al propietario sino a quien, en cada momento, tenga cedido el uso.

Es cierto que la compañía alegó que no procedía la indemnización porque no se acreditó la concreta fecha del siniestro con cita del art. 10 de la LCS; pero el juzgado desestimó tal motivo de oposición con fundamento en que a la demandante no se le exi-

gió cuestionario alguno y, comoquiera que la compañía no se molestó, tampoco, en acreditar la fecha de producción del siniestro, la única opción posible era la estimación de la demanda.

Se citó como infringida la doctrina establecida en las sentencias de esta sala 1176/1996, de 31 de diciembre; 692/1999, de 30 de julio y 260/2006, de 23 de marzo, sobre la existencia de interés asegurable, toda vez que la actora ostentaba un interés económico indiscutible en la concertación del seguro para prevenir los daños que pudiera sufrir un bien de su titularidad dominical.

Y concluyó:

«[...] al propietario que no se le solicita prueba de aseguramiento ni al contratar el seguro, ni al cobrar la prima, no puede alegarse cuando ocurre el siniestro la inexistencia de interés, teniendo en cuenta que es propietario de un bien, que contrata el seguro poniendo de manifiesto que otros van a usar el inmueble».

3.2 Examen y estimación del motivo del recurso.

El motivo debe ser estimado por las razones que se pasan a exponer.

El interés deviene en elemento esencial del contrato de seguro, y no solo en el seguro contra daños sino también en los seguros de persona. De no ser así, el seguro se convertiría en una simple apuesta. Es imprescindible que en la póliza se indique el interés asegurado, por eso es preciso que se especifique «el concepto en el cual se asegura» (art. 8.2 LCS).

El derogado art. 434 del Código de Comercio lo mencionaba en la modalidad del seguro de transporte terrestre, al establecer que «podrán asegurar no sólo los dueños de las mercancías transportadas, sino todos los que tengan interés o responsabilidad en su conservación, expresando en la póliza el concepto en que contratan el seguro».

La vigente ley 50/1980, de 8 de octubre, se refiere al interés asegurado dentro de las dispo-



siciones general es del seguro contra daños. Y, aunque no es un requisito exclusivo de esta tipología de seguros, alcanza en éstos una especial significación, con una específica regulación normativa contenida en sus arts. 25 y siguientes.

El artículo 25 LCS, en cuya infracción se fundamenta el recurso de casación, señala que «sin perjuicio de lo establecido en el artículo cuarto, el contrato de seguro contra daños es nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés del asegurado a la indemnización del daño».

La ley no da una definición de lo que se entiende por el interés que se asegura. Se limita a señalar que ha de concurrir en el momento de la conclusión del contrato, aunque sería más correcto establecer, como se hacía en el proyecto de ley, que su concurso es preciso desde el momento en que el seguro deba producir sus efectos. Se regulan, también, las consecuencias que derivan de su inexistencia.

La jurisprudencia, en consonancia con la doctrina, precisa el concepto de interés asegurado.

En este sentido, la sentencia 997/2002, de 23 de octubre, con cita de la sentencia de 16 de mayo de 2000, señala que «en el ámbito del Derecho de seguro el interés viene constituido por la relación económica existente entre un sujeto y un bien que constituye el objeto cubierto por la póliza». Y, por su parte, la sentencia 681/1994, de 9 de julio, indica que «en los seguros de daños, el interés del asegurado a la indemnización procedente por consecuencia del riesgo que se asegura viene a ser requisito esencial para la validez del contrato».

El interés económico que una persona ostenta en que no se produzca el siniestro, constituye objeto legítimo de cobertura en el contrato de seguro de daños, cuya razón de ser radica precisamente en obtener el resarcimiento concreto de la lesión del interés (id quod interest). De esta manera, el siniestro es la realización del riesgo y la lesión del interés asegurado.

El interés guarda íntima relación con el riesgo.

Sin la existencia de un interés legítimo sobre una cosa sometida a un riesgo no nace el seguro de daños ni, por lo tanto, se generan sus prototípicos efectos. Desde esta perspectiva, aseguramos las cosas sobre las que tenemos interés para preservarnos de los siniestros que las dañen.

Ahora bien, no podemos identificar riesgo con interés.

Son dos condicionantes distintos del contrato de seguro que inciden sobre su validez y eficacia. Cada uno cuenta con una regulación específica. Así, el art. 4 de la LCS señala que «el seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro»; mientras que el art. 25 de la LCS se refiere al interés asegurado anudando a su ausencia el mismo efecto jurídico de la nulidad.

El riesgo es el peligro de que se produzca un siniestro, es el alma y nervio del contrato de seguro, precisamente éste se celebra como antídoto o anticuerpo de aquél (STS 712/2021, de 25 de octubre).

Es perfectamente posible que exista riesgo y no interés; por ejemplo, en el supuesto de la sentencia de esta Sala 10/2005, de 31 de enero, en que se consideró inexistente el interés asegurado porque se había perdido la condición de arrendatario del local cuando se produjo el incendio. Es evidente que, en tal caso, se produjo el riesgo objeto de cobertura, pero el tomador no podía reclamar la indemnización del daño ya que había perdido su interés económico en la cosa.

En consecuencia, el seguro no desencadena sus efectos si la cosa asegurada no se llega a adquirir, se abandona el proyecto de un transporte, se destruye o se pierde su propiedad antes de la concertación del contrato de seguro, o la pérdida sobreviene cuando el asegurado es desahuciado de la vivienda objeto de cobertura y, con posterioridad, se produce el siniestro.

El interés ha de persistir durante la vigencia del contrato, así resulta de la sentencia 692/1999, de 30 de julio, cuando señala:

«El artículo 25 de la Ley de Contrato de Seguro se refiere a la necesidad, para que surja un contrato válido, de que exista un interés del asegurado a la indemnización del daño en el momento de la conclusión; no se refiere el precepto a la necesidad de que el interés subsista en el momento de la producción del daño, si bien ello es aceptado unánimemente por la doctrina científica de tal manera que la desaparición del interés excluye la posibilidad del daño e impide que surja el deber de indemnizar por el asegurador».

Por consiguiente, sólo cuando una persona preserve un interés en que no se cause un si-

niestro, buscará la protección que le dispensa el contrato de seguro para prevenir los daños que la cosa asegurada pueda sufrir, y evitar, de este modo, los negativos efectos de su menoscabo o destrucción.

El interés no solo corresponde al propietario de la cosa, sino a quien lo ostenta por otros títulos jurídicos, como enseña la STS 260/2006, de 23 de marzo, cuando establece que:

«[...] según la doctrina y la jurisprudencia el interés asegurado en el contrato de daños no sólo puede radicaren la propiedad del bien asegurado, sino también derivar de cualquier otra relación económica que se refiera al mismo, como es la titularidad de un crédito hipotecario garantizado mediante el expresado bien, pues en este caso el interés asegurado se cifra en el mantenimiento de la integridad de la garantía hipotecaria para hacer efectivo el crédito en caso de impago».

En cualquier caso, el interés del propietario es el más importante en el seguro de cosas y, en el caso que nos ocupa, la titularidad dominical de la actora y su marido es indiscutible.

El título, que ostentan sobre la cosa asegurada, proviene de la venta forzosa del inmueble objeto de cobertura con los requisitos legales exigidos para transmitir la propiedad.

En este sentido, las sentencias 414/2015, de 14 de julio; 139/2017, de 1 de marzo y 480/2018, de 23 de julio, entre otras, señalan:

«En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), éste será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil.»

En consecuencia, no podemos concluir que la actora carezca de interés en la celebración del contrato de seguro en su condición de pro-

pietaria del inmueble asegurado, concepto con el que suscribe la póliza.

La relación económica que ostenta con la cosa es evidente, y que pretenda prevenirse del deterioro o menoscabo que pueda sufrir, por un acto de vandalismo, constituye un indiscutible fin legítimo. Su interés es pues difícilmente cuestionable desde el momento en que adquirió la vivienda y se integró como activo de su sociedad ganancial.

La actora se encuentra, en contra de lo que sostiene la compañía demandada, activamente legitimada para la presentación de la demanda. Así resulta de la doctrina de la sentencia 480/1987, de 14 de julio, cuando señala: «lo esencial para la determinación legitimadora no es otro factor que el de interés en la obtención de la indemnización del daño».

Cuestión distinta es si, al tiempo de contratar el seguro, se había producido ya el siniestro, en cuyo caso el contrato sería nulo, pero por aplicación del art. 4 de la LCS, y no del art. 25 de la misma disposición general, que se refiere al interés asegurado.

No obstante, la aplicación de este último precepto (art. 25 LCS) sí procede en cuanto a los bienes muebles existentes en el interior de la vivienda, toda vez que, con respecto a éstos, la actora carece de interés asegurable, puesto que el título que justifica su dominio proviene de la venta judicial celebrada en el procedimiento de apremio, sin que el mobiliario existente fuera objeto de subasta y correlativa adjudicación al marido de la demandante, como con acierto resolvió el juzgado en pronunciamiento, además, no cuestionado por la recurrente, sin perjuicio de la extensión del seguro, dentro de la cobertura de continente, por aplicación del art. 334 del CC que define lo que se entiende por bien inmueble por incorporación o integración permanente.

CUARTO.- Segundo motivo del recurso de casación

El segundo motivo se formula igualmente por interés casacional, al vulnerar la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la doctrina que impide una actuación contra los actos propios, como consecuencia de no haber ejercitado la aseguradora la acción prevista en el art. 10 LCS. El hecho de no instar la resolución contractual al amparo del mentado precepto, razona la parte recurrente, implica la aceptación de

la existencia de interés asegurable por parte de la compañía demandada.

No podemos aceptar dicha argumentación.

El art. 10, párrafo segundo, de la LCS norma que «el asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro».

No utilizar la facultad que confiere dicho precepto a la aseguradora, es perfectamente compatible con la circunstancia de sostener que el contrato no desencadena sus efectos al ser nulo por falta de interés asegurable.

Por lo tanto, no ejercitar la precitada acción rescisoria no conforma un acto propio del que quepa deducir, mediante una conclusión inequívoca, que la compañía no se opondría a la reclamación formulada a través de la invocación del art. 25 LCS. Es más, ninguna confianza sobre la posición jurídica de la demandada podía albergar la actora, cuando se le comunicó por la aseguradora que no se hacía cargo del siniestro.

No se ha lesionado pues el principio que impide una actuación contra actos propios. No concurren los requisitos exigidos para la aplicación de tal doctrina.

A ellos nos referimos en la sentencia de esta Sala 320/2020, de 18 de junio, cuya doctrina es ratificada en las sentencias 300/2022, de 7 de abril, y 578/2022, de 26 de julio, que señalan al respecto:

«La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 9 de diciembre de 2010 y 547/2012, de 25 de febrero de 2013). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS 9 de diciembre de 2010, RC n.º 1433/2006, 7 de diciembre de 2010, RC n.º 258/2007). Como afirmamos en la sentencia de 25 de febrero de 2013, [...], dicha doctrina "significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado senti-

do, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real».

QUINTO.- Asunción de la instancia

Estimado el primer motivo del recurso de casación interpuesto, debemos asumir la instancia, y, en consecuencia, dictar la sentencia procedente en derecho.

Es necesario tener en cuenta, para ello, que la compañía no ha sometido a cuestionario a la demandante a la hora de concertar el contrato de seguro (art. 10 LCS).

Esta Sala ha establecido en la sentencia 72/2016, de 17 de febrero, cuya doctrina reproduce la sentencia 222/2017, de 5 de abril, que:

«La jurisprudencia de esta Sala sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS (entre las más recientes, SSTS de 2 de diciembre de 2014, rec. 982/2013, y 4 de diciembre de 2014, rec. 2269/2013, que asu vez citan y extractan las SSTS de 14 de junio de 2006, rec. 4080/1999, 11 de mayo de 2007, rec. 2056/2000, 15 de noviembre de 2007, rec. 5498/2000, y 3 de junio de 2008, rec. 154/2001) viene declarando que dicho precepto, ubicado dentro del título I referente a las disposiciones generales aplicables a toda clase de seguros, ha configurado, más que un deber de declaración, un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador, ya que este, por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos. Esta configuración se aclaró y reforzó, si cabe, con la modificación del párrafo primero de este art. 10, al añadirse un último inciso según el cual quedará exonerado de tal deber (el tomador del seguro) si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometidoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él" (STS de 2 de diciembre de 2014). En consecuencia, para la jurisprudencia la obligación del tomador del seguro de declarar a la aseguradora, antes de la conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que esta le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, se cumple "contestando el cuestionario que le presenta el asegurador, el cual asume el riesgo en caso de no presentarlo o hacerlo de manera incompleta(SSTS 25 de octubre de 1995; 21 de febrero de 2003 ; 27 de febrero

de 2005 ; 29 de marzo de 2006 ; 17 de julio de 2007, rec. 3121/2000)". (STS de 4 de diciembre de 2014)».

La sentencia 401/2015, de 14 de julio, en el sentido expuesto, señala que:

«[...] de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, el art. 10 LCS concibe el deber de declarar, como un deber de dar respuesta al cuestionario que el asegurador somete al asegurado. Si no existe cuestionario, las partes deben someterse a lo pactado en la póliza, y singularmente a la designación del objeto asegurado y de su situación, la naturaleza del riesgo cubierto y el alcance de la cobertura (ex art. 8 LCS, números 4, 3 y 5 respectivamente)».

Tampoco existe prueba de que el daño se hubiera producido antes de la concertación del contrato.

Es más, tal conclusión es la menos lógica, pues el inmueble era entonces poseído por el hijo del ejecutado, yes altamente improbable que, de forma intencionada, lo dañase, dado que un proceder de tal clase le causaría un evidente perjuicio en las condiciones de disfrute de la vivienda al menoscabar su estado y condiciones de uso; por otra parte, los técnicos informantes señalaron que su habitabilidad sería incompatible con los desperfectos que presentaba.

El contrato de seguro se celebra el 22 de junio de 2016, y la diligencia de entrega de la posesión se produce un mes después, la cual se notifica a la parte ejecutada con posterioridad a la concertación del contrato de seguro.

Por todo ello, lo más plausible es que los daños, de etiología claramente intencional, y no de desgaste natural de la cosa, estos últimos además excluidos en la póliza, se causaran con posterioridad a la concertación del contrato de seguro. Tampoco, la compañía ofrece una hipótesis alternativa de la misma intensidad sobre el concreto momento de la génesis del daño.

En cualquier caso y, desde luego, la compañía no acreditó que, al suscribirse la póliza, ya se hubieran producido los actos de vandalismo, objeto de cobertura, para que fuera de aplicación el invocado art. 4 de la LCS.

Tampoco existe elemento de juicio alguno de que la parte demandante conociera que se hubieran producido el siniestro antes de la

suscripción del contrato actuando con patente mala fe; y poco importa la falta de comunicación de la retirada de los muebles de la vivienda asegurada, cuando a ellos no se extendía la cobertura por no haberlos adquirido la actora en el procedimiento de apremio y, por consiguiente, no ser su dueña, razón por la cual el juzgado los excluyó de la indemnización postulada en aplicación del art. 25 de la LCS.

En definitiva, no vemos argumentos, de entidad suficiente, para liberar a la compañía del siniestro, objeto del contrato de seguro, tal y como se sostuvo por el juzgado. La demandada siempre contó con la posibilidad de valorar el riesgo mediante el sometimiento a la actora al oportuno cuestionario del que voluntariamente prescindió.

En otro orden de cosas, la compañía aseguradora se opone a la cuantificación del daño.

Hemos de considerar correcta la inclusión y valoración de los desperfectos descritos en la factura proforma aportada con la demanda, que fue ratificada, y, por consiguiente, la cuantificación de los daños en el continente del inmueble relativos a trabajos de albañilería, fontanería, electricidad, carpintería, pintura, seguridad, salud y gestión de residuos, dado que se tratan de desperfectos intencionados incardinables en la garantía de vandalismo, tal y como se hizo por el juzgado.

No obstante, tiene razón la compañía de seguros cuando sostiene que existe duplicación en las partidas siguientes: bañera de hidromasaje (partida 02.06) por valor 1752 euros; accesorios de baño Roca (02.07) por importe de 190 euros; grifería para baño ducha (02.11) de 82 euros; unidad de mampara para baño (02.12) por 284 euros; accesorios para baño de Roca (02.13) por valor de 75 euros; y unidad de grifo monomando para fregadero instalado (02.18) 100 euros. Todo ello, hace un total de 2.483 euros.

Por todo ello, el montante de tal concepto indemnizatorio queda fijado en 30.998,02 euros.

Por lo que respecta a la otra partida reclamada relativa a inmuebles por adscripción permanente, que la sentencia recurrida fija en 4.205,16 euros, es necesario señalar que existen bienes inmuebles por incorporación, que son aquellos muebles unidos fijamente al inmueble de modo que no puedan separarse de él sin quebrantamiento de su materia.

La sentencia 213/1961, de 18 de marzo, señaló al respecto que «aun cuando los lavabos, inodoros, bañeras, radiadores y tuberías exteriores sean aisladamente muebles, de por sí desde el momento en que de manera fija se inmovilizan por unión o agregación a un inmueble, pierden su naturaleza peculiar y adquieren la consideración jurídica de bienes inmuebles por incorporación al quedar unidos a él de manera duradera y precisa»; condición jurídica que igualmente ostenta un conjunto de azulejos que constituía el revestimiento de la pared de una habitación -antes de su separación voluntaria de la pared por el propietario- (sentencia 305/2000, de 30 de marzo).

La jurisprudencia se refiere, también, a los bienes que adquieren la condición de inmuebles «por razón del destino que les hubiera dado el propietario de la finca» de manera que en tales

casos «se puede transmutar jurídicamente su naturaleza, adscribiéndoles al fin de la explotación de la misma, si directamente concurrieran a satisfacer las necesidades que aquélla genera» (sentencia 828/1990, de 21 de diciembre), y así se han calificado como bienes inmuebles por destino, la maquinaria y demás instalaciones para la extracción de agua de un pozo y su posterior distribución para regar el fundo (sentencia 635/1985, de 4 de noviembre), así como los elementos móviles («pivots»), cuya función es acoplarse a los puntos de toma de agua para su aspersión (sentencia 828/1990, de 21 de diciembre).

Este tratamiento cabe darlo a los muebles de cocina al hallarse incorporados a la vivienda para su exclusivo servicio, y satisfacer una condición básica impuesta por la habitabilidad del inmueble, de manera tal que



dicho mobiliario se incluye en los procesos de comercialización y venta de los pisos, aun cuando pueda ser materialmente separado sin menoscabo del inmueble al que se halla destinado; por lo tanto, la consideración como partida del continente realizada por el juzgado, que no incluyó los electrodomésticos, sin cláusula de exclusión contractual en la póliza de seguro, no cabe reputarla errónea.

Por todo ello, consideramos también correcta la valoración realizada por la sentencia del juzgado.

Así las cosas, la demanda debe estimarse por un total de 35.203,18 euros.

SEXTO.- Costas y depósito

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la preceptiva condena en costas(art. 398 LEC), así como la pérdida del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 9 de la LOPJ).

La estimación del recurso de casación y estimación en parte del recurso apelación interpuestos determina no se haga especial imposición sobre las costas procesales de ambos recursos (art. 398 LEC) y correlativa devolución de los depósitos constituidos para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 8 de la LOPJ).

Tampoco procede la condena en las costas de primera instancia al estimarse en parte la demanda (art. 394 LEC).

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la parte demandante, con preceptiva condena en costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

2.- Estimar el recurso de casación interpuesto, casar la sentencia recurrida 66/2019, de 21 de febrero, dictada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el rollo de apelación 9297/2017, sin imposición de costas y devolución del depósito constituido para recurrir.

3.- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Allianz, S.A., contra la sentencia de 10 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Estepa, en los autos de juicio ordinario 498/2016, y, en consecuencia, revocamos la referida resolución en el único sentido de rebajar la indemnización procedente a la suma de 35.203,18 €, con confirmación de la sentencia de primera instancia en el resto de sus pronunciamientos, todo ello sin imposición de las costas procesales de segunda instancia, y con devolución del depósito constituido para apelar.

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 **Carmen Reyes Vargas**
Abogada

El objeto del proceso consiste en la reclamación de la indemnización correspondiente a los daños ocasionados en el continente y en el contenido de una vivienda de su propiedad frente a la compañía aseguradora con la que había formalizado el contrato de seguro. Esta vivienda había sido adquirida por medio de subasta judicial, en virtud de decreto de adjudicación de 26 de marzo de 2015, y se inscribió en el registro de la propiedad con fecha 14 de abril de 2016, como perteneciente a la sociedad legal de gananciales constituida por la demandante y su marido. Derivado de un proceso judicial de desahucio promovido por los propietarios del inmueble, el 20 de mayo de 2016, se solicitó orden de lanzamiento contra el ocupante, y el 22 de junio de 2016 se concertó, entre las partes litigantes de este proceso, un contrato de seguro multirriesgo del hogar, en el que se aseguraban como valor de reposición de la edificación y del mobiliario 54.000 y 7.000 euros respectivamente.

Con fecha 27 de julio de 2016, la comisión judicial procedió a la entrega de la vivienda a la demandante, la cual al tomar posesión del inmueble, comprobó los destrozos que presentaba en su interior y que el mobiliario había sido retirado, por lo que ese mismo día, la actora presentó denuncia ante la guardia civil y, al día siguiente, comunicó el siniestro a la aseguradora. Si bien, la compañía, tras abrir expediente por vandalismo, rehusó el siniestro con el argumento de que *«las consecuencias declaradas no se correspondían con la realidad de los hechos»*.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, y en lo que aquí interesa consideró que concurría el interés asegurado al que se refiere el art. 25 de la LCS.

Por la asegurada se promovió demanda de procedimiento ordinario del que conoció el Juzgado de Primera instancia nº 2 de Estepona, por el que solicitaba la condena de la aseguradora a indemnizar en concepto de daños al continente la cantidad de 33.581,02 euros, y en concepto de daños al contenido, la cantidad de 7.670,19 euros, más los interés del artículo 20 de la LCS y las costas.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, y en lo que aquí interesa consideró que concurría el interés asegurado al que se refiere el art. 25 de la LCS, ya que, al concertarse el contrato, la actora era propietaria del inmueble, aunque desconociera el estado en que se encontraba. El dolo o culpa grave de la tomadora, así como la posibilidad de haberse producido el siniestro con carácter previo a concertarse el contrato de seguro, son hechos cuya prueba incumbe a la aseguradora, máxime cuando no consta que la compañía hubiese sometido a la demandante al oportuno cuestionario a fin de valorar las circunstancias que habrían de influir en la valoración del riesgo.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la compañía aseguradora cuyo conocimiento correspondió a la sección sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia revocatoria de la pronunciada por el juzgado, al considerar que el contrato suscrito entre las partes era nulo, pues: *“se da una falta de interés en el tomador*

del seguro como así opuso la entidad aseguradora, toda vez que cuando se produjo el aseguramiento el demandante no había entrado en el interior del inmueble que aseguraba.

Se interpone recurso de casación por interés casacional e infracción del art. 25 de la LCS, al considerar la recurrente que existe interés asegurable dado que la tomadora del seguro es propietaria del inmueble dañado, que contrata la cobertura con la advertencia de que su destino era el de alquiler, argumentos que es estimado por el Tribunal Supremo al considerar que la actora sí ostenta interés en la celebración del contrato de seguro en su condición de propietaria del inmueble asegurado, concepto con el que suscribe la póliza, y prevenirse del deterioro o menoscabo que pueda sufrir por un acto de vandalismo, constituye un indiscutible fin legítimo. Cuestión distinta -se plantea la sentencia- es si, al tiempo de contratar el seguro, se había producido ya el siniestro, en cuyo caso el contrato sería nulo, pero por aplicación del art. 4 de la LCS, y no del art. 25 de la misma ley, que se refiere al interés asegurado.

No obstante, la aplicación de este último precepto (art. 25 de la LCS) sí procede en cuanto a los bienes muebles existentes en el interior de la vivienda, toda vez que, con respecto a éstos, la actora carece de interés asegurable, puesto que el título que justifica su dominio proviene de la venta judicial celebrada en el procedimiento de apremio, sin que el mobiliario existente fuera objeto de subasta y correlativa adjudicación al marido de la demandante, como con acierto resolvió el juzgado en pronunciamiento.

Estimado por tanto, el primer motivo de casación, y asumiendo la instancia, la sentencia parte de la consideración de que la aseguradora no ha sometido al asegurado al oportuno cuestionario del artículo 10 de la LCS. Tampoco existe prueba de que el daño se hubiera producido antes de la concertación del contrato, pues el inmueble era entonces poseído por el hijo del ejecutado, y es altamente improbable que, de forma intencionada lo dañase. En cualquier caso, la compañía no acreditó que, al suscribirse la póliza, ya se hubieran producido los actos de vandalismo, objeto de cobertura, para que fuera de aplicación el invocado art. 4 de la LCS. Tampoco existe elemento de juicio alguno de que la parte demandante conociera que se hubiera producido el siniestro antes de la suscripción del contrato actuando con patente mala fe.

En definitiva, la Sala Primera estima parcialmente el recurso del reclamante, y al considerar que el contrato no es nulo, asume la instancia y estima parcialmente la demanda -al excluir los daños ocasionados al contenido-, considerando que no hay argumentos para liberar a la compañía del siniestro, pues la aseguradora demandada siempre contó con la posibilidad de valorar el riesgo mediante el sometimiento a la actora al oportuno cuestionario del que voluntariamente prescindió.

De la sentencia analizada, podemos extraer una serie de conclusiones muy relevantes:

- Que debe diferenciarse entre interés asegurado, regulado en el artículo 25 de la LCS, y que representa la legitimación o título del tomador sobre el bien asegurado, y el riesgo asegurado, regulado en el artículo 4 de la LCS, que puede definirse como el peligro de que se produzca un siniestro. De esta forma, en el presente caso, no puede cuestionarse que el tomador tuviera interés asegurable sobre la vivienda asegurada desde el momento en que adquirió la vivienda y se integró como activo de la sociedad ganancial, por lo que el contrato no era nulo en aplicación del artículo 25 de la LCS.

- El no ejercitar la acción de rescisión del contrato en el plazo de un mes previsto en el artículo 10 de la LCS, no impide alegar la nulidad del contrato, pues no supone ir contra los actos propios.

- Respecto a la producción del siniestro con anterioridad a la firma del contrato, no se puede alegar por cuanto que la aseguradora no sometió al asegurado al correspondiente cuestionario, y por tanto, las partes deben someterse a lo pactado en la póliza (ex. art. 8 de la LCS).



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Desestimación del recurso interpuesto por el asegurado, al apreciarse ocultación dolosa de éste e infracción del artículo 10 de la LCS, al no declarar en el cuestionario médico la patología ocular grave que sufría con anterioridad a la suscripción de la póliza, y que es causa de la invalidez declarada. El asegurado, al preguntarle sobre si había padecido o padecía en ese momento alguna enfermedad, que le hubiera obligado a estar bajo supervisión o tratamiento médico debió responder afirmativamente, pues "el seguimiento o control del paciente por un médico" es una forma de tratamiento médico. Aunque en las preguntas incluidas en el cuestionario no se preguntara de forma específica sobre dicha enfermedad, sí le permitieron vincularlas con sus antecedentes de salud y, por tanto, ser consciente de que por la relevancia de su patología ocular no debía ocultarla para que la compañía pudiera valorar adecuadamente el riesgo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 27 de marzo de 2023
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente litigio versa sobre la reclamación del asegurado contra su compañía de seguros para el cumplimiento del contrato de seguro de vida con cobertura de invalidez que se encontraba en vigor al producirse el siniestro, consistente este en la declaración de incapacidad permanente absoluta (IPA) del asegurado a consecuencia de una enfermedad ocular crónica. La controversia en casación se centra en determinar si el asegurado infringió o no su deber de declarar el riesgo cuando cumplimentó la declaración de salud.

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

1.- Se han declarado probados o no se discuten estos hechos:

1.1. El 14 de enero de 2009, pero con fecha de efecto 1 de enero del mismo año y una duración de veinte años, D. Abelardo, empleado de la entonces denominada Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, S.A., Caja Duero (luego Banco de Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U.), se adhirió a la póliza colectiva denominada "Seguro Vida Duero" (póliza n.º NUM 000, producto "TRAI Acuerdo Interno Caja Duero") de la que era tomadora la citada entidad financiera y aseguradora Unión del Duero Compañía de Seguros de Vida, S.A. (en adelante UDCSV o la aseguradora). Además del riesgo de fallecimiento, el seguro cubría el de invalidez permanente absoluta, en ambos casos con una suma asegurada inicial de 40.000 euros (doc. 3 de la demanda).

El seguro estaba vinculado a un contrato de préstamo concedido por Caja Duero, razón por la cual en el certificado individual se designó a la prestamista como primera beneficiaria.

1.2. En el boletín de adhesión se incluyó una "declaración de salud del asegurado", que fue cumplimentada por el propio asegurado en la intranet, utilizando el equipo informático asignado a su puesto de trabajo, sin intervención de ningún agente o trabajador de la aseguradora, y tenía el siguiente contenido:

1.3. En las condiciones generales de la póliza se estableció, como causa de exclusión de la garantía de invalidez (art. 3, apdo. 2):

"d) Las consecuencias de enfermedad o accidente originados con anterioridad a la entrada en vigor de este Seguro y que no se le comunicaran a la Aseguradora en el momento de formalizar el seguro".

1.4. En relación con los antecedentes de salud del asegurado en el momento de suscribir la póliza, consta acreditado (en particular, por los antecedentes médicos reflejados en los informes y dictámenes integrantes del expediente administrativo de reconocimiento de la invalidez que figura unido a las actuaciones de primera instancia como acontecimiento 43 del expediente digital): a) que desde su juventud venía padeciendo problemas de visión que el interesado achacaba a complicaciones derivadas de un episodio de hipertensión intracraneal sufrido durante su adolescencia (ver informe clínico del Servicio de Oftalmología del Hospital de Mérida expedido a petición del propio interesado en noviembre de 2013); b) que esos problemas le llevaron a visitar en 2003 al médico

especialista en oftalmología Dr. Diego, quien con fecha 7 de mayo de 2013 emitió un informe refiriendo que el paciente había sido diagnosticado ya en 2003 de su patología ocular (en concreto, de "miopía magna bilateral, hipoplasia y atrofia de ambos nervios ópticos, disminución del calibre de los vasos retinianos, déficit importante y generalizado del campo visual en ambos ojos y pruebas electro fisiológicas normales en aquel momento") y que la pérdida de capacidad visual había ido aumentando progresivamente con los años (de manera que si en 2003 tenía una agudeza visual mejor corregida del 80% en el ojo derecho y del 10% en el izquierdo, en mayo de 2013 esos porcentajes se habían reducido al 25% en el ojo derecho y a "visión de bultos en ojo izquierdo (además de déficit capimétrico generalizado)"; y c) que su patología, para la que no existía tratamiento médico (el Dr. Diego reseñó al final de su informe: "sin que podamos hacer nada para mejorar su visión"), no le impidió el normal desempeño de su actividad laboral hasta la fecha en que se le reconoció la situación de invalidez.

1.5. Con fecha 7 de enero de 2015 el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de la Dirección Provincial del INSS de Badajoz emitió dictamen-propuesta calificando al Sr. Abelardo como "trabajador incapacitado permanente, en grado de ABSOLUTA" a causa de enfermedad común, indicando como cuadro clínico residual "miopía magna bilateral. Atrofia óptica bilateral" y como limitaciones orgánicas y funcionales "deficiencia oftalmológica 4 ojo izquierdo, 3 ojo derecho". Por resolución de 20 de enero de 2015 de esa misma Dirección Provincial se le reconoció una incapacidad permanente absoluta (IPA) para todo trabajo (doc. 1 de la demanda).

1.6. A finales de marzo de 2015 el asegurado comunicó el siniestro a la aseguradora. Por escrito de 1 de junio del mismo año la aseguradora le requirió para que aportara documentación acreditativa de la hipertensión craneal e historia oftalmológica completa en la que se recogiera la fecha de diagnóstico, la evolución y los tratamientos prescritos para su patología, y tras remitir el asegurado sendos informes médicos de fechas 24 de febrero de 2003 y 17 de mayo de 2013, la aseguradora, a la vista de dicho conjunto documental, contestó por escrito de 28 de julio de 2015 rechazando el siniestro al considerar que la IPA traía causa de problemas de salud preexistentes a la firma del contrato (en concreto, problemas oculares que le fueron diagnosticados en 2003) ocultados por el

asegurado (bloque documental aportado como doc. 4 de la demanda).

2.- Intentada sin éxito la conciliación (doc. 5 de la demanda), con fecha 31 de enero de 2018 el asegurado promovió el presente litigio contra la aseguradora reclamando el cumplimiento del contrato y, en consecuencia, que se condenara a la demandada a entregar al demandante la cantidad de 40.000 euros más los intereses del art. 20 LCS.

En apoyo de sus pretensiones alegó, en síntesis, que la aseguradora debía hacerse cargo del siniestro porque el demandante en ningún momento había ocultado a la aseguradora antecedentes de salud causalmente relacionados con la enfermedad determinante de su invalidez, dado que la declaración de salud contenía preguntas genéricas y no se le preguntó por ninguna patología que el asegurado pudiera vincular con los antecedentes de 2003, y que estos no le habían impedido seguir trabajando.

3.- La aseguradora demandada se opuso a la demanda. Aunque en su escrito de contestación se refirió por error a hechos relativos a otro asegurado, en el acto de la audiencia previa aclaró que "mantenía los mismos motivos

de oposición invocados genéricamente en la contestación, si bien referidos en realidad a don Abelardo" (fundamento de derecho primero de la sentencia de primera instancia). En consecuencia, su oposición consistió, en síntesis, en que: (i) el asegurado carecía de legitimación activa porque la primera beneficiaria era la entidad prestamista; (ii) el asegurado había infringido el art. 10 LCS al haber ocultado dolosamente a la aseguradora información conocida y relevante sobre su estado de salud, en concreto la enfermedad ocular que padecía y que se le había diagnosticado mucho antes de firmar la póliza; y (iii) además, en la propia póliza se contenía una exclusión de cobertura referente a enfermedades preexistentes.

4.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó en costas a la demandada.

Razonó, en síntesis, lo siguiente: (i) según la jurisprudencia, en casos como este el asegurado está legitimado activamente para reclamar el cumplimiento del contrato de seguro aunque el beneficiario sea un tercero; (ii) pese a que el asegurado fue diagnosticado de su enfermedad ocular en 2003 y era consciente de ella cuando firmó la póliza y contestó negativamente a to-



das las preguntas de la declaración de salud, sin embargo no podía concluirse que infringiera su deber de declarar el riesgo, pues las preguntas que se le hicieron fueron genéricas, estereotipadas y ninguna de ellas referida a problemas de visión, a lo que se unía que no seguía tratamiento ni estaba bajo supervisión médica por sus problemas oculares, razones que le impidieron vincular sus antecedentes de salud con la enfermedad causante de su invalidez; (iii) en consecuencia, ha de ser la entidad aseguradora la que soporte la imprecisión del cuestionario de salud.

5.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la aseguradora demandada, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda, imponiendo las costas de la primera instancia al demandante y sin imponer a ninguna de las partes las de la segunda instancia.

Sus razones son, en síntesis, que el asegurado infringió el art. 10 LCS, por ocultación dolosa, ya que la enfermedad causante de su invalidez (miopía magna bilateral y atrofia óptica bilateral) la padecía desde mucho antes de firmar la póliza, toda vez que se le había diagnosticado en 2003, y aunque la jurisprudencia reconoce que el deber de declarar el riesgo es un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que recaen las consecuencias que derivan de no presentar un cuestionario o de la presentación de un cuestionario con preguntas no pertinentes para valorar adecuadamente el riesgo, en este caso las preguntas de la declaración de salud, que el asegurado contestó por sí, sin intervención alguna de agente o trabajador de la aseguradora, sí le permitieron vincularlas con sus antecedentes de salud y, por tanto, ser consciente de que por la relevancia de su patología ocular no debía ocultarla para que la compañía pudiera valorar adecuadamente el riesgo.

6.- El demandante interpuso recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre la validez material de la declaración de salud.

7.- En su oposición al recurso la aseguradora recurrida ha solicitado su desestimación, tanto por causas de inadmisión como de fondo, con imposición de costas al recurrente.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso se funda en infracción del art.10 LCS, y en su desarrollo argumental, en el que se reproduce tex-

tualmente aunque de forma poco clara (dado que hay extractos que se reiteran) gran parte de la fundamentación jurídica de la sentencia de primera instancia, se alega, en síntesis: (i) que el recurrente no vulneró su deber de declarar el riesgo por el hecho de responder negativamente a las preguntas contenidas en la declaración de salud, pues nunca estuvo de baja, ni hospitalizado, ni sometido a intervención quirúrgica o a tratamiento médico, y las preguntas sobre enfermedades que se le formularon eran genéricas, ninguna referida a su enfermedad ocular, sin que el simple hecho de que tuviera conocimiento de su déficit visual y no informara de ello al asegurador pueda considerarse reticencia alguna; y (ii) que, en definitiva, ninguna de las preguntas fue conducente a que se representara sus padecimientos oculares como uno de los problemas de salud por los que era preguntado, debiendo ser la aseguradora la que soporte las consecuencias "de no haber presentado un cuestionario correctamente".

La aseguradora recurrida se ha opuesto al recurso alegando, en síntesis: (i) que es inadmisibles por inexistencia de interés casacional, dado que la jurisprudencia que se cita como infringida para justificar la concurrencia de dicho interés casacional ha recaído en casos distintos del presente, de forma que su vulneración solo sería posible si se prescindiera de los hechos probados, en particular que el cuestionario lo cumplimentó el propio asegurado por sí mismo, sin intervención de ningún agente de la aseguradora; y (ii) que en todo caso debe ser desestimado porque la sentencia recurrida aplica correctamente el art. 10 LCS y su jurisprudencia a los hechos probados, de modo que su decisión es el resultado de ponderar las concretas circunstancias concurrentes en este caso, entre ellas que el demandante era consciente de padecer una enfermedad ocular degenerativa desde mucho antes de firmar la póliza y que fue el propio asegurado, aprovechándose de su condición de empleado de la entidad bancaria comercializadora del seguro, el que contrató el seguro y cumplimentó el cuestionario, sin intervención de terceros que hubieran podido percibir sus problemas oculares, a lo que se une que en la propia póliza se contenía una exclusión de cobertura (que la sentencia recurrida "no tuvo la necesidad de analizar") referente a enfermedades preexistentes, plenamente válida y oponible.

TERCERO.- No concurren los óbices de admisibilidad alegados por la aseguradora porque, como ha reiterado esta sala al conocer de recursos sobre el art. 10 LCS y su jurisprudencia (p. ej. sentencias 839/2021, de 2 de diciembre,

235/2021, de 29 de abril, 108/2021, de 1 de marzo, 661/2020, de 10 de diciembre, y 639/2020, de 25 de noviembre), puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso partiendo del respeto a los hechos probados, requisitos que se cumplen en este caso porque lo que se plantea en casación, con cita de las normas aplicables a la controversia (art. 10 LCS) y pleno respeto a los hechos probados, es una cuestión exclusivamente jurídica consistente en que deba ser la aseguradora la que soporte la falta de idoneidad de un cuestionario que, según la parte recurrente, no permitía a la compañía valorar adecuadamente el riesgo.

Por tanto, procede entrar a conocer del recurso.

CUARTO.- Como reiteran, p. ej., las sentencias 839/2021, de 2 de diciembre, y 785/2021, de 15 de noviembre, ambas con cita de la 235/2021, de 29 de abril, de la muy copiosa jurisprudencia de esta sala sobre la interpretación del art. 10 LCS resulta, en síntesis, que:

"(i) el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; y (ii) lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando o silenciando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro".

En la misma sentencia 235/2021 también se afirma lo siguiente:

"La sentencia 611/2020, con cita de las sentencias 333/2020, de 22 de junio, y 345/2020, de 23 de junio, reitera, en primer lugar, que del art. 10 LCS resulta claramente que lo determinante de la liberación del pago de la prestación a cargo del asegurador no es la mera inexactitud en las respuestas del asegurado sino el

dolo o la culpa grave, es decir, "la inexactitud intencionada o debida a una culpa o negligencia de especial intensidad", y en segundo lugar, en cuanto a la relevancia de la relación causal entre el dato omitido y el riesgo cubierto, que como resulta de la 345/2020, y de las sentencias 562/2018, de 10 de octubre, 307/2004, de 21 de abril, y 119/2004, de 19 de febrero, el incumplimiento del deber de declaración leal del art. 10 LCS precisa que concurren los requisitos siguientes:

""1) que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante; 2) que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa; 3) que el riesgo declarado sea distinto del real; 4) que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración; 5) que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento; y 6) que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto"".

En particular, cuando lo que resulta controvertido, como acontece en este caso, es el valor material de un cuestionario o declaración de salud conformado por preguntas ambiguas o excesivamente genéricas, la jurisprudencia de esta sala viene declarando, en síntesis, que "el asegurado infringe su deber de declaración del riesgo cuando, pese a la generalidad del cuestionario, existen elementos significativos que el asegurado debería representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo" (lacitada sentencia 235/2021). Este fue el caso, p. ej., de las sentencias 157/2023, de 3 de febrero (dictada en un caso muy similar al del presente recurso, también sobre ocultación de una patología ocular crónica diagnosticada años antes de firmar la póliza), 108/2021, de 1 de marzo, 661/2020, de 10 de diciembre, y 647/2020, de 30 de noviembre, con cita de las sentencias 390/2020, de 1 de julio, 572/2019, de 4 de noviembre, 37/2019, de 21 de enero, 621/2018, de 8 de noviembre, 563/2018, de 10 de octubre, 273/2018, de 10 de mayo, 542/2017, de 4 de octubre, 726/2016, de 12 de diciembre, y 72/2016, de 17 de febrero, todas las cuales apreciaron dolo, o cuando menos culpa grave (sentencia 542/2017) pese al carácter no específico de las preguntas, con base en que las circunstancias del caso acreditaban la concurrencia de elementos objetivos sobre el estado de salud del asegurado que este tenía que re-

presentarse necesariamente como influyentes para valorar el riesgo.

QUINTO.- De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta al único motivo del recurso se desprende que debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) Centrada la controversia en la validez material del cuestionario, de su contenido resulta que no se preguntó al asegurado únicamente y de forma ambigua y estereotipada por su estado de salud general (lo que habría redundado en perjuicio de la aseguradora, según declaró p. ej. la sentencia 638/2020, de 25 de noviembre), sino que respondió negativamente a la pregunta de si tenía alguna alteración física (pregunta 3), a la de si le habían aconsejado someterse o se había sometido a algún chequeo o revisión médica (pregunta 4) y, en fin, a la de si había padecido o padecía en ese momento alguna enfermedad, no mencionada en las preguntas anteriores (a este respecto destacaba la pregunta 5), que le hubiera obligado a estar bajo supervisión o tratamiento médico durante más de 15 días (pregunta 6). Y respondió así a pesar de que la documentación médica prueba que desde su juventud venía sufriendo problemas oculares graves, con progresiva pérdida de visión, y que esta sintomatología era compatible con la miopía magna bilateral y atrofia óptica bilateral, enfermedad crónica, irreversible, progresiva y degenerativa que se le diagnosticó en 2003, aproximadamente seis años antes de firmar el seguro y por la que estuvo bajo el control o seguimiento facultativo de un especialista (debiendo entenderse según la citada sentencia 157/2023, de 3 de febrero, que "el seguimiento o control del paciente por un médico es una forma de tratamiento médico").

2.ª) En estas circunstancias, por tanto muy similares a las del caso de la referida sentencia 157/2023, de 3 de febrero, debe adoptarse su misma solución pues "ante la evidencia e importancia de esos antecedentes de salud, el mero hecho de que no se le preguntara sobre un tipo de enfermedad concreta, ni por tanto sobre la patología de tipo ocular que padecía, o el hecho de que su enfermedad no tuviera tratamiento efectivo, en el sentido de no poder curarse ni impedir su evolución, no son óbice para que el asegurado, en función de las pre-

guntas que se le hicieron y siendo plenamente consciente de su grave patología ocular y de que estaba bajo control médico, debiera representarse aquellos antecedentes como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar adecuadamente el riesgo de invalidez".

3.ª) En definitiva, la sentencia recurrida, al concluir que el asegurado incurrió en dolo y, por tanto, que el asegurador quedó liberado de su prestación, no infringió el art. 10 LCS y la jurisprudencia que lo interpreta.

SEXTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas al recurrente, que conforme a la d. adicional 15.ª 9 LOPJ perderá el depósito constituido.

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Abelardo contra la sentencia dictada el 6 de marzo de 2019 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, en el recurso de apelación n.º 22/2019.

2.- Confirmar la sentencia recurrida.

3.- E imponer las costas al recurrente, que perderá el depósito constituido.

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

El Excmo. Sr. magistrado Don Francisco Javier Arroyo Fiestas votó en sala pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala Primera Don Francisco Marín Castán, conforme a lo dispuesto en el artículo 204.2 LEC.

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

Así se acuerda y firma.

Por **Pedro Torrecillas Jiménez**
Abogado

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

En esta nueva sentencia el T.S. vuelve a reiterar el criterio mantenido en los últimos años respecto a la interpretación y valoración de los requisitos que deben de tener los cuestionarios de salud en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10 de la L.C.S., añadiendo, como también se hizo por el mismo ponente, en la sentencia 157/2023, de fecha 3 de febrero, una importante aclaración sobre qué se debe de entender como tratamiento médico y ello en relación con las preguntas que, en este sentido, contiene el referido cuestionario.

Nuestro mas Alto Tribunal entiende que el seguimiento o control del paciente por un facultativo es una forma de tratamiento médico y entenderlo de otra forma determinaría, contra toda lógica, que cualquier enfermedad incurable pudiera ser silenciada por el asegurado so pretexto de carecer de tratamiento médico.

Nuestro mas Alto Tribunal entiende que el seguimiento o control del paciente por un facultativo es una forma de tratamiento médico y entenderlo de otra forma determinaría, contra toda lógica, que cualquier enfermedad incurable pudiera ser silenciada por el asegurado so pretexto de carecer de tratamiento médico. Por dicha circunstancia y teniendo claro que el referido cuestionario no es un deber de declaración sino de contestación a las preguntas que se hacen por la entidad aseguradora, el asegurado que tiene conocimiento de una enfermedad preexistente, por la cual está sometiéndose a un seguimiento y vigilancia por parte los servicios médicos, debe ser consciente de que dicha situación es similar a estar recibiendo un tratamiento médico, y no es necesario que para dicha calificación se realicen cuidado curativos, y si se oculta dicha información a la aseguradora se actúa claramente con dolo o culpa grave, siendo motivo de exoneración por parte de la aseguradora.

En el caso que nos ocupa nos encontramos que el asegurado es un empleado de una entidad bancaria, quien ha contestado personalmente el cuestionario de salud, es decir, no ha existido ninguna persona intermedia que le realizara las preguntas destinadas o conducentes a conocer su estado de salud previo a dicha contratación.

Por el recurrente se pone en tela de juicio la validez de las preguntas contenidas en el cuestionario, por considerarlas genéricas y no ir destinadas a que se representara sus padecimientos previos, como uno de los problemas de salud por los que era preguntado,

debiendo ser la aseguradora la que soporte las consecuencias de no haber presentado el cuestionario correctamente.

En concreto el asegurado, según la documentación médica, aportada al procedimiento, prueba que desde su juventud venía sufriendo problemas oculares graves, con progresiva pérdida de visión, y que esta sintomatología era compatible con la miopía magna bilateral y atrofia óptica bilateral, enfermedad crónica irreversible, progresiva y degenerativa que se le diagnosticó años antes de la contratación de la póliza.

La controversia se ha centrado en la validez material del cuestionario, y se ha dilucidado si las preguntas eran ambiguas y estereotipadas por su estado de salud general, en concreto se le preguntó si tenía alguna alteración física, si le habían aconsejado someterse o se había sometido a algún chequeo o revisión, médica, si padecía o había padecido alguna enfermedad, que le hubiera obligado a estar bajo supervisión o tratamiento médico durante más de 15 días, y a todas contestó de forma negativa.

Sobre el contenido de las referidas preguntas existen diferentes criterios en distintas Audiencias Provinciales, dictándose recientes sentencias donde consideran que este tipo de preguntas, no son conducentes a evaluar el riesgo asegurado y afirmando que las aseguradoras deberían preguntar, en dicho cuestionario, por la enfermedad concreta que padecía el asegurado y ello para considerar que existe culpa o dolo en sus respuestas. Sin embargo, nuestro más alto Tribunal, vuelve a dejar claro que con este tipo de preguntas los asegurados deben representarse sus antecedentes como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar adecuadamente el riesgo de invalidez. En este supuesto concreto el asegurado era plenamente consciente y conocedor de la patología que padecía desde hace muchos años y el hecho de que su enfermedad no tuviera tratamiento efectivo, en el sentido de no poder curarse ni impedir su evolución, no es óbice para poder haber informado, en el momento de la contratación de la póliza, de sus patologías, habida cuenta de que es una alteración física lo que tenía, se había sometido a constantes revisiones medidas y era conocedor de que su enfermedad era irreversible.

En conclusión, según el T.S. el asegurado incurrió en dolo y, por tanto, el asegurador quedó liberado de su prestación, ya que no infringió el art.10 de la L.C.S. y la jurisprudencia que lo interpreta, cumpliéndose los requisitos que exige para el incumplimiento del deber de declaración legal del art. 10 de la L.C.S.: que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante, que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa, que el riesgo declarado sea distinto del real, que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración, que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento y que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto.



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes
Abogado

“3. Doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones del privado cautelarmente de libertad.

e) A diferencia del derecho de información, la garantía de acceso no opera de oficio, sino que requiere la rogación por el interesado. Una vez mostrada la voluntad de hacer uso del derecho, el acceso debe producirse de la forma más efectiva e inmediata posible [STC 180/2020, FJ 4 b)]

d) El derecho de acceso a los materiales de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad que se reconoce en los arts. 520.2 d) y 505.3 LECrim es el complemento inescindible del derecho a la información, al que sirve como garantía instrumental. «Con carácter general, su finalidad consiste en otorgar la posibilidad de

contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida para, en caso de desacuerdo, cuestionarla fundamentadamente ante la autoridad judicial [...], solicitando para ello acceder a aquella parte del expediente que recoja o documente las razones aducidas» (STC 83/2019, FJ 5, con remisión a la STC 21/2018, FJ 7).

Habida cuenta de su carácter instrumental respecto al derecho de información, el momento lógico del acceso será posterior a su suministro o disponibilidad, para proporcionar aquello que recoja o documente las razones fácticas y jurídicas de la privación de libertad, sin perjuicio de que el investigado o encausado pueda instar

su derecho con anterioridad o al margen de esa información en aras del fin último de estar en posición de evaluar la legalidad de la medida privativa de libertad. Sí es inescindible de la funcionalidad del derecho, dada la finalidad de hacer posible una defensa efectiva frente a la privación de libertad, que el efectivo acceso sea previo a los momentos decisivos para ese derecho [STC 180/2020, FJ 4 a)]. En el caso de la detención, ese momento se sitúa «antes de ser interrogado policialmente por primera vez» [STC 21/2018, FJ 7 b)]; en el caso de la convocatoria de la comparecencia del art. 505 LECrim para decidir sobre la situación personal del detenido puesto a disposición judicial (aunque sea por el órgano judicial de guardia), antes del turno para alegar en dicha audiencia [SSTC 83/2019, FJ 6 b), y 80/2021, FJ 5].

Es doctrina reiterada que no hay igualdad de armas cuando a un abogado se le niega el acceso a los documentos del expediente de la investigación cuyo examen es indispensable para impugnar eficazmente la legalidad de la detención de su cliente [SSTEDH de 9 de julio de 2009, asunto *Mooren c. Alemania* (Gran Sala), § 124; de 12 de enero de 2010, asunto *Bolođ c. Rumanía*, § 33; de 20 de febrero de 2014, asunto *Ovsjannikov c. Estonia*, § 72, o de 23 de mayo de 2017, *Mustafa Avci c. Turquía*, § 90]. La importancia de dichas garantías como mecanismo de protección de los derechos de las personas sospechosas de haber cometido un delito ha justificado que la Unión Europea haya dictado normas precisas, mínimas y comunes sobre las mismas (STC 21/2018, FJ 5), que, como hemos destacado, están en el origen de los cambios en el ordenamiento nacional.”

¿A efectos de determinar la indemnización en el ámbito del “Baremo” tomamos el fin del periodo de curación como coincidente con el de la rehabilitación o con la última revisión clínica?, en opinión de la Sentencia nº 277/2021, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4, -Ponente, Ilma Sr^a D^a Angelica Aguado Maestro-:

“La sentencia concluye que las lesiones que sufrió el perjudicado curaron el 12 de diciembre de 2019, fecha en que se le dio de alta en la consulta por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital S A y todos estos días se indemnizan como de perjuicio personal moderado, salvo los tres días que estuvo hospitalizado por la intervención quirúrgica para colocar en la clavícula el material de osteosíntesis destinado a la consolidación de la fractura.

La compañía de seguros mantiene que la lesión debe entenderse curada el 23 de agosto de 2019 en que finalizó el tratamiento rehabilitador y se le dio el alta del servicio por “situación funcional excelente”, balance articular libre y movilidad activa conservada en todos los arcos y si bien es cierto que se le citó en otras dos ocasiones por el servicio de traumatología, en concreto, los días 10 de octubre y 12 de diciembre de 2019, lo fue con la finalidad de realizar un seguimiento y revisión de la lesión, pero no hubo tratamiento específico que justifique extender hasta esa fecha la curación de la lesión.

Efectivamente, en la revisión del 10 de octubre de 2019 se comprueba con RX una consolidación mayor de la fractura y le recomiendan que restrinja los esfuerzos pesados y coja pesos progresivamente, citándole para una nueva revisión a los dos me-

ses, lo que tuvo lugar el 12 de diciembre de ese mismo año donde se le da ya “ el alta en consulta”, en las pruebas de RX se confirma “ signos de consolidación; sin problemas con el material”, se hace constar que el paciente manifiesta que tiene alguna molestia con actividades de fuerza, pero no existe dolor a la palpación y la movilidad del hombro está conservada.

En consecuencia, debemos estimar este motivo del recurso y fijar como día de curación de las lesiones el 23 de agosto de 2019, cuando se le dio el alta por el servicio de rehabilitación que constató que la situación funcional de la clavícula era excelente, al no poder justificar el perito de la parte actora qué tratamiento implicó las dos nuevas citas del servicio de traumatología que, en realidad, se limitó a revisar la fractura y constatar que progresaba adecuadamente y que el material de osteosíntesis no planteaba problemas, de hecho se le da el “ alta en consulta” y esto lo único que significa es que no le iban a seguir revisando la intervención quirúrgica que le hicieron seis meses antes para conseguir la consolidación y ello de conformidad con el art. 97 del Real Decreto Legislativo 8/2004, que explica que para la puntuación del perjuicio de una secuela, según el criterio clínico, hay que tener en cuenta su intensidad y gravedad “desde el punto de vista anatómico- funcional” y si en el caso ahora analizado al terminar la rehabilitación

el 23 de agosto de 2019 la situación funcional del hombro era excelente, debemos tener por finalizada la fase de curación y proceder a valora la secuela. De hecho, después de terminar la rehabilitación con estos resultados el servicio de traumatología se limitó a revisar cómo evolucionaba el material de osteosíntesis colocado para la consolidación de la fractura pero la curación había terminado, transcurridos seis meses de la intervención se comprobó que la placa no plateaba problemas y tras la rehabilitación, la funcionalidad no podía ser mejor y en nada afecta a la curación el que con el brazo izquierdo tuviera que ir cogiendo peso de manera progresiva.”

básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que “faltaba algo por prevenir”-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC.

2. La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el re-

3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal -el desempeño de una actividad peligrosa-reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción o “agotamiento” de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad (por culpa o subjetiva) por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo así creado: que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa.

Respecto de las medidas de cuidado exigibles, y en su caso adoptadas, a fin de reducir el riesgo de lesiones producidas por cristales rotos, en el entorno de una “sala de fiestas”, el Auto dictado en N° de Recurso:254/2020, de 30 de marzo de 2022, por la Sala de lo Civil del T r i b u n a l S u p r e m o - Ponente Ilmo Sr D. Antonio Garcia Martinez afirma que “...no cabe que se configure como motivo de casación una norma -que es la derechamente invocada como infringida, el art. 147 LGDCU- que es de naturaleza “procesal” al decidir cómo se procede al reparto de la carga de la prueba que son motivo del recurso extraordinario por infracción procesal(art. 469.1.2.º LEC). La carga de la prueba sirve para determinar quién debe soportar el riesgo de incertidumbre sobre los hechos y el régimen del art. 217 LEC (y cualesquiera otras normas especiales sobre esta materia, como sucede con el art. 147 LGDCU) y repercute, por tanto, en la sentencia como decisión fundada en hechos tenidos por ciertos”, para concretar sobre la responsabilidad por riesgo:

“1. La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo

querido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado “reproche culpabilístico”.

4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño -el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro- puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del artículo 217 LEC. Del tenor del artículo 1902 CC, en relación con el artículo 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando “una disposición legal expresa” (art. 217.6 LEC) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de “disponibilidad y facilidad probatoria” a los que se refiere el artículo 217.7 LEC”.

Nos retrotraemos a un caso de responsabilidad civil - y "La teoría de la pérdida de oportunidad" (título también del mejor libro escrito al respecto por Luis Medina Alcoz , Ed. Thomson)- -en el que la desgraciada muerte del bebé se produjo al atragantarse mientras le daban la papilla, atribuyéndose responsabilidad a ambas empleadas (siendo además la segunda la directora de la guardería) por no haber actuado ajustándose a la diligencia exigible a las circunstancias del caso, ejercitándose acumuladamente acción de responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1903.1º y 4ºCC , así como la acción directa frente a la aseguradora, Sentencia núm. 105/2019, de 19 de febrero, de la Sala de lo Civil del Tribunal S u p r e m o - Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz-:

"...la cuestión se circunscribe a si esa tardanza en ingresar al bebé en el centro hospitalario ha causado el fatal desenlace o, por el contrario, no hubiese sido efectiva.

La llamada pérdida de oportunidad se ha consolidado en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil de abogados, procuradores y médico-sanitaria.

Vamos a detenernos en esta última porque es la que más se compadece con el supuesto enjuiciado.

2.- *Las doctrinas de la imputación objetiva y causalidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre ala de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado.*

Ahora bien tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del pa-

ciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional.

Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la "pérdida de oportunidad o chance".

Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización.

Su aplicación es un paliativo del radical principio del "todo o nada" a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible ,y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la

hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización.

En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se residencia esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal sería, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo (STS 27 de julio de 2006).

Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de informa-

ción o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010), y concede toda la indemnización, mientras que en otros(sentencia de 2 de enero de 2012) limita la indemnización "en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado".

La primera sentencia de la Sala 1.a del Tribunal Supremo

que acogió la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario fue la dictada con fecha 10 de octubre de 1998: Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético ,operación que realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. Ésta, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado es-

tado de congelación y el reimplante no tuvo éxito. Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por "lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Sin embargo, y ello es lo que resaltamos, añade que "lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante dela mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera se le puede imputar la pérdida de unas expectativas".



3.- Si se aplica la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, se aprecia que la omisión del traslado inmediato del bebé al centro hospitalario sí supera el nivel mínimo de probabilidad causal, pues, como se ha expuesto, ya sí aparece acreditado en autos, es lo que prevé el protocolo.

Si médicamente así se prevé, y basta con acudir a lo informado por los médicos forenses, es porque existe un mínimo de probabilidad de que el paciente pueda superar y conjurar el peligro de muerte.

Ahora bien, dicho lo anterior, hay que descender a las circunstancias singulares y concretas de este bebé para, a partir de ellas, constatar si existía certeza total de que superase el episodio y, en su caso, si sería con secuelas severas por anoxia, de haber sido inmediatamente trasladado al centro hospitalario.

O si por el contrario solo existía probabilidad, y en qué grado, de la franja central.

Como esto último es lo que se desprende de la sentencia recurrida, es lo que acoge la sala, pero, al no constar como hecho probado el concreto grado de probabilidad, fijamos la indemnización en 60.000 euros, que era la asegurada.

4.- Una vez condenada la Sra. C en los términos, expuestos procede la condena solidaria de la entidad mercantil Jardín de la Infancia DO., pues se trata de una entidad cuyo fin social es el negocio de guardería, al frente del cual aparece como directora, empleada por la sociedad para dirigirlo, la Sra. C y, por ende, se está ante la previsión establecida por el art. 1903. 4.º, como acertadamente recoge la sentencia de la primera instancia.”

No es frecuente que la Sala primera del Tribunal Supremo haya de pronunciarse sobre la infracción de los del artículo 135.1.d) de la Ley 35/2015, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, la valoración de los informes biomecánicos, el valor probatorio de los informes referidos en tanto que, a pesar de que el impacto sea de baja intensidad, se pueda entender acreditado el nexo causal entre las lesiones y el accidente de circulación si el resto de la prueba practicada pone de manifiesto su realidad: en el caso de autos, la asistencia médica en menos de 72 horas desde el impacto, los informes médicos, etc., el Auto dictado en Recurso nº 1531/2020, de 1 de junio de 2022-ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres confirmo la sentencia de instancia:

“La audiencia provincial entendió que no podía entenderse acreditado el nexo causal entre las lesiones de la Sra. C y el accidente de circulación acaecido en tanto que el impacto había sido de muy baja intensidad según el informe biomecánico, el cual no sería contradicho por el resto de la prueba obrante en autos: parte amistoso en que no se hacen constar las lesiones, asistencia médica más de 48 horas después del impacto, informes médicos e informe pericial de la Dra. E .

La recurrente articula su recurso sobre la base de que las pruebas obrantes en autos vendrían a contradecir el informe biomecánico que cataloga al impacto como de “baja intensidad”. Sin embargo, tras la valoración de la prueba practicada, la audiencia provincial llega a la conclusión de que no consta acreditado el nexo causal pues pone en relación el parte amistoso del impacto, los informes médicos y el informe pericial médico de la Dra. E “que descarta de modo concluyente la existencia de lesiones por el impacto objeto de autos” con el informe biomecánico según el cual quedó debidamente acreditado en el caso de autos que “[...] habiendo quedado absorbida la energía de la colisión en las mínimas deformaciones del Mercedes sin existir transferencia energética capaz de inducir alteraciones de un rango lesivo sobre el ocupante [...]”. Por consiguiente, lo que pretende la recurrente es alterar la valoración de la prueba efectuada por la audiencia provincial, lo cual no es posible en el ámbito del recurso de casación.”

1. El 26 de febrero de 2016, la recurrente Dª María Cristina, que contaba con 19 años de edad, sufrió un accidente de tráfico a las 14 horas y 5 minutos cuando circulaba con su vehículo Seat Ibiza por la A-55, p.k26.500 en dirección a Tui (Pontevedra).

2. Según consta en el atestado de la Guardia Civil, la causa del accidente fue la “Posible enfermedad o indisposición súbita, por parte de la conductora del vehículo Seat, modelo Ibiza,

matrícula TA-....-IO , dejando constancia de que "no se observaron huellas de frenado ni huellas de derrape"... "Los dispositivos de contención establecidos en la autovía en ese punto kilométrico para proteger el paso por el viaducto de los vehículos pesados, son, previamente una bionda con una altura de 45 centímetros, seguida, ya al inicio del viaducto, por un pretil de hormigón sobre el que se fijó una barandilla de protección fijada al mismo y que discurría en paralelo sobre el pretil. La terminación de la barandilla era horizontal, paralela al pretil, sin estar abatida al suelo. Decidió la Sentencia de siete de febrero de dos mil veintidós, dictada en el recurso nº 583/2018, por la Sección octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional -Ponente Ilmo. Sr.: Soldevila Frago-

"4. En el atestado de la Guardia Civil se indica que, tras el desvanecimiento, la conductora se va hacia el margen derecho y golpea la bionda. Añade que "debido a que la bionda sale del suelo y lleva una proyección ascendente, a modo de rampa de lanzamiento, hace que el vehículo salga proyectado hacia arriba, impactando primero con una señal S-222 de orientación y posteriormente contra una barandilla de protección, la cual entra por la puerta del conductor y sale por el portón posterior, quedando el automóvil partido en dos y la conductora del mismo atrapada entre los hierros y probablemente agravando el resultado lesivo de la misma".

La recurrente admite que la causa del accidente fue su desvanecimiento, pero estima que el grave daño sufrido se debe a la incorrecta instalación de los sistemas de protección en la autovía, siendo esa la causa determinante de las graves lesiones sufridas, que, en otro caso, hubieran sido sensiblemente menores.

-De forma más concreta se refiere a dos elementos determinantes de la agravación de sus heridas:

Por una parte, la disposición de la bionda que impulsó el vehículo hacia arriba y hacia adelante según la descripción antes realizada.

Por otra parte, la terminación de la barandilla de protección, que al no estar abatida al suelo o al pretil, penetró en el vehículo de la recurrente, agravando de manera notable sus lesiones.

2. Invoca el artículo 5 del RD 1428/2003 por el que se aprobó el Reglamento General de Circulación.

También la OC 321/1995 advertía sobre la necesidad de, para las narices en salidas... abatir extremos frontales de forma convergente en un punto, para evitar que los vehículos

puedan subirse sobre dichos extremos. Si bien esta disposición tiene el carácter de recomendación, lo cierto es que se produjo un agravamiento del resultado por no seguirlas, por lo que la situación de riesgo estaba creada y no se mitigó su alcance.

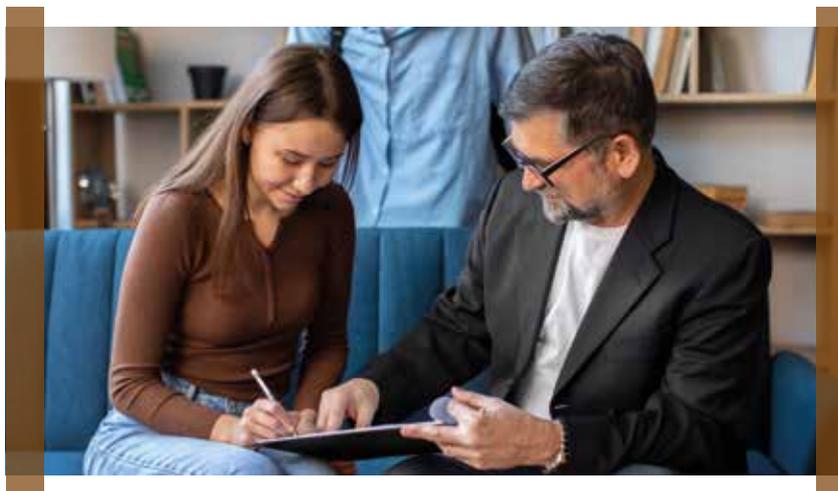
Recuerda que, de acuerdo con la norma de ensayos del Ministerio EN-1317-2 de 1999, las barreras de seguridad tienen por misión redireccionar la trayectoria de los vehículos para devolverlos a la vía, y no pueden penetraren el interior de los mismos.

Subraya que en la autovía AP-9, ante una situación análoga, esos defectos están corregidos.

7. A continuación, pasamos a analizar la segunda negligencia denunciada por la recurrente, consistente en "Situación un tubo o baranda encima de la valla sin que la punta se hubiese anclado al suelo".

En este caso la conclusión a la que llegamos es favorable a la recurrente, por varias razones:

Entendemos que, si bien la colocación de la barandilla responde a la lógica y finalidad de los elementos de contención y



nada debe reprocharse al respecto, no ocurre lo mismo con la terminación de esa barandilla.

En efecto, según indica el informe de la Guardia Civil, que se presentó en el lugar de los hechos de forma inmediata y levantó el atestado, al no estar anclada al suelo “entra por la puerta del conductor y sale por el portón posterior, quedando el automóvil partido en dos y la conductora del mismo atrapada entre los hierros”.

Frente a la afirmación el informe de la Demarcación de Carreteras que dice que no consta que los hierros que atraparon a la recurrente fueran los de la barandilla, sugiriendo que fueron los de su vehículo, debemos remitirnos a lo manifestado en este punto por la Guardia Civil en el atestado en el sentido de que, justamente, el impacto de la barandilla en el cuerpo de la recurrente había au-

mentado la gravedad de las lesiones.

A este respecto debe subrayarse, que los guardias civiles intervinientes en el atestado declararon posteriormente como testigos, ratificándose en esta apreciación, testimonio que, por la cualificación técnica, experiencia e inmediatez con los hechos, nos merece un gran valor probatorio.

Así las cosas, no nos cabe duda de que la terminación de la barandilla sin estar anclada al suelo o al propio pretil, fue un elemento que agravó las lesiones de la recurrente, pues su penetración en el vehículo por la puerta del conductor y atravesándolo aumentó indudablemente el resultado lesivo, siendo indiferente si la barandilla penetra por la puerta izquierda o derecha, ya que lo relevante es que atravesó completamente el vehículo.

Llegados a este punto debemos preguntarnos si existía

o no una obligación jurídica que le impusiera a la Administración disponer de un tratamiento específico para la terminación de la barandilla en el sentido expuesto.

La respuesta la encontramos en las sucesivas Órdenes Circulares emitidas por el Ministerio de Fomento sobre Criterios de Aplicación de Sistemas de Contención de Vehículos, siendo la última la 35/2014 de 19 de mayo que expresamente invocan como aplicable las demandadas con apoyo en el dictamen del Consejo de Estado.

En el apartado 6.6 de la misma, se refiere a los extremos de las barandillas y se recomienda que, siempre que se garantice el comportamiento del sistema de contención de los vehículos, elegir entre tres modalidades de determinación, que tienen en común el abatimiento de los extremos, limitándose la verificación del sistema con arreglo



a la referencia UNE EN 1317-2 solo a la tercera opción y no a las restantes, singularmente la segunda, que es la que directamente propugna el abatimiento al suelo del extremo.

Resulta muy llamativa la parquedad del informe de la Demarcación de Carreteras, de la Administración y de C sobre este punto, pues se limitan a decir que tal abatimiento no se produce nunca.

El hecho de que se trate de una recomendación no le resta valor vinculante para la propia Administración, pues se trata de recomendaciones emitidas para sí misma y no para terceros, por lo que, en caso de incumplimiento, como consecuencia de la doctrina de los actos propios se producen efectos adversos para quien las ha dictado e incumplido.

Por otra parte, la Administración tiene la obligación, reconocida por ella misma e impuesta por el artículo 144 del RD 1428/2003 citado, de, mediante los elementos de contención, mitigar el impacto derivado de una colisión para lo cual no podrá emplear medios que lo agraven, como sería este caso.

Otra consideración sobre esta Orden Circular se refiere a la fecha de su emisión (2014), puesta en relación con la fecha de construcción del tramo de la autovía en el que se produjo el accidente (1993). A este respecto debemos decir que, si bien la obligación de cumplimiento de estas Ordenes se vincula a las construcciones o reparaciones de fecha posterior a la misma, lo cierto es que la recurrente ha aportado en su demanda preceptos de Ordenes anteriores, desde 1991, fecha en la que se dicta la primera de ellas, que establecen este tipo de recomendaciones que, por otra parte, son la concreción de la obligación impuesta por el RD 1428/2003 citado de mitigar y no agravar el daño que se hubiera producido.

En todo caso, tanto la Administración como C, asumiendo el dictamen del Consejo de Estado, se han referido siempre a la aplicabilidad a este caso de la Orden 35/2014, reprochando a la recurrente la cita de Ordenes anteriores.

8. La conclusión a la que llegamos es la de que, si bien la causa principal del accidente se debe al desvanecimiento de la recurrente, en nuestra opinión la gravedad de las lesiones que se produjo como consecuencia

del impacto, se vio agravada por una conducta negligente de la Administración.

En efecto, al incumplir sus propias recomendaciones, no abatió el extremo de la barandilla metálica colocada en horizontal sobre el pretil, que penetró en el vehículo de la recurrente por la puerta del conductor atravesando el vehículo, debiendo subrayarse que las lesiones más graves de la recurrente, que quedó atrapada entre los hierros, se produjeron en sus extremidades inferiores.

Existe pues una concurrencia de culpas que determina que el requisito del nexo causal cuestionado por la Administración y por C no ha sido desvirtuado.

9. Resta por establecer la fijación ponderada de la culpa de cada una de las partes intervinientes. En nuestra opinión resulta indubitado que la causa principal del accidente se debe a la conducta de la recurrente, que en todo caso hubiera sufrido graves lesiones como consecuencia del impacto. En este contexto entendemos que resulta adecuado al presente caso fijar un porcentaje de culpa de la Administración limitado a un 15%."

El Consorcio de Compensación de Seguros obtuvo una condena en el Juzgado de Primera Instancia entendiendo responsables a la conductora y propietario codemandados, y a la aseguradora en virtud de los artículos 34 y 35 LCS que transcribe en su fundamentación, conforme a los que entiende, sin mucho margen para la interpretación, que el adquirente del vehículo desde el momento de la adquisición se subroga en los derechos y obligaciones del anterior titular del contrato, al tratarse de una póliza para un aseguramiento obligatorio, subrogación que se produce por imperativo legal y pudiendo la aseguradora rescindir el contrato en los 15 días siguientes con obligación de comunicarlo al adquirente, pero permaneciendo obligada durante un mes a partir de esa comunicación, y ello incrementado en un 25% devengados desde la fecha en que el organismo vino a satisfacer la indemnización respecto de la aseguradora, la Audiencia lo revocó, y el recurso del CCS es decidido en la Sentencia núm. 91/2019, de 14 de febrero, de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo -Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz-:

“1.- El art. 34 LCS, siguiendo la orientación de otros ordenamientos jurídicos, admite que la enajenación de la cosa asegurada no interrumpa la relación aseguradora, de forma que el adquirente entre a formar parte de esa relación.

La transmisión es ex lege, con la finalidad de conseguir, en principio, unos resultados exigidos por la realidad social.

Pero sin que ello suponga necesariamente una imposición, pues se concede tanto al adquirente como al asegurador la facultad de resolver el contrato, si bien sujeta a una serie de exigencias previstas en la norma.

2.- Una de tales exigencias, relevantes para la cuestión jurídica que plantea la parte recurrente, es la relativa al alcance del deber de comunicación que tiene el asegurado.

Este tiene un doble deber de comunicación: (i) al adquirente sobre la existencia del contrato de seguro de la cosa transmitida, que en caso de autos es un vehículo a motor; (ii) al asegurador del hecho de la transmisión.

El art. 34, párrafo segundo, LCS precisa que estas comunicaciones se hagan por escrito.

Podría admitirse formas fehacientes para colegir que se ha cumplido con esos deberes, pero si se tiene en cuenta las consecuencias que se anudan, la prueba ha de ser precisa y cumplida.

Lo que es indudable es el interés de ambos, adquirente y aseguradora, en la toma de conocimiento de tales circunstancias para poder optar por la continuación del contrato de

seguro o por solicitar su resolución.

3.- El interés del adquirente consiste en conocer la existencia del contrato y quien sea la aseguradora para decidir si quiere continuar con la relación aseguradora o no. De ahí que lo que se le comunica es la existencia del contrato.

El interés de la aseguradora estriba en conocer la transmisión, para saber quien es el adquirente y nuevo asegurado. De esa forma podrá decidir si quiere continuar con la relación aseguradora o no. De ahí que lo que se le comunica es la existencia del contrato.

Lo que no cabe duda es que tal comunicación debe efectuarse al adquirente.

El adquirente podría acudir a concertar un contrato de seguro obligatorio si es que el transmitente, como parece el caso, quisiese aplicar el existente con el mismo asegurador a otro vehículo que ha adquirido, esto es, que transmitiese el vehículo sin seguro, pero de ser así la notificación al adquirente deba inferirse de las circunstancias concurrentes para que este contratase un nuevo seguro, teniendo en cuenta que la norma es la subrogación, pues por mandato de la ley es nuevo asegurado.

Por tanto, y así se colige de la lectura de todas las sentencias citadas por el recurrente, la cuestión es más fáctica que jurídica.

Si el vehículo se transmite con el seguro obligatorio contratado, no cabe debate sobre la aplicación de las previsiones legales de los arts. 34 y 35 LCS.

Pero puede ocurrir que el transmitente quiera aplicarlo a

un contrato con el mismo asegurador de un vehículo que ha adquirido, de forma que se transmite el vehículo sin seguro obligatorio y el adquirente viene obligada a contratar un nuevo seguro.

4.- La cuestión se reduce, pues, a indagar si el transmitente enajenó solamente el vehículo, pero sin el seguro obligatorio vigente a la fecha de la transmisión que cubría su siniestralidad o, por contra, comunicó al adquirente la existencia y vigencia del seguro en los términos que prevé el art. 34 LCS.

La sentencia recurrida jurídicamente no contradice cuánto llevamos expuesto, pero tiene por acreditado por las circunstancias que se dan en el supuesto enjuiciado, aunque sean contradictorias las versiones de transmitente y adquirente, que el vehículo se transmitió sin el aseguramiento del mismo y así le constaba al adquirente.

Literalmente afirma la sentencia recurrida: “En el caso que nos ocupa, y a pesar de las versiones contradictorias de las partes, la venta del automóvil se hizo sin el seguro, pues la póliza se novó, en fechas coetáneas, a fin de que cubriera otro distinto, lo cual incluso fue comunicado por la aseguradora al FIVA, dando de baja el seguro del coche vendido, antes de la fecha del accidente mortal. Comunicación que, como se ha comprobado, respondía a la realidad de lo acontecido. En consecuencia, en el momento del accidente, no existía cobertura del seguro por parte de la citada entidad aseguradora.”5.- Por todo ello el recurso no puede prosperar”

Sobre el criterio de no tomar en consideración, a efectos indemnizatorios, la rehabilitación paliativa, sino la curativa, y que la retirada del material de osteosíntesis, no se considera como intervención quirúrgica, sino acto terapéutico mencionar la Sentencia nº 320/2022, de 9 de noviembre Sección Cuarta Audiencia Provincial de Granada- ponente Excmo.Sr. Ruiz-Rico Ruiz-

de traumatología se considera como acto terapéutico, con el cód. 2004, extracción de clavos material de osteosíntesis: 78.60, 78.69. Así lo confirma el dictamen del perito judicial, de que la retirada del M.O. no se considera como intervención quirúrgica, sino acto terapéutico.”

Recuperamos la Sentencia nº 105/2017, de diecinueve de mayo sección Cuarta Audiencia Provincial de Granada -Ponente: Excmo Sr. D. Moisés Lazuen Alcón-, que afronta en modo particular y valiente un supuesto que - dada la actual ordenación de las ciudades en que vivimos y circulamos - no es infrecuente:

“...en el caso enjuiciado entiende este Tribunal “ad

quem”, que no cabe hablar de culpa exclusiva de la víctima (que la aseguradora invocó en la primera instancia) pero tampoco de concurrencia de culpa en la causación del siniestro (que es el criterio que adopta la resolución apelada). La Sala adelanta el éxito del recurso, pues no podemos soslayar el hecho determinante y definitivo de que la causa eficiente del siniestro, no es que la actora circule por el carril bus (infracción administrativa, en su caso, pero que no determina su implicación directa en el siniestro. Piénsese que hubiera sido un bus o u taxi), sino el hecho constatado de realizar un cambio de carril cortándole el paso al vehículo (el ciclomotor), al pretender continuar la marcha hacia la Carrera de la Virgen, sin percatarse de que por el carril bus circulaba un vehículo.”

“Por lo que respecta los días de curación, hemos de atender a la valoración de la sentencia que los cuantifica en 353 días y no en 448 que se piden en la demanda. Evidentemente, la fecha a tener en cuenta es el informe de alta del Servicio de traumatología el día 25-6-2019, en el que se reconoce la abducción completa del hombro, aunque con leves molestias, prolongándose unos días hasta la retirada de los puntos. Esto no queda desvirtuado por el hecho de que se le prescribiera posteriormente 20 sesiones de fisioterapia, las cuales solo pueden tener una eficacia paliativa y no curativa (pues las secuelas se había estabilizado con anterioridad), por cuanto ha sido reconocida como secuela la luxación acromioclavicular derecha, al presentar dolor a la movilización y en la palpación acromioclavicular, que no han desaparecido con las sesiones de fisioterapia antes referidas.

En cuanto a las intervenciones quirúrgicas solo pueden catalogarse como tales dos intervenciones, pues la retirada del material de osteosíntesis, según el nomenclator



En un asunto que versaba sobre un seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles y donde, en concreto, se interpretaba el concepto de “daños corporales” como objeto de cobertura por el seguro obligatorio conforme al artículo 3, párrafo cuarto de la Directiva 2009/103/CE en un caso de fallecimiento de un pasajero en un accidente de tráfico. En el litigio subyacente se debatió sobre la inclusión -dentro del derecho a indemnización de los hijos menores de edad y en concepto de perjuicio inmaterial- del sufrimiento de un hijo como consecuencia del fallecimiento de su progenitor a raíz de dicho accidente, el Tribunal de la capital búlgara, Sofía, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes: “1) ¿Es contraria al artículo 1, apartado 1, de la [Segunda Directiva] una interpretación del concepto de “daños corporales” que únicamente incluye el dolor y el sufrimiento psíquicos padecidos por un hijo como consecuencia del fallecimiento de uno de sus progenitores a causa de un accidente de tráfico si tal dolor y sufrimiento le han causado un daño patológico? 2) ¿Es aplicable el principio de interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho de la Unión por el órgano jurisdiccional nacional cuando el juez no aplica su propio Derecho nacional, sino el Derecho de otro Estado miembro de la Unión Europea?”. La Sentencia de la Sala Décima del Tribunal de Justicia de la UE de 15 de diciembre de 2022 (asunto C 577/21) -cuyo fallo se publicó en el DOUE de 13.2.2023 (p. C 54/13)- da respuesta.

“En consecuencia, y a la luz en particular, del artículo 1, punto 2, de la Directiva 2009/103, en el estado actual del Derecho de la Unión, en principio los Estados miembros tienen libertad para definir, en particular, los daños causados por vehículos automóviles que deben ser obligatoriamente objeto de indemnización, el alcance del derecho a indemnización y las personas que deben tener derecho a dicha indemnización (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de junio de 2021, Van Ameyde España, C923/19, EU:C:2021:475, apartado 38 y jurisprudencia citada). Así pues, esta Directiva no se opone, en principio, a una normativa nacional que establece criterios vinculantes para determinar los daños inmateriales que pueden ser objeto de indemnización (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de enero de 2014, Petillo, C371/12, EU:C:2014:26, apartado 43)”.

38. Sin embargo, dicha libertad está restringida por la

citada Directiva en la medida en que esta, en primer término, establece la obligación de cubrir ciertos daños por unos importes mínimos determinados por ella. En particular, entre estos daños cuya cobertura es obligatoria figuran los «daños corporales», como precisa el artículo 3, párrafo último, de la Directiva 2009/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de enero de 2014, Petillo, C371/12, EU:C:2014:26, apartado 34 y jurisprudencia citada). 39. El concepto de «daños corporales» incluye cualquier perjuicio, en la medida en que su indemnización en concepto de responsabilidad civil del asegurado esté prevista por el Derecho nacional aplicable al litigio, que resulte de un menoscabo de la integridad de la persona, lo que comprende el sufrimiento tanto físico como psíquico (sentencia de 23 de enero de 2014, Petillo, C371/12, EU:C:2014:26, apartado 34 y jurisprudencia citada). 40. Por consiguiente, dentro de los daños que deben repararse con arreglo a la Directiva 2009/103 figuran los perjuicios inmate-

riales cuya indemnización está prevista en virtud de la responsabilidad civil del asegurado por parte del Derecho nacional aplicable al litigio (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de enero de 2014, Petillo, C371/12, EU:C:2014:26, apartado 35 y jurisprudencia citada)”.

41. En segundo término, por lo que se refiere a las personas que pueden tener derecho a la reparación de estos perjuicios inmateriales en virtud de la Directiva 2009/103, es necesario señalar que de una lectura combinada de los artículos 1, punto 2, y 3, párrafo primero, de esta Directiva se deduce que la protección que debe garantizarse en virtud de esta se extiende a toda persona que tenga derecho, con arreglo al Derecho nacional en materia de responsabilidad civil, a la reparación del daño causado por vehículos automóviles. Ningún elemento de la citada Directiva permite concluir que el legislador de la Unión haya deseado restringir

la protección garantizada por esta únicamente a las personas directamente implicadas en un hecho dañoso (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de octubre de 2013, Drozdovs, C277/12, EU:C:2013:685, apartados 42 y 45). 42. Por consiguiente, los Estados miembros están obligados a garantizar que la indemnización adeudada, según su Derecho en materia de responsabilidad civil, debido al perjuicio inmaterial sufrido por los miembros de la familia cercana de las víctimas de accidentes de tráfico esté cubierta por el seguro obligatorio hasta los importes mínimos determinados en la Directiva 2009/103 (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de octubre de 2013, Drozdovs, C277/12, EU:C:2013:685, apartado 46)".

45. En el caso de autos, procede señalar, en primer lugar, que la normativa alemana controvertida en el litigio principal, tal como ha sido interpretada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), está comprendida en el Derecho nacional material de la responsabilidad civil al que remite la Directiva 2009/103. Además, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que dicha normativa, así interpretada, regula asimismo la reparación del perjuicio inmaterial sufrido por terceros, incluidos el daño y el sufrimiento padecidos por un hijo como consecuencia del

fallecimiento de uno de sus progenitores, a causa de un accidente de tráfico, y define el daño que da derecho a la indemnización de tal perjuicio en virtud del seguro de responsabilidad civil, cualesquiera que sean las circunstancias en las que se haya producido.⁴⁶ En segundo lugar, como señala el Gobierno alemán en sus observaciones, en virtud del Derecho alemán, la reparación del perjuicio inmaterial sufrido por las víctimas indirectas de un accidente de tráfico está supeditada esencialmente a tres requisitos, a saber, que tal víctima haya visto menoscabada su propia salud, que sea miembro de la familia cercana de la víctima directa y que exista una relación causal entre la falta cometida por el responsable del accidente y ese menoscabo. Además, el Gobierno alemán pone de relieve, por lo que respecta al primero de estos requisitos, que, según el Derecho alemán, tal como lo interpreta el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), los daños de carácter psíquico únicamente pueden considerarse un menoscabo de la salud si forman parte de una patología y van más allá del menoscabo de la salud al que las personas afectadas se ven generalmente expuestas en caso de fallecimiento o de lesión grave de un miembro de la familia cercana. (...). 49. En estas circunstancias, en el caso de autos, no parece que los requisitos establecidos por el legislador alemán, tal como

han sido interpretados por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), para que un perjuicio inmaterial sufrido por miembros de la familia cercana de las víctimas de accidentes de tráfico dé derecho a indemnización puedan poner en peligro la consecución del objetivo de protección de las víctimas de accidentes de tráfico perseguido por la Directiva 2009/103".

c) Conclusión

La Sentencia de la Sala Décima del Tribunal de Justicia de la UE de 15 de diciembre de 2022 (asunto C577/21) acaba declarando: "El artículo 3, párrafo 4, de la Directiva 2009/103/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que supedita la indemnización, por parte del asegurador de la responsabilidad civil que resulte de la circulación de vehículos automóviles, del perjuicio inmaterial sufrido por los miembros de la familia cercana de las víctimas de accidentes de tráfico al requisito de que dicho perjuicio haya ocasionado un daño patológico a tales miembros de la familia cercana".



Conforme a lo dispuesto por el art. 15 de la Ley del Contrato de Seguro, el recibo de la primera prima o prima única no fue atendido por la entidad financiera en el que el tomador lo había domiciliado, siendo devueltos los recibos girados los días 15 de noviembre de 2016 y 2 de febrero de 2017 por inexistencia de fondos en la referida cuenta, de modo que la entidad C dirigió comunicación al tomador del seguro y asegurado, D. S., haciéndole saber la situación de impago y la suspensión de la cobertura en fecha 10 de febrero de 2017 (es decir, de manera inmediata a recibir la devolución del recibo) y posteriormente, en fecha 3 de marzo de 2017 se le comunica la resolución de la póliza, siendo en esa fecha en la que produce la comunicación de la situación de baja al FIVA. Consideró por tanto el Magistrado de instancia que la entidad aseguradora había actuado conforme a las previsiones legales, y que el vehículo causante del daño, a la fecha de ocurrencia del siniestro no se encontraba asegurado en la entidad C., la Sentencia nº 10/2022, de once de enero, de la Sección Cuarta, de la Audiencia Provincial de Granada-Ponente D^a M^a Montserrat Peña Rodríguez-coincide con ello desestimando el recurso del Consorcio:

“Se alega en el recurso de apelación que la compañía de seguros envió a su asegurado una carta certificada con acuse de recibo después de la ocurrencia del siniestro en fecha 3 de marzo de 2017 que no fue recepcionada por el tomador, y en la misma solo comunicaba la aseguradora al asegurado que la prima no había sido abonada, y por ende quedaba en suspenso, ofreciendo la opción de su abono. En la segunda comunicación de fecha 03/03/2017 y como consta en el documento 4 aportado por la aseguradora C con la contestación a la demanda, se comunica la resolución del contrato por impago de la prima y en dicho documento constan los datos del destinatario en el sobre tachados, lo que denota que no fue entregado y en segundo lugar que la carta fue devuelta a C, considerando en definitiva que para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar a un tercero por impago de la primera prima es un requisito ineludible que la Aseguradora acredite no solo haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo por el que se notifique la resolución del

contrato, sino que quede constancia de su recepción, lo que en el caso de autos estima la recurrente que no acontece.

Entendemos que la compañía de seguros ha acreditado que le envió a su asegurado a la dirección consignada por aquel en la póliza y en fecha 3 de marzo de 2017 una carta certificada con acuse de recibo comunicándole la decisión de resolver el contrato de seguro por falta de pago de la primera prima por causa imputable al tomador, carta certificada que, en contra de lo que afirma el CONSORCIO, entendemos que consta entregada en fecha 31 de marzo de 2017, de lo que no consta objeción alguna por parte del tomador, motivo por el que la entidad comunicó el cese de la vigencia del contrato ante el FIVA, por lo que en definitiva, el recurso de apelación no puede prosperar. Pero aún cuando efectivamente, considerásemos la tesis de la parte recurrente, de que, remitida la carta por correo certificado con acuse de recibo, la misma no fuera efectivamente recepcionada por el tomador y asegurado porque no quisiera retirarla de la oficina de correos, devolviéndose por tanto a la

remitente, tampoco estimamos que ello generase la responsabilidad de la aseguradora...aludir al supuesto resuelto por la Sentencia de la AP de Lleida, Sección 2^a, de 06 de julio de 2020 (ROJ: SAP L 479/2020 - ECLI:ES:APL:2020:479) Sentencia:474/2020 - Recurso: 101/2019 , en la que se indica lo siguiente:

Por último alega que habiendo acreditado esta parte la comunicación fehaciente de la resolución del contrato - por vía SMS Certificado que debe considerarse forma válida de comunicación fehaciente dado que el contrato no establece un “numerus clausus”- debe aplicarse la teoría de la expedición o remisión, de forma que el momento relevante en términos de comunicación y resolución del contrato es aquél en el que la aseguradora comunica la resolución por impago, con independencia de si el destinatario decide aceptar o rechazar el mensaje, abrirlo o no, o cuando hacerlo, siendo evidente la voluntad rebelde al cumplimiento desde el momento en que el tomador ni siquiera pagó la prima después del siniestro, todo lo cual debe conllevar la resolución del

contrato con efectos “ex tunc”, con estimación del recurso y desestimación de la demanda”. Así pues, en el caso de autos, estimamos que la aseguradora observó las prescripciones legales y jurisprudenciales, y que la carta certificada remitida por la misma, por no haber sido retirada por el destinatario de la oficina de correos, en modo alguno debe modificar la decisión que entendemos acertada, adoptada en la instancia.”

La Sentencia nº 44/2022, de 24 de febrero, de la Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de Granada ponente Sr.D.José Manuel García Sánchez decide la existencia de lucro cesante derivado de un incendio y la gestión de su resolución por las aseguradoras implicadas

“...no podemos desconocer que la vivienda afectada, como no se discute, se encontraba en plenas condiciones de uso para su eventual rentabilización por la propiedad. Para lo cual no era necesario estar en posesión de contrato o precontrato alguno; siendo suficiente con la frustración de la posibilidad cierta de su disponibilidad inmediata para ser alquilada al precio, tampoco discutido, de 800 € mensuales. Pues, de lo contrario, es decir, en caso de ser exigible cualquier intervención en el mercado arrendatario por parte de la propiedad, con carácter previo al siniestro, como presupuesto probatorio acerca del reconocimiento de lucro cesante, a pesar de tratarse de vivienda en plenas condiciones de aprovechamiento, se estaría limitando arbitrariamente, a efectos indemnizatorios, la más amplia facultad de todo propietario de gozar y disponer del bien sin más limitaciones que las establecidas en la ley, reconocido por el art. 348 del CC. Y, en consecuencia, convenimos en que la imposibilidad por parte de la propiedad de acometer las debidas reparaciones para reponer la vivienda al estado de servir

para el uso al que hubiera de destinarse, debida a la invocada causa del precinto acordado por la autoridad municipal, según decreto de fecha 22 de julio de 2017, comporta por sí misma la irrogación de perjuicio para la propiedad, por lucro cesante, durante el período por el que no pudo disponer de la vivienda para acometer las debidas reparaciones.

La demandada, S A S.A., en su condición de aseguradora de la responsabilidad civil de la sociedad explotadora del negocio en cuyas dependencias se originó el incendio causante de los daños, venía obligada, en cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de seguro, una vez comunicado el siniestro por su asegurada y de conformidad con los art. 18 y 19, en relación con el art.76, todos ellos de la LCS, a la indemnización no sólo a los propietarios aquí actores por los daños ocasionados en sus viviendas, sino, además, a la comunidad de propietarios por los daños ocasionados en los elementos comunes del edificio. De tal forma que, al quedar vinculada la reparación de la vivienda NUM000 , según la orden de precinto administrativo, a la previa reparación de los daños estructurales del edificio, serán imputables al ámbito de cobertura por responsabilidad civil, según la póliza contratada con la asegurada demandada ,los perjuicios por lucro cesante ocasionados durante el período de tiempo transcurrido hasta el alzamiento del mismo, una vez realizadas las reparaciones en elementos comunes, a las que igualmente, como queda expuesto y en directa relación de causalidad, venía obligada la asegurada causante de conformidad con los art. 1.902 y 1.903 del CC. Siendo de precisar, no obstante, que, si bien la demandada, S A S.A., no procedió a la reparación de los repetidos daños estructurales, no por ello habremos de considerar que, como resulta de la documental acompañada a la contestación a la demanda,



consistente en testimonio de la demanda, con sus documentos, interpuesta por la entidad S A S.A.. contra la entidad A S.A., en su calidad de aseguradora de la CP y en ejercicio de la acción de repetición por los daños en la estructura del edificio, esta última entidad procedió a hacer efectiva la indemnización por los citados daños a la CP en tres pagos por transferencia, cuales son: 20.000 € el 11 de agosto de 2017; 28.173,13 € el 19 de enero de 2018; y 28.787,72 € el 8 de marzo de 2018. Lo cual, ya obedeciera a la efectiva reparación, en tres tramos, por pagos según certificaciones de obra, o ya al fraccionamiento del importe de la indemnización, necesariamente introducen, a partir de la fecha del último pago, un factor de interrupción del nexo causal entre la pasividad de S A S.A. en acometer la reparación de los daños en elementos comunes, y el resultado perjudicial consistente en la imposibilidad de proceder a la reparación del piso NUM000, vinculada a aquella otra. Pues, ante tal circunstancia, y a falta de mayores datos acerca de las actuaciones conducentes a la obtención del alzamiento del precinto, cuya aportación correspondía a los propietarios, sobre quienes recae la carga de la prueba de acreditar el cómo y el porqué del resultado dañoso, habremos de concluir que, una vez reparados, o indemnizados, los daños en elementos comunes, no existía obstáculo alguno que impidiera la supeditada reparación de los daños en la repetida vivienda. Ciertamente es que el Alto Tribunal ha reconocido en ocasiones indemnización por lucro cesante al perjudicado, fundada en la inobservancia de la debida diligencia por parte de la compañía aseguradora en la liquidación del daño (STS de 14 de julio de 2020); lo que cabe apreciar en el presente caso, a la vista de la falta de constancia de actuación por su parte en orden a la indemnización por los daños en elementos comunes de la CP que, a la postre,

tuvieron que ser satisfechos por la aseguradora de ésta. Si bien, no menos cierto es que la imputabilidad a la compañía de responsabilidad por la prolongación de tales perjuicios, por el desentendimiento de su obligación de indemnizar, cesó, por interrupción del nexo causal, desde el momento en que la entidad Az S.A. satisfizo el importe de aquellos;”

Dos sentencias, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, A) la nº 25/2023, de 1 de febrero-Ponente Excmo. Sr. López Fuentes.-, y B) la nº 85/2023 de 10 de marzo, -Ponente Excmo. Sra. Martínez de Páramo-, muestran que la denominada “presunción de responsabilidad por ser entidad bancaria” - si alguna vez pudo estar próximo a ser verdad - ya no es frecuente:

A)“Pues bien, aún a pesar de la existencia de una reclamación extrajudicial previa a la demandada, no estimamos que concurra en el presente caso mala fe en la conducta de la entidad demandada, quién, recordemos, se allanó a la demanda en el mismo escrito de contestación, aceptando la reclamación en cuanto sus importes se ajustaran a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 2019....

El Banco contesta al requerimiento reclamando a su vez una información y documentación complementaria para poder atender el requerimiento, a lo que se le hizo caso

omiso por la parte actora, que procede, sin más, a interponer la demanda con fecha de 5 de Julio de 2019.

La demanda se interpone, pues, con fecha de 5 de Julio de 2019, y en ella tampoco se concretan las cantidades que se reclaman, aunque se acompañan facturas al respecto. Ante ello, la entidad demandada se allana a la demanda, atendiendo a que en el suplico de la demanda se alude a las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 2019.

Ni en la reclamación previa ni en la demanda la actora cuantifica la reclamación, a pesar de que con la demanda sí aporta las facturas de los gastos que reclama.

No aprecia, pues, esta Sala actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad bancaria, pues en el requerimiento extrajudicial no se concreta cantidad alguna, ni se aportan facturas de los pagos realizados ni se justifica haberse realizado los mismos.

Aquí no estamos en el caso de la excepción del principio del vencimiento objetivo por dudas de derecho STS 419/2017, de 4 de Julio y la más reciente 472/2020, de 17 de Septiembre, ni en el caso de la STJUE de 16 de Julio de 2020 respecto a que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de nulidad de una cláusula contractual.

Como recuerdan esa sentencia citada en último lugar, la distribución de las costas de un proceso judicial sustanciado ante los órganos jurisdiccionales pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de

equivalencia y efectividad.”

B)“La legitimación no puede sin más derivarse como se pretende por el mero hecho de que la entidad con la que se celebró el contrato pertenezca y sea una filial del mismo grupo empresarial que engloba varias, pues esa circunstancia, no anula la personalidad jurídica diferenciada e independiente de cada una de las sociedades que lo integran. Lo cierto es que la existencia de ese grupo no presupone en absoluto una confusión de patrimonios o personalidades de las empresas que forman parte del mismo, y menos aún que esa confusión personal y patrimonial hubiera tenido como única finalidad perjudicar los derechos de terceros que contraten con algunas de las que lo integran.

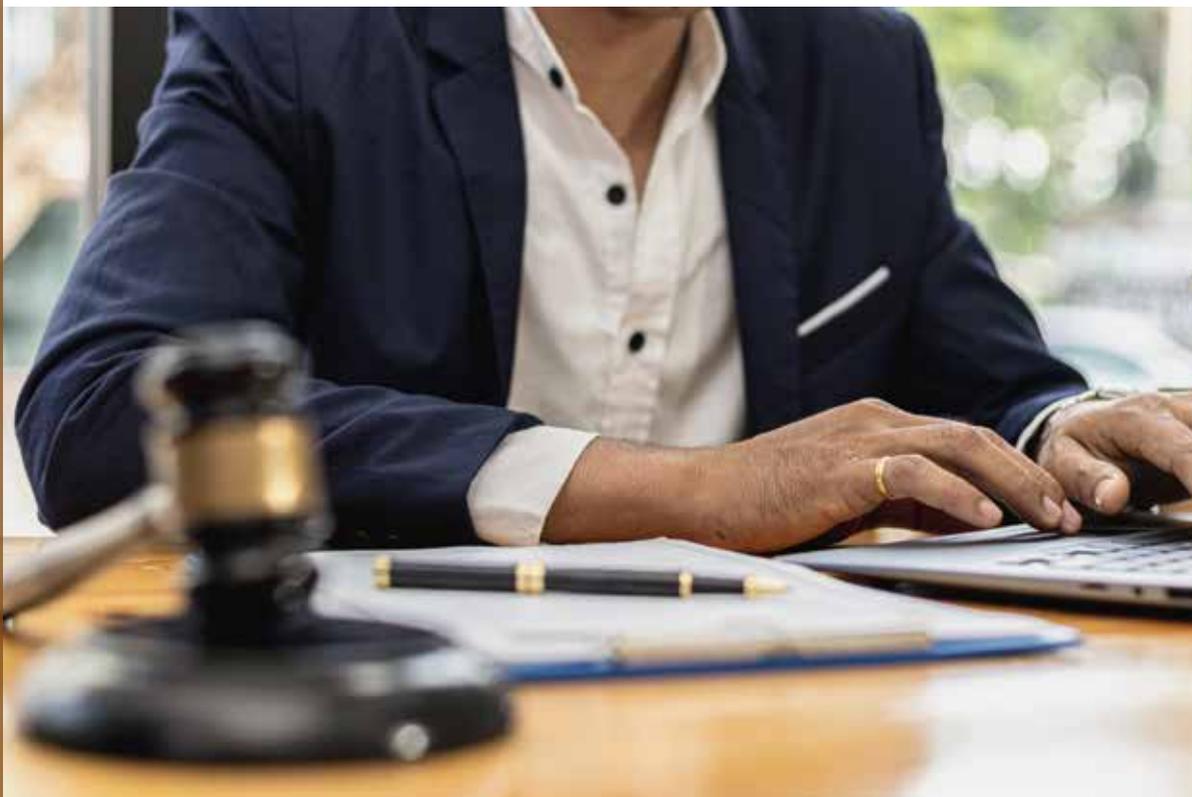
Si tenemos en cuenta la respuesta a la reclamación formulada, aportada como documental se informa que el con-

trato se encuentra adherido a C Payments & Consumer.

No podemos compartir partiendo del estudio de las sentencias que se han pronunciado en relación a esta cuestión, que :“en el presente caso nos encontramos en presencia de un grupo empresarial, vinculados que funcionan en el mercado con una denominación o marca similar , y comunidad de intereses...” como fundamenta la resolución impugnada.

En este caso no existe prueba alguna de que ese entramado societario de un mismo grupo empresarial, con sociedades independientes, tenga otro objetivo que el pretendido de ofrecer distintos productos, concretamente en el caso de la entidad C Payments & Consumer, E.F.C.,S.A.U, la de ofrecer productos de financiación al consumo y medios de pago, y en tal caso, siendo claro y resultando del propio contrato

que éste fue suscrito con la C, L C, la cual cedió su negocio de tarjetas a la sociedad C Card 1 Establecimiento Financiero de Crédito,S.A. en el año 2012, sociedad que cambió en 2016 su denominación por el de C Payments Efc Ep S.A., sociedad esta última actualmente denominada C, E.F.C.,S.A.U. ,sociedad totalmente distinta de C,S.A y no existiendo razón alguna para apartarse de la regla general que atribuye a la misma legitimación pasiva respetando su personalidad jurídica independiente de la sociedad matriz del grupo, ha de estimarse por ello a esta última, indebidamente demandada al carecer de legitimación pasiva para soportar las responsabilidades que se pretende derivadas de un contrato que están perfectamente individualizadas en la sociedad filial. La estimación de la excepción de la alegada falta de legitimación pasiva, y consiguiente desestimación de la demanda”



Una sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con el Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y la constitucionalidad de la atribución al Juez de un margen de apreciación para acordar, en las circunstancias concurrentes en pandemia, la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual habitada sin título para ello, en concreto , «y en aquellos otros en los que el desahucio traiga causa de un procedimiento penal»... «y en aquellos otros procesos penales en los que se sustancie el lanzamiento de la vivienda habitual de aquellas personas que la estén habitando sin ningún título habilitante para ello»... «c) Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediante intimidación o violencia sobre las personas». «incluso en las causas penales en las que el lanzamiento afecte a personas que carezcan de título para habitar una vivienda». -Sentencia N.º 9/2023 de 22 de febrero-, podría inicialmente entenderse “falta de actualidad” sobrevenida- ¿acabó la pandemia? - pero no es así, de un lado lo cierto es que -por ahora- sus efectos se prolongan hasta el 30 de junio de 2023, y de otro, el Anteproyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda en el Congreso dota de plena vigencia a los votos particulares:

“Este tribunal considera, ..., que la norma objeto del presente recurso de inconstitucionalidad no vulnera los límites materiales del decreto-ley derivados del art. 86.1 CE. En primer lugar, la norma prevé una medida limitada en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, que ni tiene por objeto una regulación directa y general del derecho de propiedad de la vivienda (art. 33 CE), ni afecta, por ello, a su contenido esencial. Una medida que res-

ponde a una finalidad de interés social, con una incidencia mínima y temporal sobre el citado derecho.

En segundo lugar, la norma satisface igualmente la exigencia constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La ejecutividad de las sentencias no es cuestionada por la norma impugnada, solamente se dilata por un breve lapso temporal, y ello de conformidad con la deci-

sión adoptada por el órgano judicial, una vez ponderadas las circunstancias concurrentes en cada caso. Del mismo modo, ni se altera la atribución competencial de los órganos jurisdiccionales fijada por la ley, ni se ven afectados los elementos estructurales o esenciales del proceso judicial.

Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla a la sentencia , discrepante tanto con el



fallo como con la fundamentación jurídica:

“la doctrina constitucional ha puesto de manifiesto, que la propiedad es un derecho de doble faz, al contar con dos elementos básicos que lo conforman: una vertiente subjetiva, representada por un haz de facultades que típicamente lo integran (uso, disfrute, poder de disposición...) y otra objetiva que viene definida por su función social.

Si en el examen de los incisos impugnados se adoptase el punto de vista que aquí se propone se llegaría a la conclusión de que la medida que se controvierte en este proceso constitucional supone, para el propietario de una vivienda que se encuentre en la situación descrita en la norma, la imposibilidad temporal de recuperar la disposición sobre la vivienda, siendo el poder de disposición facultad inherente al derecho de propiedad. Dicha privación temporal de ese poder de disposición, por cierto, se ha ido prolongando en el tiempo, como consecuencia de las sucesivas prórrogas de la medida que se han ido aprobando: la última, por el momento, hasta el 30 de junio de 2023. Y eso pese a que la vivienda ha sido ilegalmente ocupada, pues siempre que el juez, sobre la base de lo dispuesto en el art.1 bis, apartado primero, del Real Decreto-ley 11/2020, así lo decida, se suspende el lanzamiento de la persona que la habite sin título alguno, incluso cuando se trate de un procedimiento penal por ser su ocupación (usurpación) constitutiva de delito, lo que comporta, de hecho, legitimar dicha ocupación y la continuación de la perpetración del delito imputado.

...mediante el recurso a la potestad legislativa de urgencia, el Gobierno hace recaer la realización efectiva de un principio rector de carácter social

sobre las espaldas de determinados propietarios. Que los poderes públicos competentes, y en particular el Gobierno, vengan obligados a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), no significa que ese principio pueda realizarse sacrificando el derecho de propiedad de otras personas (art. 33 CE), ni quebrantando otros preceptos constitucionales, como el art. 86.1 CE en relación con la potestad reconocida al propio Gobierno para dictar decretos-leyes en determinadas condiciones y ajustándose a los límites allí previstos, particularmente la prohibición de afectar a derechos de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución.

“Una privación completa, aunque sea temporal, de la disponibilidad del bien inmueble y de su utilidad económica convierte la propiedad en una carga que se impone exclusivamente a los propietarios afectados para la utilidad de todos.”

Fácilmente se comprueba que la posibilidad de conseguir la compensación económica a la que se refiere la sentencia está sometida a tales restricciones en la normativa que la regula que cabe dudar seriamente de que pueda ser considerada una compensación efectiva....

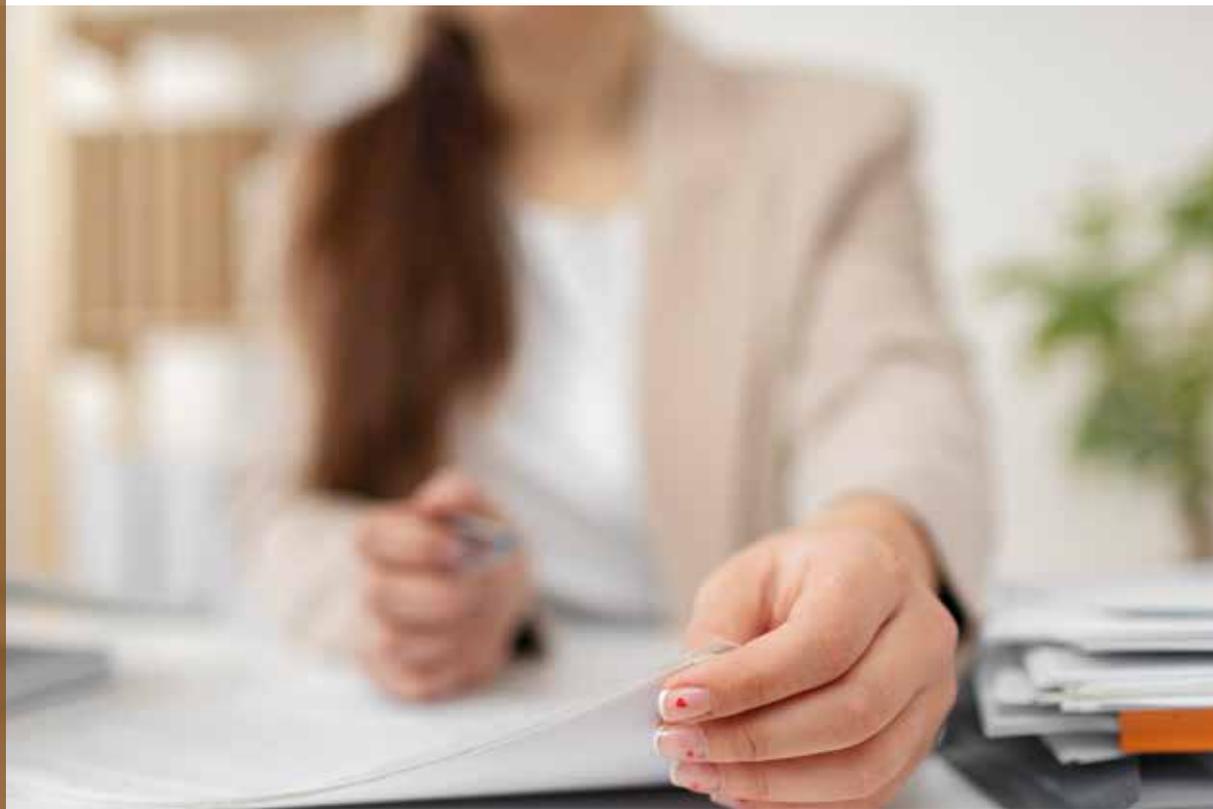
Creo, por tanto, que la regulación examinada no tiene el limitado alcance que la sentencia le atribuye, pues, atendiendo a su ámbito de aplicación, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada, limitando las posibilidades de disposición de sus titulares y, al propio tiempo, definiendo la función social del mismo, que son, como hemos visto, los dos elementos bási-

cos que conforman el derecho de propiedad. Se trata de una transferencia coactiva no voluntaria, puesto que se obliga al propietario a tolerar el uso sin título de su vivienda, e implica una intensa afectación del derecho de propiedad, claramente gravosa, establecida por razones de interés público relacionadas con la atención de determinadas situaciones de vulnerabilidad social o económica.

En el presente caso la medida discutida supone, a mi entender, que el propietario perjudicado se ve privado, durante un prolongado periodo de tiempo, y sin compensación económica efectiva, de la utilidad de su derecho de propiedad sobre el bien inmueble, con el deber de soportar las cargas que del mismo se derivan, lo que determina que la norma impugnada haya superado uno de los límites materiales que el art. 86.1 CE impone a los decretos-leyes.”

Voto particular que formula la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera:

“...la medida de suspensión del lanzamiento afecta al contenido esencial del derecho de propiedad, en cuanto priva al titular tanto de la posesión del bien inmueble, como de su plena disposición, al verse mermada la facultad titularidad del bien del que han sido ilícitamente despojados. de transmisión como consecuencia del estado de ocupación ilegal del inmueble. Asimismo, objeto que el fin social de la propiedad, al que se refiere el borrador, pueda alcanzarse perpetuando los efectos de hechos constitutivos de delito, de tal manera que deja al derecho de propiedad irreconocible al privar al propietario de su contenido esencial, que no se sacrifica para utilidad de todos, sino para favorecer el autor de la ilícita usurpación. Sin olvidar que el problema de la vivienda, a



resolver por los poderes públicos con sus propios medios, se hace recaer sobre los propietarios particulares, con el añadido de tener que seguir sufragando a su costa las cargas de todo tipo y gastos inherentes a la titularidad del bien del que han sido ilícitamente despojados. de transmisión como consecuencia del estado de ocupación ilegal del inmueble. Asimismo, objeto que el fin social de la propiedad, al que se refiere el borrador, pueda alcanzarse perpetuando los efectos de hechos constitutivos de delito, de tal manera que deja al derecho de propiedad irreconocible al privar al propietario de su contenido esencial, que no se sacrifica para utilidad de todos, sino para favorecer el autor de la ilícita usurpación. Sin olvidar que el problema de la vivienda, a resolver por los poderes públicos con sus propios medios, se hace recaer sobre los propietarios particulares, con el añadido de tener que seguir sufragando a su costa las cargas de

todo tipo y gastos inherentes a la parece contradictorio afirmar simultáneamente, por un lado, que «la ejecutividad de las sentencias no se discute ni se cuestiona por la norma impugnada» y, por otro, que «solamente introduce la posibilidad de dilatarla en el tiempo y por un breve lapso temporal», pues la dilación en la ejecución se produce mientras dure el efecto obstativo del cumplimiento de la ejecutoria. Además, que la dilación sea «por un breve lapso temporal», no es una circunstancia que la norma pueda asegurar ex ante, sino que se hace depender de la evolución de la pandemia. Prueba de ello, es que como consecuencia de sucesivos reales decretos-ley que han venido encadenando modificaciones al artículo 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, la duración de la suspensión de los lanzamientos que traigan causa de un procedimiento penal se extiende, a día de hoy, hasta el 30 de junio de 2023.

Finalmente, resulta insoslayable destacar que la suspensión de los lanzamientos no limita sus efectos a la ejecución del pronunciamiento civil de las sentencias penales a las que afecta. También trasciende de modo grave al ámbito propiamente penal, al perpetuar sine die la comisión de la acción delictiva –sin que se hubiera apreciado la concurrencia de causa alguna de justificación–, que va indisolublemente unida a la ocupación del bien inmueble, constitutiva del delito de usurpación tipificado en el artículo 245.2 del Código penal. El mantenimiento de esta situación es causa de inseguridad jurídica y susceptible de desencadenar desconfianza en el sistema penal, con el riesgo de que la sensación de desprotección por parte del Estado provoque indeseadas respuestas de autotutela.”



Puesta al día internacional

Actualizaciones de interés en el ámbito internacional

por Alberto Pérez Cedillo
Abogado y Solicitor

I. EL TRIBUNAL SUPREMO DE REINO UNIDO ADOPTA EL PRINCIPIO “FORUM CONVENIENS” PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA INTERNACIONAL DE SUS TRIBUNALES TRAS EL BREXIT, EN CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL CUANDO EL ACCIDENTE HA TENIDO LUGAR EN EL EXTRANJERO

El Tribunal Supremo del Reino Unido confirmó, en la sentencia dictada el 20 de octubre de 2021 del caso *FS Cairo (Nile Plaza) LLC v Brownlie [2021] EWCA Civ 996 (“Brownlie 2”)*, la adopción del principio “*forum conveniens*” para determinar la jurisdicción inglesa en las demandas por daños y perjuicios siempre que se sufran “daños” de forma efectiva en dicho territorio. No sería por tanto relevante que el daño inicial o accidente se haya producido en el extranjero.

La decisión es importante, ya que amplía el ámbito de aplicación de la jurisdicción inglesa para este tipo de reclamaciones y marca un alejamiento del enfoque más restrictivo del régimen de la UE (*Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*) que tiene en cuenta el lugar donde se produce el daño inicial o “directo”.

Quedaría por determinar el umbral mínimo de lo que constituye “el daño” a efectos de ganar la jurisdicción y sigue siendo necesario que sean los demandantes los que prueben que los tribunales de Inglaterra y Gales son el “*forum conveniens*” para la reclamación. A finales de 2022 se resolvieron los casos de *Charlton v Deffert* [2022] EWHC 2378 (KB) y *Moore & Anor v MACIF* [2022] EW Misc 11 (CC) ambos trataron reclamaciones de daños y perjuicios por accidentes de tráfico que tuvieron lugar dentro del territorio de la Unión Europea (en Francia), con resultados opuestos.

A) *Charlton v Deffert* [2022] EWHC 2378 (KB)

El demandante iba en bicicleta cuando fue arroyado por un vehículo, causándole lesiones graves y secuelas que afectaron tanto a su trabajo como a su vida tras regresar a Inglaterra. El demandado, un nacional francés domiciliado en Francia, designó a abogados ingleses para aceptar la notificación en Inglaterra. Es por ello por lo que el juez inglés entendió que tras haber sido notificado correctamente, a pesar de haber interpuesto declinatoria de jurisdicción, la carga de la prueba del *forum non conveniens* se trasladaba al demandado por haberse personado y recibido la notificación de la demanda a través de sus abogados ingleses. Tras valorar las circunstancias particulares del caso, teniendo en cuenta la responsabilidad cuasi-objetiva en accidentes de tráfico aplicable bajo derecho francés, se determinó que (i) lo único discutido era el quantum indemnizatorio, (ii) la evidencia obtenida por el demandante estaba toda en Inglaterra y (iii) existirían gastos considerables de traducción si la reclamación se tramitase en Francia, por lo cual, Inglaterra era el foro más adecuado para conocer de la demanda.

B) *Moore & Anor v MACIF* [2022] EW Misc 11 (CC)

Sin embargo, en el caso *Moore & Anor v MACIF* [2022] EW Misc 11 (CC), también derivado de un accidente de tráfico en el norte de Francia, el juzgado inglés sostuvo que Francia, y no Inglaterra, era el foro apropiado. Ambos demandantes estaban domiciliados en Inglaterra y continuaron sufriendo daños personales y pecuniarios continuos tras su regreso a Inglaterra. Los factores que influyeron en la decisión del juez fueron los siguientes: (i) el tribunal francés estaba en mejores condiciones para aplicar la ley francesa, (ii) los demandantes no tendrían que asistir

a los procedimientos en Francia en persona (iii) también podrían instruir fácilmente a un abogado francés a través de un abogado inglés y (iv) el procedimiento en Inglaterra no estaba suficientemente avanzado. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la cuantía declarada en esta demanda y las lesiones sufridas fueron considerablemente menos graves que en caso *Charlton*.

II. LAS SENTENCIAS INGLESAS DE *WOODWARD V MAPFRE Y SEDGWICK V MAPFRE* CONSIDERAN NUEVAMENTE LA APLICACIÓN DEL INTERÉS PUNITIVO ESPAÑOL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20 LCS EN RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Como ya se había estudiado anteriormente en esta revista, en el caso de *Troke & Anor v Amgen Seguros Generales Company De Seguros Y Reaseguros SAU* [2020] EWHC 2976 (QB) se examinó la cuestión de la aplicación de los intereses punitivos del artículo 20 LCS por un juzgado o tribunal inglés. En dicha sentencia se llegó a la conclusión de que la concesión de intereses era una cuestión de procedimiento, pero además se consideró que el demandante no debía recibir intereses de conformidad con el tipo establecido bajo la ley española, determinando el tipo de interés inglés como el apropiado.

A finales de 2022 se resolvieron los casos de *Woodward v Mapfre* y *Sedgwick v Mapfre*. En ambos, los jueces ingleses llegaron independientemente a la misma conclusión; la aplicación de los intereses punitivos del artículo 20 LCS es una cuestión de derecho procesal y, como cuestión discrecional en cada caso del juez inglés al aplicar la Lex Fori, otorgaron a los demandantes una cantidad significativa en concepto de intereses teniendo en cuenta el tipo español.

Tanto en *Woodward* como en *Sedgwick*, los demandantes sostuvieron que el derecho a los intereses era sustantivo y no procesal. Sin embargo, los jueces discreparon, concluyendo que se trataba de una cuestión de derecho procesal, tal y como se había determinado en *Troke & Anor v Amgen Seguros*. A pesar de ello, la discreción de los tribunales bajo el derecho inglés permitió que se otorgaran en ambos supuestos los intereses al mismo tipo que el correspondiente de conformidad con el artículo 20 LCS.

A) *Woodward v Mapfre* [no registrado]

En Woodward el juez Walden-Smith concluyó que *“el derecho a intereses punitivos no es un derecho sustantivo. Se reconoce que no siempre se aplicará, aunque sea en circunstancias restringidas, y como tal es una cuestión de procedimiento que debe determinarse por la lex fori (la ley de Inglaterra y Gales)”*. Continuó diciendo que *“los intereses de penalización no son automáticos y, por lo tanto, son una cuestión de procedimiento más que de fondo”*. Sin embargo, el juez también sostuvo que, de acuerdo con la facultad discrecional del tribunal para conceder intereses de conformidad con las disposiciones del artículo 69 de la Ley de Tribunales de 1984, dado que el demandado no había tomado medidas para resolver el caso o realizar un pago a cuenta o anticipado, los intereses debían ajustarse a los intereses punitivos españoles.

B) Sedgwick v Mapfre [2022] EWHC 2704 (KB)

En Sedgwick también se consideró si los intereses derivados de una indemnización por daños y perjuicios deberían aplicarse con arreglo a la Ley de Contratos de Seguro española o en virtud del artículo 35A de la Ley de tribunales superiores de 1981. El demandante argumentó que las disposiciones de la ley española relativas a los intereses punitivos son sustantivas y que el juez estaba obligado a aplicarlas. El juez no estuvo de acuerdo. Sostuvo que el interés punitivo no es un derecho sustantivo, afirmando que es *“una sanción procesal destinada a la pronta resolución de los casos”*. Por lo tanto, los tipos de interés aplicables eran los de la *lex fori*.

Dado el poder discrecional del tribunal inglés para otorgar intereses en virtud del artículo 35A, el juez Lambert valoró igualmente si los intereses concedidos debían ajustarse a los intereses punitivos españoles. En este caso, se decidió que era *“razonable y justo”* aplicar intereses punitivos, ya que si la sentencia se hubiera dictado en España se habría aplicado este tipo de interés determinando que Mapfre había tenido conocimiento del suceso desde la fecha de este y no hubo ningún obstáculo que justificase no haber efectuado pagos a cuenta.

Es claro que el hecho de que más sentencias inglesas consideren que el interés punitivo no es un derecho sustantivo del demandante es positivo para las aseguradoras demandadas. Sin embargo, incluso si un tribunal inglés considera que los intereses punitivos españoles son una cuestión procesal, tras examinar las circunstancias de cada caso, puede utilizar su discreción para otorgar intereses conforme al artículo 20 LCS si lo considera apropiado, tal y como lo haría un tribunal español. Sigue siendo, por tanto, recomendable que en aquellos casos en los que el procedimiento tenga lugar en el extranjero las aseguradoras consideren efectuar los pagos a cuenta o parciales anticipados de cara a evitar el potencial riesgo de aplicación de tipos de intereses equivalentes al del artículo 20 LCS. La realidad práctica es que el interés punitivo español seguirá siendo un área continua de desacuerdo y un punto de negociación entre las partes del proceso hasta que exista la oportunidad de que los tribunales superiores ingleses den una opinión definitiva al respecto.





**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

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.

SAVE THE DATE

9, 10, y 11 de Noviembre de 2023

A CORUÑA

XXIII

CONGRESO NACIONAL

**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS
EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO**

Palexco. Muelle de Trasatlánticos, s/n

CONSULTA HOTELES RECOMENDADOS

Lorena Jiménez

ljimenez@viajesgenil.es

958 27 52 00

ORGANIZA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO