

nº 91

Tercer Trimestre. Año 2024



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**El seguro
obligatorio de
viajeros. Cuestiones
prácticas para su
aplicación**

**Seguros de vida e
incapacidad.
Cuestionario previo
de salud y
agravamiento del
riesgo. Análisis
jurisprudencial**

**Incertidumbre
causal y pérdida de
oportunidad en la
responsabilidad
sanitaria**

asociacionabogadosrcs.org

**¿Qué te hace ser mejor cada día?
A nosotros, vosotros.**



**En el Grupo Mutua trabajamos para dar los mejores
productos y servicios a nuestros clientes, porque son
ellos los que hacen de nosotros una gran marca.**

91 555 55 55
www.mutua.es

MM
GRUPO MUTUA





nº91

Tercer Trimestre. Año 2024



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 91

EDITORIAL

Toledo, la cabeza histórica de España

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

DOCTRINA

• El seguro obligatorio de viajeros. Cuestiones prácticas para su aplicación

Alberto del Águila Alarcón 9

• Seguros de vida e incapacidad. Cuestionario previo de salud y agravamiento del riesgo. Análisis jurisprudencial

Marisa Delgado Utrera 23

• Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria

Guillermo Otero Fornaris 31

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

■ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2024.

CONTRATO DE SEGURO: La normativa nacional se opone a la normativa comunitaria, cuando se permite a la aseguradora declarar la nulidad del contrato de seguro u obtener el reembolso de las cantidades abonadas al ocupante y tomador del seguro, cuando éste haya emitido una declaración falsa acerca de la identidad del conductor habitual del vehículo 59

TRIBUNAL SUPREMO

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de julio de 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción de repetición de la aseguradora del arquitecto condenado en un procedimiento previo contra el aparejador cuya intervención provocada solicitó en ese procedimiento, pero frente al que no se amplió la demanda. La falta de pronunciamiento sobre la responsabilidad del agente de la edificación contra el que no se dirigió la demanda no impide que se puedan analizar las circunstancias concretas sobre

su responsabilidad y que dichos terceros queden vinculados por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrán alegar que resultan ajenos a lo resuelto. Devolución de las actuaciones a la Sala q quo, que no examinó la responsabilidad del aparejador en el proceso constructivo75

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 22 de julio de 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Indemnización por el importe pagado en exceso por la adquisición de camiones mediante arrendamiento financiero. Presunción del daño con base en los hechos descritos en la Decisión de la Comisión que sancionó el cártel. Fijación del quantum por la Audiencia Provincial con base en el informe pericial aportado por la demanda, que no ha sido impugnado. Devengo de los intereses legales desde la fecha de adquisición de los camiones y no desde la fecha de pago de cada una de las cuotas de leasing.83

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1 de julio de 2024.

CONTRATO DE SEGURO: La firma electrónica no permite la individualización de la firma en cada una de las cláusulas limitativas del seguro de automóvil. Validez de la firma electrónica, en la misma medida que la firma manuscrita101

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....109

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

La responsabilidad civil bancaria “ex novo” y la derivada de ilícito penal: Criterios jurisprudenciales en los tribunales españoles y en el T.J.U.E.

Por *Ubaldo González Garrote*129

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, 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 Paül 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

Toledo, la cabeza histórica de España

por Javier López y García de la Serrana
Director

Dijo un cronista árabe en la Edad Media, ante la rendición de Toledo a las tropas cristianas de Alfonso VI el 24 de mayo de 1085, que *“Los vestidos suelen rasgarse por los bordes pero Al Andalus se deshizo por el centro”*. Con esta metáfora, se pretendía dar cuenta de la desintegración del dominio musulmán en la Península Ibérica, desde su propio núcleo, desde su centro político y social. En aquel siglo XI el hecho bélico más importante fue la toma de Toledo, ciudad que desde hacía siglos era ya un símbolo, la antigua e importante ciudad romana de Toletum, la capital del reino visigodo antes de su conquista y la sede primada de la Iglesia de Hispania.

Con esta impresionante trayectoria la ciudad era ya una clave de bóveda en el siglo XI, y para la historia del derecho sus antecedentes en aquella época no eran menos importantes, los reyes visigodos se dieron cuenta que nunca podrían lograr una auténtica unidad de su reino, como realidad política, si no conseguían superar las diferencias entre hispanorromanos y godos. Para ello, el pri-

mer pilar fue la unidad religiosa consumada durante el reinado de Recaredo, en el Tercer Concilio de Toledo de 589, el segundo pilar fue la creación de un cuerpo legislativo como norma de convivencia. Los Concilios de Toledo celebrados entre el 397 y el 702 fueron una herramienta esencial para estos fines, convocados por la monarquía visigoda como asambleas religiosas, no se limitaron simplemente a los asuntos de fe, sino que abarcaron cuestiones más amplias tratando temas políticos del reino, estos se traducían en acuerdos conciliares que obtenían su aplicación jurídica, al recibir la sanción civil mediante la llamada *Lex in confirmatione Concilii*. Todo este esfuerzo legislativo culminaría en el 654 con el *Liber Iudiciorum*, que era una codificación de todo el cuerpo legislativo visigodo, realizado en época de Recesvinto, con el objeto de conseguir la unidad jurídica a través de un código común. Este código es muy importante en la historia de nuestro derecho, pues unifica por primera vez el derecho civil, penal y eclesiástico, dividido en doce títulos al estilo del Código de Justiniano, era de aplicación indistintamente a hispanorromanos y godos, siendo un perfecto ejemplo de hasta qué punto los godos habían llegado a identificarse con Hispania, aunando el legado cultural grecorromano y germánico.

Cuando Toledo vuelve a entrar en la esfera cristiana en el siglo XI, la diversidad cultural es un hecho, este crisol supone un importante aporte

de conocimiento, pero también un reto para la convivencia. Aquí la ciudad nuevamente se destaca con la Escuela de Traductores en la que se vertían al castellano, al latín y al griego, los saberes conservados y desarrollados en el acervo cultural hebreo y árabe, conformando estos trabajos de traducción un inestimable tesoro de conocimientos, entre los que también se encontraban textos jurídicos, que tendría repercusión en toda Europa y cuya tarea se prolongará hasta bien entrado el siglo XIII. Este ambiente de diversidad y florecimiento cultural fue posible en parte, gracias a que las leyes consagradas en el *Fuero de Toledo*, un conjunto leyes y privilegios otorgados por Alfonso VI a la ciudad en 1085, dieron cabida a las distintas herencias legales, creando una diversidad jurídica única, confirmada y ampliada por monarcas posteriores, que dan testimonio del gran valor jurídico y administrativo que tenía la ciudad.

Los reyes castellanos fijan su capital en Toledo, reconociendo la decisiva importancia de la urbe como centro geopolítico, cultural y símbolo histórico. En lo tocante a su diversidad, los reyes protegieron y alentaron el trabajo común de las distintas comunidades que lo componían, el propio Fernando III se vanagloriaba de tener siervos de tres religiones, y como heredero de la tradición visigoda, que buscó articular la cohesión social de su reino, incorpora a sus nuevas circunstancias la antigua codificación visigoda del *Liber Iudiciorum*, convertida ahora al ser adaptada y traducida al romance en el *Fuero Juzgo*, una herencia que se mantendrá viva hasta el siglo XIX. No desmerecería esta herencia el rey Alfonso X apodado “el Sabio”, un decidido protector de la cultura y las artes, espíritu impulsor de la Escuela de Traductores de Toledo, defensor del castellano como lengua oficial en la administración y en la literatura. Es también este monarca una figura histórica clave para la historia del derecho, pues le cabe el honor de ser el artífice del trabajo de compilación y reforma jurídica más amplio de España, como no se había visto desde los visigodos, al promulgarse las famosas *Siete Partidas*, un cuerpo jurídico que aúna el derecho civil, penal y administrativo, con un impacto en la legislación española e hispanoamericana que duraría siglos. Esta obra integra la herencia cultural grecolatina y cristiana, abordando una unificación y sistematización del derecho en Castilla, para facilitar la administración de justicia y la cohesión social (en los mismos términos que ya buscaran los visigodos con el *Liber Iudiciorum*). El impacto de esta obra se ha dejado sentir a lo largo de los siglos, no solo en España, sino en todos los territorios de ultramar que estuvieron bajo su administración, incluyendo gran parte del territorio de los Estados Unidos, razón por la que el relieve de Alfonso

X, se encuentra en la cámara de representantes de los EEUU junto a otras 22 figuras históricas que han influido en el desarrollo de la legislación americana. Una prueba indeleble de la conexión histórica de España y Estados Unidos, que también tiene su reflejo en la hermana ciudad de Toledo fundada en 1833 en el estado de Ohio.

Con el devenir de los siglos la “*luz de las ciudades*”, como la llamara Cervantes, seguirá su rumbo en la historia, siempre manteniendo su importancia, llegando a ser con Carlos I de España y V de Alemania capital imperial pero, sin duda, el título que ostenta con más continuidad y particular orgullo es el de ser cabeza histórica de España; la clave de bóveda de un país en el que ha dejado un imprescindible legado arquitectónico y cultural, siendo decisiva en la historia y el derecho.

Por tanto, rodeados de historia, en la gran ciudad de Toledo, celebraremos este año nuestro XXIV Congreso Nacional, donde presentaremos, como venimos haciendo todos los años, el libro con las correspondientes ponencias que se expondrán a lo largo del mismo, comenzando por la que inaugura nuestro Congreso a cargo del presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **Francisco Marín Castán**. Su ponencia tratará sobre un tema recurrente en el día a día de nuestro trabajo en el sector del derecho de seguros, como son las obligaciones de las partes en el contrato del seguro. En este caso bajo el título “**Los deberes de las partes en la declaración del riesgo en los seguros de personas**”, se abordará la sustancial importancia que tiene para la compañía pero también para asegurado, el deber de hacer una correcta declaración del riesgo objeto de contrato a través del llamado cuestionario médico que se rellena al inicio de la relación laboral, pero también durante el desarrollo de dicha relación a lo largo del tiempo que ésta permanece vigente. Son deberes que continúan en el tiempo y cuyo incumplimiento tendrá importantes consecuencias a los efectos de cobertura e indemnización del siniestro. No obstante, como no le será posible ofrecer el texto de dicha ponencia, acordamos que para completar el libro de ponencias me encargaría, como director de la obra, de realizar un trabajo sobre la materia que impartirá el ponente, entre otras cuestiones, para que pueda servir como apoyo a dicha intervención, aunque lógicamente tenga un contenido diferente.

A continuación, la segunda de las ponencias será abordada por **María Cruz Aparicio Redondo**, magistrada, letrada del gabinete técnico del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). El tema elegido para su intervención es “**La libertad de ex-**

presión del Abogado en el ejercicio de defensa”, un tema que ya de antemano llama nuestra atención por novedoso e interesante, pues nos afecta de lleno a quienes nos dedicamos al mundo de la abogacía. La vinculación del derecho a la libertad de expresión del abogado con el derecho de defensa del cliente, hace que este derecho alcance un nivel privilegiado, siendo inmune a límites o restricciones que para otros supuestos pudieran ser aceptables. Detenemos a analizar en qué ámbitos despliega sus efectos esta libertad de expresión del abogado dentro de su actividad profesional y analizar cómo también va unida a sus deberes y obligaciones deontológicas, es algo de lo que vamos a poder profundizar con esta ponencia.

La tercera ponencia correrá a cargo de **María del Carmen García Garnica**, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada, quien nos hablará sobre **“La responsabilidad civil de los padres y centros docentes por actos dañosos de menores”**. Con este trabajo sobre un tema siempre tan de actualidad, conoceremos el alcance de esta responsabilidad in vigilando propia de los progenitores frente a sus hijos y de cómo ésta cede en parte cuando los menores se encuentran bajo la custodia del centro docente desarrollando las distintas actividades que este les ofrece. Las actuaciones dañosas de los menores en sus distintas y actuales manifestaciones y su tratamiento a efectos de la responsabilidad civil que las mismas generan, son aspectos sobre los que vamos a poder profundizar con esta ponencia.

En la cuarta de las ponencias es **Víctor Manuel Seligrat González**, doctor en Derecho Civil y del Deporte, profesor asociado de la Universidad Complutense de Madrid, quien asumirá un tema que con frecuencia se convierte en fuente de litigio como son los siniestros en lugares de ocio, tema que desarrollará bajo el título **“Análisis jurisprudencial sobre responsabilidad civil en actividades y lugares de recreo”**. Con esta ponencia su autor nos acercará a un tema recurrente donde sigue existiendo controversia en algunos de los elementos que lo configuran, como lo es el criterio de imputación del daño causado o la distinción de supuestos donde podemos hablar de existencia o no de actividad de riesgo a los efectos que ello conlleva. También podremos analizar la distinción entre centros públicos y privados, así como repasar algunos problemas o cuestiones en torno a la valoración del daño.

A continuación trasladaremos las intervenciones de la mesa redonda a cargo de **Antonio da Costa Basto**, abogado en Portugal, y **D^a Kathleen Doyeux**, abogada de BCVlex en Fran-

cia, que analizaran la problemática sobre **“Accidentes transfronterizos. Atribución y valoración del daño en Portugal y Francia”**. Se trata sin duda de un tema más que interesante para todos nosotros, pues nos ayudará a acercarnos a una materia siempre complicada como es el derecho comparado. Conocer cómo se valora el daño en nuestros países vecinos es de gran importancia, máxime cuando en la actualidad el tránsito de ciudadanos entre estos países es ya muy frecuente y con ello, lamentablemente, los accidentes de tráfico de nacionales de un país en otro. Sin duda, con esta mesa redonda tendremos la oportunidad de conocer los aspectos más importantes de esta materia.

Continuaremos con un ponente muy admirado por todos los miembros de nuestra Asociación como es **José Antonio Badillo Arias**, asesor de la Dirección General de Seguros y profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Alcalá, quien nos ilustrará sobre una materia que siempre genera un gran interés y requiere de un gran estudio y actualización jurisprudencial, como es el ámbito de la aplicación de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor. Bajo el título **“El nuevo concepto de hecho de la circulación consecuencia de la jurisprudencia del TJUE”**, y bajo la esfera de La Directiva codificada 2009/103/CE sobre el seguro de automóviles, el ponente nos expondrá las cuestiones más relevantes del Proyecto de Ley de modificación de la LRCSCVM, centrando su atención sobre los vehículos de movilidad personal, su nueva regulación, así como en algunos de los aspectos más controvertidos sobre la noción de hecho de la circulación en el vigente Reglamento del SOA.

En la sexta ponencia, nuestro querido **Mariano Medina Crespo**, presidente de honor de nuestra Asociación, nos ilustrará sobre algunos de los aspectos más relevantes en materia de gastos sanitarios futuros, desde su regulación legal y doctrinal hasta la jurisprudencia más novedosa sobre la materia, abordando cuestiones como el derecho del perjudicado a ser resarcido por los gastos sanitarios que él acometa como consecuencia de sus secuelas, así como el análisis de una cuestión no baladí como es la diferenciación entre los gastos médicos resarcibles y los no resarcibles, o lo que es lo mismo, sobre la necesidad de demostrar la periodicidad de la asistencia sanitaria futura y su coste, entre otras cuestiones de gran importancia y complejidad. Y todo ello, en una ponencia denominada **“El resarcimiento de los gastos médicos futuros en el Baremo de tráfico”**, que seguro nos aportará grandes conocimientos sobre esta materia tan interesante.

Para la séptima ponencia tendremos el privilegio de contar con un ponente de excepción como es **Miguel Guerra Pérez**, abogado y director de Sepín Proceso Civil, que nos ilustrará sobre un tema de gran actualidad, como son los **“Aspectos novedosos de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil y su efecto en los procedimientos de responsabilidad civil”**. En esta ponencia se abordará un asunto de gran relevancia tanto por su carácter práctico como novedoso, tras la aprobación del RDL 6/2023, de 19 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Como es conocido por todos, esta reforma se ha llevado a cabo con el propósito de emplear los avances tecnológicos existentes hoy en día para agilizar los procesos seguidos ante nuestros Tribunales, y nuestro ponente profundizará en aquellas medidas que afectan directamente a los procedimientos de nuestra materia, por lo que no será de gran utilidad.

Con el objeto de poder profundizar en una materia innovadora y cada vez de mayor interés para nuestro sector, la octava ponencia versa sobre **“La Responsabilidad Civil tras el nuevo Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial”**. Para ello contaremos con un gran experto en la materia como es **Alfonso Peralta Gutiérrez**, magistrado y miembro del Comité Asesor de IA en la Comisión Europea de Eficiencia de Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa, quien realizará un interesante estudio sobre la responsabilidad civil de la inteligencia artificial (IA) en el contexto jurídico, destacando la necesidad de un marco legal adecuado para regular los desafíos éticos y legales que plantea la IA. Asimismo analizará la evolución técnica y de estado de las noticias sobre los vehículos autónomos, los principios éticos de responsabilidad y rendición de cuentas, los modelos de responsabilidad, seguro e indemnización, y las propuestas normativas tanto a nivel europeo como español. Por último, trae a colación algunas de las sentencias más relevantes y aborda la propuesta normativa española relativa a la modificación del Reglamento General de Circulación y de Vehículos.

A continuación, en la novena ponencia, nos adentraremos en la esfera de la responsabilidad civil sanitaria, teniendo el lujo de contar de nuevo con un ponente que siempre genera gran admiración e interés, como es **José Luis Seoane Spiegelberg**, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que viene a poner luz sobre una de las cuestiones que más controversia suscita en los Tribunales, y que más dudas plantean a los juristas.

Bajo el título **“La infracción de la lex artis derivada de error en el diagnóstico y la valoración del perjuicio causado”**, el ponente expondrá algunas líneas interpretativas que vienen abriéndose paso en los últimos años en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en torno a cuestiones de gran controversia jurídica como son la asistencia médica como obligación de medios, la responsabilidad subjetiva o por culpa de los sanitarios, así como la carga de la prueba de la culpa y de la relación de causalidad, analizando qué tratamiento jurídico se le está dando a los errores de diagnóstico, y en especial a los diagnósticos tardíos y a la doctrina de la pérdida de oportunidad, así como la siempre compleja cuantificación del daño.

Este año el broche de oro a este congreso lo pondrá una jurista de gran nivel, como es **M^a Ángeles Parra Lucán**, magistrada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, cuya ponencia de clausura -la décima- versa sobre **“La nueva interpretación del inicio del cómputo del plazo de caducidad de la responsabilidad por productos defectuosos del fabricante y del distribuidor y su compatibilidad y efectos con el régimen de responsabilidad por culpa”**, donde analizará cuestiones generales sobre la materia, como es el marco legal y normativa en el que se desenvuelven los sujetos responsables con los que nos encontramos o los plazos generales para ejercitar la reclamación; continuará su ponencia abordando el cómputo del plazo de diez años cuando responde el suministrador, clarificado tras la sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo 161/2024, de 7 de febrero, finalizando con el estudio de la compatibilidad del régimen de responsabilidad por productos con la regla general de responsabilidad por culpa.

Termino agradeciendo a los autores que participarán en el manual del Congreso todo el interés que han puesto para lograr un alto nivel doctrinal en sus respectivos trabajos. Asimismo, nuestro nuestro continuo agradecimiento a la EDITORIAL SEPÍN, a quien debemos año tras año la edición de nuestro libro de ponencias del congreso, que se convertirá como siempre, en un instrumento de trabajo imprescindible para poder recordar en cualquier momento las consideraciones y reflexiones expresadas por los distintos ponentes en la exposición de sus trabajos, esperando que también en este XXIV Congreso Nacional que celebraremos en Toledo, aprendamos conviviendo y compartiendo nuestras inquietudes y experiencias profesionales de este año, en el que tanto nos hemos echado de menos.

Octubre 2024



doctrina

El seguro obligatorio de viajeros. Cuestiones prácticas para su aplicación

Alberto del Águila Alarcón
Magistrado, Juez decano de Granada

SUMARIO

- I.- BREVE REFERENCIA A SU CONCEPTO Y REGULACION
- II.- COMPATIBILIDAD INDEMNIZACIONES SOVI Y SOA
- III.- INDEMNIZACION POR EL SOVI DE LA SITUACION DE INCAPACIDAD TEMPORAL
- IV.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE TRANSPORTISTA Y ASEGURADORA SOVI
- V.- NECESIDAD DE DEMANDAR A LA ENTIDAD ASEGURADORA NO OSTENTANDO LA LEGITIMACION PASIVA LA EMPRESA TRANSPORTISTA
- VI.- ACTUALIZACION DE LAS CUANTIAS INDEMNIZATORIAS
- VII.- CATEGORIAS DE SECUELAS TASADAS
- VIII.- NECESIDAD DE QUE UN INFORME MEDICO FACULTATIVO DETERMINE LA INCLUSION EN UN DETERMINADO GRUPO PARA NO HACER USO DEL CRITERIO SUBDIARIO DE LA GATEGORÍA DECIMOCUARTA
- IX.- GASTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

I.- BREVE REFERENCIA A SU CONCEPTO Y REGULACION

El Seguro Obligatorio de Viajeros tiene por finalidad indemnizar a éstos o a sus derechohabientes, cuando sufran daños corporales en accidente que tenga lugar con ocasión de desplazamiento en un medio de transporte público colectivo de personas, siempre que concurren las circunstancias establecidas en este Reglamento (artículo 1 del Reglamento SOV) aprobado por el Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre.

Las características de este Seguro, con independencia de los seguros pactados por accidentes en los que se ejercita la acción aquiliana, son las siguientes:

1) Tiene carácter obligatorio y ampara a todo viajero que utilice medios de locomoción destinados al transporte público colectivo de personas.

2) Constituye una modalidad del Seguro Privado de Accidentes individuales, compatible con cualquier otro seguro concertado por el viajero o a él referente.

3) El Seguro Obligatorio de Viajeros no libera a las Empresas transportistas, a los conductores de los vehículos, o a terceros de la responsabilidad civil en que, dolosa o culposamente, pudieran incurrir por razón del transporte de personas, ni las prestaciones satisfechas por razón de dicho Seguro reducen el importe de la expresada responsabilidad; y

4) el Seguro se rige por lo dispuesto en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, por el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros (RSOV) y demás disposiciones que le sean de aplicación.

En cuanto a las personas aseguradas y los riesgos cubiertos, los artículos 6 y 7 del RSOV establecen la cobertura personal y los riesgos objeto de cobertura.

Se encuentra protegida por este Seguro toda persona que en el momento del accidente esté provista del título de transporte, de pago o gratuito. Cuando el título de transporte se expida sin exigir la identificación del viajero, se presumirá que el accidentado estará provisto de billete en todos aquellos casos en que por las características del accidente sea verosímil el extravío o destrucción de dicho billete. Están también protegidos los usuarios menores de edad que, según las normas que regulan cada medio

de transporte, estén exentos del pago de billetes o pasaje. Son también asegurados el personal dedicado por la Empresa transportista a los servicios requeridos para la utilización o el funcionamiento del vehículo, así como el personal al servicio de las Administraciones Públicas que se hallen, durante el viaje, en ejercicio de sus funciones (artículo 6).

Por otro lado, los riesgos objeto de protección son las lesiones corporales que sufran los viajeros o personal de la Empresa a consecuencia directa de choque, vuelco, alcance, salida de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquier otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo (artículo 7)".

II.- COMPATIBILIDAD INDEMNIZACIONES SOVI Y SOA

Aunque es esta una materia actualmente pacífica en la doctrina, conviene hacer una breve referencia a la problemática que puede plantear.

La Ley 14/2000, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su DA 24.ª, modificó el artículo 21.1 LOOTT, para añadir la frase "en la medida en que dichos daños no estén indemnizados por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria previsto en la Ley de Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor" a la redacción original: "En todo transporte público de viajeros, los daños que sufran éstos deberán estar cubiertos por un seguro, en los términos que establezca la legislación específica sobre la materia". Esta limitación permitía sostener que por el principio de jerarquía normativa el artículo 2.3 RSOV había venido derogado por la nueva redacción dada a la LOTT. Sin embargo, la Ley 9/2013, de 4 de julio por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, ha devuelto el precepto a su redacción original, eliminando la condicionalidad introducida en el año 2000.

El criterio de la compatibilidad ha sido amparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en STS de 8 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4988) y STS de 19 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5838), en los siguientes términos (de la última citada):

En apoyo de dicha tesis se ha dicho que el seguro obligatorio de viajeros, como modalidad

de seguro de accidentes, y por tanto, como seguro de personas, cubre el riesgo de que por un siniestro ocurrido con ocasión de un desplazamiento en transporte público colectivo se ocasionen al viajero daños corporales. Por tanto, es un seguro cuyo riesgo es la persona del viajero asegurado, que comprende todos aquellos que pueden afectar a su existencia, integridad corporal o salud, correspondiendo el interés a la propia persona objeto del riesgo. Y, como “seguro de suma”, viene también caracterizado porque la indemnización se fija de antemano por los contratantes al suscribir la póliza, al margen del daño concreto, ante la difícil valoración a priori de dicho interés.

En atención a esa distinta naturaleza, y a la expresa compatibilidad de las dos modalidades de seguros que resulta de los preceptos reglamentarios citados, han sido varias las Audiencias Provinciales que han venido considerando que esa compatibilidad ha de tener su reflejo en la posibilidad de reclamar una indemnización independiente con cargo a cada uno de ellos. Se ha dicho al respecto que no hay duplicidad en la indemnización sino distinto riesgo e interés resarcible, que al tratarse de seguros de personas y no de daños, no le es aplicable la prohibición relativa al enriquecimiento injusto (artículo 26 LCS) ni la previsión sobre el seguro múltiple (32 LCS).

III.- INDEMNIZACION POR EL SOVI DE LA SITUACION DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Es esta una cuestión que aunque pudiera pensarse que es pacífica la doctrina en el sentido de entender que con el Reglamento del seguro obligatorio de viajeros no es posible la indemnización de la incapacidad temporal, en el sentido en que comúnmente la venimos entendiendo, es decir el tiempo que tarda un lesionado en alcanzar la sanidad de su lesiones o el tiempo en que dichas lesiones quedan consolidadas como lesiones permanentes procediendo su indemnización como secuelas, podemos comprobar como existe una línea jurisprudencial que sostiene que dicha incapacidad temporal si debe ser indemnizada al amparo del seguro obligatorio de viajeros.

Es esta una cuestión analizada por la SAP A Coruña de 26/05/23, poniendo de manifiesto las distintas posiciones, favorables y contrarias a la indemnización de la incapacidad temporal.

“Por una parte, el artículo 3 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros aprobado

por RD 1575/89 de 22 de diciembre señala que “La cobertura garantizada por el Seguro Obligatorio de Viajeros comprende, exclusivamente, las indemnizaciones pecuniarias y la asistencia sanitaria establecidas en esta disposición, cuando, como consecuencia de un accidente producido en las circunstancias previstas en el artículo 1, se produzca muerte, invalidez permanente o incapacidad temporal del viajero”.

Por su parte, el artículo 18 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros señala que “La incapacidad temporal, cubierta por este seguro, se indemnizará en función del grado de inhabilitación que se atribuye en el baremo anexo a este Reglamento a las lesiones de los asegurados, sin tener en consideración la duración real de las que hayan sufrido”.

Con carácter general cabe señalar que la postura que considera procedente la desestimación de la partida indemnizatoria por los días de incapacidad temporal es por entender que sería de estricta aplicación el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros el cual, como resultaría de su artículo 18 y el baremo anexo, este concepto estaría resarcido a través de la indemnización de las secuelas, con independencia de la duración real de la curación. No es pacífica la interpretación al respecto en las Audiencias Provinciales, al referirse también el Reglamento a la incapacidad temporal pero sin fijar cuantías.

En sentido contrario, la postura de entender que el SOV cubriría la incapacidad temporal como resarcimiento independiente, como resultaría del artículo 18 del Reglamento y las menciones a la incapacidad permanente y a la temporal de los artículos 15 y 20. El hecho de que no esté previsto un baremo para los días de incapacidad se trataría de una laguna legal a corregir aplicando analógicamente lo establecido para el seguro de responsabilidad civil automovilístico. Lo contrario supondría una interpretación demasiado literal y rigorista, contraria al principio pro asegurado en casos dudosos.”

En sentido favorable están las siguientes sentencias:

- SAP (5ª) Málaga de 22 de septiembre de 2020 :

“El artículo 15 del RD 1575/89 dice literalmente: “prestaciones Pecuniarias. 1. Los asegurados o beneficiarios tendrán derecho a indemnizaciones pecuniarias cuando, como consecuencia de los accidentes amparados

por el Seguro Obligatorio de Viajeros, se produzca muerte, incapacidad permanente o temporal del asegurado. 2. Las indemnizaciones se abonarán conforme al baremo que, como anexo, se une a este Reglamento". Es decir que el Reglamento establece específicamente que se indemnizará la incapacidad temporal sufrida por el asegurado; no es de recibo que de contrario se afirme justo lo contrario. El que no esté en el Anexo valorada la Incapacidad Temporal no es causa para omitir tal indemnización, y para tal supuesto lo mejor es acudir a las reglas de la analogía, y en concreto al Anexo de la Ley del Seguro y la Circulación de Vehículos a Motor, donde sí se valora cuantitativamente una indemnización para la Incapacidad Temporal; no dejando así al arbitrio de las partes la valoración de tal indemnización. En definitiva, es incierto lo afirmado de adverso que el Reglamento del SOVI solo determina indemnización para lesiones permanentes, pues, como ya hemos visto, el artículo 15 de dicho Reglamento específicamente establece que la Incapacidad Temporal debe ser indemnizada, y la valoración se realiza por reglas analógicas, algo perfectamente válido y que evita arbitrariedad. Es preciso, por tanto traer a colación como el transporte público es usado por la mayoría de residentes urbanos y los accidentes suceden diariamente: la colisión de un autobús, el frenazo del metro, el atrapamiento de las puertas al cerrarse o un traspie en el tranvía, una caída al acceder o bajarse son hechos que tienen lugar con frecuencia. Por eso, resulta chocante que el Seguro Obligatorio de Viajeros, regulado en el (antiguo y obsoleto) Real Decreto 1575/1989 de 22 de diciembre, que determina la cobertura de los usuarios, muestre importantes lagunas que la jurisprudencia, una de ellas la relativa a la cobertura de las lesiones temporales y su cálculo. Así que se ha venido cuestionando y planteando si el seguro obligatorio de viajeros cubre los días de estabilización esto es la mera incapacidad temporal es, a día de hoy, una cuestión que ya ha obtenido una respuesta jurisprudencial mayoritaria; es la literalidad del Reglamento al respecto es bastante confusa y permite especular sobre qué pretendió el legislador en su momento. ... El artículo 18 deja bien claro que la incapacidad temporal está cubierta, pero a continuación remite su cálculo al baremo que consta como anexo, compuesto por catorce categorías de secuelas tasadas. Es decir, el Seguro Obligatorio de Viajeros cubre la incapacidad temporal, pero no prevé baremo alguno para los días de perjuicio personal dado que el anexo está previsto únicamente para incapacidad permanente."

Este problema lo supo poner de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2 de septiembre de 2015: "Por consiguiente, no es dudoso que la norma incluye el concepto de incapacidad temporal como indemnizable (con independencia de si tal capacidad va acompañada o no de lesiones corporales permanentes). Cosa distinta y en atención a la confusa redacción del art. 18 del Reglamento, es el módulo o sistema aplicable para determinar la suma indemnizable en tal supuesto... Por el contrario, otras Audiencias Provinciales consideran indubitado que el Seguro Obligatorio de Viajeros cubre la incapacidad temporal como resarcimiento independiente a tenor del artículo 18 (que prevé expresamente esta situación como contenido del seguro) y los artículos 15 y 20 (que mencionan la incapacidad "permanente" y "temporal" como distintas indemnizaciones pecuniarias). Que el legislador no haya previsto un baremo para los días de incapacidad se corrige aplicando analógicamente el establecido para el seguro de responsabilidad civil, que sí prevé una determinación y cálculo de los días de baja, tal y como permite el artículo 4.1 del Código Civil. Lo contrario supondría una interpretación demasiado literal y rigorista del Reglamento contraria al principio de interpretación pro asegurado en casos dudosos de pólizas y normativa de seguros.

- SAP (4ª) A Coruña de 7 de mayo de 2021:

"La demandante curó de sus lesiones sin secuelas, sin daño permanente que sea posible ubicar en alguna de las categorías del baremo unido como anexo al RD 1575/1989. La aparente contradicción interna de una norma que por una parte proclama el derecho de los asegurados o beneficiarios a indemnizaciones pecuniarias cuando, como consecuencia de los accidentes amparados por el Seguro Obligatorio de Viajeros, se produzca muerte, incapacidad permanente o temporal del asegurado (art. 15.1) y, por otra, establece que las indemnizaciones se abonarán conforme al baremo que, como anexo, se une a este Reglamento (art. 15.2), un baremo que solo contempla categorías de daños personales permanentes, no debe amparar la conclusión de que quien cura sin secuelas al cabo de un periodo de tiempo de convalecencia no tenga derecho a ninguna indemnización. Acaso sí deba concluirse, no sin dudas, que en el caso de daños permanentes el Reglamento cercena el derecho del lesionado a percibir una indemnización adicional por días de incapacidad, al menos en una interpretación aislada del desconcertante artículo 18 ("la incapacidad temporal, cubierta por este seguro, se indemnizará en función

del grado de inhabilitación que se atribuye en el baremo anexo a este Reglamento a las lesiones de los asegurados, sin tener en consideración la duración real de las que hayan sufrido”);

También podemos añadir, por ejemplo, las siguientes sentencias:

- SAP (6ª) A Coruña de 11 de abril de 2005:

“implicaría que quien curase sin secuelas al cabo de unos meses, se quedaría sin ningún tipo de indemnización por dicha causa, lo que resulta incongruente. A la hora de fijar la cuantía diaria, el criterio más acorde es el de la analogía con lo previsto en la LSRCSVM, si bien por las particularidades del caso -no es deuda de valor- y el retraso excesivo en plantear la demanda, nos referiremos al Baremo vigente en el momento en que tuvo lugar el accidente”

En sentido opuesto están las siguientes sentencias:

- SAP (3ª) Audiencia Provincial A Coruña de 24 de marzo de 2006:

“Si lo único que estima la demanda es la acción ejercitada al amparo de lo establecido en el Reglamento del Seguro de Viajeros, y rechaza que estemos en un supuesto contemplado en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, la indemnización debe fijarse conforme al anexo de aquel Reglamento, y no al anexo de esta ley.

El artículo 18 del Reglamento comentado rechaza que pueda indemnizarse la incapacidad temporal de forma autónoma a las lesiones sufridas; sólo se indemnizan éstas, y sin tener en consideración el tiempo real de curación”

Aplicando el mismo criterio contrario podemos añadir lo dicho, por ejemplo, en estas otras sentencias:

- SAP (6ª) A Coruña de 18 de octubre de 2004:

“La demandante sufrió una lesión consistente en la fractura de la falange distal del cuarto dedo de la mano derecha. Tardó en curar de esa lesión 36 días y no le quedaron secuelas. Esa lesión no está prevista como indemnizable en el baremo anexo al Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros. Ni es semejante a las allí descritas. No cabe asimilarla a la rigidez metacarpofalángica del pulgar, ni a la rigidez metacarpiana e interfalángica, con excepción del pul-

gar. Ambos supuestos describen secuelas, lesiones permanentes y consolidadas, lo que no es el caso de la demandante que curó sin secuelas”.

- SAP (8ª) Madrid de 17 de febrero de 2022:

“El seguro obligatorio de viajeros es un seguro reglado en el que no pueden concederse más prestaciones pecuniarias a la asegurada-beneficiaria que las previstas en el Reglamento de dicho seguro, estando excluidos los días de incapacidad así como los gastos farmacéuticos y daños materiales, de modo que sólo cabe indemnizar por las secuelas que produzcan una incapacidad temporal o permanente, y por una cantidad que no puede rebasarse al tratarse de un seguro obligatorio. [...]”

En este sentido resulta de interés por su claridad la SAP de Castellón, de fecha 29 de septiembre de 2016, que dice:

“ 1.- El seguro que nos ocupa se configura legalmente como un seguro de accidentes, señalando el Tribunal Supremo (Sentencias de 11 de septiembre de 2011 y 8 de octubre de 2010) que “el seguro obligatorio de viajeros otorga a todo viajero que utilice un transporte público y en el momento del accidente esté provisto del título de transporte, el derecho a ser indemnizado “siempre que se produzca el hecho objetivo del accidente o daño, con independencia de la culpa o negligencia del conductor, empresario, o empleados, e incluso tercero, hasta el límite y en las condiciones establecidas en el mismo”. Señala igualmente nuestro Alto Tribunal como se trata de un seguro de suma, no estando por ello sujeto a la exigencia de una indemnización concreta del daño.

2.- Consecuentemente, no se trata de lograr el resarcimiento de un daño anulando el correspondiente quebranto patrimonial o señalando una justa compensación y, de manera correlativa, no ha lugar ni cabe imponer la fijación de una indemnización por un daño derivado del accidente que no encuentre acomodo o previsión en su normativa reguladora (RD 1575/89), y nos encontramos precisamente que la incapacidad temporal como tal, esto es, como concepto autónomo de las distintas clase de lesiones corporales que comprende dicha regulación, no aparece contemplada.

3.- De ahí que no pueda más que suscribirse lo que dicen las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de abril de 2013 y 27 de enero de 2014: “El seguro obligatorio de viajeros es un seguro reglado, en el que no pueden con-

cederse más prestaciones pecuniarias a la asegurada-beneficiaria que las previstas en el Reglamento de dicho seguro, y estando excluidos los días de incapacidad, así como los gastos farmacéuticos y daños materiales, sólo cabe indemnizar por las secuelas que produzcan una incapacidad temporal o permanente, y por una cantidad que no puede rebasarse al tratarse de un seguro obligatorio “.

4.- No significa ello que la incapacidad temporal quede al margen del seguro obligatorio de viajeros, pues es evidente que no. El art. 3 de su Reglamento se refiere expresamente a la incapacidad temporal como integrada en la cobertura de la garantía del seguro y el art. 7 se refiere también a la protección en relación con lesiones corporales sin distingo alguno. Es más, el propio art. 18 señala que “La incapacidad temporal, cubierta por este seguro, se indemnizará en función del grado de inhabilitación que se atribuye en el baremo anexo a este Reglamento a las lesiones de los asegurados, sin tener en consideración la duración real de las que hayan sufrido”. Por eso, como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, S.6, de 2 de septiembre de 2015, no es dudoso que la norma incluye el concepto de la incapacidad temporal como indemnizable, siendo cuestión distinta el módulo o sistema aplicable para determinar la suma indemnizable.

5.- Ahora bien, precisamente del art. 18 referido en relación con la ausencia de previsión específica antedicha cabe desprender que toda indemnización de la incapacidad temporal viene ya comprendida en las sumas señaladas en el baremo del seguro litigioso para cada una de las categorías de lesiones que contempla, de manera que no se puede disociar de las mismas y va indisolublemente integrada en la establecida para las que la han originado según la clasificación que se realice, en los términos comprendidos en el baremo normativamente previsto y que opera como límite del marco de cobertura, no pudiendo invocarse para su ampliación una aplicación analógica de un sistema indemnizatorio legal que toma como base una responsabilidad de orden diverso (caso del baremo legal en el ámbito de la culpa extracontractual en los casos de siniestros del tráfico rodado), que es cosa bien diversa a la aplicación analógica que permite la 1ª norma complementaria del baremo al objeto de encuadrar en alguna de las categorías del mismo las lesiones que originen un menoscabo permanente y no estén recogidas explícitamente (que por ello no permite fundar sólidamente la posibilidad defendida en el recurso). Dicha solución se estima que es la más

acorde con la dicción literal de la norma transcrita, suponiendo así considerar que el baremo fija una cantidad máxima por lesión en atención a su naturaleza con independencia de si la misma da lugar a una limitación permanente o temporal, sin perjuicio de que, en función de su alcance, se determine concretamente la cuantía correcta dentro del límite normativo, guardando entonces plena coherencia la remisión del art. 18 al baremo y la ausencia de consideración de la duración real de la incapacidad temporal”.

IV.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE TRANSPORTISTA Y ASEGURADORA SOVI

Pudiera plantearse si al igual que ocurre con el seguro obligatorio del automóvil, existe una responsabilidad solidaria entre el conductor, el propietario y la entidad aseguradora del vehículo, cuando hablamos del seguro obligatorio de viajeros en el que pueda demandarse tanto la empresa transportista como a la entidad aseguradora. Es necesario precisar que la posible responsabilidad solidaria se dará exclusivamente en el caso que nos encontremos con una actuación dolosa o culposa del conductor de la empresa transportista que dará lugar a que el perjudicado sea indemnizado, por una parte a través del seguro obligatorio del automóvil regulado en la LRCSCVM y por otra parte, al ser compatible dicha indemnización tal como hemos examinado anteriormente, a través del correspondiente seguro obligatorio de viajeros. Ahora bien cuando la indemnización se solicite exclusivamente al amparo del seguro obligatorio de viajeros, la indemnización deberá correr exclusivamente a cargo de la entidad aseguradora de dicho seguro, no siendo en este caso posible establecer la solidaridad con la empresa transportista. Es esta una cuestión analizada por la SAP Las Palmas 30/01/24 “Puesto que es un seguro de accidentes y el asegurado es el pasajero, no cubre la responsabilidad civil del transportista (tomador). No resultan de aplicación las disposiciones de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro sobre el seguro de responsabilidad civil (en particular la acción directa del artículo 76 de la que surgiría responsabilidad solidaria).

“El seguro obligatorio de viajeros, como modalidad de seguro de accidentes, y por tanto, como seguro de personas, cubre el riesgo de que por un siniestro ocurrido con ocasión de un desplazamiento en transporte público colectivo se ocasionen al viajero daños corporales. Por tanto, es un seguro cuyo riesgo es la persona

del viajero asegurado, que comprende todos aquellos que pueden afectar a su existencia, integridad corporal o salud, correspondiendo el interés a la propia persona objeto del riesgo. Y, como « seguro de suma», viene también caracterizado porque la indemnización se fija de antemano por los contratantes al suscribir la póliza, al margen del daño concreto, ante la difícil valoración a priori de dicho interés. Desde otro punto de vista, además de no cubrir los daños materiales, su ámbito de cobertura va más allá de la circulación viaria de vehículos a motor (alcanza los daños producidos al viajero en transporte marítimo o, incluso, al transporte en teleféricos, funiculares, telesquíes, telesillas, telecabinas u otros medios). Por todo lo cual, el derecho del asegurado no depende del nacimiento de una responsabilidad a cargo del transportista fundada en una actuación culposa o negligente, como sí exige el seguro obligatorio de responsabilidad civil en materia de tráfico”, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 19 de septiembre de 201, Sentencia: 627/2011, Recurso: 1232/2008.

Debido a este régimen distinto, no cabe la condena solidaria al Transportista y la Aseguradora”

V.- NECESIDAD DE DEMANDAR A LA ENTIDAD ASEGURADORA NO OSTENTANDO LA LEGITIMACION PASIVA LA EMPRESA TRANSPORTISTA

Quien ostenta legitimación pasiva para soportar el ejercicio de la acción ejercitada por la demandante al amparo del seguro obligatorio de viajeros, bien se ejercite aisladamente o de forma acumulada a la ejercitada al amparo de la LRCSCVM es la compañía aseguradora, no la empresa transportista.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Civil sección 1, de 9 de octubre de 2017 (ROJ: SAP B 9791/2017 - ECLI:ES: APB:2017:9791) lo explica con claridad:

“SEGUNDO. - Legitimación pasiva de la entidad demandada.

1.- La acción que con carácter principal se ejercita con la demanda se fundamenta en la relación contractual derivada del contrato de transporte puesto que la demandante que resultó lesionada era usuaria del servicio de transporte metropolitano prestado por la demandada, por lo que la responsabilidad que se pretende va más allá de la que cubre el Seguro Obliga-

torio de Viajeros que la actora cita en su escrito de demanda.

En efecto, el artículo 1 del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre que aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, dispone que este seguro tiene por objeto indemnizar a los viajeros que sufran daños corporales en accidente que tenga lugar con ocasión de desplazamiento en un medio de transporte colectivo de personas, pero no libera a las empresas transportistas de la responsabilidad civil en que, dolosa o culposamente, pudieran incurrir por razón del transporte de personas (art. 2.3).

Lo expuesto significa que al haberse dirigido la reclamación únicamente contra la empresa de transportes y no contra la entidad aseguradora, la reclamación que se pretende se sitúa en el expresado marco de la responsabilidad imputable a dolo o culpa, y no a la responsabilidad objetiva que cubre el SOVI porque para que pudiera predicarse la expresada cobertura la acción debió de haberse dirigido contra la compañía de seguros, careciendo la demandada de legitimación pasiva en este concreto ámbito del seguro obligatorio.

En consecuencia, no será posible efectuar ningún análisis acerca de la aplicación de la expresada cobertura legal, debiendo centrar el estudio en la única acción ejercitada y que podía ejercitarse contra la empresa de transportes, referida a una posible responsabilidad imputable a dolo o culpa”.

VI.- ACTUALIZACION DE LAS CUANTIAS INDEMNIZATORIAS

Es esta una de la cuestiones más debatidas en la doctrina que ha dado lugar a pronunciamientos dispares, fundamentalmente en las Audiencias Provinciales, si bien, la tesis mayoritaria es la que entiende que procede la actualización de las cantidades prevista en el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, y ello por considerar que dicha posibilidad, no obstante la dicción literal de dicho Reglamento fue admitida por el Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 8 de diciembre de 2010.

No obstante ello y tal como vamos a poner de manifiesto a continuación, existen resoluciones de las Audiencias Provinciales posteriores a la referida sentencia de nuestro Alto Tribunal que entienden improcedente la actualización de las cuantías reglamentariamente previstas.

A favor de la actualización de las cuantías indemnizatorias:

Señala la SAP BARCELONA 15/09/23 "Por lo que respecta a la solicitada actualización con el IPC, es criterio de esta sección estimarla (SSAP BCN sección 17 del 02 de diciembre de 2019, y del 20 de marzo de 2019, Ponente de ambas ANA MARIA NINOT MARTINEZ). Fundamenta la segunda de las resoluciones:

"La recurrente peticona además que se proceda a la actualización de la indemnización de acuerdo con el IPC desde la fecha de entrada en vigor del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros de 1989, con cita de varias sentencias (STS 8 diciembre 2010, SAP Valencia 16 junio 2014 y SAP Valladolid 16 febrero 2016). Las demandadas, por su parte, aducen que no procede la actualización desde el año 1989 sino desde el 4 de julio de 2009, citando en apoyo de su tesis la SAP Barcelona, sección 14, de 20 de febrero de 2018 que declara " Efectivamente, si bien el RSOV data del año 1989, en fecha de 4 de julio de 2009 se efectuó una adecuación de las canti-

dades fijándolas al propio tiempo en la moneda del euro, moneda que no regía cuando se publicó el Reglamento de 28 de diciembre de 1989. En dicha modificación de 4 de julio de 2009 se elevó la cuantía de las categorías, aumentando un 66,39% los casos de fallecimiento y primera categoría de lesiones corporales, y en un 25% para el resto de categorías, de ahí que en la categoría 14 se fijé la nueva suma de 1.502,53 €. Por lo tanto, no debe aplicarse la actualización del IPC desde el 28 de diciembre de 1989, sin embargo, como desde el año 2009 no se ha modificado el anexo del baremo al RSOV, debe fijarse la actualización conforme al IPC a partir de la fecha de 4 de julio de 2009 hasta el completo pago . En consecuencia, se estima parcialmente el recurso de CASER en cuanto a la actualización del IPC, si bien se mantiene dicha actualización desde el año 2009 en los términos indicados."

No obstante la SAP Barcelona, sección 14, citada por las apeladas en su escrito de oposición al recurso, la Sala estima adecuado proceder a la actualización desde la publicación del



Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros en 1989 conforme a lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de octubre de 2010 y la mayoría de las Audiencias Provinciales (SAP Barcelona, sección 13 de 25 de octubre de 2018)."

La SAP Granada de 18/02/2022 señala "La principal cuestión que se plantea en la presente apelación, coincidente con la controversia seguida en la primera instancia, no es otra que la actualización de las cuantías establecidas en el baremo del SOVI, recogidas en el anexo del R.D. 1575/1989 de 22 de diciembre, que aprueba el Seguro Obligatorio de viajeros, toda vez que las partes se muestran conformes con la indemnización reclamada en concepto de secuelas y gastos médicos.

La sentencia recurrida hace referencia al criterio dispar de algunas Audiencias Provinciales al respecto, no obstante se inclina por la posibilidad de actualización de las cuantías conforme el IPC desde la entrada en vigor del mencionado Real decreto hasta la fecha del accidente.

Es cierto que el Art. 15.2 del R.D. 1575/89 establece que las indemnizaciones se abonarán conforme al baremo que, como anexo, se une a este Reglamento, no contemplando ningún sistema de actualización. A tal efecto, la Disposición final tercera faculta al Ministro de Economía y Hacienda a modificar o revisar la cuantía de las prescripciones pecuniarias y las categorías de incapacidad previstas en el baremo del Seguro Obligatorio de viajeros.

No obstante, el Tribunal Supremo en su STS de 8 de octubre de 2010 ha asumido el criterio indemnizatorio que permite la actualización de las cuantías del baremo del SOVI. No se limita dicha sentencia a confirmar la sentencia de instancia donde se recoge la actualización, sino que asume la instancia y "acepta el criterio indemnizatorio" que actualiza las cuantías. Declara la citada STS de 8-10-2010: "El seguro Obligatorio de Viajeros, dice el artículo 1 del RD 157/1989, tiene por finalidad indemnizar a éstos o a sus derecho-habientes, cuando sufran daños corporales en accidente que tenga lugar con ocasión de desplazamiento en un medio de transporte público colectivo de personas, siempre que concurren las circunstancias establecidas en este Reglamento. Se trata de un seguro obligatorio establecido, según el artículo 2, en relación con el artículo 4, en favor de todo viajero que utilice medios de locomoción destinados al transporte público colectivo de personas, incluyendo los autocares, que en el momento del

accidente esté provisto del título de transporte, de pago o gratuito (art.6), en virtud del cual el transportista responde siempre que se produzca el hecho objetivo del accidente o daño, con independencia de la culpa o negligencia del conductor, empresario, o empleados, e incluso tercero, hasta el límite y en las condiciones establecidas en el mismo, de tal forma que bastará acreditar la condición de viajero con el correspondiente título de viaje y que los daños corporales deriven de alguna de las causas previstas en el artículo 7: "choque, vuelco, alcance, salidas de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquiera otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo", para ser indemnizado.

"Y añade respecto a la actualización de la cuantía indemnizatoria fijada en el baremo del SOVI", asumir la instancia supone aceptar el criterio indemnizatorio de la sentencia de 1ª Instancia, en lo que se refiere exclusivamente al ámbito del seguro en el se incardina la acción, por lo que deberá fijarse a favor de la actora la suma de 13.522,75 Euros incrementada con el IPC desde el 28 de diciembre de 1989, fecha en que se publicó el RD 1579/1989, hasta su completo pago; cifra que responde, de un lado, a las lesiones padecidas con motivo del accidente (agravación de artrosis previa en región cervical; hombro doloroso y limitación de la movilidad global, protusión discal L3-L4, rotura de piezas dentarias y coxigodinia), mediante la aplicación de la norma 1ª de las complementarias 3 del Anexo del mencionado RD, y permite, de otro, mediante los intereses, no cuestionados en la apelación, mantener su valor hasta el momento del pago."

Este criterio, al que nos sumamos, ha sido seguido como precedente judicial por la gran mayoría de las Audiencias Provinciales como en la Sent. de la AP de Madrid de 3-7-2020, AP de Zaragoza de 24-6-2020, AP de Barcelona de 2-12-2019 y 20-3-2019, AP de Sevilla de 10-5-2018.

La SAP de Málaga de 21/02/2019 explica las razones por las que debe procederse a la actualización.

"Entendemos que han pasado más de quince años desde que se determinaron las cantidades a pagar por el Reglamento del Seguro Obligatorio y a nadie se le escapa que no es lo mismo el pago de una indemnización por aquél entonces que en la actualidad. Inicialmente el pago era realizado por el Consorcio de Compensación de Seguros, pudiendo ser esa una de las explicaciones para la no actualización. Aho-

ra, sin embargo corre a cargo de Compañías de Seguro Privadas. Las cantidades que se abonan por los asegurados en las pólizas han variado en gran medida por el trascurso de los años, y ello debe tener reflejo también el pago de las indemnizaciones. El hecho de que el Real Decreto 627/2014, de 18 de julio, de Asistencia a las Víctimas de Accidentes Ferroviarios y sus Familiares (EDL 2014/110761), que incrementa las indemnizaciones del SOVI en caso de accidente ferroviario, haya aprobado un baremo especial que duplica el importe de las mismas respecto de las fijadas en el Real Decreto 1575/1989 (EDL 1989/15264) que aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros supone un reconocimiento de que las cantidades que se venían pagando eran por sí insuficientes y muy por debajo de la realidad, por lo que la jurisprudencia al acordar la aplicación del IPC venía a llenar esa laguna legal”.

La SAP MADRID 3/07/2020 admite igualmente la posibilidad de actualizar las cuantías, excepción de que ya se haya establecido la actualización

Señala dicha resolución. “Suerte distinta ha de correr, sin embargo, el último de los motivos aducidos en el recurso, relativo a la actualización del importe indemnizatorio; pues es evidente que dicho importe de 2404,04 euros -que supone el doble del establecido inicialmente en la redacción originaria del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, aprobado por Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre-, fue fijado por el Real Decreto 627/2014, de 18 de julio, en cuya Disposición Adicional Segunda se establecía que “en caso de accidente en un servicio de transporte ferroviario de viajeros de competencia estatal las indemnizaciones del seguro obligatorio de viajeros serán las establecidas en el Anexo de este Real Decreto.

Por consiguiente, la actualización con arreglo al IPC de la suma indemnizatoria establecida en la sentencia apelada habrá de efectuarse desde el día 19 de julio de 2014 -fecha de publicación del Real Decreto 627/2014- y no desde el día 22 de diciembre de 1989, con indica la resolución apelada.

En contra de la actualización de las cantidades fijadas reglamentariamente:

SAP Barcelona de 19/10/2020

“En cuanto al importe de la indemnización, procede su fijación en la cantidad de 14.724,78 euros, sin que, por lo demás, proce-

da la actualización de las indemnizaciones con arreglo al IPC por cuanto, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento, las prestaciones pecuniarias se abonan conforme al baremo del Anexo, en el que no se encuentra previsto un sistema de actualización, estando únicamente previsto en la Disposición Final Tercera que el Ministro de Economía y Hacienda pueda modificar o revisar la cuantía de las prestaciones pecuniaria”.

SAP Málaga de 27/06/2018

“Reclama asimismo la apelante que las cuantías concedidas sean actualizadas conforme al IPC.

Debemos recordar que el seguro obligatorio de viajeros, como modalidad de seguro de accidentes, y por tanto, como seguro de personas, cubre el riesgo de que por un siniestro ocurrido con ocasión de un desplazamiento en transporte público colectivo se ocasionen al viajero daños corporales. Por tanto, es un seguro cuyo riesgo es la persona del viajero asegurado, que comprende todos aquellos que pueden afectar a su existencia, integridad corporal o salud, correspondiendo el interés a la propia persona objeto del riesgo. Y, como “seguro de suma”, viene también caracterizado porque la indemnización se fija de antemano por los contratantes al suscribir la póliza, al margen del daño concreto, ante la difícil valoración a priori de dicho interés.

Como establece la sentencia A.P., de Hueva de fecha 7 de febrero de 2012 : “El Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros establece, en un anexo, su propio baremo, que debe ser imperativamente aplicado, conforme al art. 15.2 del mismo. Hemos de recordar en este punto la finalidad de esta norma, como se adelantó más arriba, no es la total reparación del perjuicio causado, con la extensión de los arts. 1.106, 1.107 y ss. del Código Civil, sino tan sólo en la extensión correspondiente a la cobertura garantizada por el Seguro Obligatorio de viajeros que incluye exclusivamente las indemnizaciones pecuniarias y la asistencia sanitaria.”

Es por ello que no procede la actualización solicitada al no existir norma legal que lo ampare.

Dichas cuantías no sólo no han sido objeto de modificación sino que, además, por Resolución de 28 de septiembre de 2001, se acordó su conversión a euros, sin modificar ninguno de los importes.

No debemos olvidar el aforismo que indica que donde la ley no distingue no debemos nosotros distinguir, sin que vía judicial se pueda llevar a cabo una modificación normativa que daría lugar a una actualización del baremo por vía distinta a la prevista en el propio baremo.

Entiendo que no cabe acudir al principio de la totalidad indemnidad del perjudicado. Este principio es el establecido en el artículo 1902 CC cuando señala que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Y más concretamente en el artículo 33 LRCSCVM, en su redacción dada por la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Así, la exposición de motivos de dicho texto legal señala “El nuevo Baremo se inspira y respeta el principio básico de la indemnización del daño corporal; su finalidad es la de lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente. Para ello, también se identifican nuevos perjudicados y nuevos conceptos resarcitorios que no están recogidos en el Baremo vigente. Se sistematizan y dotan de sustantividad propia las indemnizaciones por daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) que el actual Baremo prevé de un modo significativamente simplista e insuficiente. Y se pone al día, mediante su aumento, el conjunto de indemnizaciones, destacando en particular las que corresponden a los casos de fallecimiento –y, en especial, la de los hijos de víctimas fallecidas– y de grandes lesionados.

Sin perjuicio de considerar del todo punto lógica la posición jurisprudencial que opta por la actualización de las cantidades fijadas en el Reglamento, cabe preguntarse por qué el legislador no ha decidido actualizar las referidas cantidades en uso de la habilitación que la propia Ley le concede en la Disposición Final Tercera al señalar que “El Ministro de Economía y Hacienda podrá modificar o revisar la cuantía de las prescripciones pecuniarias y las categorías de incapacidad previstas en el baremo del Seguro Obligatorio de Viajeros”.

Y a mayor abundamiento cabe preguntarse por qué no se aprovechó para realizar dicha actualización con la Resolución de 28 de septiembre de 2001, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad a la conversión a euros de los precios, tarifas, cánones y cuotas correspondientes

a las competencias ejercidas por el Ministerio de Economía y sus organismos y entes dependientes y que señalaba en sus artículos Tercero y Cuarto lo siguiente

Tercero. La conversión de los valores recogidos en la presente Resolución no supone sino la plasmación de los criterios recogidos en la Ley 46/1998, de 26 de diciembre, del Euro, de acuerdo con la redacción dada por la Ley 9/2001, de 4 de junio, y específicamente, de los contenidos en su artículo 11, sin que en ningún caso se pretendan alterar los aspectos sustantivos de las normas que aprueban o regulan los valores descritos.

Cuarto. La presente Resolución no exime de la obligación de revisar el importe de los valores monetarios incluidos, en aquellos casos en que, de acuerdo con la normativa vigente, fuera necesaria su revisión periódica.

Del mismo modo y tal como hemos hecho referencia anteriormente, el legislador sí optó en un caso similar por actualizar las cuantías indemnizatorias, a través del Real Decreto 627/2014, de 18 de julio, en cuya Disposición Adicional Segunda se establecía que “en caso de accidente en un servicio de transporte ferroviario de viajeros de competencia estatal las indemnizaciones del seguro obligatorio de viajeros serán las establecidas en el Anexo de este Real Decreto”. Es más, en la propia exposición de motivos de dicho Real Decreto se señala lo siguiente: “Por otra parte, se ha estimado oportuno incrementar las indemnizaciones del seguro obligatorio de viajeros en caso de accidente ferroviario valorando que esta medida, a medio plazo, no tendrá repercusión apreciable en el precio del seguro.”

VII.- CATEGORIAS DE SECUELAS TASADAS

El Reglamento del SOVI contiene como anexo, el Baremo de Indemnizaciones del Seguro Obligatorio de Viajeros, recogiendo la primera categoría las lesiones más graves y la decimocuarta, las más leves.

La 1ª norma complementaria señala que: “Las lesiones corporales que originen menoscabo permanente, no recogidas explícitamente en el presente baremo de indemnizaciones, se calificarán, a los efectos de su equiparación con el mismo en alguna de sus categorías, en función del déficit fisiológico producido como consecuencia del accidente, según establezca

el criterio del informe médico facultativo”, habiendo servido dicha norma complementaria para incluir a través de la decimocuarta categoría, las lesiones permanente de carácter más leve, como puede ser por ejemplo el esguince cervical.

Sobre dicha posibilidad se pronuncia la SAP Zaragoza de 04/04/19 al señalar “Sobre la reclamación a cargo del seguro obligatorio de viajeros (RD 1575/1989, de 22 de Diciembre), la actora aporta un informe de urgencias de fecha 21-06-2017, diagnosticándole en principio un esguince cervical y contusión en el hombro, siendo dada de alta el mismo día 21-06-2017, acude a urgencias, el 23-06-2017 diagnosticadamente una contusión muscular paracervical y paravertebral, siendo dada nuevamente de alta el mismo día, aporta igualmente dos partes de incapacidad laboral de 26/06 y 26/07 de 2017 sin ningún tipo de especificación y otro de alta el 24-04-2018 en el que se indica que se encuentra en condiciones de alta laboral, en la demanda se reclaman 90 días a 52,13 € y 1 punto como secuelas (esguince cervical), 4691,70 € + 810,87 € en total 5502,57 €.

El único informe médico pericial como tal, aportado a los autos es el de la Compañía Aseguradora demandada, este indica que la recurrente precisó de un período de estabilidad de 71 días (15 de carácter moderado y 56 de carácter básico) sin secuela alguna. El Art. 4 del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, que establece la protección del Seguro Obligatorio de Viajeros a todos los usuarios de medios de transporte público colectivo español de viajeros, urbanos e interurbanos contemplados en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en tanto circulen por territorio nacional y en todos los viajes que tenga su principio en dicho territorio, aunque sin limitación de destino. El riesgo cubierto según el art. 7 son las lesiones corporales que sufran los viajeros “a consecuencia directa de choque, vuelvo, alcance, salida de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquier otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo”; y según el art. 8 son accidentes protegidos los que acaecen durante el viaje. Esta protección solo cede en los casos previstos en el art. 9 que se refieren a los asegurados que provoquen los accidentes en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas, estupefacientes o estimulantes o mediante la comisión de actos dolosos, lo que no es el caso.

Tal como indica el art. 18 de RD 1577/1989 de 22 de diciembre, la Incapacidad Temporal, cubierta por este seguro, se indemnizará en función del período de inhabilitación que se atribuye en el baremo anexo a este reglamento.

Partiendo del esguince cervical que se refleja en el primer parte y teniendo en cuenta el período de lesiones que refleja el informe pericial, a la hora de fijar el importe de la indemnización que debe percibir la actora de acuerdo con la indicada normativa, habrá de acudir al de las secuelas más leves, correspondiente a la categoría 14 por lo que la indemnización será de 1.202,02 €, revocándose la Sentencia en este apartado”.

Por otra parte, la SAP Badajoz de 13/09/2017 señala: “En estas circunstancias, no estimamos que exista error en la valoración de las pruebas: hay secuelas (secuela cervical). Secuelas, por lo demás, que al no estar expresamente previstas en el baremo del SOVI se han de indemnizar conforme la cláusula residual prevista en el mismo, que exhorta a equipararlas a alguna de las sí contempladas, atendiendo para ello al déficit fisiológico producido. El perito señor Pascual asimila la cervicalgia con afectación radicular en miembro superior derecho a una hernia discal de origen traumático. Juicio técnico éste que, a falta de otro alternativo, debemos asumir”

VIII.- NECESIDAD DE QUE UN INFORME MEDICO FACULTATIVO DETERMINE LA INCLUSION EN UN DETERMINADO GRUPO PARA NO HACER USO DEL CRITERIO SUBDIARIO DE LA CATEGORÍA DECIMOCUARTA

SAP Barcelona de 08/03/23: “También es objeto del recurso de apelación el monto indemnizatorio derivado del régimen del Seguro Obligatorio de Viajeros (SOVI) cuya regulación se contiene en el Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre - Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros y que es compatible con la indemnización derivada del Texto refundido Ley de responsabilidad civil y seguro circulación vehículos a motor, tal y como se indica en la STS 19.09.2011.

La sentencia apelada hace operativa la categoría 11ª que el mismo contempla, mientras que la parte apelante entiende que debe ser la 14ª.

En relación a lo planteado cabe indicar que el anexo del Reglamento contiene todo un catá-

logo de afecciones, señalando para las no previstas de forma expresa la norma complementaria 1ª:

“1.ª Las lesiones corporales que originen menoscabo permanente, no recogidas explícitamente en el presente baremo de indemnizaciones, se calificarán, a los efectos de su equiparación con el mismo en alguna de sus categorías, en función del déficit fisiológico producido como consecuencia del accidente, según establezca el criterio del informe médico facultativo”

La categoría 11ª incluye entre otras la “Limitación de movimientos de la articulación del hombro con atrofia marcada”.

Por su parte la categoría 14ª que es aquella que la apelante entiende debe operar, detalla una serie de afecciones que se considera son más graves que las de la demandante citando entre ellas las de fracturas desviadas o conminutas, no epifisarias del húmero, cúbito y radio, fémur, tibia; fractura, con luxación concomitante de la articulación húmero-cubital, rotuliana y tibiotalar; pérdida de más de ocho piezas dentarias; hernia discal, fractura de pirámide nasal o fractura de arcos costales con desviación izquierda condro-esternal.

De cara a dar respuesta a lo planteado (con la problemática a ello inherente), cabe indicar que los informes médicos obrantes en autos no especifican en cuál de estas categorías se sitúa la perjudicada.

Ello es de especial trascendencia para la resolución de esta causa, ya que el régimen normativo requiere que en caso de no reflejarse en las distintas categorías la situación concurrente, debe estarse a lo que derive del informe médico facultativo y en este caso nada se especifica al respecto.

También es de señalar que en este caso, si bien consta la existencia de limitación de movimientos en el hombro, nada hay en autos de donde se constate la existencia de una atrofia marcada del hombro.

Ante ello (y destacando la ausencia de informe médico sobre esta cuestión) no se estima posible sino estar al valor que se acepta por la contraparte (la carga de la prueba es de la lesionada).

Ello hace que se deba partir del valor de la categoría 14ª que suponen 1.202,02 €.

IX.- GASTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

Estos gastos están previstos en el artículo 19 del Reglamento que señala “La asistencia garantizada por el Seguro Obligatorio de Viajeros se extenderá, como límite máximo, hasta las setenta y dos horas siguientes al momento del accidente, cuando se trate de lesiones que no requieran hospitalización del asegurado o tratamiento especializado en cura ambulatoria; hasta diez días cuando los asegurados la tuvieran cubierta por otros seguros obligatorios, y hasta noventa días en los demás casos” debiendo tenerse en cuenta que no debe entenderse como un supuesto de asunción de responsabilidad el hecho que por parte de la entidad aseguradora del seguro obligatorio de viajeros se haga cargo de dichos gastos. Así lo viene a señalar la SAP Barcelona 27/07/2017 cuando establece que “En caso de siniestro por caída en un autobús en el que se ejercitan las acciones de responsabilidad civil extracontractual contra el conductor, la empresa propietaria y la aseguradora del vehículo y a la vez la acción de responsabilidad contractual al amparo del seguro obligatorio de viajeros

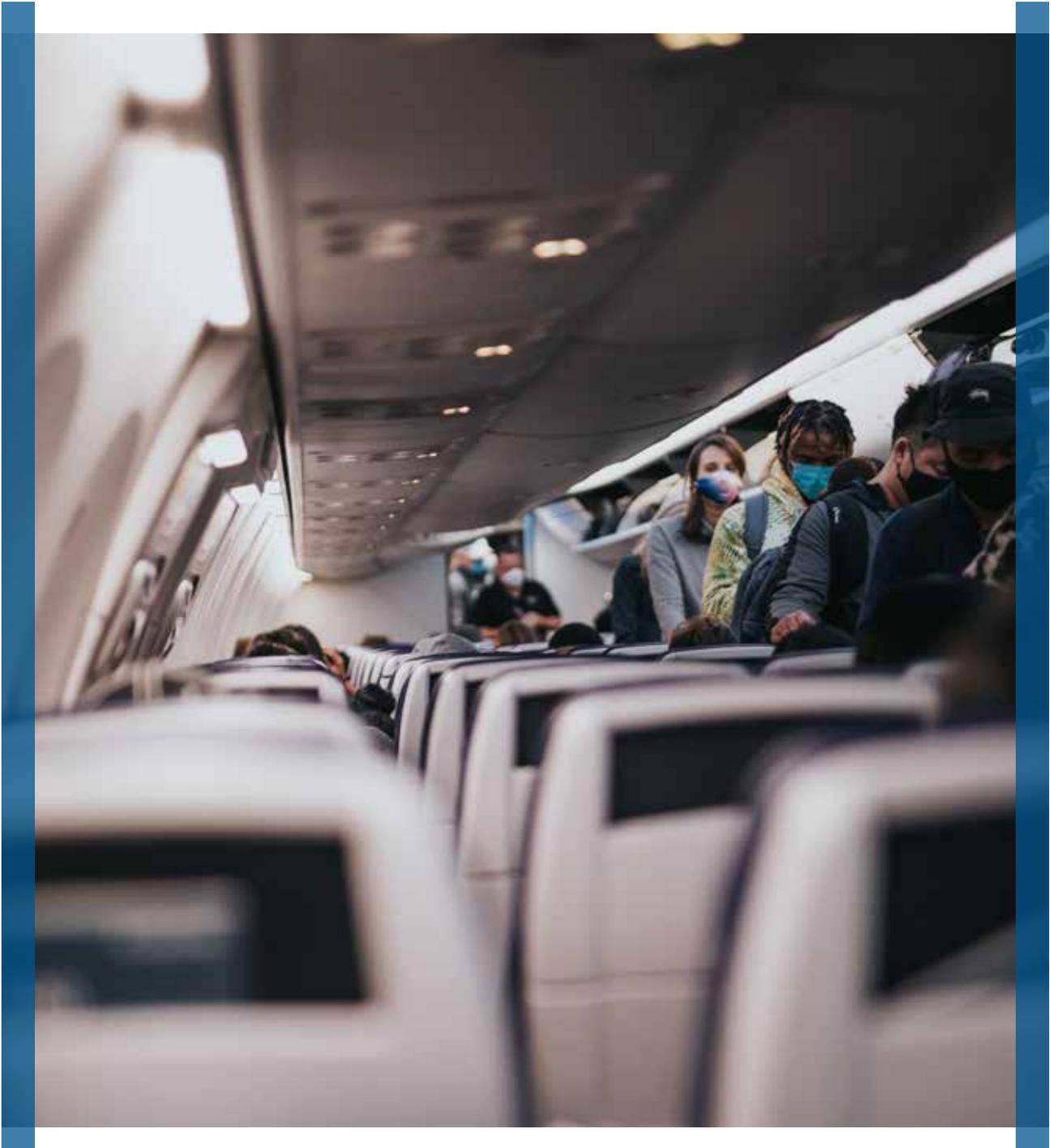
Finalmente, y en cuanto a la alegación de la demandante sobre los actos propios de la aseguradora, se comparte la apreciación de la sentencia de instancia, ya que, tal como se ha indicado, la asunción de gastos de asistencia sanitaria por parte de Zurich, como aseguradora del seguro obligatorio de viajeros, no supone el reconocimiento de la responsabilidad civil de su asegurada en el ámbito del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”

A modo de conclusión y resumen, sobre las cuestiones que más discusión doctrinal y jurisprudencial se han planteado, una vez pacificada la doctrina en cuanto a la compatibilidad de reclamar al amparo de lo dispuesto en el reglamento del seguro obligatorio de viajeros y en la LRCSCVM en aquellos casos en que hubiere lugar a ello, se puede señalar que la principal controversia se mantiene en la cuestión relativa a la posible indemnización de la incapacidad temporal entendida como los días invertidos por el lesionado en alcanzar la sanidad o el tiempo hasta que las lesiones quedan consolidadas como lesiones permanentes, así como la relativa a la actualización de las cuantías indemnizatorias establecidas en el anexo del reglamento ya citado. Sobre esta última cuestión, es muy mayoritaria la tesis favorable a la actualización de cantidades conforme al IPC desde la fecha de promulgación del reglamento, principalmente a partir del dictado de la sentencia del Tribunal

Supremo 08/12/10, si bien pudiera criticarse la parquedad de dicha resolución en cuanto a que siendo una cuestión controvertida, debería haber aprovechado, en opinión de quien redacta este artículo, el Tribunal Supremo para explicar los motivos las razones que justificaban la actualización de cantidades conforme al citado índice.

Y en cuanto a la segunda de las cuestiones controvertidas, relativa a la indemnización de la incapacidad temporal, vemos que las posicio-

nes doctrinales van desde entender que la indemnización de la incapacidad temporal se realiza a través de alguna de las 14 categorías del anexo no siendo posible su indemnización aparte, y aquellas que entienden que sí es posible. Y dentro de estas últimas observamos que puede plantearse la opción de indemnizar dicho concepto aplicando analógicamente el baremo de la LRCSCVM aprobada por RD Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, o bien a través de la norma complementaria 1ª en la cantidad prevista para la categoría decimocuarta.





doctrina

Seguros de vida e incapacidad. Cuestionario previo de salud y agravamiento del riesgo. Análisis jurisprudencial

Marisa Delgado Utrera
Magistrada de Audiencia Provincial
de Almería

SUMARIO

- I. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE SEGURO. ARTÍCULO 10 DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE
- II. CUESTIONARIO DE SALUD. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO
- III. AGRAVACIÓN DEL RIESGO

I. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE SEGURO. ARTÍCULO 10 DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE

La Ley del Contrato de Seguro, en su redacción actual, define en su **artículo 1** el contrato de seguro como aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

Históricamente la aparición de la Ley 50/80 supone un hito frente al desequilibrio existente entre el ciudadano como contratante particular frente a una parte contratante más poderosa, en un momento en el que la protección del consumidor no se consideraba, como en la actualidad, esencial de la normativa y jurisprudencia aplicables, tendentes en todo caso a su protección, pues no fue hasta el año 1984 cuando llegó la tan relevante Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/84, de 19 de julio, casi omnipresente hoy en día, en gran cantidad de litigios de muy diversa índole.

Y es en ese contexto cuando se redacta el tan analizado artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, precepto al que la jurisprudencia, en concreto nuestro Alto Tribunal, ha dedicado especial interés, al ser el mismo de gran trascendencia en el articulado de una Ley, como ya he referido, novedosa y que regula una relación entre aseguradora-asegurado, que hasta ese momento se evidenciaba como dispar.

En el seno de esa regulación aparece el referenciado artículo 10 de la ley de Contrato de Seguro, en el cual se establecen una serie de extremos y pautas, de gran relevancia, que son las que definen en el momento del aseguramiento la existencia de un cuestionario previo de salud, que ha de ser respondido por el tomador del seguro en atención a delimitar el riesgo asegurado.

El art. 10 de la Ley del Contrato de Seguro establece: *“El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.*

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

Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

El tomador de un seguro sobre la vida no está obligado a declarar si él o el asegurado han padecido cáncer una vez hayan transcurridos cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Una vez transcurrido el plazo señalado, el asegurador no podrá considerar la existencia de antecedentes oncológicos a efectos de la contratación del seguro, quedando prohibida toda discriminación o restricción a la contratación por este motivo”. Este último párrafo es añadido por el Real Decreto-Ley 5/2023 de 28 de junio.

II. CUESTIONARIO DE SALUD. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

Deber de declarar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo

Vamos a volver al análisis del cuestionario de salud previo analizando parte a parte el referido artículo 10 de la LCS.

Impone el precepto al tomador una obligación genérica de declarar al asegurador **TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS POR ÉL CONOCIDAS** que puedan influir en la valoración del riesgo.

En relación con el deber de declarar todas las circunstancias que pudieran influir en la concreción del riesgo y la trascendencia a tales efectos del cuestionario o declaración de salud a través del cual se plasma en la práctica aquella obligación, la STS de 31 de mayo de 2004 (ponente Sr. Corbal), resume la doctrina jurisprudencial sobre este punto: “La jurisprudencia



de esta Sala resulta acorde al imponer al contratante el deber de declarar con la máxima buena fe todas las circunstancias -en este caso su estado de salud- que delimitan el riesgo, por ser datos trascendentales, es decir que pueden resultar influyentes a la hora de concertar el seguro (SS. 31 de diciembre de 2.001, 18 junio y 26 de julio de 2.002 , y cita). Es cierto, que, si la entidad aseguradora no exige el cuestionario [o declaración correspondiente] debe pechar con las consecuencias (SS., entre otras, 23 de septiembre de 1.997, 22 de febrero y 7 de abril de 2.001, 17 de febrero de 2.004), porque [en el régimen de la LCS] no hay propiamente un deber de declaración, sino de respuesta del tomador acerca de lo que le interesa de él al asegurador y que le importa a efectos de valorar debidamente el riesgo, como la concurrencia de aquellos otros extremos que sean de interés (SS., ente otras, de 11 de noviembre y 2 de diciembre de 1.997 y 22 de febrero de 2.001).

El art. 10 LCS, en lugar de concebir de una forma general y abstracta los límites del deber del tomador de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, ha acotado este deber limitándolo a la contestación del cuestionario

que le somete el asegurador. Aparece, no un deber espontáneo e independiente del tomador, sino un deber de responder a un cuestionario que tiene su precedente en el derecho suizo. A diferencia del artículo 381 del Código de Comercio, en el que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía sobre el riesgo y también a decirlo de forma exacta, el artículo 10 circunscribe el deber de declaración al cuestionario que el asegurador someta al presunto tomador del seguro.

El deber de declaración se infringe cuando el riesgo que ha sido descrito y que se ha tenido en cuenta a la hora de la conclusión del contrato es diverso del riesgo real. Esta infracción resulta de un hecho objetivo, cual es esa diferenciación entre la situación representada y la real (SSTS de 25 de noviembre de 1993 y 28 de octubre de 1998).

El art. 89 LCS establece una remisión expresa a las disposiciones generales de la ley (art. 10) para el caso de reticencias o inexactitudes en las declaraciones del tomador que influyan en la estimación del riesgo. En los supuestos donde la inexactitud o reticencia no tiene su origen en el dolo ni en la culpa grave del tomador,

sino únicamente en una culpa leve, si el asegurador no optó en plazo por la rescisión (plazo que el artículo 89 fija en un año para los **seguros de vida**), procedería la reducción proporcional de la prestación, (STS de 1 de junio de 2007). Caso de acreditarse que el tomador ha actuado con dolo o culpa grave, el asegurador queda liberado de su obligación (STS de 15 de noviembre de 2007).

Sobre el particular, recordar que la importancia que, en los **seguros de vida**,

tiene la **salud** del candidato a asegurado a fin de que la aseguradora pueda estimar el riesgo, explica que el artículo 89 LCS se remita, en caso de reticencia o inexactitud en las respuestas dadas al **cuestionario de salud**, a las disposiciones generales de la misma Ley y, en concreto, a su artículo 10, que sanciona tal deficiente cumplimiento del deber de declarar *lo que conozca de lo que se le pregunte* y sea influyente para la valoración del riesgo, con la liberación de la aseguradora del pago de la prestación en el caso de que el declarante hubiera actuado con dolo o culpa grave.

Pero la violación del deber de declaración ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos, pues no se trata solamente de calificar la conducta del declarante como de buena o mala fe, sino, además, de atenerse el Tribunal a si la misma viene a frustrar la finalidad del contrato para su contraparte, al proporcionarle datos inexactos o manifestar una actitud de reserva mental que le lleve a celebrar un contrato que no hubiera concertado en las mismas condiciones, de haber conocido la situación real del riesgo, distinta de la declarada (SSTS de 25 de noviembre de 1993, 27 de octubre de 1998, 31 de mayo de 2004 y 17 de octubre de 2007).

Situados en estos términos, se ha dicho que no se infringe el deber de informar si el asegurado responde de forma vaga a preguntas estereotipadas acerca de la **salud** general que presenta el asegurado en el momento de suscribir el **seguro**, en la que no se concretaban preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura. En estos casos, no hay infracción del deber de informar, a pesar de que el asegurado oculte una enfermedad grave (STS 157/2016, de 16 de marzo). (...).

Por el contrario, cuando el asegurado recibiera una pregunta clara tal que si padecía unas patologías concretas (cardíacas, circulatorias, oncológicas, infecciosas del aparato digestivo o endocrinas -diabetes-) que además hubiera

precisado tratamiento médico, y el asegurado sea reticente, se excluye la obligación de indemnizar, si hay constancia de que el asegurado ha ocultado la existencia de antecedentes médico-sanitarios relacionados con su estado de salud que debía percibir como objetivamente influyentes para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas (STS 72/2016 de 17 de febrero y 726/2016 de 12 de diciembre)."

La jurisprudencia no exige una forma especial para lo que el art. 10 LCS denomina "cuestionario" (según la segunda de las acepciones del Diccionario de la RAE, que resulta la más adecuada aquí, es una "lista de preguntas que se proponen con cualquier fin"), por lo que no se contradice la doctrina legal dándole plena eficacia a la "Declaración Estado Salud" que figura impresa en la póliza firmada por el asegurado, y en tal sentido se orientan entre otras Sentencias las de 24 de junio de 1999 y 2 de abril de 2001. Finalmente debe tenerse en cuenta, de conformidad con las Sentencias de 25 de noviembre de 1993 y 27 de octubre de 1998, entre otras, que "en cualquier caso la violación del deber de declaración ha de valorarse, en lo posible, con criterios objetivos; de manera que no se trata solamente de calificar la conducta del declarante asegurado como de buena o mala fe, sino sobre todo atenerse el Tribunal a la objetividad de si la conducta del asegurado o tomador del seguro viene a frustrar la finalidad del contrato para su contraparte al proporcionarle datos inexactos o manifestar una actitud de reserva mental que le viene a desorientar e impulsar a celebrar un contrato que no hubiera concertado de haber conocido la situación real del tomador del seguro o al menos si éste le hubiera manifestado todas las circunstancias que conocía. (...) Como la doctrina científica afirma razonablemente, la violación resulta de un hecho puramente objetivo: el riesgo declarado y tenido en cuenta a la hora de la perfección del contrato es diverso al riesgo real que existía en aquel momento".

Validez formal y material del cuestionario

Sobre la validez formal del **cuestionario**, la jurisprudencia (p.ej. SSTS 378/2020, de 30 de junio, y 638/2020, de 25 de noviembre) viene declarando que "la eficacia del **cuestionario de salud** a los efectos del art. 10 LCS no depende, ni de la forma que revista, ni de quien lo cumplimente materialmente (tomador o un empleado de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de ella -como ocurre normalmente con **seguros** vinculados a préstamos, con el

personal de la entidad bancaria, a veces del mismo grupo), sino de que el **cuestionario** se redacte con las respuestas facilitadas por el tomador/asegurado. De manera que lo verdaderamente relevante para descartar la infracción del deber de declarar el riesgo por parte del tomador es que, “por la forma en que se rellenó, pueda concluirse que el tomador del **seguro** no fue preguntado por esa información relevante” (sentencias 72/2016, de 17 de febrero; 726/2016, de 12 de diciembre; 562/2018, de 10 de octubre; y 222/2017, de 5 de abril”).

Generalidad del cuestionario. Consecuencias para la aseguradora.

En definitiva, la falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, pues a este incumben las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguo o genérico, ya que el art. 10 LCS, en su párrafo primero, exonera al tomador-asegurado de su deber de declarar el riesgo tanto en los casos de falta de cuestionario cuanto en los casos, como el presente, en que el cuestionario sea tan genérico que la valoración del riesgo no vaya a depender de las circunstancias comprendida en él o por las que fue preguntado el asegurado.

Sobre su validez material, esta jurisprudencia también precisa 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” (STS 333/2020) y, en cuanto a la relevancia de la relación causal entre el dato omitido y el riesgo cubierto (STS 345/2020, con cita, entre otras, de las SSTS 323/2018 de 30 de mayo, y 53/2019, de 24 de enero), que el incumplimiento del deber de declaración leal del art. 10 LCS precisa que concurren los siguientes requisitos según reitera la STS 681/2023, de 8 de mayo:

“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”.

Como ha declarado la STS 323/2018: “lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas que se formularon al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud que él conociera o no pudiera desconocer se referían, es decir, si las preguntas que se le hicieron le permitieron ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo”.

En cuanto a dicha validez material del cuestionario en atención a su contenido, para apreciar la existencia de ocultación dolosa o, cuanto menos, gravemente negligente, se ha de comprobar si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían.

En este caso, por la similitud de circunstancias concurrentes, debe estarse particularmente a la doctrina contenida en las citadas SSTS 37/2019, 621/2018, 563/2018, 273/2018, 542/2017, 726/2016, y 72/2016, que, como recuerda la STS 7/2020: “declararon la existencia de ocultación dolosa o, cuando menos, gravemente negligente (sentencia 542/2017), atendiendo no solo al hecho de que en algunos de esos casos el cuestionario no era impreciso (porque se preguntó al asegurado específicamente acerca de enfermedades concretas) sino también a que en otros casos, pese a la generalidad del cuestionario, existían “suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar” (sentencia STS 621/2018, con cita de la STS 542/2017)”. Ello es así porque se ocultaron patologías previas por las que el asegurado fue expresamente preguntado a través de preguntas concretas, en ningún caso genéricas o ambiguas, objetivamente influyentes para el riesgo que la aseguradora quería contratar (cuyo conocimiento y valoración podría haber determinado que no suscribiera el contrato o que lo hiciera en otras condiciones más onerosas para el tomador)”.

La referida jurisprudencia puede llevar a distintas soluciones, justificadas en cada caso por las diferencias de contenido de la declaración- **cuestionario**, siendo conveniente recordar que, en función de las concretas circunstancias concurrentes, esta sala ha apreciado la infracción del deber de declaración del riesgo tanto en virtud del carácter no impreciso del **cuestionario** -porque se preguntó al asegurado específicamente acerca de enfermedades concretas- como también, pese a su generalidad, en virtud de la existencia de “suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo” (STS 542/2017, de 4 de octubre, y posteriores).

Por lo que respecta al nexo causal entre los antecedentes de **salud** omitidos y el riesgo cubierto, también debe recordarse que cuando no es posible conocer con absoluta certeza cuál fue la causa mediata de la muerte, acudiendo a un juicio de probabilidad cualificada, se puede considerar, en ocasiones, que basta con la existencia de una base *fáctica que permita al tribunal “apreciar con un grado de convicción suficiente la influencia decisiva que tuvieron los antecedentes de **salud** ocultados”*.(...)

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*” (STS de 4 de diciembre de 2014 que cita las 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).

La reciente STS de 27 de octubre de 2023, con remisión a muchas otras de la Sala, sintetiza:

i) que 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;

ii) que el asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber de respuesta por la sola circunstancia de que el cuestionario sea rellenado o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que actúe por cuenta de aquella si está probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal (pueden incluso ser cumplimentado por representante, lo cual, en determinadas circunstancias no excluye el dolo del asegurado STS 273/2018);

iii) que el cuestionario no ha de revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia, admitiéndose también como cuestionario las “declaraciones de salud” que a veces se incorporan a la documentación integrante de la póliza;

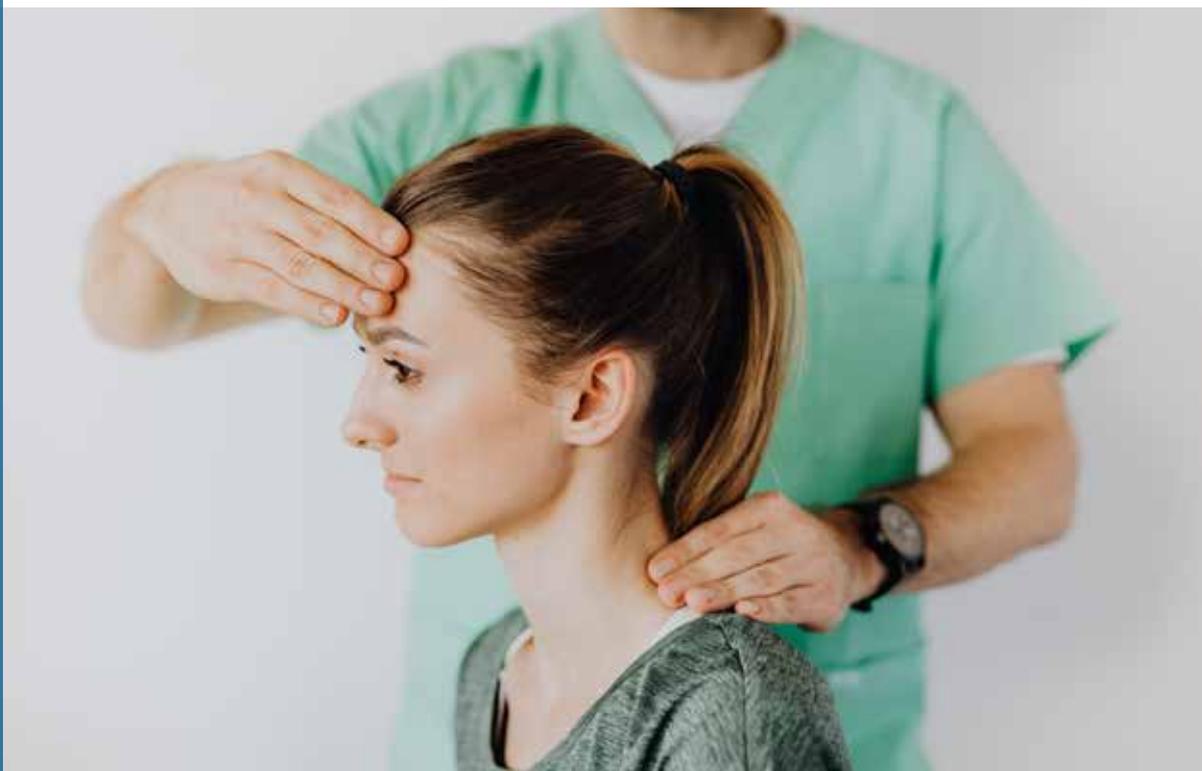
iv) y que lo que se debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro”.

No obstante, *la ausencia de **cuestionario**, o la falta de pregunta al respecto de una determinada circunstancia que pueda influir de manera relevante en la valoración del riesgo, ha de ser soportada por el asegurador, sin que pueda jugar en contra del asegurado*. Y, además, la constatación de que fue el agente de **seguros** el que rellenó el **cuestionario**, limitándose el asegurado a firmar, equivale a la falta de presentación, sin que pueda seguirse consecuencia alguna contra el asegurado (SSTS de 31 de mayo de 1997, 6 de abril de 2001, 31 de diciembre de 2003 y 4 de abril de 2007).

Consecuencias del incumplimiento del deber de declarar

Configurado así este deber, según la citada STS de 4 de diciembre de 2014, las consecuencias de su incumplimiento son las establecidas en el artículo 10 II LCS y consisten en:

“a) La facultad del asegurador de rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitudes del tomador del seguro.



b) La reducción de la prestación del asegurador <proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Esta reducción se produce únicamente si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración de rescisión.

c) La liberación del asegurador del pago de la prestación. Este efecto solo se produce, según el artículo 10 II, último inciso, LCS, si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro”.

Por tanto, sigue diciendo la STS de 4 de diciembre de 2014, mientras que la *“reducción de la prestación del asegurador no exige que concurren circunstancias de dolo o culpa grave del tomador del seguro, sino sólo la existencia de reticencias o inexactitudes en la declaración, y, en virtud del principio de rogación procesal, según la jurisprudencia consolidada de esta Sala (en contra, STS de 12 de abril de 2004), que el asegurador ejercite la pretensión en el momento procesal oportuno (SSTS de 7 de junio de 2004; 15 de julio de 2005)”*, por el contrario *“la facultad del asegurador de rechazar el siniestro y de liberarse de la obligación de indemnizar solamente puede ejercitarse en caso de que en la declaración previa de riesgos haya mediado dolo o culpa grave por parte del tomador del*

seguro...”, concurriendo dolo o culpa grave” en las declaraciones que tienen como finalidad el engaño del asegurador, aunque no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (arts. 1260 y 1261 CC, y en las declaraciones efectuadas con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario”.

A la luz de esta doctrina podemos circunscribir todo lo dicho a la discusión a dos extremos: primero, dilucidar si la entidad aseguradora inquirió realmente, a través del cuestionario aportado o por cualquier otro medio, cuál era el estado de salud de la persona con la que se proponía contratar; y, segundo, en caso afirmativo, en qué medida las respuestas ofrecidas responden o no a la verdad y pudieron crear una apariencia errónea sobre la estimación del riesgo asegurado que afectara la formación de la voluntad de la aseguradora, induciéndole a suscribir un contrato que de otro modo no habría celebrado que habría formalizado en condiciones distintas.

III. AGRAVACIÓN DEL RIESGO

El artículo 11 de la LCS estipula: *“1. El tomador del seguro o el asegurado deberán durante la vigencia del contrato comunicar al asegura-*

dor, tan pronto como le sea posible, la alteración de los factores y las circunstancias declaradas en el cuestionario previsto en el artículo anterior que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas.

2. En los seguros de personas el tomador o el asegurado no tienen obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado, que en ningún caso se considerarán agravación del riesgo". (modificado por la Ley 20/2015 de 14 de julio).

Verdaderamente ilustrativa al respecto es la STS 1373/2008, de 4 de enero.

El art. 11 LCS impone al tomador o asegurado la obligación de comunicar al asegurador las circunstancias que determinen un incremento del riesgo relevante para el aseguramiento. Está en una cierta relación con el art. 10 LCS, pues es el asegurador el que ha acotado las circunstancias que considera relevantes para determinar el riesgo asegurado cuando somete el cuestionario al asegurado y, por ende, el deber posterior de éste de comunicar el agravamiento del riesgo está ceñido, en principio, a aquellas circunstancias sobrevenidas que dejan sin contenido o privan de vigencia a la declaración formulada en el cuestionario.

A su vez, el deber que impone el art. 11 LCS está sometido en el seguro de vida a determinadas limitaciones. Una de ellas deriva de que no abarca el agravamiento de la salud del asegurado, pues dicha circunstancia no comporta un incremento del riesgo objeto del seguro, que es el de fallecimiento, valorado según las circunstancias concurrentes en el momento de la perfección del contrato, sino el aumento de la probabilidad del siniestro, que comprende el deterioro posterior de la salud que puede causar el fallecimiento y forma parte del contenido aleatorio del contrato. Otra limitación radica en que ha de tratarse de circunstancias que determinen un incremento del riesgo, y, en consecuencia, de circunstancias no concurrentes en el momento de la perfección del contrato.

De estas limitaciones se desprende que la obligación del art. 11 LCS, en relación con las cir-

cunstancias relativas a la salud del paciente, abarca aquellas que sean relevantes para la determinación del riesgo y que objetivamente existían y debían ser conocidas, en condiciones normales, en el momento de la perfección del contrato, pero lo fueron en un momento posterior. En efecto, el conocimiento posterior de una circunstancia de esta naturaleza comporta un incremento del riesgo valorado en el momento de la perfección del contrato, pero no un agravamiento de la salud del asegurado posterior a este momento.

Otra restricción radica en la limitación temporal impuesta al asegurador para impugnar el contrato en caso de inexactitud por el art. 89 LCS. Esta limitación convierte el contrato en incontestable por el asegurador cuando transcurre **un año** desde su conclusión, salvo que exista dolo por parte del tomador del seguro o asegurado. De esta limitación se infiere que el asegurado no está obligado a comunicar las circunstancias que determinen una agravación del estado de su salud de las que tenga conocimiento cuando haya transcurrido un año a partir de la perfección del contrato (aunque hubieran sido objetivamente cognoscibles en condiciones normales en este momento), pues en tal caso el asegurador sólo puede ejercer sus facultades de rescisión o reducción de la prestación si demuestra que ha existido mala fe por parte del asegurado, ya que, según declara reiteradamente la jurisprudencia, dispuso de la posibilidad de efectuar reconocimientos médicos durante el expresado plazo, cabe suponer que con la finalidad de averiguar aquellas circunstancias de riesgo que, aun siendo desconocidas para el tomador, debían ser conocidas en condiciones normales en el momento de la perfección de la póliza.

Por ejemplo, si el asegurado tuvo conocimiento de dicha circunstancia por medio de un diagnóstico formulado antes de la fecha de emisión de la póliza y, en consecuencia, aun cuando no incurrió en omisión intencional que le fuera imputable al rellenar o responder al cuestionario con arreglo al art. 10 LCS, no puede desconocerse el elemento de intencionalidad ínsito en la acción de omitir poner en conocimiento de la aseguradora una grave enfermedad de la que había sido diagnosticado en un momento anterior a la fecha de emisión de la póliza en que aparece firmada.

Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria

Guillermo Otero Fornaris
Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA INCERTIDUMBRE CAUSAL EN EL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO
 - 2.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS
 - 2.2. ESCENARIOS DE INCERTIDUMBRE
 - 2.3. RESPUESTAS JURÍDICAS PARA SU RESOLUCIÓN
- III. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
 - 3.1. NATURALEZA Y CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA: DOBLE VERTIENTE
- IV. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD BAJO EL PRISMA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
 - 4.1. SUPUESTOS DE RETRASO O ERROR EN EL DIAGNÓSTICO Y ASISTENCIA SANITARIA TARDÍA
 - 4.2. SUPUESTOS DE AUSENCIA, DEFECTO O VICIO EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO
 - 4.3. REQUISITOS DE ADMISIÓN O INADMISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO
- V. LA INDEMNIZACIÓN POR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
 - 5.1. CONFIGURACIÓN Y DESARROLLO DE LA FIGURA
 - 5.2. REQUISITOS PARA CONSIDERAR INDEMNIZABLE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
 - 5.3. VALORACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
- VI. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad el estudio de una figura doctrinal con origen jurisprudencial que, curiosamente, adopta una nomenclatura variopinta, aceptándose las siguientes voces técnicas: “Teoría de la pérdida de oportunidad”, “Doctrina de la pérdida de oportunidad”, “Teoría de la chance”, “Loss of chance”, etc. Es un instrumento jurídico, un recurso judicial puesto a disposición de los particulares y las Administraciones, cuyo fin esencial es facilitar la prueba del perjuicio en aquellos supuestos en los que, al moverse entre distintos niveles de incertidumbre, se dificulta su acreditación.

Se ha optado por circunscribir este trabajo al ámbito de la responsabilidad sanitaria al considerar que la sociedad actual, debido a la rápida evolución y al importante desarrollo de la tecnología y la ciencia médica, se tiene que enfrentar a multitud de riesgos de nueva hornada que, por la rapidez con la que surgen, en muchas ocasiones le son difíciles de comprender y asumir. En este contexto, a veces se producen daños a los pacientes cuyo origen es complicado o imposible de establecer por la medicina actual, dando pie a que se interpongan reclamaciones por los perjudicados que el Derecho, aplicado por jueces y tribunales, va a intentar resolver de la mejor forma posible, habida cuenta de la dificultad probatoria. En este complejo escenario se va a mover la doctrina de la pérdida de oportunidad.

El objeto de este trabajo es, en primer lugar (epígrafe 2), el estudio de la incertidumbre causal y de los distintos escenarios pertenecientes al campo de las reclamaciones médico-sanitarias en los que puede aparecer, así como las técnicas utilizadas por los tribunales para superar las dificultades probatorias que estos entrañan. A tal efecto, se comienza con una breve aproximación sobre el concepto de la incertidumbre causal, figura radical y básica de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Seguidamente se analizan los distintos escenarios de incertidumbre en los que jueces y tribunales pueden tener que desenvolverse a la hora de juzgar las reclamaciones por responsabilidad sanitaria que se les presenten, así como las diversas respuestas técnico-jurídicas que se utilizan para resolverlas. En segundo lugar, se procede a una más amplia exposición teórica sobre la figura de la pérdida de oportunidad (epígrafe 3), estudiándose tanto su naturaleza como su conceptualización jurídica desde una doble vertiente. Todo ello permite obtener un marco teórico que se

considera imprescindible para abordar con cierto éxito el siguiente epígrafe.

A continuación, se realiza un análisis jurisprudencial (epígrafe 4) sobre cómo se ha venido aplicando la pérdida de oportunidad en función de los casos concretos. Para facilitar su estudio y exposición, se han dividido los supuestos prácticos en dos apartados: pérdida de oportunidad asistencial (por retraso, error en el diagnóstico o asistencia tardía) y vicios en el consentimiento informado. En la actual realidad, se pueden encajar la gran mayoría de reclamaciones por pérdida de oportunidad en alguno de estos dos escenarios, sin que se pueda obviar que tanto la naturaleza jurídica como los criterios de indemnización a aplicar son diferentes en ambos bloques. En este mismo epígrafe se estudian los requisitos que el Tribunal Supremo aplica para admitir o no la pérdida de la chance.

Como tema importante de este trabajo, se ha focalizado en el epígrafe 5 la dificultad que supone cuantificar la posible indemnización por daños y perjuicios en escenarios de incertidumbre, en los que resulta viable la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Con el fin de mostrar un reflejo fiel de la realidad judicial, se estudiarán diversas sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia, así como algunas otras de los Tribunales Superiores de Justicia (principalmente).

Finalmente, termina el presente estudio con una serie de conclusiones (epígrafe 6) en las que se intentará resumir las ideas más importantes que se puedan extraer de la lectura de este modesto artículo, tras el examen de la pluralidad de cuestiones sobre la realidad teórica y práctica de la pérdida de oportunidad, y su aplicación por los Tribunales españoles, que se han puesto de manifiesto en el mismo.

II. LA INCERTIDUMBRE CAUSAL EN EL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO

Cuando un profesional sanitario toma una decisión médica respecto del tratamiento que ha elegido, tiene que darle al paciente la información que corresponda antes de su próxima intervención para que éste decida, la cual va a conllevar, en mayor o menor medida, cierta incertidumbre.

2.1. Concepto y características

En el ámbito de la sanidad muchos autores manifiestan que existe gran dificultad para defi-

nir la incertidumbre y su extensión, debido a una amplia gama de situaciones que, desde el punto de vista de la medicina, pueden aparecer. A modo de ejemplo:

- Ante un solo fenómeno los expertos sanitarios pueden tener diversas explicaciones sin saber cuál de ellas es la concluyente.
- Algunas reacciones del cuerpo humano pueden ser impredecibles.
- La etiología de algunas patologías, como la enfermedad de Alzheimer o el Cáncer, no se conoce en su totalidad actualmente.

Además, todas estas situaciones de incertidumbre presentan dos dificultades. La primera, que a veces es imposible determinar si el acto negligente del sanitario ha contribuido sin ninguna duda a la producción del daño; y la segunda, en el caso de que sí haya influido en la misma, que sea imposible medir la extensión concreta de su contribución.

En un reciente estudio de GEORGIU, MORGAN y FRENCH sobre la conceptualización, evaluación y comunicación de la incertidumbre en las ciencias forenses¹, tras analizar los distintos grados de incertidumbre causal, se determinó que, en una escala que tiene como punto inicial el conocimiento determinista (en el que no hay incertidumbre) y como punto final la total ignorancia (en el que la incertidumbre es del 100%), pueden encontrarse dentro del intervalo varios escenarios, destacándose a los efectos de este trabajo los siguientes ítems:

- INCERTIDUMBRE ESTADÍSTICA: en este escenario la incertidumbre puede ser cuantificada probabilísticamente².
- ESCENARIO INCIERTO: la incertidumbre se reconoce como cierta, aunque no es cuantificable.
- INCERTIDUMBRE CUALITATIVA: escenario en el que la incertidumbre puede ser expresada solo en términos cualitativos (no se puede valorar, aunque es posible su existencia).

Este apunte teórico coincide en la práctica con los diversos escenarios de incertidumbre

que se encuentran los jueces y tribunales cuando tienen que dar solución a una reclamación judicial, especialmente en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Para poder entender el origen o causa del daño y su alcance, en supuestos médico-legales científicamente complejos que no tienen una respuesta clara³, es primordial presentar una prueba pericial, y si la misma careciera de certeza se debilitaría en gran medida el nexo causal imprescindible para la determinación de responsabilidad de cualquier tipo; en este escenario, para tomar esas decisiones ajustadas a Derecho sobre la acreditación o no de responsabilidad, se necesitarán combinar los conceptos de incertidumbre y causalidad⁴, situación que se conoce como incertidumbre causal, la cual puede dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica. En este tipo de escenarios los órganos jurisdiccionales, para dar respuesta jurídica concreta a los asuntos que se les encomiendan, en ocasiones se ven obligados a sobrepasar los límites de los criterios de la Ciencia Médica vigentes⁵.

En este sentido resulta esclarecedora la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2019⁶, en su Fundamento de Derecho Séptimo, en el que se describen los niveles de incertidumbre causal de acuerdo con la escala meritada anteriormente:

“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 sí supera el mínimo (...)”.

Según expone el magistrado XIOL RÍOS⁷, la definición de la incertidumbre causal relativa sería la de aquel supuesto en el que el comportamiento dañoso del agente está probado, pero, o siendo cierto el daño no se le puede atribuir

³ KHOURY (2006): p. 4.

⁴ En este sentido, incertidumbre y causalidad son dos conceptos empíricos íntimamente ligados.

⁵ LUNA MALDONADO y REPRESAS VÁZQUEZ (2019): p. 1428.

⁶ STS de 19/02/2019 105/2019; recurso nº 2990/2016; ECLI:ES:TS:2019:576

⁷ XIOL RÍOS, J.A. (2023): p.4.

¹ GEORGIU, N., MORGAN, R.M., y FRENCH, J.C., (2020): p. 6.

² En la escala, es el siguiente al conocimiento determinista -escenario inicial de la misma-.

con total certidumbre al agente (solamente con determinado grado de probabilidad), o ese daño solo puede admitirse su existencia con un alto grado de probabilidad y, en su caso, atribuirse al autor.

2.2. Escenarios de incertidumbre

Como se ha mencionado, para la evaluación de la mala praxis y la determinación de la responsabilidad en el ámbito sanitario, en una situación de incertidumbre, es imprescindible el dictamen y/o informe de un perito forense (profesional médico sanitario) que, siguiendo unas guías metodológicas, deberá abordar la cuestión de la probabilidad causal. Dicha apreciación se acometerá teniendo en cuenta determinados criterios de probabilidad científica:

- Las leyes universales, en términos de interpretación deductiva.
- Las leyes estadísticas, en términos de inferencia en el resultado.
- Principios de credibilidad racional que, en caso de ausencia de las leyes anteriores, se aplicarán en función exclusivamente de

los conocimientos y la experiencia del médico experto en la materia a valorar⁸.

El perito sanitario expresará en su conclusión lo que estime pertinente respecto de las variables de certeza, probabilidad (estimando su tanto por ciento si fuera posible) o exclusión de la causa material entre el error y el daño, tras la realización del denominado razonamiento contrafactual, consistente en dar respuesta a la pregunta “¿qué habría pasado si...?”. Así pues, el escenario de incertidumbre causal en el que se desenvolverá el juez a la hora de resolver vendrá determinado por la prueba pericial.

Los escenarios posibles, tras la recopilación de toda la documentación e información necesaria para el informe, podrán ser los siguientes:

1. Total certidumbre para establecer una relación causal entre la actividad del agente y el daño que se reclama.
2. Grado de incertidumbre muy elevado, desde un punto de vista descriptivo y, también, a efectos de cálculo probabilístico.

⁸ The EALM Working Group on Medical Malpractice (2013): p. 3.



3. Situado entre la incertidumbre probabilística y la meramente descriptiva (es el que interesa para el presente trabajo).

En el primer escenario el nivel de incertidumbre es muy bajo por lo que el Tribunal podrá considerar, sin lugar a dudas, la existencia cierta del requisito de la causalidad cuando emita su resolución judicial (fundamentada en pruebas forenses reales y evidentes).

En el segundo escenario la incertidumbre reduce las pretensiones del damnificado en meras hipótesis o ilusiones de imposible demostración.

En el tercer escenario aparece la llamada doctrina de la pérdida de la oportunidad, como método para resolver los supuestos de incertidumbre causal relativa⁹.

2.3. Respuestas jurídicas para su resolución

Esta dificultad de poder probar la existencia de la relación causal entre la acción u omisión y el perjuicio ocasionado ha originado preocupación en la doctrina y en los tribunales en cuanto a la indemnización del damnificado. Por un lado, no quieren que la víctima se quede sin su resarcimiento en el caso de no poder demostrar exactamente el alcance del error y, por otro lado, no quieren separarse de las normas clásicas que se refieren a la prueba causal. Tampoco pretenden actuar en perjuicio del demandado, como así sería si se le llegara a responsabilizar de todo el daño sufrido por el demandante en los supuestos de imposible identificación exacta de su participación. En definitiva, han tenido que resolver desde el Derecho la compleja cuestión sobre quién debe padecer las consecuencias de las lagunas que sobre la evidencia probatoria persisten en el campo de la Medicina¹⁰.

Una solución sería que, ante la dificultad de la prueba, el tribunal aplicara todas las consecuencias de dicha incertidumbre sobre una de las partes:

a) Sobre el demandado, al considerar que hay ciertas dudas sobre el nexo causal para obligar a la indemnización de la totalidad del daño.

b) Sobre el demandante, cuando el nivel de dudas es tal que no procede otra decisión que rechazar el nexo causal y descartar cualquier responsabilidad.

Otra solución consistiría en distribuir las consecuencias de la incertidumbre entre ambas partes, de tal forma que la parte damnificada, como demandante, no obtendría una reparación total del daño sino una cantidad indemnizatoria ajustada a la probabilidad de que no habría sufrido el perjuicio si el acto culposo no hubiera ocurrido¹¹.

En la práctica judicial, la Jurisprudencia se ha inclinado por esta última solución en la que el responsable va a responder en proporción a la probabilidad o incertidumbre causal relativa, reduciéndose de forma proporcional la indemnización a abonar respecto a la cuantía total del daño. Por ende, los tribunales, coincidiendo con la doctrina mayoritaria, han atribuido tradicionalmente a los daños inciertos la calificación de daños morales, y han aplicado la teoría denominada como “loss of chance” o “pérdida de oportunidad”.

III. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

3.1. Naturaleza y conceptualización jurídica: doble vertiente

Con motivo de la falta de regulación normativa de la pérdida de oportunidad han sido los tribunales los encargados de delimitar y configurar la conceptualización de esta figura, a través de su aplicación en la realidad judicial¹².

Es en el ámbito de las negligencias sanitarias donde esta teoría de la chance encuentra su máxima expresión, al preconizar la imputación de responsabilidad al agente sanitario en situaciones en las que no haya certeza respecto de la relación causal entre los perjuicios reclamados y la actuación del personal médico-sanitario. Así pues, su efectividad está limitada a aquellos casos en los que la relación de causa-efecto tiene un porcentaje de probabilidad razonable.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se preocupa y ocupa en dar respuesta a la interfe-

¹¹ Se destierra la regla de “todo o nada” en favor de “ni todo ni nada” (MEDINA ALCOZ (2018): p. 16. 8).

¹² La conceptualización de la teoría de la pérdida de oportunidad no es pacífica ni en la Jurisprudencia ni en la doctrina.

⁹ Así lo confirma el TS en la meritada STS de 19/02/2019.

¹⁰ KHOURY (2006): p. 6.

rencia provocada en el curso normal de los acontecimientos por el comportamiento antijurídico de un agente del ámbito sanitario, que conduce al fracaso de las expectativas de la parte demandante. Como dice MEDINA ALCOZ, se estaría ante “una chance inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediabilmente frustrada, una posibilidad de que el agente dañoso con su actuación ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente¹³”.

Afirma reiteradamente el Tribunal Supremo que la teoría de la pérdida de oportunidad parte de la incertidumbre sobre si se habría podido evitar causar un deterioro o, en su caso, empeoramiento del estado de salud (incluso, su fallecimiento) del paciente tras la actuación médica dañosa, entrando en juego en el momento de la valoración del daño dos elementos tan imprecisos como pueden ser la probabilidad de que si se hubiera actuado según la *lex artis* no habría empeorado su salud, y el alcance o la magnitud del efecto beneficioso para la misma de esa intervención sanitaria¹⁴.

A continuación, se analizará cómo la Jurisprudencia ha ido entendiendo la teoría de la pérdida de oportunidad desde una doble vertiente:

A) Como un elemento que emplean los jueces, en un escenario de incertidumbre, para suavizar la carga de la prueba (FLEXIBILIZACIÓN)

En muchas ocasiones es imposible probar con total certeza que el comportamiento antijurídico del agente influyó en el resultado adverso que se somete al juzgador. Es inevitable que en todos los actos médico-sanitarios haya cierta incertidumbre, lo que no obsta para que el paciente piense que sus expectativas en cuanto a la mejoría de su salud o curación se han visto cercenadas por una negligencia sanitaria, y que existía la posibilidad de una forma de actuar distinta que habría podido minimizar o evitar el daño.

Según la normativa clásica sobre la carga de la prueba, la parte que reclama tiene la obli-

gación de probar, tanto la existencia de un comportamiento antijurídico del agente, como que esa conducta causó el resultado lesivo reclamado. En muchísimos casos (en el campo de las negligencias sanitarias) surge el problema de la imposibilidad probatoria a la hora de demostrar con total certeza el nexo causal, lo que conllevaría que todas esas reclamaciones en esta situación de incertidumbre no podrían superar los requisitos probatorios establecidos por las normas para imputar la responsabilidad a un sujeto. Para solucionarlo surge la doctrina de la pérdida de oportunidad, un instrumento cuya finalidad es proporcionar facilidades probatorias a las víctimas en esa multitud de casos en los que se atribuye al personal sanitario la privación de sus expectativas de mejoría o curación, existiendo incertidumbre causal entre el daño y la asistencia sanitaria. Se fundamenta esta doctrina en dos principios, *favor victimae* y *pro damnato*¹⁵, y responde a una necesidad de justicia social consistente en que hay supuestos en los que la víctima sufre un daño que no debería soportar, teniendo en cuenta el estado inicial del que partía¹⁶. Los tribunales acuden en la práctica a esta doctrina cuando el daño sufrido es cierto, pero no pueden descartar que también se habría producido sin la actividad del tercero¹⁷.

En el ámbito sanitario, los casos a los que se pretenda aplicar la teoría de la chance se presentarán cuando haya cierta probabilidad de que la actuación del médico (por ejemplo, una información incompleta del consentimiento informado o un diagnóstico extemporáneo) haya ocasionado el daño, pero, sin ser posible constatar su certeza, quizás ese mismo perjuicio se habría producido también sin la acción u omisión de ese facultativo. Es en este escenario en donde se va a relacionar la pérdida de oportunidad con la forma de proceder de un profesional sanitario que habría podido privar a su paciente de chances u oportunidades de mejoría o curación, influyendo negativamente en el curso de la enfermedad. Conocidos como “daños pasivos”, estos comportamientos habrían influido en la probabilidad de mejoría o curación, incluso en

15 Estos principios se fundamentan en la idea de que, en situaciones de conflicto, vulnerabilidad o ambigüedad legal, las interpretaciones y decisiones deben favorecer a la víctima.

16 GALLARDO CASTILLO (2015): p. 39.

17 Su aplicación en la práctica no está exenta de polémica y problemas conceptuales, pues contraviene la premisa básica del Derecho de daños: la existencia de un daño cierto y un agente causante, y no la mera probabilidad de que alguien lo hubiera causado.

13 MEDINA ALCOZ, L. (2009): p. 42.

14 STS de 22 de mayo de 2012 (rec. 2755/2010), STS de 19 de octubre de 2011 (rec. 5893/2006), y STS de 3 de diciembre de 2012 (REC. 815/2012), entre otras.

el fallecimiento, pero no serían causa de las dolencias del paciente ni de un daño directo al mismo, siendo dificultosa su prueba.

En consecuencia, únicamente se emplea la teoría de la pérdida de oportunidad en escenarios de incertidumbre causal estricta. No se utiliza ni cuando la relación causal se puede demostrar con un alto nivel de probabilidad, ni cuando ese nexo se basa en meros indicios sin posibilidad de demostración. Considerando esto, el Tribunal Supremo señaló, en su Sentencia de 19 de febrero de 2019 anteriormente citada, que tiene que encuadrarse la incertidumbre causal en la franja central flanqueada entre las hipótesis ilusorias y la certeza determinista, por lo que solo se podría considerar la pérdida de oportunidad cuando el grado de probabilidad de que el agente sanitario sea el que causó el daño esté por encima del denominado umbral de seriedad (o mínimo despreciable) pero, a la vez, por debajo del nivel a partir del cual se presupone que coincide la pérdida de oportunidad que se frustró con el daño provocado.

A propósito del tema que se está tratando, sirva como apoyo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de julio de 2012¹⁸, la cual da a conocer en su fundamentación jurídica la evolución de la doctrina y la Jurisprudencia respecto de los principios y reglas de la probación causal:

“Atrás ha quedado la vieja concepción que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta del encartado y el evento lesivo. Según sus cultivadores, el presupuesto causal sólo se tenía por probado, si en la indagación retrospectiva de los hechos que efectuaba el intérprete (vía hipotética), surgía de manera irrefutable que el comportamiento del agente era la causa del menoscabo.

En el presente existe consenso acerca de que: 1. La ciencia contemporánea se funda sobre verdades hipotéticas no incontrovertibles; 2. Nadie puede decir con absoluta certeza lo que habría ocurrido si el accionado hubiera actuado de otra manera; 3. La causalidad no admite pruebas matemáticas; 4. La teoría de la causalidad adecuada (estructurada bajo un sistema de regularidad estadística) no puede menos que contentarse con una fuerte o suficiente dosis de

probabilidad; 5. La valoración de la prueba tiene lugar de acuerdo con las reglas de la sana crítica -no es tasada, como regla- y parte de un juicio de probabilidades y deducciones que no siempre llevan a la plena certidumbre.

En consecuencia, el juez fundará de ordinario su decisión sobre hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como más verosímiles; es decir, que presentan un grado de probabilidad suficiente o cualificada.”

B) Como un daño con su propia entidad (AUTÓNOMA), en sí mismo indemnizable

A menudo los tribunales han aplicado la doctrina de la pérdida de oportunidad en negligencias ocurridas en el ámbito médico-sanitario, en las que se considera que el daño verdaderamente causado al paciente por el profesional sanitario ha sido impedirle obtener un resultado más favorable para su salud. Es incompatible esta doctrina con la certeza de una mala praxis, y en este sentido sirva de muestra la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 24 de abril de 2018¹⁹, en cuya fundamentación se afirma que quedó probado que hubo mala praxis médica en cuanto que no se sometió al paciente en la primera asistencia a observación médica ni se le practicó un TAC, como así sugería la *lex artis*, por lo cual se retrasó el tratamiento de la hemorragia cerebral agravando los efectos sobre su salud; por ello, se concluye que en este supuesto no procede acudir a la doctrina del “loss of chance” puesto que es incompatible con la mala praxis *ad hoc*.

También interesa resaltar la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2011²⁰, en la que se reitera que el daño a resarcir no es el material debido al hecho producido, sino la falta de certeza sobre la secuencia que habrían seguido los hechos si el servicio sanitario hubiera actuado bajo otros parámetros más acordes con la *lex artis ad hoc*. Como conclusión, en la pérdida de oportunidad el concepto a indemnizar es la privación de una alternativa de tratamiento, puesto que la mala praxis del médico ha privado a su paciente de las expectativas que tenía de curarse. El montante de la indemnización por la pérdida de esas expectativas, como más adelante se anali-

18 SAP Madrid 13302/2012, rec. 365/2012; ECLI:ES:APM:2012:13302

19 STS núm. 665/2018, rec. 447/2016; ECLI:ES:TS:2018:1546

20 STS núm. 5922/2011, rec. 6280/2009; ECLI:ES:TS:2011:5922

zará, deberá reducirse en proporción a la probabilidad de la producción del daño en el supuesto de que se hubiera actuado con la diligencia debida.

Además, también los tribunales del orden jurisdiccional penal están aplicando la pérdida de oportunidad como daño autónomo a la hora de imputar a profesionales sanitarios ciertos delitos. En este sentido, resulta clarificadora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2022²¹, en la que fue condenado un médico por homicidio imprudente al no realizar un TAC a un paciente que acudió al Servicio de Urgencias por una cuestión de salud vital, el cual finalmente falleció. El fallo de la Audiencia, que le condenó aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad, se basa en lo siguiente:

“En suma, la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva”.

“Aplicando tal doctrina al caso sometido a nuestra consideración, ha quedado fuera de toda duda que se debía de haber practicado un TAC al paciente nada más llegar a Urgencias dado su estado y antecedentes médicos y que el acusado no realizó y su no prescripción y práctica, aunque no conste que evitara el resultado letal incrementó su riesgo pues aunque, como manifestó el perito Sr. Benito de León la probabilidad de salvarse fuera entre un 1% y un 5%, al paciente se le privó de estar en ese porcentaje”.

En definitiva, según esta teoría el daño por el que reclama el paciente es la pérdida de la posibilidad u oportunidad de lograr una probable curación o mejora de su estado de salud (esta frustración es un tipo de lesión distinta de la que se le haya causado directamente). Como ejemplo, valga la Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia, de 23 de enero de 2008²², según la cual la doctrina de la pérdida de oportunidad acepta que se indemnice en los casos en que se ha causado un daño antijurídico como consecuencia de una actuación sanitaria, aun cuando no se ha infringido la *lex artis ad hoc*. El daño,

para este Tribunal, sería la incertidumbre sobre las actividades sanitarias que probablemente se habrían aplicado si se hubieran seguido otros parámetros médico-científicos, y la pérdida de un tratamiento alternativo.

IV. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD BAJO EL PRISMA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como se ha manifestado anteriormente, la doctrina de la pérdida de oportunidad no está sujeta a ningún ordenamiento jurídico que la conceptúe y regule, por lo que para su conocimiento y análisis es preciso estudiar la evolución de la doctrina que el Tribunal Supremo ha ido sentando a lo largo de los años respecto de esta figura.

Se han tenido en cuenta dos de las situaciones que en la realidad judicial se repiten más asiduamente, las cuales suponen una infracción de la *lex artis ad hoc* y, en su caso, un daño antijurídico si se llega a perjudicar al paciente: a) el error o el retraso en el diagnóstico médico; b) la ausencia, falta o defecto en el consentimiento informado.

4.1. Supuestos de retraso o error en el diagnóstico y asistencia sanitaria tardía

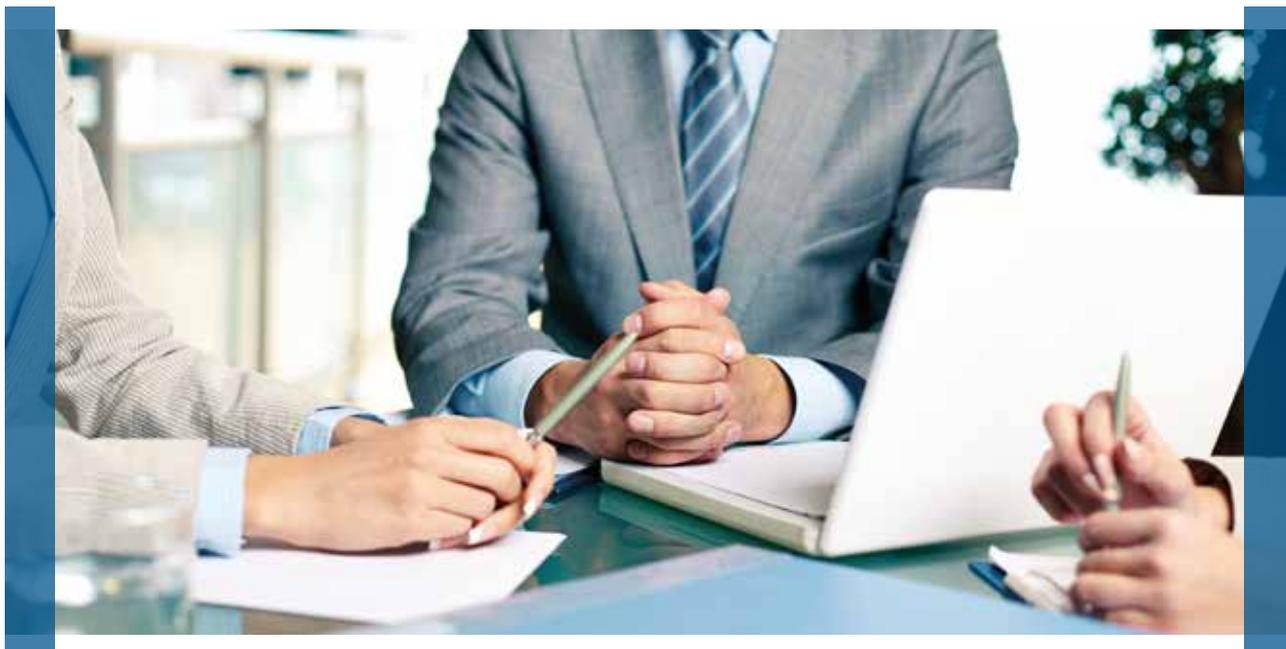
Entre los juzgados y tribunales españoles, especialmente en el orden contencioso-administrativo, se ha ido normalizando la utilización de esta doctrina para condenar al agente sanitario responsable del perjuicio a pagar una indemnización proporcional en casos, por ejemplo, en los que un diagnóstico erróneo haya podido privar a un paciente de una posible, y muy probable, curación.

En el ámbito de la salud, una atención sanitaria tardía, un diagnóstico médico erróneo o demorado en el tiempo, pueden llegar a disminuir la esperanza de curación o de vida de un paciente, y dar lugar a que se reclame judicialmente una indemnización. Tanto el error como el retraso pueden constituir un presunto supuesto de mala praxis sanitaria. Tres escenarios son posibles en este ámbito:

1. Si se puede probar con certeza o con un nivel de probabilidad alto que el error médico o el retraso son la causa del empeoramiento de la salud o fallecimiento del paciente, al ser ciertos tanto el daño como el nexo causal, la indemnización cubrirá la valoración del daño sufrido en su totalidad.

²¹ SAP M 16378/2022, rec. 1329/2022; ECLI:ES:APM:2022:16378

²² STSJ GAL 4043/2008, rec. 732/2008; ECLI:ES:TSJGAL:2008:4043



2. Si se prueba que la mala praxis del facultativo no tuvo nada que ver con el agravamiento de la situación, y que el paciente habría empeorado o fallecido de todas formas debido a la propia enfermedad que ya padecía, no será procedente ningún tipo de indemnización.

3. Cuando no se puede probar con certeza o probabilidad alta, ni negar con ese mismo grado de conocimiento exacto o nivel de probabilidad que la asistencia o el diagnóstico erróneo o tardío haya podido influir en el empeoramiento del estado de salud del paciente, haciéndole perder una oportunidad de mejoría o curación, es adecuado proceder a su indemnización de conformidad con la teoría de la pérdida de oportunidad. Para este trabajo interesa estudiar especialmente este último escenario situado en el campo de las probabilidades.

Hay que recordar que, precisamente, la doctrina sentada por el Alto Tribunal para el reconocimiento de esta figura se centra en la idea de que la producción del perjuicio consiste en la pérdida de la chance de una probable mejoría o cura. Entre otras muchas Sentencias del Tribunal Supremo se puede destacar, a efectos didácticos, la de 21 de marzo de 2007²³, referida a un supuesto en el que el médico inicialmente valoró una hernia de hiato tratable farmacológicamente pero, más tarde, modificó el diagnóstico a un adenocarcinoma gástrico, entendiendo

el Tribunal Supremo que la gravedad de la enfermedad sufrida por la paciente conllevaba su fallecimiento, pero apreciando que si se le hubiera diagnosticado antes el cáncer mediante una endoscopia se podría, probablemente, haber alargado su vida y, quizás, una mejora de su calidad de vida en sus últimos días.

Interesa también traer a colación, en relación a esta figura, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008²⁴, en la que se estima el recurso de casación que planteó la parte demandada en relación a un diagnóstico que, al ser realizado con retraso, conllevó que se le pautara al paciente un medicamento inadecuado para su enfermedad, señalando lo siguiente:

“Así las cosas, debe entenderse que siendo médicamente conocidos los efectos secundarios de la administración de isoniacida y que estos hubieran podido, si no prevenirse, sí minizarse con la administración conjunta de la vitamina B 6, la no pauta de dicha vitamina al recurrente, a quien como a cualquier paciente, según el informe pericial, se le podían producir dichos efectos secundarios, sin olvidar además que al mismo no se le había realizado prueba que hubiese permitido una mejor confirmación del diagnóstico de presunción, supone una infracción de la “lex artis” que le ha generado una pér-

[ECLI:ES:TS:2007:1869](#)

²⁴ STS, Sala 3ª, núm. 3160/2008; rec. 4429/2004; [ECLI:ES:TS:2008:3160](#)

dida de oportunidad, en cuanto los resultados hubieran podido ser otros, si se le hubiese administrado conjuntamente la vitamina B 6.

Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de habersele administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros, y consiguientemente, atendido este fundamental extremo en relación con la edad y profesión del actor, resulta ponderado fijar en treinta mil euros (30.000 €) la cantidad a conceder en concepto de indemnización, la cual ha de entenderse ya actualizada a la fecha de esta Sentencia”

4.2. Supuestos de ausencia, defecto o vicio en el consentimiento informado

A) Naturaleza del daño

Se establece en el artículo 2 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*²⁵, el deber de información y consentimiento del paciente, obligación que se conforma desde dos perspectivas distintas para su cumplimiento:

- Se informará al paciente sobre la intervención médico-sanitaria que se le vaya a practicar y sobre los posibles riesgos que puedan existir, para que pueda libremente decidir si se somete a la misma o no.
- Se recabará del paciente que haya decidido libremente someterse a la intervención médico-sanitaria su consentimiento, que deberá prestarse por escrito en algunos casos.

La ley configura la información como un derecho del paciente y un deber del médico; deber de información que integra la *lex artis* (formando parte de la obligación de medios del médico). Por otro lado, el consentimiento (mediante el cual el paciente accede libremente a someterse a una determinada intervención²⁶) o,

mejor dicho, la falta de consentimiento será constitutiva de una infracción de la *lex artis* (situación que objetiviza la responsabilidad y modifica la carga de la prueba). En lo relativo a esta materia, en la Sentencia de 28 de marzo de 2011, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional²⁷, la perspectiva cambia (generalmente se juzgan reclamaciones por daños físicos o lesiones en la persona, frustración de supervivencia u oportunidades de curación) al ser en este supuesto causa de la infracción de la *lex artis ad hoc* la carencia del consentimiento informado o un defecto en la información facilitada al paciente (no un daño material o físico), lo cual, según LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA²⁸, puede ser causa de un daño moral por privar al paciente de su autonomía, derecho fundamental que establece que cualquier persona tiene la facultad de aceptar o rechazar cualquier tratamiento médico, precisando para ello que se le traslade la correspondiente y obligatoria información previa por parte de los profesionales sanitarios; en definitiva, el perjuicio afecta a su esfera extrapatrimonial, por ser vulnerado el derecho fundamental a su integridad física²⁹, a su facultad de autodeterminación como paciente, según se afirma en el Fundamento de Derecho 5º de la Sentencia citada:

“El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física (...). Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas.

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consenti-

27 STC 37/2011, BOE núm. 101.

28 Afirma LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA que “el Tribunal Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que la dignidad humana es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida; y desde esta premisa, la conducta negligente del médico puede causar un daño moral por afrentar contra la autonomía del paciente”. LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 119.

29 Artículo 15 de la *Constitución Española*: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

25 BOE» núm. 274, de 15/11/2002 (<https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>)

26 XIOL RÍOS (2011): p. 131.

miento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.”

Se puede pensar que un único acto/error (respecto a la información y/o consentimiento informado) deriva en dos clases de daños con distintos orígenes y diversa naturaleza, pues implica tanto una infracción de la *lex artis ad hoc* como una vulneración de un derecho fundamental amparado constitucionalmente.

Si se traslada este escenario al ámbito judicial (respecto de los daños indemnizables) se observan dos tendencias:

- Hay que considerar que solo puede hablarse realmente de daño cuando, tras el error o ausencia de información o consentimiento, se le ocasiona a la persona el riesgo omitido.
- Estimar que el daño originado por el defecto en la información o el consentimiento informado no es equivalente a la realización del riesgo omitido, dando por buena la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (aunque puede presentar algún inconveniente, como puede ser una posible infracción del umbral de seriedad, en la que no se ha podido acreditar un nivel razonable de probabilidad de que la información correcta habría evitado la realización del riesgo).

En resumen, según LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, se aprecian dos conceptos distintos en este escenario:

“— Un daño moral y físico que se ha producido en la salud del paciente como consecuencia una intervención técnica profesional negligente.

— Un daño moral correspondiente a la pérdida del derecho de elección a causa de una intervención técnica diligente pero una

actuación jurídica negligente por la omisión de información³⁰.”

Esta cuestión tiene su importancia pues, debido a la diversidad de casos, los criterios indemnizatorios giran entre el daño moral y la pérdida de la chance, no existiendo actualmente una doctrina homogénea en cuanto a la resolución de los mismos³¹.

B) Criterios del Tribunal Supremo

Antes de profundizar en este análisis, es pertinente poner de manifiesto que, según reiterada doctrina del Alto Tribunal, solamente se podrán enjuiciar aquellos casos en los que se hubiera realizado el riesgo del que no se informó al paciente o del que no dio su consentimiento, sin importar si el profesional sanitario incurrió en negligencia o mala praxis cuando le asistió. Entiende el Tribunal Supremo que, si el facultativo actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, pero, no obstante, llega a materializarse un riesgo no informado al paciente, el daño no es la lesión física o la secuela sufrida por el acto asistencial, sino dejarle sin el derecho que tiene una persona a tomar una decisión libre, basada en la recepción de una información completa de la intervención.

En este punto interesa conocer los razonamientos expuestos por el Tribunal Supremo en la esclarecedora Sentencia de 4 de marzo de 2011³² sobre los supuestos de defecto en el consentimiento informado; se mencionan tres opciones indemnizatorias:

1. Por los daños y perjuicios totales ocasionados según los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, lo cual se alinea más con la medicina satisfactiva (o voluntaria) que, con la curativa, aunque no se excluye del todo a esta última; por la falta de información y la gran probabilidad de que el paciente no habría aceptado la intervención o tratamiento si hubiera tenido conocimientos de las posibles consecuencias.

30 LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 122.

31 Actualmente, cerca del 70% de las reclamaciones por daños sanitarios se producen, bien por una ausencia total del consentimiento informado, bien por vicios o defectos en el mismo, según NAVARRO SIMÓN (2018), p. 314.

32 STS núm. 101/2011, rec. 1918/2007; ECLI:ES:TS:2011:1804

2. Por la gravedad de la intervención, las circunstancias del paciente y sus riesgos, así como por la lesión de su derecho de autodeterminación, de su integridad física y/o psíquica y su dignidad, con el alcance propio del daño moral y del patrimonial.

3. Por la pérdida de expectativas u oportunidades que se identifican, no con la trascendencia y la gravedad del perjuicio, sino con una porción del daño corporal considerado íntegramente debido a la incertidumbre causal que se tiene sobre el resultado final, habiéndose ponderado previamente todas las circunstancias y variables médicas con relevancia para la responsabilidad médico-sanitaria (p.ej., la gravedad de la actuación sanitaria, la posibilidad y probabilidad de fracaso, o la probabilidad o virtualidad real del tratamiento terapéutico alternativo).

Se observa que las reclamaciones por defectos o vicios en el consentimiento informado pueden conllevar distintas opciones resarcitorias (se pueden combinar entre sí), y que no existe una doctrina uniforme a la que puedan acudir los tribunales a la hora de aplicar la pérdida de oportunidad como método configurador de la indemnización; tan es así que el resarcimiento económico ajustado a la teoría de la chance representa solamente una parte del total de sentencias que resuelven cuestiones sobre defectos o vicios en el consentimiento informado.

Resulta muy didáctica la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012³³, en la que se detallan las razones que justifican la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad; se juzga una reclamación por una mala praxis en una intervención de disectomía cervical que derivó en una tetraplejia con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores. Entiende el Tribunal Supremo que el facultativo actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, aunque le omitió al paciente la información sobre la posible complicación que finalmente ocurrió, y que el riesgo de un resultado adverso en una operación vertebral se considera lo suficientemente importante para no ser omitido (independientemente de que dicha complicación sea de escasa incidencia estadística, entre el 0,2 y el 0,4). Así pues, el Alto Tribunal cuantifica la pérdida de oportunidad en un 50 % de la indemnización

que habría correspondido en el caso de estar ante una mala praxis real e incuestionable. Su razonamiento es el siguiente:

- El daño para indemnizar ocasionado por el facultativo es el que se origina, no por una intervención defectuosa, sino por una omisión de la información apropiada y suficiente sobre un riesgo muy bajo que se presentó posteriormente, de manera que el nexo de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse negado a la actuación médica, y no entre la negligencia del facultativo y el perjuicio a la salud del paciente.

- La negligencia del médico le ha supuesto una pérdida de oportunidad al paciente que debe cuantificarse teniendo en cuenta la probabilidad de que, si hubiera sido informado de esos riesgos personales, típicos o posibles, habría tomado la decisión de continuar como estaba o de someterse a una operación con un porcentaje alto de curación; aunque no había necesidad vital de esa intervención, sí era aconsejable clínicamente por la existencia de una anterior patología y el fracaso del tratamiento conservador que se le pautó durante cierto tiempo.

- En suma, hay una incertidumbre causal incuestionable en torno a la secuencia que hubieran seguido los hechos si el paciente hubiera sido informado, por lo que, dentro del ámbito de la causalidad física o material declarada en la sentencia, es posible hacer efectiva la imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, según la doctrina de la pérdida de oportunidad, tomando como referencia, por un lado, el perjuicio a la salud sufrido tras la intervención y, por otro, la capacidad de decisión que tiene un paciente razonable para, valorando su estado de salud, elegir libremente si someterse o no a la operación quirúrgica sin la ventaja de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido. Hay que ponderar previamente aquellas circunstancias relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, como son una operación clínicamente aconsejable, una relación de confianza médico paciente, su estado previo de salud, la frustración del tratamiento conservador, las cuarenta y una complicaciones de reducida incidencia estadística y los efectos derivados; todo ello sirve para valorar la indemnización en un 50 % de la cantidad en que se

33 STS núm. 948/2011; rec. 2243/2008; ECLI:ES:TS:2012:279

habría cuantificado una mala praxis médica acreditada, tomando como referencia el Baremo de daños en accidentes de circulación³⁴.

Igualmente, didáctica es la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016³⁵, en la que un paciente reclama por haberse sometido a una operación quirúrgica sin haber recibido información sobre los riesgos más significativos. Su estado de salud ya era complicado con anterioridad, al presentar un cuadro médico de tetraplejía completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, teniendo movilidad de ambos hombros y flexión de antebrazos sobre brazos, habilidad en las manos y los dedos, y al añadirle la grave lesión sufrida, era imposible mejorar su situación ni con rehabilitación, por lo que va a estar incapacitado toda su vida y obligado a moverse en una silla de ruedas. Con el objetivo de ralentizar y minimizar la degeneración propia del paso del tiempo, el especialista le propuso la colocación de un rectángulo de Hartschill para fijar la columna vertebral mediante una operación quirúrgica, sin informarle de la gravedad de esa intervención, ni de sus riesgos ni de

las posibilidades alternativas. En esta clase de lesiones, según los peritos médicos, la pérdida de sensibilidad en las extremidades (es el perjuicio que se reclama) normalmente se produce inmediatamente tras la lesión, aunque en un 20 % lo hace de forma paulatina, así que no se puede demostrar con un elevado grado de probabilidad que dicha cirugía fuera determinante. El Juzgado de Primera instancia apreció la existencia de pérdida de oportunidad por falta de información en un 15 % de probabilidad, fijando una indemnización por el dolor sufrido y la agravación de la situación de gran invalidez, cantidad confirmada por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal en esta interesante Sentencia que se está analizando expone detalladamente su razonamiento sobre la justificación de la teoría de la pérdida de oportunidad, según el cual se debe aplicar en supuestos con un nivel de incertidumbre intermedio entre:

- Casos en los que la decisión del paciente habría sido la de operarse y no otra en el supuesto de haberse aportado previamente la información adecuada; a priori, no habría lugar a indemnización por el perjuicio, salvo que, bajo determinadas circunstancias, se pudiera establecer la existencia de daño moral, al configurarse el defecto de consentimiento informado en sí mismo como una infracción de la *lex artis ad hoc*.
- Casos en los que la decisión del paciente habría sido no someterse a la operación quirúrgica de haberse informado previa y

34 Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. «BOE» núm. 228, de 23 de septiembre de 2015, páginas 84473 a 84979. (<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/09/22/35>); 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. «BOE» núm. 267, de 05/11/2004. (<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/10/29/8/con>).

35 STS núm. 227/2016; rec. 2050/2014; ECLI:ES:TS:2016:1427



adecuadamente; habría lugar a la indemnización íntegra por el daño ocasionado al no existir incertidumbre causal³⁶.

No obstante, entiende el Tribunal Supremo que los supuestos en los que aparece la incertidumbre causal y, por ende, se pudiera aplicar la doctrina de la “loss of chance”, en la que la producción del daño en que se sustenta la responsabilidad se origina por el defecto de la información previa al consentimiento e intervención, y la manifestación posterior tras la misma del riesgo potencial, deberán ser analizados y juzgados de forma individualizada, caso por caso, valorándose sus circunstancias específicas. En el caso enjuiciado, la Sala tiene en cuenta la gravedad de la enfermedad que padecía el paciente y su evolución natural, el tipo de intervención quirúrgica y su necesidad, y demás variables y riesgos concurrentes, para identificar y cuantificar la indemnización.

Además, no existe duda de que se ha producido un daño corporal (la agravación de su incapacidad, en lugar de su minoración y/o retraso), inmediatamente después de la cirugía, y no cabe duda del daño moral que el paciente ha sufrido debido a la falta de información previa, pues esa operación que debía de ser rápida, conservativa y paliativa, acabó agravando su ya delicado estado de salud y afectándole psicológicamente. Todo ello le supuso una pérdida de oportunidad en ese grado intermedio de incertidumbre causal antes meritado, pues habría accedido a operarse si se le hubiera informado de todas las circunstancias concurrentes.

4.3. Requisitos de admisión o inadmisión del Tribunal Supremo

A) supuestos de inadmisión

En este apartado se van a estudiar algunas sentencias con la finalidad de conocer cuáles son las circunstancias que toma en consideración el Tribunal Supremo para decidir negar, en su caso, la admisión de la teoría de la chance:

A.1.) Ausencia de nexo o relación causal

Se van a recoger aquí algunas sentencias en las que se presenta con tanta intensidad la falta de una relación causal entre la actividad presuntamente perjudicial y el daño causado (el presupuesto básico en torno al cual gira la figu-

ra de la inadmisión de la pérdida de oportunidad, con independencia de la dificultad de su acreditación, es que exista un nexo causal) que deviene el principal motivo por el que se considera que no hay pérdida de la chance.

En el primer supuesto a estudiar, en relación a la ausencia de nexo causal entre el fallecimiento de una paciente y una actividad médica, es muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005³⁷, en la que una niña llegó a Urgencias en un estado muy grave de salud, tras haber ingerido algún tipo de líquido extremadamente tóxico (más tarde se supo que se trataba de abrillantador de suelos, letal para los humanos si lo ingieren)³⁸; se desplegaron todos los medios posibles por parte del equipo médico pero finalmente acabó falleciendo. Alegaron los padres que existía una pérdida de oportunidad por la relación de causalidad entre el alta prematura o temprana de su hija y la imposibilidad en su casa de poder comprobar apropiadamente su evolución, lo que culminó en un empeoramiento y posterior fallecimiento. Realmente, parece que la actuación del servicio médico de Urgencias (el alta se le dio al observar que había una mejoría en su estado de salud, sin que conocieran la letalidad del producto ya que faltaba la etiqueta en la garrafa, y era imposible que el INTCF pudiera analizarlo antes) impide que se aprecie en este caso una pérdida de oportunidad, puesto que los médicos no pudieron hacer más; esta opinión de que hay una clara ausencia de nexo causal entre la actuación médica implementada y el fallecimiento de la niña coincide con la resolución del Tribunal Supremo, en la que inadmite la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, según se recoge en el siguiente párrafo:

“(No se cuestiona en esta sentencia) la carencia de prueba de la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el resultado del fallecimiento de la hija del recurrente [...] al no haber sido acreditada la

³⁶ Son casos muy extremos en los que, generalmente, ni se informó al paciente de los riesgos inherentes a la intervención médico-quirúrgica, ni era necesaria la misma.

³⁷ STS (Sala 3ª) RC núm. 1304/2001, de 7 de septiembre de 2005, RJ 2005\8846 (Aranzadi).

³⁸ Los padres no llevaron la garrafa donde se encontraba el líquido ingerido -sospechaban que se trataba de amoníaco-, lo que complicó acertar con el tratamiento. La mejoría de la paciente hizo que los médicos le dieran el alta, pero los síntomas se agravaron en su casa, por lo que volvieron a llevarla al hospital, llevando consigo la garrafa contenedora del líquido -sin etiqueta-. Siendo imposible conocer cuál era el líquido ingerido exactamente, el servicio médico se puso en contacto con el INTCF que, desafortunadamente, dada la premura de la situación, solo pudo recomendar genéricamente que se tratase a la paciente como si hubiese sido una intoxicación grave.

existencia de una deficiente asistencia médica, que en modo alguno puede deducirse de una actuación sanitaria practicada con motivo de la ingesta de un líquido [...] que en cualquier caso no hubiera podido ser identificado [...] de forma inmediata por el Instituto Nacional de Toxicología, en consecuencia no es aplicable al caso de autos la doctrina de la pérdida de oportunidad.”³⁹

En un segundo supuesto, un paciente fue atendido en un centro hospitalario cuyos facultativos le diagnosticaron una apendicitis quirúrgica y le exhortaron a que les permitiera realizarle una apendectomía; en ese momento este paciente decide explícita y reiteradamente no operarse por lo que los médicos cesaron en la idea de intervenirle quirúrgicamente (además, desaparecieron los síntomas); y a los diez años apareció el paciente con esos mismos síntomas con el agravante de que la situación había degenerado en una peritonitis y perforación del colon ascendente, lo que motivó que se le tuviera que operar de urgencia, causándole importantes secuelas; por todo ello el paciente reclamó judicialmente ser indemnizado. Es interesante analizar el razonamiento que en relación a este caso se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007⁴⁰: no admite la Sala la pretensión por la parte actora de ser indemnizada por una supuesta pérdida de oportunidad que prácticamente se causó a sí misma por demorar la intervención tantos años (en el juicio fueron acreditados como diligentes y conformes a la *lex artis ad hoc* la comunicación de la necesidad de ser operado hace diez años, la operación quirúrgica por la peritonitis y el consiguiente post-operatorio).⁴¹

Un tercer supuesto, en el que una mujer embarazada llega a su centro de salud quejándose de dolores en la fosa renal izquierda, por lo que se le realiza una prueba diagnóstica denominada “enema opaco” tres meses después (motivado porque el equipo de radiología encargado de realizar dicha prueba se encontraba averiado desde hacía dos meses y porque no se consideraba urgente⁴²), que da como resultado

que la paciente tiene un cáncer de colon, se resuelve mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2016⁴³ en la que el Alto Tribunal, apoyado en los informes y dictámenes pertinentes, entendió, por un lado, que existió el retraso entre la petición y la realización de la prueba (normalmente, el plazo es inferior a treinta días) y, por otro lado, que los tumores de colon normalmente presentan un crecimiento lento (como así aparece recogido en la sentencia de la Sala de Instancia⁴⁴), afirmando que, dada la edad y sintomatología de la paciente, de haberse realizado el enema opaco dentro del plazo de tiempo usual desde su solicitud no habría sido diferente el resultado en cuanto al pronóstico y su evolución. En definitiva, según el Tribunal Supremo no se ha producido una pérdida de oportunidad⁴⁵ puesto que no se puede acreditar ninguna relación de causalidad entre los daños reclamados y la atención del servicio médico, ni se puede acusar a los médicos de mala praxis en su actuación.

A.2.) Dado el estado irreversible y/o difícil pronóstico de salud del paciente se considera la intranscendencia de la prueba y/o tratamiento tardío u omitido

En este segundo subapartado se analizan algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que tampoco se admite la existencia de la pérdida de oportunidad, aunque las circunstancias a valorar son distintas; son varios casos en los que el estado de salud del enfermo tiene un pronóstico complicado o irreversible, por lo que resulta irrelevante para el Alto Tribunal si el tratamiento o la prueba no se realizó o se llevó a cabo más tarde de lo usual. En suma, si el paciente presenta un estado de salud que no tiene sanación posible o que no se puede diagnosticar por los médicos, la reclamación por la parte demandante (que ha sufrido el daño presunto) basada en la omisión o realización tardía de la prueba y/o el tratamiento terapéutico va a conllevar su inadmisión, debido a que, en esas condiciones y según los peritos sanitarios, no hay tratamientos o pruebas que hubiesen conseguido un final diferente al que aconteció en cada uno de los casos.

39 STS de 7 de septiembre de 2005, RJ 2005\8846, FJ segundo.

40 STS (Sala 3ª) RC núm. 5538/2003, de 26 de marzo de 2007, RJ 2007\2892 (Aranzadi).

41 Similar: STS (Sala 1ª) 1230/2004, de 15 de diciembre, RJ 2004\8212 (Aranzadi).

42 STS de 8 de julio, RJ\2016\4323: “La sintomatología y la edad de la paciente no sugerían como primera ni las más probable posibilidad diagnóstica (sic) la presencia de un cáncer de colón (sic) y que la prescripción del enema

opaco no precisaba su realización con carácter urgente, ni de preferencia”.

43 STS (Sala 3ª) 1678/2016, de 8 de julio, RJ\2016\4323 (Aranzadi).

44 STSJ de Murcia 686/2014, de 31 de julio, FJ cuarto, JUR 2014\28279 (Aranzadi).

45 Similar: STSJ de Madrid 844/2012, de 4 de diciembre de 2012, JUR 2013\46248 (Aranzadi).

En un primer supuesto se juzga un litigio originado por el fallecimiento de una mujer que llegó con un importante deterioro de su salud a un hospital, lo que motivó que fuera tratada de forma urgente e inmediata. Se recoge este caso en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008⁴⁶, según la cual, aunque se le practicó un TAC, el problema que se alega es que tardaron una hora en realizarlo por lo que, a tenor del resultado de la prueba, presentaba una "hemorragia cerebelosa, [...] con saturación de oxígeno al 90% y edema pulmonar bilateral⁴⁷, que influyó en la decisión de no intervención quirúrgica por el neurocirujano y el posterior fallecimiento de la enferma. En este caso resolvió el Tribunal Supremo que no cabía la pérdida de oportunidad, siendo su argumento el siguiente:

- El alegato de la recurrente considerando que el retraso de una hora en la realización de la prueba en Neurología fue la causa principal del fallecimiento no se considera acreditado ni sostenible, puesto que en todos los documentos e informes presentados se incide en la gravedad del cuadro que mostraba la enferma y su rápida evolución y en que necesitaba una estabilización previa para realizar las pruebas necesarias; según el resultado de las mismas se determinó por los especialistas que una operación quirúrgica no era útil ni factible.

- Es legítimo afirmar que no se perdió oportunidad alguna porque no llegó a existir en ningún momento, pudiéndose concluir que cuando un enfermo grave no tiene posibilidades de sobrevivir o, aunque sea mínimamente, de mejorar su estado de salud, la doctrina de la pérdida de oportunidad no tiene cabida, por lo que muy probablemente no será admitida en un juicio y, por ende, rechazada la petición de indemnización⁴⁸.

Otro supuesto a estudiar, siguiendo el razonamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012⁴⁹, comprende un caso en el que un niño de dos años es trasladado a un Centro de Salud al no conseguir sus padres que expulse un hueso de aceituna con el se atragantó, siendo atendido inmediatamente por un ATS y un médico que le aplicaron varias técnicas, no pudiendo solventar la oclusión parcial de garganta, llegando a sufrir el paciente una parada cardiorrespiratoria; ante la gravedad de la situación, acudieron en su ayuda más profesionales sanitarios, consiguiendo que fuera expulsada la aceituna gracias a una intubación endotraqueal y que el niño quedara estabilizado, aunque, desgraciadamente, en el hospital al que se le trasladó constataron que estaba en estado de muerte cerebral.

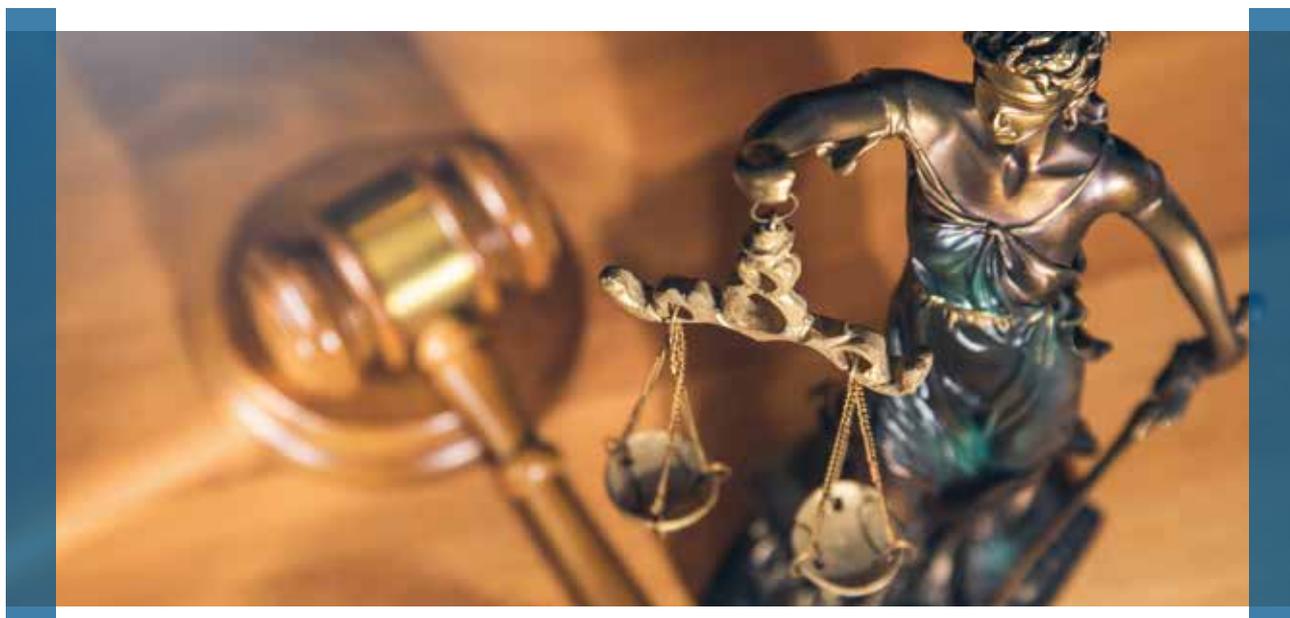
Aunque la parte demandante, los padres del menor de edad, presentó alegaciones sobre

46 STS (Sala 3ª) RC núm. 9349/2003, de 3 de junio de 2008, RJ 2008\6324 (Aranzadi)

47 Ver el FJ primero de la meritada STS de 3 de junio

48 Por similar: STS (Sala 3ª) RC núm. 7007/2002, de 28 de febrero de 2008, RJ 2007\2485 (Aranzadi)

49 STS (Sala 3ª) RC núm. 1895/2011, de 9 de octubre de 2012, RJ\2012\10198 (Aranzadi).



la concurrencia de varias actuaciones médico-sanitarias negligentes⁵⁰ (si el Centro de Salud debió o no admitir esa urgencia, si se tardó más tiempo del usual en dar aviso a la UVI-061, si el no colocarle una vía intravenosa al menor para sedarle y asistirle con tranquilidad era procedente, si era necesaria la traqueotomía o cricoti-reotomía, la incidencia de la intubación, y el traslado al hospital del menor), el Tribunal Supremo resolvió desestimándolas en su totalidad al acreditarse mediante las periciales pertinentes que todas esas conductas y actuaciones realizadas por los facultativos eran conformes a la *lex artis ad hoc*, atendiendo al estado de salud del menor y al nivel de la ciencia médica.

El Alto Tribunal entiende que, en este supuesto, no se ha podido probar pérdida de oportunidad alguna, puesto que si las actuaciones médicas y sanitarias se hubieran efectuado de otra manera las fatales consecuencias habrían sido las mismas, y argumenta que para la teoría de la chance la pérdida de oportunidad se identifica por la incertidumbre que hay sobre si una posible actuación de los facultativos omitida habría podido evitar el defecto de salud del enfermo o minorarlo, teniendo en cuenta a la hora de valorar el daño tanto el porcentaje de probabilidad de que dicho proceder podría haber sido beneficioso, como el nivel, alcance o entidad de este efecto⁵¹. En relación a la existencia o no de una pérdida de expectativas menciona otras sentencias dictadas anteriormente⁵².

Un último supuesto, visto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016⁵³, se puede resumir en que a un enfermo que acude a Urgencias se le diagnostica una neumonía vírica con sospecha de gripe A, se le deriva más tarde al servicio de Medicina interna para dejarle en observación, durante esa estancia se le trataron de varios ataques de ansiedad, llegando a la conclusión de que se debían a que presentaba un síndrome de abstinencia; varias horas después es ingresado en la UCI tras ser atendido por el personal sanitario por entrar en parada cardiorrespiratoria, lo que le ha supuesto padecer ciertas secuelas. Alegó la parte de-

mandante en su escrito de reclamación que la atención médico-sanitaria había sido muy deficiente, entendiéndolo que son dos las principales concausas que contribuyeron a la hipoxia cerebral y a las secuelas que le aquejan, y que pudieron suponer una pérdida de oportunidad: a) falta de oxigenación cuando estaba en planta; b) tardanza en asistirle cuando tuvo el paro cardíaco. En este supuesto el Tribunal Supremo dictaminó lo siguiente en su sentencia:

- En el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación cuando al paciente se le priva, probablemente, de una mayor posibilidad de curación o mejora, debido a que en la actuación médica se ha omitido o se ha realizado tarde o mal el diagnóstico, el tratamiento, o el suministro farmacológico.⁵⁴ En este supuesto los profesionales médico-sanitarios no infringieron la teoría de la pérdida de oportunidad al no encuadrarse su actuación en supuesto alguno de incertidumbre causal, pues no había la más mínima probabilidad de que una conducta diferente pudiera haber significado un desenlace más favorable para el paciente.⁵⁵
- Según el Tribunal Supremo las secuelas que sufre el demandante no tienen como origen ninguna de las dos concausas referidas anteriormente, según se desprende de las pruebas periciales realizadas; además, tanto si a este paciente se le hubiera ingresado en la planta de Medicina interna nada más entrar en Urgencias como si los medios técnico-sanitarios de esa planta hubieran sido mayores (hace referencia el reclamante a la falta de personal de reanimación y del carro de paradas en ese intervalo de tiempo), el desenlace y las secuelas habrían sido las mismas.

B) supuestos de admisión

Existen varias perspectivas desde las que analizar la admisión por el Tribunal Supremo de la pérdida de oportunidad. En este trabajo se van a agrupar las circunstancias o factores diversos que pueden influir en la admisión de esta figura por el Alto Tribunal del siguiente modo:

50 Ver el FJ primero de la meritada STS de 9 de octubre.

51 Ver el FJ sexto de la meritada STS de 9 de octubre.

52 STS (Sala 3ª) RC núm. 5893/2006, de 19 de octubre de 2011, RJ 2012\1298 (Aranzadi); STS (Sala 3ª) RC núm. 2755/2010, de 22 de mayo, RJ 2012\6930 (Aranzadi); STS (Sala 3ª) RC núm. 1211/2010, de 11 de junio de 2012, RJ 2012\7330 (Aranzadi).

53 STS (Sala 3ª) 1832/2016, de 18 de julio, RJ\2016\3618 (Aranzadi).

54 Ver el FJ quinto de la citada STS de 18 de julio.

55 A la ausencia de nexo causal hay que añadir que el delicado estado de salud del paciente (presenta múltiples patologías) impide considerar que una actuación médico-sanitaria diferente hubiera llegado a un resultado más favorable.

B.1.) **Nexo causal entre la actuación médica cuestionada, acción u omisión, y el daño que se le produjo al paciente.**

En el ámbito médico-sanitario es difícil probar la relación de causalidad⁵⁶ puesto que el daño producido se puede deber a muchas y diversas causas (y causantes). En estos casos, lo que el Tribunal Supremo pone en cuestión es la propia existencia del nexo causal, no la posibilidad de su prueba.

B.2.) **El paciente tiene que presentar unas posibilidades reales e incuestionables de mejora, curación o supervivencia.**

Para que pueda admitirse la pérdida de la chance el paciente no tiene que haber llegado al centro sanitario con un estado de salud irreversible o, dicho de otra forma, que los resultados de las pruebas hechas en el centro sanitario no conlleven un mal pronóstico en términos de sanación, pues, en caso contrario, la probabilidad de que la actividad médico-sanitaria cuestionada haya podido privar al enfermo de alguna oportunidad de mejora o curación desaparece (no existe) y, consecuentemente, la doctrina de la pérdida de oportunidad se vuelve ineficaz

B.3.) **La incertidumbre.**

La pérdida de oportunidad se identifica con la incertidumbre que se tiene en relación a si la actuación médico-sanitaria puesta en cuestión (por haberse omitido, o por haberse llevado a cabo con retraso o de forma incorrecta), de haberse realizado correctamente, podría haber evitado o reducido el daño ocasionado al paciente (secuelas, inferior calidad de vida o, lo que es peor, su fallecimiento), así que para la valoración de ese menoscabo se tendrá en cuenta, en primer lugar, qué posibilidades ciertas y constatadas por la ciencia médica existían de que finalmente esa forma de proceder hubiera logrado un resultado positivo y, en segundo lugar, el alcance o trascendencia de ese resultado respecto al estado de salud del damnificado. No obstante, la incertidumbre sobre lo que habría pasado si se hubiese procedido de otra manera siempre va a aparecer en estos supuestos, de igual forma que siempre existirá certeza de que esa conducta le hizo perder al paciente posibilidades de mejora, curación o supervivencia. Ilustrativa es, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Va-

lenciana de 1 de marzo⁵⁷, que, al referirse a la pérdida de oportunidad, señala que el daño no es el propio o material que resulta de la actuación médica, sino la incertidumbre sobre el posible itinerario que podrían haber seguido finalmente los hechos si otros parámetros hubieran guiado esa actividad.

B.4.) **La pérdida de oportunidad es una figura circunstancial.**

Se desprende de la jurisprudencia y de lo analizado hasta ahora que la pérdida de oportunidad se puede considerar como una figura circunstancial puesto que su origen y validez dependen de los hechos concretos y circunstancias que conforman cada litigio; volviendo a la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, es pertinente traer a colación la siguiente conclusión que se recoge en el Fundamento Jurídico Sexto:

“No se puede sostener que todo paciente que acude a un centro de salud u hospital tiene que, indefectiblemente, salir vivo. Dependerá de la asistencia prestada y, además del estado de la ciencia (concepto en el que debemos incluir tanto los conocimientos médicos-científicos como la prestación de medios asistenciales entendida sanitaria y proporcionalmente adecuados a las necesidades y disposiciones presupuestarias)⁵⁸”.

Los ciudadanos esperan que cuando acuden a un centro sanitario van a recibir un trato diligente y se van a emplear todos los medios e instrumentos posibles y disponibles en ese contexto temporal⁵⁹, por lo que para admitir la pérdida de oportunidad es necesario un previo y minucioso estudio de cada caso concreto⁶⁰.

B.5.) **Para que exista una pérdida de oportunidad no siempre es necesario que exista una mala praxis.**

Analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede concluir que se presentan dos interpretaciones jurisprudenciales de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ám-

⁵⁶ En menor medida, en el ámbito de la responsabilidad profesional de los abogados.

⁵⁷ STSJ de la C. Valenciana 246/2010, de 1 de marzo, JUR 2010\208983 (Aranzadi).

⁵⁸ STS de 9 de octubre, RJ\2012\10198.

⁵⁹ STS de 7 de julio de 2008, RJ 2008\6872; La asistencia sanitaria es una obligación de medios.

⁶⁰ Teniendo en cuenta la naturaleza humana, no se espera que todas las personas que acuden a un hospital o centro de salud salgan curadas.

bito de la sanidad⁶¹, al observarse que en algunos casos la pérdida se debe a determinadas actuaciones médicas negligentes, mientras que en la mayoría de los supuestos existe porque se ha ocasionado al paciente un daño jurídico que no debe soportar, aunque no haya sido originado por una infracción de la *lex artis*.

En una primera interpretación, en la que se relaciona la pérdida de la chance con el nexo causal, se encuadran los casos de negligencia médica en los que no se puede afirmar con total certeza que el resultado habría sido otro si se hubiera actuado según la *lex artis ad hoc*. Por ello, en estos supuestos no se llega a indemnizar al paciente por el cien por cien de la valoración del daño, sino por la oportunidad que se ha perdido de lograr un beneficio cierto (curación o mejora) si el facultativo no hubiera cometido la negligencia médica. Como ejemplo, puede valer la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002, en la que se enjuicia un supuesto de información importante omitida al enfermo, sobre el grado de malignidad de un tumor que padecía, lo que le dejó sin la posibilidad de seguir un tratamiento paliativo menos radical⁶².

Dicho esto, a la hora de idear sus estrategias legales, por un lado, a la parte demandante (el paciente) le interesa rechazar esta primera interpretación si se puede probar con certeza absoluta la negligencia médica (pues resulta menos beneficiosa para la víctima en cuanto que supondrá una minoración de la cuantía indemnizatoria) y, por otro lado, a la parte demandada (personal sanitario) le interesa alegar esta primera interpretación en aquellos casos en que, existiendo negligencia médica, pretenda reducir la cuantía indemnizatoria.

En una segunda interpretación, el Tribunal Supremo admite la pérdida de oportunidad como una respuesta indemnizatoria en los supuestos en los que no se ha producido la quiebra de la *lex artis* pero aparece un daño antijurídico debido al funcionamiento del servicio⁶³. Sirva de ejemplo el caso sobre el que el Alto Tribunal, en sentencia de 6 de febrero de 2007⁶⁴, afirma que los facultativos habían actuado de

forma no del todo diligente y correcta, aunque no se podía acreditar la existencia de un nexo causal entre esa conducta y el perjuicio ocasionado al paciente, pero, no obstante, se presume la provocación al paciente de un daño antijurídico que no tiene la obligación legal de soportar⁶⁵, siendo por ello indemnizable en su totalidad.

En resumen, podrá contemplarse la pérdida de oportunidad⁶⁶ en los supuestos en los que la actuación del profesional sanitario haya conllevado la omisión de la información previa e imprescindible o de un tratamiento o prueba diagnóstica ineludible, o de un medicamento necesario previamente recetado (o su suministro indebido), o la realización tardía o errónea de un diagnóstico, cirugía, traslado, tratamiento, etc., siempre que los factores o circunstancias (tardanza, omisión,...) que les caractericen, en cada caso, sean de suficiente entidad desde la óptica de la ciencia médica para provocar la pérdida de la chance⁶⁷. Un ejemplo muy claro, por lo obvio, es que no será lo mismo que se tarden dos horas en realizar una prueba diagnóstica a una persona que se ha fracturado un hueso que a una persona con síntomas de estar sufriendo un infarto.

V. LA INDEMNIZACIÓN POR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Una vez analizadas las líneas generales jurisprudenciales y doctrinales de esta figura y se han estudiado los elementos, factores o razones que permiten que un Juzgado o Tribunal admita o inadmira la pérdida de la chance, se va a exponer a continuación la cuestión de la valoración y cuantía de la indemnización, que en la práctica tiene mucha importancia para las partes afectadas.

5.1. Configuración y desarrollo de la figura

A pesar de que existe una importante controversia doctrinal por parte de algunos autores

61 “Negligencias médicas: La pérdida de oportunidad”, Atlas.

(<https://www.atlasabogados.com/blog/negligencias-medicas-la-perdida-de-oportunidad/>; última consulta 02/03/2019)

62 STS de 3 de abril, RJ 2002\5433

63 STS de 18 de octubre de 2005, RJ 2005\8530

64 STS de 6 de febrero, RJ 2007\922

65 Son típicos aquellos casos en los que la máquina encargada de realizar pruebas diagnósticas está averiada y los responsables sanitarios no desplazan al paciente a otro centro u hospital para que se las realicen.

66 Es ilustrativa la STS (Sala 3ª) RC núm. 43/2010, de 23 de enero de 2012, RJ 2012\342 (Aranzadi): “La pérdida de oportunidad, que constituye un daño antijurídico, se conecta con la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para la salud y, en definitiva, para la vida”.

67 Los supuestos fácticos indicados a modo de ejemplo no bastan por sí mismos para que automáticamente nazca una pérdida de oportunidad.

en relación con esta figura⁶⁸, hay un respaldo mayoritario para que se indemnice en todos los supuestos en los que acredite una pérdida de oportunidad puesto que “la privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable⁶⁹”. También afirma la doctrina que, además del lógico objetivo resarcitorio de la indemnización, ésta tiene otros propósitos como soslayar algunos obstáculos como pueden ser, por ejemplo, la aplicación estricta de las reglas de la carga de la prueba, o la dificultad de obtener la prueba misma⁷⁰.

En cierta medida, la pérdida de oportunidad (o pérdida de una alternativa de actuación médica) se podría equiparar con el daño moral, concepto que sí es indemnizable, en el caso de existir la certeza de esa chance perdida (ventaja desperdiciada) con la que se habría contado si el demandado no hubiera intervenido. Esta idea no es pacífica, como se expone a continuación.

Según GALLARDO CASTILLO la pérdida de oportunidad no debe valorarse ni como daño moral ni como lucro cesante. Para ella, la pérdida de una oportunidad real o de una expectativa actual es, en sí mismo, un daño cierto, y la privación por la actividad de un tercero de esa oportunidad susceptible de situarle en una situación de ventaja futura conlleva una obligación de indemnizar al perjudicado⁷¹; afirma que no puede asimilarse al daño moral porque la pérdida de la chance juega en el campo de la hipótesis, aunque diversos autores creen que esta figura se puede equiparar o relacionar con el daño moral⁷².

68 En este sentido, LUNA YERGA, A., “Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret*, n. 288, 2005, p. 5: “así, entre otras consideraciones, se ha argumentado que contradice radicalmente los principios que rigen el ordenamiento jurídico español y, en particular, la obligación de reparación íntegra del daño del art. 1902 CC, que lleva a rechazar cualquier principio de responsabilidad parcial. También, que es un hecho completamente arbitrario pretender aislar como un daño intermedio la pérdida de oportunidad, dado que lo que en realidad se pretende es regular la reparación del perjuicio final. A la postre, se afirma que esta doctrina abre la puerta a la indemnización sistemática en la responsabilidad civil médico-sanitaria”.

69 BERROCAL LANZAROT, A. I., A propósito de la responsabilidad civil médica..., op. cit., p. 42.

70 LUNA YERGA, A., Oportunidades perdidas..., op. cit., p. 6.

71 GALLARDO CASTILLO, M. J., Causalidad probabilística..., op. cit., p. 60.

72 Valgan como muestra los siguientes: VICANDI MARTÍNEZ que considera que “la pérdida de oportunidad abarca un elenco dañoso que va desde la vulneración patrimonial, al daño moral y espiritual”. VICANDI MARTÍNEZ,

En este trabajo se considera acertada la línea de opinión planteada por GALLARDO CASTILLO⁷³. Ello se justifica porque la cuantificación económica de la pérdida de oportunidad oscila en una escala que va desde la concesión de la totalidad del valor equivalente del bien o derecho reclamado hasta la negación total⁷⁴. En este sentido, el perjudicado tendrá que hallarse en una situación jurídica o fáctica idónea para que se le reconozca el derecho a ser indemnizado a raíz de una responsabilidad médica por pérdida de oportunidad⁷⁵, pues, de forma contraria, se considerará que la privación o pérdida de expectativas no ha sucedido.

Empero, en la práctica la jurisprudencia entiende que procede subsumir⁷⁶ la pérdida de oportunidad dentro del daño moral con el loable fin de que los daños patrimoniales que puedan presumirse existentes no se queden sin indemnizar porque falte una prueba acabada⁷⁷. Desde esta perspectiva, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2009 señala que la pérdida de oportunidad se equipara con el daño moral, que es el perjuicio indemnizable, en cuanto se frustra en cierta medida una alternativa de actuación o tratamiento⁷⁸.

A., La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil..., op. cit., p. 23; ALBANÉS MEMBRILLO, que opina que el daño moral es uno de los daños potenciales de la pérdida de oportunidad. ALBANÉS MEMBRILLO, A., “La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 331, 1998, pp. 1-2.; ARCOS VIEIRA y XIOL RÍOS, que de forma coincidente consideran que el daño moral puede ser entendido como un perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad, sin que sea posible equipararlos. ARCOS VIERIRA, M. L., *Responsabilidad Civil: Nexos causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thompson - Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 55. XIOL RÍOS, J. A., *El daño moral y la pérdida de oportunidad...* op. cit., p. 14.

73 Esta misma línea de opinión, aunque referida al ámbito de la responsabilidad civil del abogado, NAVARRO MENDIZÁBAL Y VEIGA COPO afirman que es diferente el daño moral que supone la pérdida del derecho de tutela judicial efectiva de la pérdida de oportunidad como daño patrimonial. NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B., *Derecho de Daños, Civitas*, Madrid, 2014, p. 137.

74 STS (Sala 1ª) 801/2006, de 27 de julio, FJ séptimo, RJ 2006\6548 (Aranzadi).

75 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 59.

76 Se refiere a la pérdida de oportunidad como daño moral la STS (Sala 3ª) RC núm. 4981/2011, de 27 de noviembre de 2012, RJ 2013\435 (Aranzadi).

77 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 60.

78 STS (Sala 3ª) RC núm. 1593/2008, de 24 de noviembre de 2012, RJ 2009\8082 (Aranzadi)

En cuanto al lucro cesante, se busca indemnizar el daño que se produce en el patrimonio del damnificado (daño patrimonial) cuando se le priva de determinados ingresos a los que tiene derecho, por el acaecimiento del hecho dañino. En relación a este supuesto existe convicción o certeza de que la realización del hecho dañoso va a frustrar la posibilidad de la obtención de determinadas ganancias futuras, por lo que para cuantificar el resarcimiento se valorará la pérdida de la chance por sí sola⁷⁹.

En definitiva, el lucro cesante es un perjuicio que aparece por la privación de unos ingresos futuros, mientras que en los casos de pérdida de oportunidad el daño se ocasiona por la

privación de una oportunidad real, cierta y actual. En cuanto a la acreditación de la prueba también hay diferencias entre el lucro cesante y la pérdida de la chance. En el caso de pretender una indemnización por lucro cesante el damnificado debe de probar la existencia y cuantificación de las ganancias que ha dejado de ingresar; en cambio, no le será exigible al perjudicado por la pérdida de oportunidad acreditar con total certeza que si no se hubiera producido el hecho perjudicial se habrían conseguido unas determinadas expectativas de sanación o mejoría.

La conclusión de GALLARDO CASTILLO⁸⁰ es que la pérdida de expectativas u oportunidades se debe encuadrar como un daño emergente⁸¹.

En relación a la abundante literatura y desarrollo doctrinal sobre este tema, se pueden encontrar pocas resoluciones judiciales que argumenten suficientemente y de manera detallada

79 Es ilustrativa la STS (Sala 1ª) 967/2008, de 23 de octubre, FJ cuarto, RJ 2008\5792 (Aranzadi): "La frustración de una expectativa actual, o de una oportunidad real, es un daño cierto en sí mismo. Hay certidumbre del perjuicio que supone la misma oportunidad perdida, abstracción hecha de que pueda haber mayor o menor certidumbre de probabilidad de éxito de la expectativa. El resultado de ésta es verdaderamente futuro, aleatorio e incierto, y sólo en el caso de ser favorable se habría producido un segundo o ulterior daño, este daño eventual adolecerá o no de naturaleza pecuniaria pero la pérdida de oportunidad en cuanto tal, como hecho, puede ser fuente tanto de daños patrimoniales como extrapatrimoniales".

80 GALLARDO CASTILLO, M. J., Causalidad probabilística..., op. cit., p. 63.

81 En la misma línea de opinión se encuentran NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B., Derecho de Daños..., op. cit., pp. 134-138.



qué reglas han seguido para determinar la indemnización, fijada muchas veces en una cantidad a tanto alzado. En este contexto es muy esclarecedor el análisis pormenorizado de las resoluciones judiciales por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la Sanidad pública realizado por BENITO LEÓN *et al*⁸², en el que se recoge que, de las 90 sentencias condenatorias analizadas, el 85,6% de los casos se indemnizaron con una cantidad a tanto alzado justificada exclusivamente por el criterio personal del juzgador. En un escaso 4,4% se aplica por analogía el Baremo utilizado para la valoración de daños en accidentes de circulación (como se expuso anteriormente, puede utilizarse de forma orientativa a falta de uno específico sanitario). En el 8,9% que resta se indemniza al paciente según las posibilidades de curación, en aplicación la teoría de la probabilidad estadística. En la práctica este despropósito no es exclusivo de este tipo de casos, denunciándose por muchos autores y juristas que la aplicación actual de la pérdida de oportunidad está llevando tanto al paciente perjudicado como al profesional sanitario al campo de la inseguridad jurídica.

No obstante, hay que tener en cuenta que los jueces y tribunales tiene la difícil y compleja tarea, en estos supuestos de pérdida de la chance, de resolver jurídicamente interrogantes que la ciencia médica aún no ha resuelto, siendo de agradecer su esfuerzo por intentar motivar sus respuestas; existe una gran dificultad en el cálculo de porcentajes de probabilidad estadística sobre la posible curación y en valorar en términos económicos las oportunidades y expectativas malogradas.

A veces, curiosamente, resulta que los tribunales argumentan con detalle las razones y motivos por los que han aplicado la doctrina de la pérdida de la oportunidad, pero, a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria, no explican cuál ha sido el cálculo que los ha llevado a ese montante. Desde esta perspectiva interesa comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018⁸³, cuyo razonamiento respecto de un caso de tardanza en el diagnóstico de una patología cerebral estriba en que la incidencia por el retraso en el examen del médico era de poca entidad en relación con las secuelas finales reclamadas por el perjudicado, por lo que habría que cuantificar la indemnización teniendo en cuenta el grado de probabili-

dad de haber evitado esas secuelas si no hubiera mediado la mala praxis; por ello, se fijó la indemnización en una cantidad a mano alzada, muy alejada de la cuantía demandada. El Alto Tribunal argumentó lo siguiente en el Fundamento de Derecho Décimo:

“En otros términos, según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso resultará procedente una cuantía u otra, más cercana evidentemente en determinados supuestos a la de la completa indemnidad, si se consideran que son muchas las posibilidades de curación si no se hubiese producido la pérdida de oportunidad y más lejana, si se consideran en cambio remotas tales posibilidades. Pero, en todo caso, con arreglo a esta doctrina no cabría llegar a la reparación integral del daño infligido.”

Siguiendo con la misma Sentencia de 20 de marzo, alega el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Undécimo, que cuantifica la indemnización valorando todas las circunstancias subjetivas y objetivas del caso, como son la edad de la enferma, la sucesión de los hechos, las perspectivas de curación, y la posibilidad perdida (y el porcentaje de probabilidad) de curación o mejora si no hubiese retrasado el diagnóstico. Pero, curiosamente, termina valorando ese *quantum* en el 5% de los daños reclamados, cantidad que no coincide con el porcentaje de probabilidad estadística de la oportunidad perdida:

“Tal perspectiva, considerando el retraso diagnóstico identificado y las posibilidades de menores complicaciones en la intervención endoscópica de haber sido realizada con anterioridad, con el consiguiente incremento del padecimiento de la actora y el riesgo de las posibles complicaciones a la postre concretadas, pese a la práctica correcta de la intervención endoscópica, posibilitan, considerando la fecha de nacimiento de la actora y las restantes circunstancias objetivas y subjetivas del caso, el establecimiento de una indemnización en favor de aquella que considere tales extremos, debiendo quedar particularizada la misma en 40.000 euros, en atención al decurso de los hechos anteriores y posteriores a la intervención quirúrgica, y, en fin, atendido el grado de probabilidad anudado a que tal decurso fáctico pudiese asimismo haber derivado, no obstante haberse seguido una actuación médica más anticipada. Tal cuantía, en fin, (a relacionar con todas las partidas indem-

82 SARDINERO GARCÍA y otros (2016): pp. 30-34.

83 STS, Sala 3ª, núm. 462/2018; rec. 2820/2016; ECLI:ES:TS:2018:1096

nizatorias pretendidas en la demanda) se entiende convenientemente actualizada por todos los conceptos a la fecha del dictado de la presente sentencia.”

5.2. Requisitos para considerar indemnizable la pérdida de oportunidad

Para ser aplicada la doctrina de la pérdida de oportunidad por los tribunales, y poder apreciar la indemnización por la “loss of chance”, se tiene que acreditar, tanto la posibilidad de conseguir un beneficio o ventaja real sin una intervención antijurídica del sanitario, como que la misma sea altamente probable. En Derecho comparado hay dos escenarios que responden a cuál es el tanto por ciento de probabilidad que se considera autorizado o suficiente, y a qué nivel de incertidumbre se entiende que es posible la pérdida de oportunidad:

- Derecho continental, en el que se toma en consideración un intervalo cuyos extremos son:

- UMBRAL DE CERTEZA, o límite superior situado en torno al 80 % de probabilidad, a partir del cual la actuación médico-sanitaria se considera como un supuesto de mala praxis, no siendo admisible la pérdida de oportunidades.

- UMBRAL DE SERIEDAD, o límite inferior, que Bénavent, entre otros autores (dicho umbral no es un concepto pacífico para la doctrina), lo sitúa entre el 15 o el 20 % de probabilidad⁸⁴. En la práctica cada caso se estudia de forma individual según la información y documentación puesta a disposición del tribunal.

- Common Law, en el que se aplica el principio “more probable than not” (“lo más probable es que no”), para el cual si el nivel de probabilidad supera el 50 % se admite que la actuación del agente sanitario ha provocado el daño.

Son necesarios los siguientes requisitos para poder admitir la pérdida de oportunidad como un daño con derecho a indemnización:

1. Tiene que darse un nivel de probabilidad cualificada o suficiente⁸⁵ en cuanto a la po-

sibilidad de un resultado más beneficioso para el paciente si el agente no hubiera cometido el error. Se denomina COEFICIENTE DE PROBABILIDAD, e implica que cuanto mayor sea el tanto por ciento, mayor será la chance perdida.

2. El daño no debe basarse en conjeturas, presunciones o hipótesis cuya probabilidad de ocurrencia no consiga superar el meritaldo umbral de seriedad; tiene que presentar un mínimo de certeza.

3. El resultado dañoso debe tener un origen antijurídico, siendo consecuencia de la infracción por el agente del protocolo sanitario establecido o *lex artis ad hoc*.

5.3. Valoración de la indemnización por la pérdida de oportunidad

Como ya se ha explicado, cuando se acredita una pérdida de oportunidad, no hay obligación de indemnizar por la totalidad de los daños causados, pues, según se ha pronunciado al respecto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de junio de 2012⁸⁶, es suficiente cierta probabilidad de que la actuación del facultativo pudiera evitar el daño para que se cuantifique la indemnización por una cantidad que de forma estimada tenga en cuenta esa pérdida de posibilidades de curación o mejoría que el paciente sufrió como consecuencia del diagnóstico tardío o erróneo de su enfermedad (no se cifrará por la totalidad de los daños sufridos). Todo ello se motiva porque: a) quedan excluidos los riesgos típicos de las dolencias y enfermedades que padezca el paciente⁸⁷; b) como se ha señalado, es imposible asegurar que todos los pacientes se van a curar o, al menos, mejorar, por lo que no siempre se podrá saber cuál habría sido el resultado final verdadero ni si se habría podido evitar. Como afirma LUNA YERGA, será la oportunidad perdida de supervivencia o curación debido a la actuación médico-sanitaria, poniéndola en relación con la experiencia común (daño intermedio)⁸⁸, la que constituya el perjuicio oca-

86 STS (Sala 3ª) RC núm. 579/2011, de 19 de junio de 2012, RJ 2012\8064 (Aranzadi).

87 GALLARDO CASTILLO, M. J., “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, Revista Aragonesa de Administración pública, núm. 45-46, 2015, p. 58.

88 Coincide con GALLARDO CASTILLO, que también considera que el daño a indemnizar es un daño intermedio: “la pérdida de oportunidad de curación o de mejoría según la experiencia, por lo que deberá ser apreciada según el mayor o menor grado de convertirse en cierta, y el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad de

84 XIOL RIOS (2010): p. 22.

85 Según se indicó anteriormente, entre un 20% y un 80% de probabilidad.

sionado al paciente, no los daños totales que se le hayan producido (daño final) que no facilitan el establecimiento de la relación de causalidad⁸⁹.

Para determinar la cuantía resarcitoria los Tribunales tendrán que realizar un cálculo de probabilidades a posteriori⁹⁰, es decir, necesitarán conocer las posibilidades de curación o mejora del enfermo para así poder saber si existe una pérdida de oportunidad, y necesitarán también investigar y determinar el porcentaje de probabilidad de poderse evitar el perjuicio del paciente si la actuación del facultativo no hubiese sido contraria a la *lex artis ad hoc*. Considera GALLARDO CASTILLO⁹¹ que para ello hay que considerar que la responsabilidad por la pérdida de oportunidad obliga a que se demuestre que el paciente presentaba unas condiciones y circunstancias realmente adecuadas para lograr esa situación de ventaja que se perdió, sin olvidar que cuanto más probable fuera la posibilidad de evitar el daño, más lo será la causalidad, y mayor será la probabilidad de la existencia de la oportunidad perdida (y viceversa). Si el juzgador concluye que era probable la posibilidad de que se hubiera concretado la situación favorable para el perjudicado, podrá determinar que la pérdida de oportunidad merece una indemnización⁹².

Además, como se mencionó con anterioridad, la cuantía de la indemnización en el supuesto de la pérdida de oportunidad será inferior a la que se tendría derecho si se hubiese probado con certeza total el nexo causal y el daño se hubiera causado en su totalidad⁹³. Así se constata en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de enero de 2013⁹⁴, en la que el tribunal se atiene a la sentencia apelada que, analógica y prudentemente, utiliza los criterios marcados por el Baremo indemnizatorio previsto para los accidentes de circulación para cuantificar la indemnización, adoptando una rebaja importante y equitativa en función de las concretas circunstancias del

producirse". GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, OP. cit., p. 58.

89 LUNA YERGA, A., *Oportunidades perdidas...*, op. cit., p. 4.

90 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 58.

91 *Ibíd.*

92 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 63.

93 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 64.

94 STSJ de Galicia de 16 de enero, JUR 2013\47368.

supuesto, propia de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad.

En definitiva, para el cómputo de la cuantía indemnizatoria se deberá investigar y tener en cuenta el grado de probabilidad estadística de curación o mejoría que habría tenido el perjudicado si la actuación del médico hubiera sido correcta⁹⁵, condicionado todo ello a que en la práctica sanitaria no se puede garantizar al cien por cien la curación o mejoría del enfermo, incluso utilizándose todos los conocimientos y medios que la ciencia médica ofrezca en cada momento temporal.

En los supuestos en que no se presente una prueba pericial que determine el porcentaje de probabilidad cuantitativa⁹⁶ de haber obtenido un resultado más ventajoso, los criterios de valoración y fijación de la indemnización dependerán del arbitrio del juzgador. A este respecto, se puede citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de junio de 2023⁹⁷, en la que se explica detalladamente la teoría de la pérdida de oportunidad, se motiva su aplicación al caso concreto y, finalmente, se fija un monto indemnizatorio a tanto alzado:

“Al alcance de la indemnización también se refieren las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014 y 19 de junio, 27 de noviembre y 3 de diciembre de 2012, en el sentido de que la privación de determinadas expectativas de curación o de supervivencia deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente. (...) La cuantificación de la indemnización, atendiendo a las circunstancias del caso, exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el grave cuadro. De otra parte, es

95 MARTÍNEZ, P., “Indemnización por pérdida de oportunidad sanitaria”, Pedro Martínez Abogado, (disponible en <https://abogadopedromartinez.es/noticias/indemnizacion-perdida-oportunidad-sanitaria/>).

96 La probabilidad cuantitativa es aquella que puede medirse numéricamente; por el contrario, las variables cualitativas son aquellas que no pueden medirse en términos numéricos, como son las categorías o características.

97 STSJ M núm. 428/2023, rec. 422/2020; ECLI:ES:TSJM:2023:9351

sabido que, en materia de responsabilidad patrimonial, la doctrina jurisprudencial (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997) no excluye la utilización de algún baremo objetivo, aunque su utilización no es vinculante. Sin embargo, en el supuesto de autos, consideramos conveniente no tomar como referencia ningún baremo concreto, pero sí valorar globalmente las circunstancias concurrentes en el caso. En el caso presente la Sala estima adecuado indemnizar a la demandante, pero al no estar acreditadas todas las secuelas traumáticas que se alegan como padecidas por doña Lucía y sus reales dolores y limitaciones funcionales... se considera más adecuado fijar esa cuantía de indemnización omnicomprensiva en 30.000 euros por las únicas secuelas que acepta la Sala como acreditadas y que arrojan un total de 30.000 euros.”

En este caso se tenía la certeza de que podía haber una probable mejoría, pero no se disponía de ninguna prueba científico-médica que especificara el tanto por ciento de incertidumbre, así que solo se podía calcular la indemnización según criterio del juzgador.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de mayo de 2023⁹⁸ va a establecer la cuantía de la indemnización teniendo en cuenta el tanto por ciento que se ha establecido mediante prueba pericial, al contrario que en el supuesto anterior; la esposa del paciente reclama en este caso una determinada indemnización debido a que, incumpliendo los protocolos de tiempo establecidos, se le atendió demasiado tarde por los sanitarios, lo que derivó en dos infartos de miocardio que le llevaron a la muerte. Basándose en el informe pericial el tribunal consideró que, aunque la probabilidad de que el paciente habría fallecido de todas formas teniendo en cuenta el cuadro médico que presentaba era del 38 %, se debía rebajar esa posibilidad a la mitad por la mala praxis de la administración sanitaria, aplicándole entonces un factor de corrección del 19 % al *quantum* indemnizatorio establecido en Sentencia (o, lo que es lo mismo, se sitúa la pérdida de oportunidad en un 81 %).

En este segundo supuesto se llega a presentar un informe pericial plenamente válido que valora en un 38% la probabilidad de fallecimiento en caso de no que no se hubiera actua-

do incorrectamente; tanto por ciento que el Tribunal ajustó teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y en aplicación de las reglas de la sana crítica. Es ésta una Sentencia muy completa que, con carácter orientativo, utiliza el Baremo de daños en accidentes de circulación para fundamentar la procedencia de la cuantía indemnizatoria:

“Diferente conclusión llegamos en cuanto a la motivación del montante indemnizatorio fijado en la sentencia de instancia. (...). Entiende la apelante que yerra la Magistrada puesto que el propio perito médico de la actora en su dictamen manifestó textualmente que “...la mortalidad de un IAM con bloqueo completo de raíz izquierda, no conocido previamente y en situación de edema agudo de pulmón (IAM Killip III) como el que presentaba el paciente era muy elevada, de un 38%”. Tal manifestación del citado perito del 38% de mortalidad no puede ser obviado al igual que tampoco la reiteración en la infracción de la “lex artis” “ut supra” referenciada, dato éste que provoca minorar este Tribunal el citado factor de corrección, pasando del 38% al 19% que es la mitad de aquél motivado por tales incumplimientos reiterados; de esta forma, este Tribunal entiende que una indemnización ajustada a Derecho por las circunstancias de caso antes descritas y motivadas sería de 100.000 euros, a la que si restamos el 19% de factor de corrección aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad, daría un resultado total indemnizatorio de 81.000 euros. Asimismo la resolución de la Dirección General de Seguros de 5-3-14 vigente en la época de autos, pese a no ser vinculante y sí orientativo, establece como indemnización a favor del cónyuge, la aquí recurrente, cuando la víctima es de entre 66 y 80 años (recordar que el sr Virgilio , finado, tenía 76 años en el momento de los hechos), le corresponde una cantidad de 86.276,40 euros, por lo que la cantidad fijada por este Tribunal de 81.000 euros consideramos razonable y proporcional atendidas las circunstancias del caso de autos.”

VI. CONCLUSIONES

En el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria se introdujo la figura de la pérdida de oportunidad con el objetivo de dar respuesta a la aplicación universal de la regla del todo o nada (certeza absoluta de la relación de causalidad) que hasta el momento se utilizaba, bus-

98 STSJ CAT núm. 1992/2023; rec. 171/2021; ECLI:ES:TSJCAT:2023:4318

cando la flexibilización de los requisitos probatorios en situaciones de incertidumbre causal intermedia, siendo su recepción y aceptación escéptica y lenta tanto por parte de los Jueces como de la Doctrina (varios autores siguen cuestionando la procedencia de su utilización); no obstante, en la realidad actual, la pérdida de la chance, además de estar cobrando una mayor importancia y preferencia (se observa un aumento del número de resoluciones que se refieren a la “pérdida de oportunidad”, ya sea para su admisión o su inadmisión), ha pasado a ser considerada un daño de naturaleza autónoma, individualmente indemnizable.

Aunque en este ámbito no se puede saber con total certeza si la actuación de un profesional sanitario –por acción u omisión– ocasionó el daño al paciente, sí se puede saber mediante la pérdida de oportunidad que si hubiera sido diferente la actuación (según la *lex artis ad hoc*), habría existido la posibilidad cierta y real para el perjudicado de conseguir una curación o mejoría de su estado de salud. En conclusión, hay certeza en cuanto a que se le ha privado a un paciente de la oportunidad o expectativa de mejorar o curarse por una causa ajena a él, pero hay incertidumbre en cuanto al éxito de aquella oportunidad.

A la hora de valorarlo, el perjuicio ocasionado por la pérdida de la chance no se va a considerar un menoscabo final sino un daño intermedio, pues lo que se va a investigar es la actividad médica desplegada y juzgada según la *lex artis ad hoc*, no la totalidad de los daños causados. En definitiva, lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad en sí misma y no el daño final. Por este motivo, a la indemnización por causa de la pérdida de oportunidad le corresponde un montante inferior al que podría corresponder si se hubiese probado con absoluta certeza la relación de causalidad, y según el porcentaje de posibilidades de curación o mejoría que el paciente tendría de haberse actuado de forma correcta.

La aplicación práctica de la pérdida de oportunidad en el caso concreto implica analizar y valorar desde la óptica médico-científica de ese momento el nivel o porcentaje de incertidumbre particular, lo que conlleva la gran dificultad de que un juez con nulos conocimientos técnicos en medicina tiene que realizar dicho análisis, sin olvidar que, en demasiadas ocasiones, ni siquiera los profesionales de la salud pueden resolver esa cuestión.

Que los jueces y tribunales acepten de forma positiva la aplicación práctica de la pérdida

de oportunidad no obsta para que, a la hora de fijar la indemnización, surjan importantes dificultades para el cálculo de su cuantificación económica. Se han planteado diversas soluciones resarcitorias para este problema, produciéndose una situación de cierta inseguridad jurídica a raíz de esta falta de homogeneidad en cuanto a los criterios indemnizatorios a aplicar con carácter general.

Algunos elementos ha establecido el Tribunal Supremo para que se admita la pérdida de oportunidad, destacando los siguientes por ser imprescindibles y necesarios: a) nexo causal entre el daño provocado al paciente que no tiene el deber de soportar y la actuación médica dañina; b) incertidumbre respecto a si las consecuencias habrían sido otras si se hubiera actuado de manera diferente; c) la actuación médica puesta en cuestión consistirá en una omisión, error, o tardanza excesiva a la hora del despliegue asistencial o terapéutico; d) por culpa de dicha actuación del facultativo el paciente pierde la posibilidad de mejoría o curación; e) no se puede obviar que no existe un derecho a que los médicos curen y salven a todos los pacientes que acuden a ellos; f) la asistencia sanitaria se tiene que acomodar al estado de la ciencia médica, tanto a los conocimientos como a los medios disponibles en cada momento, lo que no obsta para que se garantice que todos los pacientes recibirán una asistencia médica adecuada y diligente.

La naturaleza circunstancial de la pérdida de oportunidad conlleva que, cuando se valore en cada caso concreto su existencia y magnitud, se tendrá en cuenta la *lex artis ad hoc* para determinar si la actuación médica fue correctamente ejecutada y adecuada a la técnica normal o media esperada, según las posibilidades que el estado de la ciencia médica facilita a los facultativos.

Hay que resaltar el importante papel que juega la prueba pericial a la hora de aplicar los jueces en el proceso la pérdida de oportunidad asistencial o terapéutica. El informe o dictamen científico del perito y experto sanitario es vital para la aplicación correcta de esta figura, y así poder fijar los criterios indemnizatorios en función del cálculo de la probabilidad real de haber podido conseguir una ventaja. Sin esa pericia el juzgador tendrá que dar respuesta jurídica a una cuestión científica compleja que en ese momento no tiene solución técnico-pericial alguna.

No obstante, y véase como una crítica constructiva de la realidad judicial respecto de la

“loss of chance”, hay que recordar que en la mayoría de las sentencias analizadas la cuantía de las indemnizaciones se ha fijado señalando el tribunal o el juzgador de instancia un determinado importe a tanto alzado, situando de nuevo la cuestión resarcitoria en un escenario de inseguridad jurídica. En línea con esto, según se constata del estudio de las resoluciones judiciales, en los supuestos de pérdida de oportunidad por defecto o vicio en el consentimiento informado, los cuales suponen el mayor número de reclamaciones por negligencias de los profesionales sanitarios, el nivel de inseguridad jurídica supera al que se tiene en los casos de la pérdida de oportunidad asistencial.

Parte de la doctrina ha aceptado que se indemnice como daño moral la infracción que comete el sanitario respecto del consentimiento informado cuando no informa al paciente o lo hace defectuosamente, aunque la jurisprudencia no es uniforme. Para evitar esta incertidumbre y posible indefensión jurídica se aconseja que el legislador establezca un baremo sanitario mediante el cual quede claro el criterio a seguir por jueces y tribunales a la hora de resolver y calcular la cuantía de la indemnización en los supuestos de defectos o vicios del

consentimiento informado, homogeneizando el sistema y disminuyendo esa inseguridad jurídica.

A la hora de establecer la naturaleza de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria en general, existiendo controversia doctrinal y, a pesar de que el daño ocasionado sea considerado por el Tribunal Supremo como un daño moral, se entiende que lo más correcto sería calificarla como un daño emergente.

Como conclusión final, sin olvidar que la doctrina de la pérdida de oportunidad ha permitido avanzar en el enjuiciamiento y acceso a indemnizaciones por negligencias médicas que, de otra forma, eran negadas, se recomienda disminuir la complejidad de los procedimientos a aplicar en este tipo de supuestos. También sería deseable que el Tribunal Supremo (o el Legislador) estableciera claramente los criterios y elementos que permitan determinar la existencia de la pérdida de oportunidad, la cuantificación de la indemnización del daño provocado por esa pérdida de la chance, y, además, acabar con la inseguridad jurídica y dar sustento normativo a la doctrina.



BIBLIOGRAFÍA

- ARCOS VIERIRA, M. L., Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia, Thompson - Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- ALBANÉS MEMBRILLO, A., "La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 331, 1998.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., "A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado", Revista de la Escuela de Medicina Legal, 2011.
- GALLARDO CASTILLO, M.J., "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad"; artículo publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 45-46. (2015).
- GEORGIU, N., MORGAN, R.M., y FRENCH, J.C., "Conceptualising, evaluating and communicating uncertainty in forensic sciences: Identifying commonly used tools through an interdisciplinary configurative review", ELSEVIER, Londres, (2020).
- KHOURY, Laura (2006): "Uncertain Causation in Medical Liability", Hart Publishing, Oregón, USA.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño, Atelier, Barcelona, 2022.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., "El daño por falta de Consentimiento Informado en el ámbito sanitario". Revista RC INESE Año 58 / Nº8 / Sep. 2022.
- LUNA MALDONADO, A. y REPRESAS VÁZQUEZ, C., "Causalidad en Medicina Legal" en CALABAUIG, Gisbert "Medicina Legal y Toxicología"; ELSEVIER, Barcelona, 2019.
- LUNA YERGA, A., "Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad civil médico-sanitaria", Indret, n. 288.
- MARTÍNEZ, P., "Indemnización por pérdida de oportunidad sanitaria", Pedro Martínez Abogado, (disponible en <https://abogadopedromartinez.es/noticias/indemnizacion-perdida-oportunidadesanitaria/>)
- MEDINA ALCOZ, L., "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: la doctrina de la pérdida de oportunidades", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, núm. 30. 2009.
- MEDINA ALCOZ, L., "La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal", Civitas, Madrid, 2018.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. y VEIGA COPO, A.B., Derecho de Daños, Civitas, Madrid, 2014.
- "Negligencias médicas: La pérdida de oportunidad", Atlas, (disponible en <https://www.atlasabogados.com/blog/negligencias-medicas-la-perdida-deoportunidad>)
- SARDINERO GARCÍA, C., SANTIAGO SAEZ, A., BRAVO LLATAS, M.C., PEREA PÉREZ, B., ALBARRÁN JUAN, M.E., LABAJO GONZÁLEZ, E. y BENITO LEÓN, J. (2016): "Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española" en Gaceta Sanitaria, núm. 31.
- The EALM Working Group on Medical Malpractice (2013): "Malpractice and medical liability. European Guidelines on Methods of Ascertainment and Criteria Evaluation", Berlín, Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
- VICANDI MARTÍNEZ, A., "La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable", Dialnet, vol. 25, n. 2, 2015.
- XIOL RÍOS, J.A., "El daño moral y la pérdida de oportunidad", Revista jurídica de Catalunya, vol. 1, núm. 109, 2010.
- XIOL RÍOS, J.A., "El consentimiento informado", artículo publicado en Revista española de la función consultiva, núm. 16, 2011.
- XIOL RÍOS, J.A., "La pérdida de oportunidad como concepto indemnizable. Criterios para su estimación y valoración", en XXIII Congreso de Responsabilidad Civil de Barcelona, 2023.



jurisprudencia

Tribunal de Justicia Union Europea

CONTRATO DE SEGURO

La normativa nacional se opone a la normativa comunitaria, cuando se permite a la aseguradora declarar la nulidad del contrato de seguro u obtener el reembolso de las cantidades abonadas al ocupante y tomador del seguro, cuando éste haya emitido una declaración falsa acerca de la identidad del conductor habitual del vehículo

Sentencia del TJUE,
de 19 de septiembre de 2024
Ponente: Excmo. Sr. D. Alexander Arabadjiev

SENTENCIA

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 3 y 13 de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO 2009, L 263, p. 11).

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Mutuelle assurance des travailleurs mutualistes (Matmut), por una parte, y TN, MAAF assurances SA, el Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages

(FGAO) y PQ, por otra, en relación con la oponibilidad a este último de la nulidad de un contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil celebrado entre él y Matmut.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3. A tenor de los considerandos 1, 2 y 20 de la Directiva 2009/103:

«(1) La Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como [sobre] el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad [(DO 1972, L 103, p. 1; EE 13/02, p. 113)], la [...] Directiva 84/5/CEE del

Consejo, de 30 de diciembre de 1983, [Segunda Directiva] relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles [(DO 1984, L 8, p. 17; EE 13/15, p. 244)], la [...] Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, [Tercera Directiva] relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles [(DO 1990, L 129, p. 33)], [y] la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles) [(DO 2000, L 181, p. 65)], han sido modificadas en varias ocasiones y de forma sustancial. Conviene, en aras de una mayor racionalidad y claridad, proceder a la codificación de estas cuatro Directivas[,] así como de la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles [(DO 2005, L 149, p. 14)].

(2) El seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (seguro de vehículos automóviles) reviste especial importancia para los ciudadanos europeos,

independientemente de si son titulares de una póliza o víctimas de un accidente. Es también de interés primordial para las empresas de seguros, ya que en la Comunidad constituye una parte importante del negocio de seguros no de vida. El seguro de vehículos automóviles incide también en la libre circulación de personas y vehículos. El fortalecimiento y consolidación del mercado interior del seguro de vehículos automóviles debe, por lo tanto, ser un objetivo fundamental de la actuación comunitaria en el sector de los servicios financieros.

[...]

(20) Es necesario garantizar a las víctimas de accidentes automovilísticos un trato comparable, sea cual fuere el lugar de la Comunidad en que haya ocurrido el accidente.»

4. El artículo 3 de la Directiva 2009/103 dispone:

«Cada Estado miembro adoptará todas las medidas apropiadas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 5, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio sea cubierta mediante un seguro.

Los daños que se cubran, así como las modalidades de dicho seguro, se determinarán en el marco de las medidas contempladas en el párrafo primero.

[...]

El seguro contemplado en el párrafo primero cubrirá obligatoriamente los daños materiales y corporales.»

5. El artículo 10, apartado 1, de esa Directiva establece:

«Cada Estado miembro creará o autorizará un organismo que tendrá por misión indemnizar, al menos hasta los límites de la obligación del aseguramiento, los daños materiales o corporales causados por un vehículo no identificado o por el cual no haya sido satisfecha la obligación de aseguramiento mencionada en el artículo 3.

El párrafo primero se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de considerar o no la indemnización de dicho organismo subsidiaria, y del derecho de regular la liquidación de siniestros entre dicho organismo y el o los responsables del accidente y otros

aseguradores u organismos de seguridad social obligados a indemnizar a la víctima por el mismo accidente. No obstante, los Estados miembros no podrán autorizar al mencionado organismo a condicionar el pago de la indemnización a la demostración por parte de la víctima de que la persona responsable no puede pagar o se niega a hacerlo.»

6. Con arreglo al artículo 12, apartado 1, de la citada Directiva:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, el seguro a que se hace referencia en el artículo 3 cubrirá la responsabilidad por daños corporales de todos los ocupantes, con excepción del conductor, derivados de la circulación de un vehículo.»

7. A tenor del artículo 13 de esa misma Directiva:

«1. Cada Estado miembro tomará todas las medidas apropiadas para que sea reputada sin efecto en lo que se refiere al recurso de los terceros, víctimas de un siniestro, para la aplicación del artículo 3, toda disposición legal o cláusula contractual que esté contenida en una póliza de seguros librada de conformidad con el artículo 3, y que excluya del seguro la utilización o la conducción de vehículos por:

a) personas que no estén ni expresa ni implícitamente autorizadas para ello;

b) personas no titulares de un permiso que les permita conducir el vehículo de que se trate;

c) personas que no cumplan las obligaciones legales de orden técnico referentes al estado y seguridad del vehículo de que se trate.

Sin embargo, la disposición o la cláusula mencionada en el párrafo primero, letra a), podrá ser opuesta a las personas que ocupen asiento por voluntad propia en el vehículo que haya causado el daño, cuando el asegurador pueda probar que sabían que el vehículo era robado.

Los Estados miembros tendrán la facultad -para los siniestros sobrevenidos en su territorio- de no aplicar la disposición del primer párrafo si, y en la medida en que, la víctima pueda conseguir la indemnización de su perjuicio de un organismo de seguridad social.

2. En el caso de vehículos robados u obtenidos por la fuerza, los Estados miembros podrán prever que el organismo contemplado en el artículo 10, apartado 1, intervenga en lugar del asegurador en las condiciones previstas en el apar-



tado 1 del presente artículo. Cuando el vehículo tenga su estacionamiento habitual en otro Estado miembro, dicho organismo no tendrá posibilidad de recurrir contra ningún organismo dentro de dicho Estado miembro.

Los Estados miembros que, para el caso de vehículos robados u obtenidos por la fuerza, prevean la intervención del organismo mencionado en el artículo 10, apartado 1, podrán fijar para los daños materiales una franquicia, oponible a la víctima, que no exceda de los 250 [euros].

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las disposiciones legales o cláusulas contractuales incluidas en una póliza de seguro que excluyan a un ocupante de la cobertura de seguro sobre la base de que este supiera o debiera haber sabido que el conductor del vehículo se encontraba bajo los efectos del alcohol o de otra sustancia tóxica en el momento del accidente sean consideradas sin efecto en relación con las declaraciones de siniestros de dicho ocupante.»

Derecho francés

8. El artículo L. 113-8 del code des assurances (Código de Seguros) dispone que el contrato de seguro será nulo en caso de ocultación de información o declaración falsa intencionada por parte del asegurado, siempre que dicha ocultación o declaración falsa ocasione un cambio del objeto del riesgo o una reducción de la valoración del riesgo por el asegurador, aun cuando el riesgo ocultado o falseado por el asegurado carezca de incidencia en el siniestro.

Litigio principal y cuestión prejudicial

9. El 5 de octubre de 2012, PQ suscribió un contrato de seguro del automóvil con Matmut y declaró, en el momento de dicha suscripción, que era el único conductor del vehículo asegurado.

10. El 28 de septiembre de 2013, el vehículo, conducido por TN, que se encontraba en estado de embriaguez, se vio implicado en un accidente de circulación con otro vehículo asegurado por MAAF assurances. PQ, ocupante del primer vehículo, resultó herido en el accidente.

11. Procesado ante el tribunal correctionnel (Tribunal de lo Penal, Francia), TN fue declarado culpable, en particular, de «lesiones involuntarias causadas al conducir un vehículo automóvil bajo los efectos del alcohol, que ocasionaron a [PQ] una incapacidad superior a tres meses».

12. En el juicio oral ante ese tribunal, en el que se examinaron las pretensiones de indemnización civil de PQ, Matmut invocó la excepción de nulidad del contrato de seguro por declaración falsa intencionada por parte del asegurado en cuanto a la identidad del conductor habitual del vehículo accidentado, solicitó ser exonerada de responsabilidad y pidió que se hiciera cargo de la indemnización a PQ el FGAO, que, en virtud del Código de Seguros, es el organismo encargado de indemnizar a las víctimas de accidentes de circulación cuyo responsable no esté asegurado.

13. Mediante resolución de 17 de diciembre de 2018, el tribunal correctionnel (Tribunal de lo Penal) declaró la nulidad del contrato de seguro celebrado entre Matmut y PQ por declaración falsa intencionada de este. En consecuencia, Matmut fue exonerada de responsabilidad, TN fue condenado a indemnizar los daños causados a las víctimas del accidente de circulación de que se trata y la citada resolución fue declarada oponible al FGAO.

14. El FGAO, MAAF assurances y TN recurrieron dicha resolución ante la cour d'appel de Lyon (Tribunal de Apelación de Lyon, Francia). Mediante sentencia de 21 de octubre de 2020, ese tribunal confirmó la citada resolución en la medida en que declaró nulo el contrato de seguro entre PQ y Matmut. El referido tribunal señaló que, cuando PQ suscribió el contrato de seguro, TN era el propietario y conductor habitual del vehículo. En consecuencia, consideró que PQ había efectuado una declaración falsa intencionada acerca de la identidad del conductor habitual, lo que había cambiado la valoración del riesgo por el asegurador, habida cuenta, en particular, de que TN había sido condenado anteriormente por conducir bajo los efectos del alcohol.

15. No obstante, la cour d'appel de Lyon (Tribunal de Apelación de Lyon) declaró que la nulidad del contrato de seguro controvertido no es oponible a PQ y consideró que no procedía exonerar de responsabilidad a Matmut, debido a que de la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional resulta que la nulidad del contrato por declaración falsa intencionada del asegurado, prevista en el artículo L. 113-8 del Código de Seguros, no es oponible a las víctimas de un accidente de circulación ni a sus causahabientes. Dicho tribunal precisó que el hecho de que una de las víctimas fuera ocupante del vehículo causante del accidente, tomador del seguro o propietario de dicho vehículo no permitía que se le negara la condición de tercero víctima.

- 16.** Matmut interpuso recurso de casación ante la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), que es el tribunal remitente, contra la sentencia de la cour d'appel de Lyon (Tribunal de Apelación de Lyon) alegando que este último tribunal había declarado erróneamente que la nulidad del contrato de seguro no era oponible frente a PQ.
- 17.** El tribunal remitente recuerda que, en virtud del artículo L. 113-8 del Código de Seguros, un contrato de seguro es nulo en caso de ocultación de información o declaración falsa intencionada por parte del asegurado, siempre que dicha ocultación o declaración falsa ocasione un cambio del objeto del riesgo o una reducción de la valoración del riesgo por el asegurador, aun cuando el riesgo ocultado o falseado por el asegurado carezca de incidencia en el siniestro.
- 18.** A este respecto, dicho tribunal señala que, según la jurisprudencia nacional, la nulidad del contrato de seguro surte efecto el día de la declaración falsa intencionada. Por consiguiente, cuando se realiza una declaración de este tipo en el momento de suscribir el contrato, la nulidad lo invalida retroactivamente, por lo que se considera que dicho contrato nunca existió.
- 19.** El tribunal remitente precisa que, hasta una sentencia de 29 de agosto de 2019, que supuso un cambio de orientación de su jurisprudencia, consideraba que la nulidad del contrato resultante de una falsa declaración del asegurado era oponible a la víctima. Desde esa sentencia, estima, en esencia, que del artículo L. 113-8 del Código de Seguros, interpretado a la luz de los artículos 3 y 13 de la Directiva 2009/103, cabe deducir que la nulidad en virtud de la referida disposición no es oponible a las víctimas de un accidente de circulación o a sus causahabientes y que, en tal caso, el FGAO no puede verse obligado a indemnizar a la víctima.
- 20.** El tribunal remitente indica asimismo que, para adaptar el Código de Seguros al Derecho de la Unión, el legislador francés introdujo en 2019 el artículo L. 211-7-1 en dicho Código, a tenor del cual, por una parte, la nulidad de un contrato de seguro de automóvil no es oponible a las víctimas de los daños ocasionados por un accidente de circulación ni a sus causahabientes y, en tal supuesto, el asegurador que cubre la responsabilidad civil del vehículo implicado está obligado a indemnizarlas, y, por otra parte, el asegurador se subroga en los derechos del acreedor de la indemnización contra el responsable del accidente por el importe de las cantidades que hubiera abonado.
- 21.** Dicho esto, el citado tribunal pone de manifiesto que, si bien de la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia en materia de seguro de responsabilidad civil del automóvil se desprende, en esencia, que el hecho de que el ocupante de un vehículo que es víctima de un accidente de circulación sea también la persona cubierta por el seguro del vehículo implicado en dicho accidente no permite negarle la condición de tercero víctima, el litigio principal suscita la cuestión de si la nulidad de un contrato de seguro es oponible al ocupante víctima del vehículo cuando sea también el tomador del seguro y el autor de la falsa declaración intencionada que dio lugar a la nulidad de dicho contrato.
- 22.** El tribunal remitente se pregunta asimismo si, en caso de que se declare que la nulidad del contrato de seguro es inoponible a la víctima que sea tomador del seguro, el asegurador podría estar legitimado, sin contravenir el Derecho de la Unión, para interponer una demanda contra la víctima por el dolo cometido en el momento de la celebración del contrato de seguro, con objeto de obtener el reembolso de todas las cantidades que le hubiera abonado en virtud de dicho contrato.
- 23.** A este respecto, el tribunal remitente precisa que, según la jurisprudencia nacional en la materia, el asegurador puede exigir la responsabilidad del suscriptor de un contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil que haya efectuado dolosamente declaraciones falsas y que, en caso de anulación de ese contrato por declaración falsa intencionada, el suscriptor estará obligado a reembolsar al asegurador la indemnización que este hubiera abonado a la víctima del accidente de circulación.
- 24.** En cambio, en caso de que la nulidad del contrato de seguro sea oponible a la víctima que sea tomador del seguro, la normativa nacional establece que el FGAO se hará cargo de la indemnización que debe abonarse a la víctima.
- 25.** En tales circunstancias, la Cour de cassation (Tribunal de Casación) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:
- «¿Deben interpretarse los artículos 3 y 13 de la Directiva [2009/103] en el sentido de que se oponen a que la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil de vehículos automóviles sea declarada oponible al ocupante víctima -que es también el tomador del seguro que efectuó una declaración falsa intencionada en el

momento de celebrar el contrato- causante de esa nulidad?»

Sobre la cuestión prejudicial

26. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este último proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, incumbe, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones que se le han planteado. El hecho de que un órgano jurisdiccional nacional, en el plano formal, haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión no impide que el Tribunal de Justicia proporcione a ese órgano jurisdiccional todos los elementos de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justi-

cia deducir de toda la información proporcionada por el órgano jurisdiccional nacional, y especialmente de la motivación de la resolución de remisión, los elementos del Derecho de la Unión que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio (sentencia de 22 de febrero de 2024, Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date, C-491/21, EU:C:2024:143, apartado 23 y jurisprudencia citada).

27. En el caso de autos, habida cuenta de todas las indicaciones del tribunal remitente y de las observaciones presentadas por TN, Matmut, el FGAO, el Gobierno francés y la Comisión Europea, procede reformular la cuestión prejudicial planteada con el fin de proporcionar al tribunal remitente elementos de interpretación útiles.

28. Así pues, hay que considerar que, mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si los artículos 3, párrafo primero, y 13, apartado 1, de la Directiva 2009/103 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite,



por una parte, oponer al ocupante de un vehículo implicado en un accidente de circulación que sea víctima de dicho accidente, cuando sea también el tomador del seguro, la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil resultante de una declaración falsa de dicho tomador del seguro, efectuada cuando celebró el contrato, acerca de la identidad del conductor habitual del vehículo accidentado y, por otra parte, al asegurador obtener el reembolso, en caso de que tal nulidad sea efectivamente inoponible al ocupante víctima, de todas las cantidades que hubiera abonado a ese ocupante en virtud del contrato de seguro mediante una demanda interpuesta contra este por el dolo cometido en el momento de la celebración del contrato.

29. Procede recordar al respecto, como enuncia el considerando 1 de la Directiva 2009/103, que esta ha codificado la Directiva 72/166, la Directiva 84/5, la Directiva 90/232, la Directiva 2000/26 y la Directiva 2005/14. Estas últimas Directivas han precisado progresivamente las obligaciones de los Estados miembros en materia de seguro obligatorio. Tenían como objetivo, por una parte, garantizar la libre circulación tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión Europea como de los ocupantes de dichos vehículos y, por otra parte, garantizar que las víctimas de los accidentes causados por estos vehículos recibieran un trato comparable, sea cual fuere el lugar de la Unión en que hubiera ocurrido el accidente (auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros, C-375/20, EU:C:2021:861, apartado 54 y jurisprudencia citada).

30. Además, de los considerandos 2 y 20 de la Directiva 2009/103 se desprende que esta persigue los mismos objetivos que las citadas Directivas (auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros, C-375/20, EU:C:2021:861, apartado 55 y jurisprudencia citada).

31. La evolución de la normativa de la Unión en materia de seguro obligatorio pone de manifiesto que el legislador de la Unión ha perseguido y reforzado de modo constante el objetivo de protección de las víctimas de accidentes causados por estos vehículos (auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros, C-375/20, EU:C:2021:861, apartado 56 y jurisprudencia citada).

32. El artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 5 de dicha Di-

rectiva, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio sea cubierta mediante un seguro.

33. A este respecto, en virtud del artículo 13, apartado 1, párrafo primero, de la citada Directiva, una compañía aseguradora de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles no puede negarse a indemnizar a los terceros víctimas de un accidente causado por un vehículo asegurado invocando disposiciones legales o cláusulas contractuales contenidas en una póliza de seguro que excluyan de la cobertura del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles los daños causados a los terceros víctimas de accidente debido a la utilización o la conducción del vehículo asegurado por personas no autorizadas para conducirlo, por personas no titulares de un permiso de conducir o por personas que no cumplan las obligaciones legales de orden técnico referentes al estado y a la seguridad del vehículo (véase, en este sentido, el auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros, C-375/20, EU:C:2021:861, apartados 58 y 59 y jurisprudencia citada).

34. Como excepción a este primer párrafo, el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2009/103 prevé la posibilidad de que la compañía aseguradora no indemnice a determinadas víctimas habida cuenta de la situación que ellas mismas hayan creado, en concreto en los supuestos en que el vehículo que haya causado el daño hubiera sido utilizado o conducido por personas que no estuvieran ni expresa ni implícitamente autorizadas para ello y en que los terceros víctimas hubieran ocupado asiento por voluntad propia en dicho vehículo, sabiendo que había sido robado (véase, en este sentido, el auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros, C-375/20, EU:C:2021:861, apartado 60 y jurisprudencia citada).

35. Del artículo 12, apartado 1, de esa Directiva se desprende que, sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, el seguro a que se hace referencia en el artículo 3 de dicha Directiva cubre la responsabilidad por daños corporales de todos los ocupantes, con excepción del conductor, derivados de la circulación de un vehículo.

36. El Tribunal de Justicia ha declarado que el objetivo de protección de las víctimas se opone a que una normativa nacional reduzca indebidamente el concepto de ocupante cubierto por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil re-

sultante de la circulación de vehículos automóviles (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de septiembre de 2017, Delgado Mendes, C-503/16, EU:C:2017:681, apartado 42 y jurisprudencia citada).

37. En efecto, en lo que respecta a la condición simultánea de víctima de un accidente de circulación, de tomador del seguro y de propietario del vehículo involucrado en el accidente, el Tribunal de Justicia ha declarado que ese objetivo exige que la situación jurídica del propietario del vehículo que se encontrara en este como ocupante en el momento del accidente sea asimilada a la de cualquier otro «ocupante víctima» del referido accidente (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de septiembre de 2017, Delgado Mendes, C-503/16, EU:C:2017:681, apartado 41 y jurisprudencia citada).

38. El Tribunal de Justicia también ha considerado que dicho objetivo exige que la situación jurídica de la persona que estuviera asegurada para conducir el vehículo, pero que viajara en él como ocupante en el momento de producirse ese accidente, sea asimilada a la de cualquier otro «ocupante víctima» del accidente y que, consecuentemente, el hecho de que una persona esté asegurada para conducir el vehículo que haya causado el accidente no permite excluirla del concepto de «tercero víctima», en el sentido del artículo 13, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2009/103, por ser ocupante y no conductor del vehículo (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de septiembre de 2017, Delgado Mendes, C-503/16, EU:C:2017:681, apartado 43 y jurisprudencia citada).

39. Así pues, el hecho de que un ocupante del vehículo, en el momento del accidente de circulación, sea el tomador del seguro no permite excluirla del concepto de «tercero víctima», en el sentido del artículo 13, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 (véase, por analogía, la sentencia de 14 de septiembre de 2017, Delgado Mendes, C-503/16, EU:C:2017:681, apartado 44 y jurisprudencia citada).

40. La circunstancia de que el ocupante del vehículo sea también el tomador del seguro no puede justificar un trato diferente, a la vista del mismo objetivo de protección perseguido por dicha Directiva, como se menciona en el anterior apartado 31 (véase, por analogía, la sentencia de 14 de septiembre de 2017, Delgado Mendes, C-503/16, EU:C:2017:681, apartado 45).

41. La misma conclusión se impone cuando se dé la circunstancia de que el tomador del segu-

ro no sea el conductor habitual del vehículo implicado en un accidente de circulación (sentencia de 20 de julio de 2017, Fidelidade-Companhia de Seguros, C-287/16, EU:C:2017:575, apartado 28).

42. De ello se deduce que, en el caso de autos, la circunstancia de que, en el momento de producirse el accidente de circulación, PQ, tomador del seguro, fuera ocupante del vehículo accidentado no afecta a su condición de «tercero víctima», en el sentido del artículo 13, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2009/103.

43. Por lo que respecta a la oponibilidad a PQ de la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil resultante de su declaración falsa acerca de la identidad del conductor habitual del vehículo accidentado efectuada en el momento de la celebración de aquel, de la jurisprudencia recordada en el apartado 34 de la presente sentencia se desprende que el legislador previó en el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2009/103 una única excepción a la obligación de las compañías aseguradoras de indemnizar a los terceros víctimas de un accidente de circulación.

44. También resulta de la jurisprudencia que esta excepción debe ser objeto de interpretación estricta (auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros, C-375/20, EU:C:2021:861, apartado 61 y jurisprudencia citada).

45. Cualquier otra interpretación permitiría a los Estados miembros limitar a determinadas circunstancias la indemnización de los daños sufridos por los terceros que hayan sido víctimas de un accidente de circulación, que es precisamente lo que la Directiva 2009/103 pretende evitar (auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros, C-375/20, EU:C:2021:861, apartado 62 y jurisprudencia citada).

46. Así pues, el artículo 13, apartado 1, párrafos primero y segundo, de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que una disposición legal o una cláusula contractual contenida en una póliza de seguro que excluya del seguro la utilización o la conducción de vehículos por personas que no estén ni expresa ni implícitamente autorizadas para ello solo pueden oponerse a los terceros víctimas de un accidente de circulación en los supuestos en que el vehículo que haya causado el daño hubiera sido utilizado o conducido por esas personas y en que los terceros víctimas hubieran ocupado asiento por voluntad propia en dicho vehículo, sabiendo que había sido robado (véase, en este sentido,

el auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros, C-375/20, EU:C:2021:861, apartado 63 y jurisprudencia citada).

47. De ello se deduce que la circunstancia de que una compañía aseguradora haya celebrado un contrato de seguro sobre la base de omisiones o de falsas declaraciones realizadas por el tomador del seguro no permite a esa compañía invocar disposiciones legales o una cláusula contractual que establezca la nulidad del contrato para oponer dicha nulidad al tercero víctima con el fin de eximirse de la obligación dimanante del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 de indemnizar a este último por el perjuicio ocasionado como consecuencia de un accidente causado por el vehículo asegurado (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de julio de 2017, Fidelidade-Companhia de Seguros, C-287/16, EU:C:2017:575, apartado 27).

48. Esta interpretación no queda desvirtuada por la posibilidad de que el FGAO abone una indemnización a la víctima. En efecto, la intervención del organismo mencionado en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2009/103 fue concebida como una medida de último recurso, prevista únicamente para el caso de que los daños hayan sido causados por un vehículo respecto al cual no se haya cumplido la obligación de aseguramiento que establece el artículo 3 de esa Directiva, es decir, un vehículo no cubierto por un contrato de seguro (auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros, C-375/20, EU:C:2021:861, apartado 69 y jurisprudencia citada).

49. No obstante, es preciso señalar que, a diferencia de los litigios que dieron lugar a la sentencia de 20 de julio de 2017, Fidelidade-Companhia de Seguros (C-287/16, EU:C:2017:575), y al auto de 13 de octubre de 2021, Liberty Seguros (C-375/20, EU:C:2021:861), en el caso de autos, PQ no solo es el «ocupante víctima» del accidente de circulación de que se trata en el litigio principal que pretende ser indemnizado, sino también el tomador del seguro autor de la declaración falsa intencionada que conllevó la nulidad del contrato de seguro.

50. A este respecto, en primer lugar, procede poner de manifiesto que la Directiva 2009/103 no contiene disposiciones que regulen el eventual abuso de Derecho del tomador del seguro.

51. Sin embargo, conforme a reiterada jurisprudencia, en el ordenamiento jurídico de la Unión existe un principio general del Derecho según el cual los justiciables no puedan invocar el Dere-

cho de la Unión de forma abusiva o fraudulenta (sentencia de 21 de diciembre de 2023, BMW Bank y otros, C-38/21, C-47/21 y C-232/21, EU:C:2023:1014, apartado 281 y jurisprudencia citada).

52. Los justiciables deben acatar este principio general del Derecho. En efecto, la aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir operaciones que se realicen para beneficiarse de forma abusiva o fraudulenta de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión (sentencia de 21 de diciembre de 2023, BMW Bank y otros, C-38/21, C-47/21 y C-232/21, EU:C:2023:1014, apartado 282 y jurisprudencia citada).

53. Así pues, el citado principio implica que un Estado miembro debe denegar -aun cuando no existan disposiciones nacionales que prevean tal denegación- la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión cuando estas sean invocadas por una persona no para la realización de los objetivos de esas disposiciones, sino con el fin de disfrutar de una ventaja que le confiere el Derecho de la Unión a pesar de que las condiciones objetivas requeridas para obtener dicha ventaja, establecidas en el Derecho de la Unión, se cumplen solo formalmente (sentencia de 21 de diciembre de 2023, BMW Bank y otros, C-38/21, C-47/21 y C-232/21, EU:C:2023:1014, apartado 283 y jurisprudencia citada).

54. Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para probar la existencia de una práctica abusiva es necesario que concurren, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, pese a haberse respetado formalmente las condiciones establecidas en la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención (sentencia de 21 de diciembre de 2023, BMW Bank y otros, C-38/21, C-47/21 y C-232/21, EU:C:2023:1014, apartado 285 y jurisprudencia citada).

55. La comprobación de la existencia de una práctica abusiva exige que el órgano jurisdiccional remitente tenga en cuenta todos los hechos y circunstancias del caso concreto, incluidos los posteriores a la operación cuyo carácter abusivo se alega (sentencia de 21 de diciembre de 2023, BMW Bank y otros, C-38/21, C-47/21 y C-232/21, EU:C:2023:1014, apartado 286 y jurisprudencia citada).

56. Por lo tanto, corresponde al tribunal remitente comprobar, con arreglo a las normas en materia de prueba establecidas por el Derecho nacional, siempre que no se menoscabe la eficacia del Derecho de la Unión, si en el litigio principal concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva, tal como se han recordado en el apartado 54 de la presente sentencia. No obstante, el Tribunal de Justicia, al pronunciarse sobre una remisión prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar a dicho tribunal en su interpretación (sentencia de 21 de diciembre de 2023, BMW Bank y otros, C-38/21, C-47/21 y C-232/21, EU:C:2023:1014, apartado 287 y jurisprudencia citada).

57. A este respecto, en lo relativo, por una parte, a si, en el caso de autos, se logra el objetivo perseguido por la Directiva 2009/103, hay que indicar, como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en los puntos 67 y 68 de sus conclusiones, que, sin perjuicio de que el tribunal remitente compruebe este extremo, parece haberse alcanzado el objetivo de protección de las víctimas de accidentes de circulación, al ser PQ una víctima del accidente de que se trata que pretende ser indemnizada.

58. Ahora bien, por lo que respecta, por otra parte, al elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación



artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención, de la resolución de remisión se desprende que la declaración falsa controvertida en el litigio principal tenía por objeto evitar que TN celebrara un contrato de seguro, habida cuenta de su condena anterior por conducir bajo los efectos del alcohol. Así pues, PQ efectuó esa declaración falsa con el fin de que el vehículo de TN fuera asegurado y gozara al mismo tiempo de una prima de seguro más ventajosa que la que se habría adeudado si el asegurador hubiese conocido la identidad del conductor habitual de dicho vehículo.

59. A este respecto, como señaló, en esencia, el Abogado General en el punto 77 de sus conclusiones, no parece, sin perjuicio de que el tribunal remitente compruebe este extremo, que PQ realizara declaraciones falsas con el objetivo esencial de invocar en su favor los artículos 3 y 13 de la Directiva 2009/103 y eludir una disposición nacional relativa a los requisitos legales de la nulidad del contrato de seguro.

60. En estas circunstancias, sin perjuicio de que el tribunal remitente compruebe este extremo, no parece que en el caso de autos concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva, en los términos recordados en el apartado 54 de la presente sentencia.

61. Así pues, siempre que PQ no haya violado el principio de prohibición del abuso de derecho, hay que considerar que no se le puede oponer la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil controvertida en el litigio principal resultante de su declaración falsa en el momento de celebración del contrato.

62. En segundo lugar, por lo que respecta a la posibilidad de que, en tal supuesto, el asegurador obtenga de PQ el reembolso de la totalidad de las cantidades que le hubiera abonado en virtud del contrato de seguro mediante una demanda por el dolo cometido por PQ en el momento de la celebración de dicho contrato, procede señalar que los requisitos legales de validez de un contrato de seguro y los relativos a la exigencia de responsabilidad al tomador del seguro como consecuencia de declaraciones falsas en el momento de la celebración del contrato de seguro no se rigen por el Derecho de la Unión, sino por el Derecho de los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de julio de 2017, *Fidelidade-Companhia de Seguros*, C-287/16, EU:C:2017:575, apartado 31).

63. A este respecto, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los Estados

miembros deben ejercer sus competencias en este ámbito respetando el Derecho de la Unión y que las disposiciones nacionales que regulan la indemnización de los siniestros que resulten de la circulación de los vehículos no pueden privar a la Directiva 2009/103 de su efecto útil (véase, por analogía, la sentencia de 20 de julio de 2017, *Fidelidade-Companhia de Seguros*, C-287/16, EU:C:2017:575, apartado 32 y jurisprudencia citada).

64. El Tribunal de Justicia ha considerado en reiteradas ocasiones que, a fin de garantizar el efecto útil de las disposiciones del Derecho de la Unión relativas al seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos automóviles, estas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que se oponen a las normativas nacionales que menoscaban ese efecto útil, por cuanto, al excluir de oficio o al limitar de manera desproporcionada el derecho de la víctima a obtener una indemnización por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, comprometen la realización del objetivo de protección de las víctimas de accidentes de tráfico, constantemente perseguido y reforzado por el legislador de la Unión (sentencia de 10 de junio de 2021, *Van Ameyde España*, C-923/19, EU:C:2021:475, apartado 44 y jurisprudencia citada).

65. En estas circunstancias, como señaló, en esencia, el Abogado General en los puntos 105 y 110 de sus conclusiones, hay que considerar que una normativa nacional que permite al asegurador obtener, en circunstancias como las del litigio principal y mediante una demanda dirigida contra el «ocupante víctima» que es también el tomador del seguro y el autor de la declaración falsa efectuada en el momento de la celebración del contrato de seguro, el reembolso de «todas» las cantidades abonadas a dicho «ocupante víctima» en virtud de ese contrato puede privar a esa persona, de forma permanente y desproporcionada, de la protección que la Directiva 2009/103 otorga a las víctimas de los accidentes de circulación y, en consecuencia, menoscabar el derecho de esa persona a ser indemnizada por el seguro obligatorio de responsabilidad civil del automóvil.

66. Habida cuenta de todo el razonamiento anterior, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 3, párrafo primero, y 13, apartado 1, de la Directiva 2009/103 deben interpretarse en el sentido de que se oponen, salvo que el tribunal remitente aprecie la existencia de abuso de derecho, a

una normativa nacional que permite, por una parte, oponer al ocupante de un vehículo implicado en un accidente de circulación que es víctima de dicho accidente, cuando también sea el tomador del seguro, la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil resultante de una declaración falsa de dicho tomador del seguro, efectuada cuando celebró el contrato, acerca de la identidad del conductor habitual del vehículo accidentado y, por otra parte, al asegurador obtener el reembolso, en caso de que tal nulidad sea efectivamente inoponible al «ocupante víctima», de todas las cantidades que hubiera abonado a ese ocupante en virtud del contrato de seguro mediante una demanda interpuesta contra este por el dolo cometido en el momento de la celebración del contrato, dado que tal reembolso privaría a las disposiciones de esa Directiva de todo efecto útil, al limitar de manera desproporcionada el derecho de la víctima a obtener una indemnización por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles.

Costas

67. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto,

FALLO

el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

Los artículos 3, párrafo primero, y 13, apartado 1, 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen, salvo que el tribunal remitente aprecie la existencia de abuso de derecho, a una normativa nacional que permite, por una parte, oponer al ocupante de un vehículo implicado en un accidente de circulación que es víctima de dicho accidente, cuando también sea el tomador del seguro, la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil resultante de una declaración falsa de dicho tomador del seguro, efectuada cuando celebró el contrato, acerca de la identidad del conductor habitual del vehículo accidentado y, por otra parte, al asegurador obtener el reembolso, en caso de que tal nulidad sea efectivamente inoponible al «ocupante víctima», de todas las cantidades que hubiera abonado a ese ocupante en virtud del contrato de seguro mediante una demanda interpuesta contra este por el dolo cometido en el momento de la celebración del contrato, dado que tal reembolso privaría a las disposiciones de esa Directiva de todo efecto útil, al limitar de manera desproporcionada el derecho de la víctima a obtener una indemnización por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles.

(*) Lengua de procedimiento: francés.

COMENTARIO

Por **Alberto J. Tapia Hermida**
Catedrático de Derecho Mercantil

1. Complejidad del litigio subyacente e interés del comentario de la Sentencia del TJUE

En su Sentencia del 19 de septiembre de 2024 (Asunto C-236/202322| Matmut), la Sala Primera del TJUE resuelve una cuestión prejudicial compleja sobre la normativa comunitaria relativa al seguro obligatorio de automóviles realizando algunas declaraciones que refuerzan, de forma notable, el principio de protección a la víctima de un accidente de circulación que tenía una posición subjetiva particularmente compleja porque en su persona concurrían dos circunstancias: la de víctima que viajaba como ocupante del vehículo asegurado y la de tomador del seguro litigioso, que, además, había realizado una declaración falsa, cuando celebró el contrato, acerca de la identidad del conductor habitual del vehículo. Y el TJUE protege a dicha víctima porque no se consideró como práctica abusiva esta última declaración falsa.

El principio esencial: el efecto útil de la Directiva 2009/103/CE requiere garantizar el derecho de la víctima a obtener una indemnización proporcionada y suficiente. En este sentido, recordamos que en general, la amplitud de las interpretaciones del TJUE sobre los elementos del seguro de responsabilidad civil del automóvil viene motivada por dos finalidades esenciales.

Por lo anterior, el comentario de esta Sentencia presenta un particular interés por dos tipos de razones de intersección normativa:

a) Subjetivas, ya que plantea la relevancia jurídica de las posiciones polivalentes de las dos personas físicas implicadas que fueron: por un lado, PQ, tomador del seguro y conductor -aparente y no efectivo- del vehículo asegurado que resultó ser el ocupante en el momento del accidente y víctima; y, por otro lado, TN, verdadero propietario y conductor habitual del vehículo, que fue el conductor causante del accidente en estado de embriaguez.

b) Funcionales, porque se plantea la oponibilidad a las víctimas de la nulidad del contrato de seguro derivada de la falsedad del tomador -víctima- en la declaración del conductor habitual del vehículo y la forma en la que esa falsedad puede calificarse de práctica abusiva.

2. Síntesis del litigio subyacente

a) El 5 de octubre de 2012, PQ suscribió un contrato de seguro del automóvil con Mutuelle assurance des travailleurs mutualistes (MATMUT), declarando que, en el momento de dicha suscripción, él era el único conductor del vehículo asegurado.

COMENTARIO

b) El 28 de septiembre de 2013, el vehículo asegurado, conducido por TN -quien se encontraba en estado de embriaguez- se vio implicado en un accidente de circulación con otro vehículo asegurado por MAAF assurances. PQ ocupante del primer vehículo -y tomador de su seguro- resultó herido en el accidente.

c) El Tribunal de lo Penal, en su Sentencia de 17 de diciembre de 2018, en cuanto a las pretensiones de indemnización civil de PQ, declaró la nulidad del contrato de seguro celebrado entre MATMUT y PQ por declaración falsa intencionada de este. En consecuencia, MATMUT fue exonerada de responsabilidad, TN fue condenado a indemnizar los daños causados a las víctimas del accidente de circulación de que se trataba y la citada resolu-



ción fue declarada oponible al el Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO), que, en virtud del Código de Seguros, es el organismo encargado de indemnizar a las víctimas de accidentes de circulación cuyo responsable no esté asegurado

d) El Tribunal de Apelación de Lyon que, mediante Sentencia de 21 de octubre de 2020, confirmó parcialmente la Sentencia recurrida porque declaró nulo el contrato de seguro entre PQ y MATMUT porque PQ había efectuado una declaración falsa intencionada acerca de la identidad del conductor habitual, lo que había cambiado la valoración del riesgo por el asegurador, habida cuenta, en particular, de que TN había sido condenado anteriormente por conducir bajo los efectos del alcohol. Sin embargo y por otro lado, el Tribunal de Apelación de Lyon declaró que la nulidad del contrato de seguro controvertido no era oponible a PQ y consideró que no procedía exonerar de responsabilidad a MATMUT, debido a que de la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional resultaba que la nulidad del contrato por declaración falsa intencionada del asegurado, prevista en el artículo L. 113-8 del Código de Seguros, no es oponible a las víctimas de un accidente de circulación ni a sus causahabientes. Dicho tribunal precisó que el hecho de que una de las víctimas fuera ocupante del vehículo causante del accidente, tomador del seguro o propietario de dicho vehículo no permitía que se le negara la condición de tercero víctima.

La primera consecuencia general: El asegurador no puede oponer al ocupante de un vehículo implicado en un accidente de circulación -que es víctima de dicho accidente y tomador del seguro- la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil resultante de una declaración falsa de dicho tomador.

e) El Tribunal de Casación decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial en los términos reinterpretados por el propio TJUE que constan en el apartado 28 de su Sentencia de 19 de septiembre de 2024.

3. Declaraciones del TJUE

La Sala Primera del TJUE, en el fallo de su Sentencia del 19 de septiembre de 2024 (Asunto C-236/202322| Matmut) interpreta los artículos 3, párrafo primero, y 13, apartado 1, 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 haciendo las cuatro declaraciones siguientes, implícitas en dicho fallo, en forma de un principio esencial, dos consecuencias generales y una excepción común:

a) El principio esencial: el efecto útil de la Directiva 2009/103/CE requiere garantizar el derecho de la víctima a obtener una indemnización proporcionada y suficiente. En este sentido, recordamos que en general, la amplitud de las interpretaciones del TJUE sobre los

elementos del seguro de responsabilidad civil del automóvil viene motivada por dos finalidades esenciales: Primera, otorgar la máxima protección a las víctimas y los perjudicados por accidentes de automóvil y sus herederos. Segunda, facilitar la libre circulación de vehículos en el seno de la UE (el lector interesado puede consultar nuestro estudio sobre “El seguro de responsabilidad civil del automóvil en la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, publicado en esta Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro n.º 78 (2021), pp. 65 a 84).

b) La primera consecuencia general: El asegurador no puede oponer al ocupante de un vehículo implicado en un accidente de circulación -que es víctima de dicho accidente y tomador del seguro- la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil resultante de una declaración falsa de dicho tomador.

c) La segunda consecuencia general: El asegurador no puede obtener el reembolso de todas las cantidades que hubiera abonado al «ocupante víctima», en caso de que la nulidad sea efectivamente inoponible al «ocupante víctima».

d) No concurre la excepción del abuso de derecho de la víctima/tomador del seguro. La excepción a las dos reglas generales enunciadas en el fallo de la Sentencia se recoge al inicio de dicho fallo en forma de salvedad cuando se refiere a “salvo que el tribunal remitente aprecie la existencia de abuso de derecho”. Esta es la “clave de arco” de la Sentencia que comentamos porque, razonando “a sensu contrario”, si se apreciara una conducta abusiva de la víctima/tomador del seguro; el asegurador podría oponer al ocupante de un vehículo implicado en un accidente de circulación -que es víctima de dicho accidente y tomador del seguro- la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil resultante de una declaración falsa de dicho tomador y obtener el reembolso de todas las cantidades que hubiera abonado a dicho «ocupante víctima».

Dadas las circunstancias del caso litigioso, en el que recordemos que consta una declaración falsa del ocupante del vehículo y víctima PQ; en su condición de tomador del seguro, efectuada cuando celebró el contrato, acerca de la identidad del conductor habitual del vehículo accidentado; la Sentencia realiza una interpretación favorable a la víctima/tomador del seguro cuando concluye que “en estas circunstancias, sin perjuicio de que el tribunal remitente compruebe este extremo, no parece que en el caso de autos concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva, en los términos recordados en el apartado 54 de la presente sentencia (apartado 60) y que, “siempre que PQ no haya violado el principio de prohibición del abuso de derecho, hay que considerar que no se le puede oponer la nulidad del contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil controvertida en el litigio principal resultante de su declaración falsa en el momento de celebración del contrato” (apartado 61).



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Acción de repetición de la aseguradora del arquitecto condenado en un procedimiento previo contra el aparejador cuya intervención provocada solicitó en ese procedimiento, pero frente al que no se amplió la demanda. La falta de pronunciamiento sobre la responsabilidad del agente de la edificación contra el que no se dirigió la demanda no impide que se puedan analizar las circunstancias concretas sobre su responsabilidad y que dichos terceros queden vinculados por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrán alegar que resultan ajenos a lo resuelto. Devolución de las actuaciones a la Sala q quo, que no examinó la responsabilidad del aparejador en el proceso constructivo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 9 de julio de 2024
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- D. Jose Francisco era asegurado en una póliza de seguro colectiva concertada el 21 de julio de 1994 con la compañía Aviva Vida y Pensiones S.A. (en adelante, Aviva), con una garantía principal de vida-jubilación (supervivencia) y una garantía complementaria de invalidez permanente.

Por cada garantía se pagaba una prima independiente, por lo que quedaban cuantificadas cada una de ellas numéricamente en la póliza de manera separada.

2.- La póliza contenían una cláusula (1 A-3ª, del apartado "Aclaraciones"), con el siguiente contenido:

“El pago efectuado en caso de invalidez absoluta y permanente anula en todas sus partes el contrato, con extinción de las garantías principales y complementarias”.

3.- El 21 de octubre de 2014 el INSS dictó una resolución que reconocía al Sr. Jose Francisco la invalidez permanente absoluta para todo tipo de trabajo.

4.- En octubre de 2015, el Sr. Jose Francisco reclamó a la compañía de seguros el pago de 79.526,29 €, correspondientes al capital pactado para la invalidez y el pago de la garantía de vida y jubilación (supervivencia).

La aseguradora únicamente abonó la parte correspondiente a la invalidez, y alegó que la otra garantía había quedado extinguida en aplicación de la cláusula antes transcrita.

5.- El Sr. Jose Francisco presentó una demanda contra Aviva, en la que solicitó que se condenara a la aseguradora al pago de 41.704,36

€ (capital pactado para la garantía de vida y jubilación -supervivencia-), más el interés del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS).

6.- Tras la oposición de la aseguradora demandada, el juzgado de primera instancia estimó la demanda, al considerar, resumidamente, en lo que ahora importa, que la cláusula aplicada por la compañía era limitativa (de hecho, figuraba en un apartado titulado “Exclusiones”) y no reunía los requisitos de validez exigibles a las cláusulas limitativas, conforme al art. 3 LCS. En consecuencia, condenó a la demandada a indemnizar al demandante.

7.- El recurso de apelación interpuesto por la aseguradora fue desestimado por la Audiencia Provincial, al considerar que la cláusula controvertida era limitativa, puesto que, abonándose primas diferentes por cada uno de los riesgos, la cláusula suprimía directamente una de las coberturas por las que se abonaba una prima autónoma. Por lo que confirmó la sentencia de primera instancia.



8.- Aviva ha interpuesto un recurso de casación.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Planteamiento. Admisibilidad

1.- El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 3 LCS y la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 932/2003, de 8 de octubre; y 718/2003, de 7 de julio.

En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia sobre diferenciación entre cláusulas limitativas y cláusulas delimitadoras del riesgo, porque en atención a la naturaleza del contrato litigioso la cláusula controvertida supone una exclusión objetiva, que individualiza el riesgo y delimita la cobertura.

Responde a la naturaleza específica de este contrato de seguro establecer una doble cobertura (fallecimiento o supervivencia, por un lado, e incapacidad por otro) y la cláusula en discusión lo que hace es regular la relación entre ambas coberturas, puesto que la primera es la garantía principal y la segunda la complementaria.

2.- La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alegó su inadmisibilidad, porque se introduce un hecho nuevo (que se trata de un seguro mixto y no de dos seguros) y por carencia de interés casacional. Sin embargo, dichas alegaciones no pueden ser estimadas. En primer lugar, porque la cuestión sobre si se trata de un seguro mixto o de dos seguros con primas diferentes no es fáctica, sino jurídica y ya fue tratada en la instancia. Y, en segundo término, porque al formularse un recurso de casación por interés casacional, la parte concreta el precepto sustantivo supuestamente vulnerado e identifica las sentencias de este mismo tribunal que considera desatendidas, por lo que, en principio, el motivo de casación resulta admisible.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Desestimación del recurso de casación

1.- Es sobradamente conocida la jurisprudencia de esta sala sobre la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas en un contrato de seguro.

Son cláusulas delimitadoras del riesgo aquellas que concretan el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro (sen-

tencias 853/2006, de 11 de septiembre; 1051/2007, de 17 de octubre; 598/2011, de 20 de julio; 273/2016, de 22 de abril; 498/2016, de 19 de julio; 609/2019, de 14 de noviembre; y 100/2022, de 7 de febrero).

Mientras que son cláusulas limitativas las que condicionan o modifican el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido (sentencias 58/2019, de 29 de enero; y 836/2022, de 28 de noviembre). En relación con lo cual, la jurisprudencia de esta sala ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, en relación con el alcance típico o usual que corresponde a su objeto, con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora (sentencias 273/2016, de 22 de abril; 58/2019, de 29 de enero; y 423/2024, de 1 de abril).

2.- Las garantías complementarias de los seguros de vida son coberturas opcionales a las principales, tanto de riesgo de muerte como de supervivencia. Estas coberturas están vinculadas al riesgo principal, así como al objeto cubierto por el riesgo principal y la póliza garantiza tales complementos en un contrato único . Como se sostiene en la doctrina, al añadirse al contrato de seguro de vida las coberturas accesorias de invalidez, accidente o enfermedad (por citar las más frecuentes), el contrato no pierde su identidad formal, sino que sigue siendo un único contrato, con una única prima global, sin diferenciar según el conjunto de riesgos asumidos por el asegurador (sin perjuicio de que el añadido de la garantía complementaria se tenga en cuenta para el cálculo de las provisiones técnicas).

Por ello, el incumplimiento en el pago de la prima del contrato principal (seguro de vida o supervivencia) dejará también sin cobertura la garantía complementaria (sentencia 540/2006, de 8 de junio).

3.- En la jurisprudencia de la sala no hay ningún pronunciamiento directamente aplicable al caso que nos ocupa. Es cierto que la sentencia 932/2003, de 8 de octubre, (invocada en el recurso de casación) trató sobre una cláusula muy similar de un seguro de vida con coberturas complementarias de invalidez absoluta y accidentes, que preveía que, una vez satisfecha la suma asegurada por la invalidez, no cabría el pago del capital asegurado en caso de fallecimiento; pero no llegó a pronunciarse sobre su carácter delimitador del riesgo o limitativo de

los derechos del asegurado, conforme al art. 3 LCS, porque ese tema se planteó como cuestión nueva en casación y no había sido alegado en la instancia. Y la otra sentencia que cita la parte recurrente, la 718/2003, de 7 de julio, se refiere a un seguro de daños y no a un seguro de personas, aparte de que analizó un clausulado que nada tiene que ver con el litigioso.

4.- A falta de precedentes inmediatos, consideramos que la cuestión debe analizarse a partir del concepto de contrato de seguro y de las obligaciones recíprocas de las partes, en relación con la función contractual y económica de la prima.

El art. 1 LCS establece:

“El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

En similares términos, el párrafo primero del art. 83 LCS dispone:

“Por el seguro de vida el asegurador se obliga, mediante el cobro de la prima estipulada y dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a satisfacer al beneficiario un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, en el caso de muerte o bien de supervivencia del asegurado, o de ambos eventos conjuntamente”.

5.- Aunque la LCS no define la prima, de su articulado (arts. 1, 4, 14, 15) se desprende que puede definirse como la remuneración que satisface el tomador a la compañía aseguradora, a cambio de la cobertura del riesgo asegurado. El abono de la prima se produce como contraprestación a la asunción del riesgo por parte del asegurador y, por tanto, constituye el precio o coste del seguro.

Si nos atenemos a dicho concepto, resulta que en este caso realmente no se pactó un único contrato de seguro que contemplaba una garantía principal y una garantía complementaria, a cambio de una prima; sino que lo efectivamente contratado fueron dos seguros (aunque se documentaran conjuntamente), uno de vida-jubilación (supervivencia) y otro de invalidez absoluta, cada uno de ellos con su respectiva prima. Se trataría de un caso similar al resuelto

por la sentencia 821/1998, de 15 de septiembre, en la que, frente a la alegación de la aseguradora de que había un único contrato de seguro de vida y accidentes, la sala consideró que se trataba de dos relaciones contractuales, porque se cobraron dos primas diferentes.

6.- Conforme a estas consideraciones, si se pagaba una prima diferente para cada riesgo, una cláusula que excluye la cobertura de uno de los riesgos por el acaecimiento del otro, tiene el carácter, cuando menos, de limitativa, como correctamente apreció la Audiencia Provincial.

Por lo que no cabe apreciar infracción del art. 3 LCS, ni de la jurisprudencia que lo interpreta.

7.- En su virtud, el recurso de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva que deban imponerse al recurrente las costas causadas por el mismo, según establece el art. 398.1 LEC.

2.- Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Aviva Vida y Pensiones S.A. contra la sentencia núm. 1077/2019, de 8 de noviembre, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación núm. 1209/2018.

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

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

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

Así se acuerda y firma.

Por **José Manuel Villar Calabuig**
Abogado

PREVIO: Sentencia de la Sala 1ª, ponente el magistrado D. Pedro José Vela Torres, a quién se agradece la claridad del resumen de antecedentes para entender el supuesto de hecho, primero por la reclamación del perjudicado al arquitecto y su aseguradora, con lo sucedido en dicho pleito, y, posteriormente, de la aseguradora del arquitecto contra el aparejador y la promotora por vía de repetición, pleito objeto del presente recurso.

No llega a resolverse el pleito completamente al casar la sentencia y devolver a la Audiencia Provincial las actuaciones para que entre a conocer del fondo del asunto y determinar la posible responsabilidad del aparejador mediante las pruebas aportadas por las partes, por lo que veremos como finaliza.

SUPUESTOS DE HECHO: Dado que este procedimiento es consecuencia de un procedimiento anterior, debemos tomar en consideración ambos, sin perjuicio de que el primero todavía debe ser objeto de enjuiciamiento respecto del aparejador.

El tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo

1º Reclamación por vicio constructivo contra el arquitecto y su aseguradora. En dicho pleito el demandado llamó al pleito al aparejador, si bien el demandante renunció a ampliar la demanda contra este, incluso oponiéndose primero a su intervención, que fue impuesta por el juzgado, desistiendo finalmente el demandado de la intervención provocada. En este pleito es condenado el arquitecto y, sorprendentemente, el aparejador, que no había sido parte en el procedimiento al no haber sido demandado (fue llamado al pleito, pero no se amplió la demanda contra él y finalmente el demandado desistió de que siguiera en el proceso). Como no podía ser de otra forma, la Audiencia absolvió al aparejador. Quedó firme la sentencia al asumir la aseguradora la condena.

Consecuencia de lo ocurrido, este procedimiento genera la confusión de si realmente el aparejador había sido absuelto en el procedimiento respecto del fondo del asunto, es decir su responsabilidad, o solo por su posición procesal al no haber sido demandado.

2º Acción de repetición de la aseguradora contra la promotora y el aparejador en virtud del art. 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (2. La acción de repetición que

podiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial).

SENTENCIAS DE INSTANCIA. La sentencia de Primera Instancia estima la demanda contra el aparejador y la promotora, aunque no podemos valorar sus argumentos al no reflejarse en la sentencia de apelación, ni en la de casación, el motivo de su estimación. Podemos pensar que su argumento, respecto de la legitimación, sería parecido a lo que resuelve el Alto Tribunal, desconociendo sobre el fondo si realmente la fundamentación para estimar la responsabilidad, y que abonasen la parte que solidariamente les correspondía, era la correcta, pues habiendo casado y devuelto las actuaciones por ausencia de motivación en el recurso frente a esta estimación puede ser que fuera objeto también del recurso de apelación.

La sentencia de la AP de Granada, sección 5ª, Sentencia 276/2019 de 31 May. 2019, Rec. 615/2018, estima el recurso de apelación del demandado y establece en el fundamento segundo: *“En el hecho 9º de la demanda, referido a la actual reclamación, se parte de la sentencia que puso fin al primero de los procedimientos, y parte, del precepto antes citado en cuanto a los deudores solidarios, extremo que no encuentra apoyo procesal alguno en cuanto el ahora apelante fue absuelto de aquella demanda por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.*

Atendiendo a la inexistencia de condena contra el ahora apelante y la misma postura procesal de quien resulta ahora apelado, no puede sino estimarse el recurso y absolver al demandado apelante.”

Esa confusión, creada tras la sentencia del procedimiento previo, se ve reflejada en los fundamentos de la de apelación pues, concretamente, establece que el aparejador fue absuelto en ese procedimiento y por lo tanto no puede responder ahora, si bien, debo aclarar, es claro que no fue absuelto por su ausencia de responsabilidad en los daños causados, sino que fue absuelto porque no podía ser condenado al no ser parte demandada en el procedimiento.

RECURSO POR INFRACCION PROCESAL Y CASACIÓN. Se plantean ambos recursos, el primero por infracción del 14.2 de la LEC (intervención provocada por el demandado) y el segundo por infracción del art. 1145 del Código Civil (el derecho a reclamar a sus codeudores solidarios) por quién pago.

El recurso por infracción procesal se desestima (de plano) al no citar el recurrente el art. 469.1 de la LEC (*1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:...*), sin contenido actualmente tras entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2023 (art. 103.92), por considerarlo imperativo.

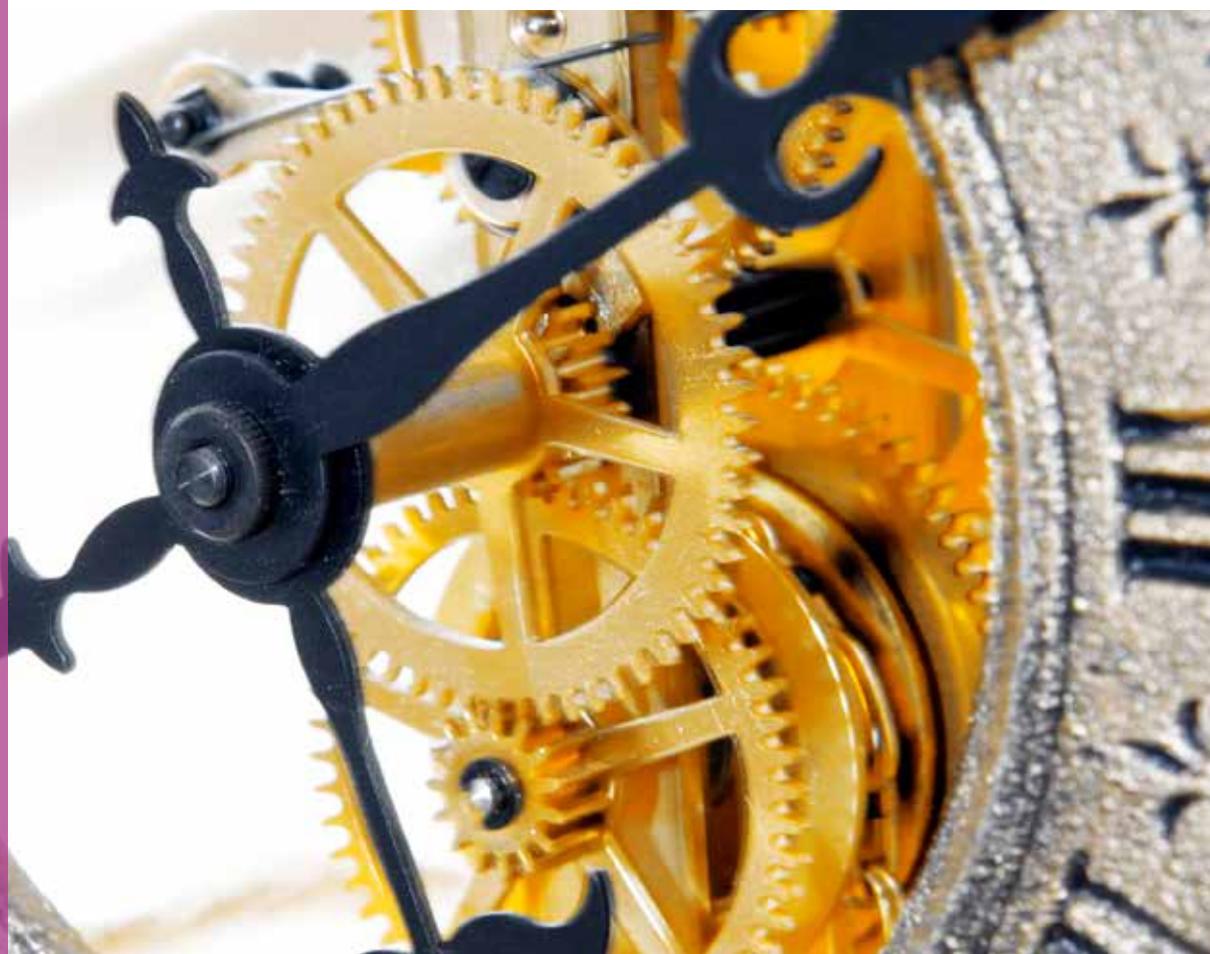
El recurso de casación si va a ser estimado por lo que se casa la sentencia pero sin entrar en el fondo por entender que debe ser la Audiencia Provincial *“para que como tribunal de apelación y órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia, que no podrá ya apreciar la falta de acción contra el demandado”*

Señala la Disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación establece: *Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento*

Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos.

Como ya es pacífico, en este punto, pues es reiterada la jurisprudencia de la Sala que así lo confirma, el llamado al pleito por intervención provocada no tiene la condición de demandado mientras el demandante no amplíe la demanda contra este nuevo interviniente. Así lo recogía la sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 538/2012 de 26 Sep. 2012, Rec. 478/2009 *“La incorporación al proceso de quien no ha sido demandado en su condición de agente de la construcción se autoriza en la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación exclusivamente para las acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la citada Ley, y se activa procesalmente a través del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo.”*



COMENTARIO

Por ello, si no se le demanda, no se le puede ni condenar ni absolver. No tan pacífica es la propia la figura del tercero interviniente que no siendo demandado es traído al pleito por el demandado y que el demandante ya decidió no demandar. Sin perjuicio de estrategias de defensa adaptadas al caso concreto, es una figura que genera mayor complejidad a la causa.

Dado que este tercero no puede ser condenado ni absuelto, pues no se puede pronunciar la sentencia sobre su responsabilidad, provoca a su vez que entrar en el fondo del asunto y la posible responsabilidad de lo intervinientes quede cuestionado. Sin embargo, la Sala lo resuelve sobre la base de que: *“la falta de pronunciamiento sobre la responsabilidad del agente de la edificación contra el que no se dirigió la demanda, no impide que se puedan analizar las circunstancias concretas sobre su responsabilidad y que dichos terceros queden vinculados por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrán alegar que resultan ajenos a lo resuelto”*. Parece claro que debemos diferenciar que en el fallo no pueda condenarse ni absolverse al tercero a que en la fundamentación de la sentencia se pueda valorar su intervención en el hecho generador el daño y que en este nuevo pleito (repetición) se pueda examinar su responsabilidad.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Indemnización por el importe pagado en exceso por la adquisición de camiones mediante arrendamiento financiero. Presunción del daño con base en los hechos descritos en la Decisión de la Comisión que sancionó el cártel. Fijación del quantum por la Audiencia Provincial con base en el informe pericial aportado por la demanda, que no ha sido impugnado. Devengo de los intereses legales desde la fecha de adquisición de los camiones y no desde la fecha de pago de cada una de las cuotas de leasing

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 22 de julio de 2024
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- La empresa Transportes Lapuente S.A. adquirió los siguientes camiones, relacionados por matrícula, número de bastidor, fechas y precio antes de impuestos.

Los vehículos fueron suministrados por los concesionarios independientes Motortrans S.A. y Veimancha S.A. y su adquisición fue financiada mediante distintos contratos de arrendamiento financiero, para cada uno de ellos, con diversas entidades: Transvolver Finance EFC S.A., La Caixa, Banco Atlántico y Bantierra; que fueron regularmente cumplidos.

2.- El 19 de julio de 2016, la Comisión Europea dictó una Decisión [CASE AT.39824 -Trucks]

6621GFF	ZCFA1EG1302537805	24/04/2008	Leasing	41.400,00
9683DWW	WJMM1VSK00C162556	24/02/2008	Leasing	59.000,00
Z2144BT	WJME2NP0000078974	19/07/2000	Leasing	52.889,07
0821BTN	ZCFA80A0002347942	27/02/2002	Leasing	22.838,46
0715CFL	WJME2NP000C111231	13/02/2003	Leasing	52.700,00
7367BCT	ZCFA80A0002339615	13/11/2000	Leasing	20.818,76
4184BRT	ZCFA80A0002347683	29/11/2001	Leasing	21.185,98
8070BJT	WFA80A00002347684	09/05/2001	Leasing	28.548,07
6350DHN	WJMM1VSK00C146226	04/03/2005	Leasing	59.000,00
5855FMH	WJMM1VSH40C178742	07/03/2007	Leasing	64.000,00
1013FNN	WJMM1VSH40C184432	28/03/2007	Leasing	64.000,00
2001FVH	WJMM1VTH40C192955	16/08/2007	Leasing	68.000,00
4567GDM	WJME2NP000004348788	24/04/2008	Leasing	66.130,00
2972BND	WJME2NP000C092966	18/05/2001	Leasing	53.189,57
3800BHP	WJMM1VSK00C090771	05/04/2001	Leasing	58.298,17
Z4139BS	WJMM1VRN00C076814	17/05/2000	Leasing	57.697,16
1797BTT	WJMM1VSK00C101491	15/03/2002	Leasing	59.200,00
3740CXX	WJMM1VSK00C135757	11/06/2004	Leasing	59.000,00
3783CXX	WJMM1VSK00C135691	11/08/2004	Leasing	59.000,00

(en lo sucesivo, la Decisión) en la que recogía el reconocimiento de hechos constitutivos de prácticas colusorias infractoras del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 53 del Acuerdo EEE por parte quince sociedades integradas en cinco empresas fabricantes de camiones (MAN, DAF, IVECO, DAIMLER MERCEDES y VOLVO/RENAULT). De acuerdo con la parte dispositiva de la Decisión, las conductas infractoras, desarrolladas entre el 17 de enero de 1997 y el 18 de enero de 2011, consistieron en la colusión en la fijación de precios e incrementos de precios brutos en el Espacio Económico Europeo (EEE) de camiones medianos y pesados y en el calendario y la repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para camiones medios y pesados conforme a las normas EURO 3 a 6. La Decisión impuso a esas empresas cuantiosas multas por la comisión de tales infracciones, les ordenó poner término a las referidas infracciones si no lo hubieran hecho ya y abstenerse de repetir cualquier acto o conducta como las descritas o que tuviera similar objeto o efecto. Un resumen de esta decisión fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de abril de 2017.

3.- Transportes Lapuente formuló una demanda contra Iveco, en la que solicitó una indemnización por el sobrecoste de los vehículos, más los intereses de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la demanda.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar prescrita la acción.

5.- El recurso de apelación de la demandante fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, que condenó a la demandada a indemnizar a la demandante en la suma límite de 297.027 €, más los intereses legales desde la fecha de pago del precio de cada vehículo.

6.- Ambas partes ha interpuesto sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. Por razones metodológicas, se examinarán primero los recursos de Iveco.

SEGUNDO.- *Sobre la admisión de los recursos de la demandada (Iveco)*

1.- La demandante se opone a la admisión de ambos recursos, porque considera que carecen de interés casacional, en la medida en que los tres motivos de casación han sido desestimados en casos anteriores, lo que ha motivado numerosos autos de inadmisión de recursos fundados en idénticos motivos. Y expresamente se argumenta que la admisión, en este caso, del recurso conculca el principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

Procede desestimar esta objeción porque no existe la identidad pretendida. Es cierto que la formulación de los motivos es muy similar a los que fueron resueltos en el primer grupo de sentencias de esta Sala sobre esta cuestión, lo que ha motivado que respecto de recursos posteriores, frente a sentencias de contenido similar, se haya apreciado la falta de interés casacional. Pero en este caso difiere el sentido de la resolución impugnada respecto de aquellos precedentes.

2.- En consecuencia, procede rechazar esta causa de inadmisión y entrar a analizar los recursos.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Iveco S.p.A.

TERCERO.- *Motivos primero y segundo: prueba de presunciones. Facilidad probatoria*

1.- Planteamiento. Los dos primeros motivos denuncian desde distintos puntos de vista una misma infracción legal, razón por la cual son analizados conjuntamente.

1.1.- El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.4.º LEC, denuncia la vulneración del art. 386.1 LEC.

En su desarrollo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida afirma la existencia del daño como necesariamente derivado de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, cuando ello no se desprende de dicha Decisión, por lo que aplica una presunción injustificada que ha relevado a la demandante de la carga de la prueba.

1.2.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia la contravención del art. 217.2 LEC.

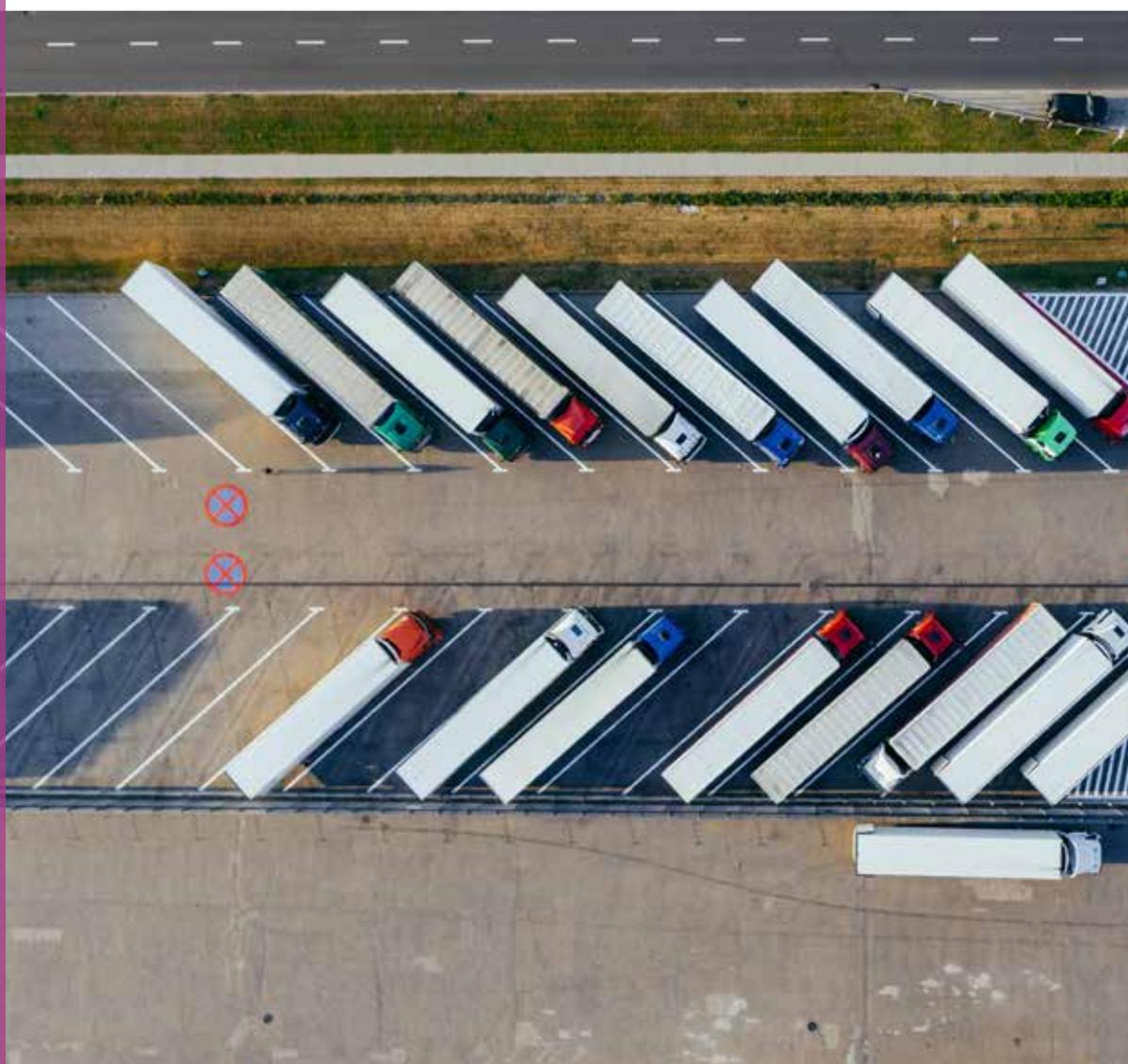
Al desarrollarlo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la Audiencia Provincial ha vulnerado el precepto mencionado porque correspondía a la demandante probar la existencia del daño y no lo ha hecho.

2.- Resolución de la sala. Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación, contenidas en las sentencias 942/2023, de 13 de junio, y 946/2023, de 14 de junio, por su patente similitud.

En relación con la prueba de presunciones, lo que se somete a control mediante el recurso extraordinario por infracción procesal es la su-

misión a la lógica de la operación deductiva, teniendo en cuenta que queda reservada a la instancia la opción discrecional entre diversos resultados posibles, sin que pueda confundirse la “deducción ilógica” con la “deducción alternativa propuesta por la parte” (por todas, sentencia 208/2019, de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2019:2103 y las que en ella se citan).

Como recuerda la sentencia 366/2022, de 4 de mayo, las presunciones judiciales del art. 386 LEC no suponen una inversión de la carga de la prueba, ni entran en contradicción con las normas que atribuyen las consecuencias de la falta de prueba. Lo que comportan y determinan esas presunciones es la aplicación de la regla de la dispensa de prueba del hecho presunto por la certeza que alcanza el tribunal sobre ese hecho, a la vista del hecho admitido o probado y del



enlace preciso y directo entre uno y otro, según las reglas de la sana crítica.

Sobre estas bases, cabe advertir lo siguiente: que, en este caso, por razones temporales, no resulte de aplicación la presunción *iuris tantum* de daño que establecen el art. 17.2 de la Directiva y el art. 76.3 LDC que lo traspone (“se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario”), no impide la aplicación de la presunción judicial de daño si se cumplen los requisitos del art. 386 LEC.

De tal manera que no puede considerarse que la Audiencia Provincial haya infringido dicho precepto si a partir de una serie de hechos, entre los que se encuentra el que se desprende de una interpretación de la Decisión que permite afirmar que hubo acuerdo colusorio sobre fijación de precios (hecho base), deduce racionalmente que debió haber un daño económico como contrapartida al beneficio obtenido por los cartelistas.

El acierto o desacierto de dicha conclusión excede de lo meramente procesal, al entrañar una valoración jurídica, propia del recurso de casación.

Por otra parte, en cuanto a la carga de la prueba, solo se infringe el art. 217 LEC si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 484/2018, de 11 de septiembre).

Es contradictorio, y por eso resulta inadmisibile, que al mismo tiempo se denuncie error en la valoración de la prueba (como se hace en un motivo que analizaremos a continuación) e infracción de la carga de la prueba, puesto que las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC son aplicables jus-



tamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido sobre la base de una determinada valoración de la prueba (sentencias 12/2017, de 13 de enero; y 484/2018, de 11 de septiembre).

En cualquier caso, el problema que se ha planteado en el litigio no es de insuficiencia probatoria absoluta y por ello la Audiencia Provincial no ha infringido las reglas de la carga de la prueba. En realidad, se trata de valorar la suficiencia de la prueba practicada por el demandante para decidir si la imposibilidad o la dificultad práctica para evaluar el perjuicio se debe a la inactividad de la parte demandante, lo que plantea un problema de valoración, más jurídica que fáctica, sobre la existencia y cuantificación del daño.

Y no se trata de que la sentencia recurrida ha hecho recaer en la parte demandada la falta de prueba sobre la existencia y la cuantificación del daño. Lo que hace la Audiencia Provincial, mediante el uso de las presunciones judiciales y de sus facultades de estimación judicial del daño, es llegar a una conclusión que no tiene que ver con la carga de la prueba.

TERCERO.- *Motivo tercero: valoración arbitraria e ilógica de la prueba pericial de la parte demandada*

1.- Planteamiento. El motivo tercero se formula al amparo del art. 469.1 4º LEC, y denuncia la vulneración del art. 24.1 CE.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial ha efectuado una valoración patentemente errónea e irrazonable de la prueba pericial aportada por la parte demandada. No es correcto afirmar que dicho informe pericial no contiene una alternativa razonable a la cuantificación efectuada en la demanda cuando ello no es así, aunque se llega a la conclusión de que la infracción no tuvo un impacto en los precios de los camiones de Iveco. Por lo que, a partir de la omisión de esas conclusiones alternativas, el resultado al que llega la sentencia recurrida es arbitrario.

2.- Resolución de la sala. El motivo se desestima por las razones que exponemos a continuación.

De la propia argumentación del motivo se desprende su desestimación. En efecto, por más que insista en que el informe pericial de la demandada (*Compass Lexecon*, ya analizado en sentencias precedentes de la sala) sí conte-

nía una cuantificación alternativa, realmente ello no era así, puesto que la base de dicha pericia es que no hubo daño, porque, aunque existiera infracción no hubo un impacto en los precios de los camiones de Iveco.

A ello debe unirse que el informe pericial aportado por la demandada tampoco acredita un sobreprecio inferior, y los datos que somete a su análisis comparativo y econométrico no pueden considerarse suficientes para alcanzar conclusiones fiables y plausibles.

El informe parte de una lectura distorsionada del contenido de la Decisión y consiguientemente de una premisa equivocada, que la conducta sancionada consistió en un mero intercambio de información sobre precios brutos, lo que le resta credibilidad.

El análisis se lleva a cabo a partir de datos cuya fuente es el entorno de la demandada y que no han sido contrastados, con el consiguiente riesgo de sesgo confirmatorio en su elección y análisis (para confirmar la premisa de la insignificancia del sobreprecio). Así, por ejemplo, se utiliza una variable, los costes de producción, que podría estar afectada por la propia infracción. Se utilizan precios netos de venta del fabricante al concesionario o distribuidor independiente. Y los datos no cubren todo el período infractor pues prescinde injustificadamente de los primeros años del cártel.

Además, la complejidad del mercado y la gran dispersión de descuentos practicados no impiden que el intercambio de información conlleve un aumento de precios.

Por otra parte, concurre la incertidumbre sobre la aplicación del método diacrónico al período posterior a la finalización del período de infracción.

3.- Como quiera que el motivo se refiere exclusivamente a la valoración del informe de la demandada y nada dice sobre la valoración del informe presentado por la actora (elaborado por Caballer, Herrerías y otros), ni tampoco se formula otro motivo referido a esa valoración, se encuentra esta sala con la tesitura de que el dictamen en el que, con determinadas adaptaciones, se fundamenta la razón decisoria de la Audiencia Provincial respecto de la cuantificación del daño no ha sido efectivamente impugnado por la recurrente. Por lo que, por razones de congruencia y limitación de la cognición en los recursos extraordinarios, no podemos pronunciarnos sobre la corrección de di-

cho informe, ni sobre las conclusiones de la sentencia recurrida basadas en él, que han de quedar incólumes.

4.- Como consecuencia de lo cual, el tercer motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

Recurso de casación de Iveco

CUARTO.- *Primer motivo de casación. Presunción de daño*

1.- Planteamiento. El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1101 y 1106 CC, en relación con el art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente arguye, resumidamente, que la sentencia recurrida presume indebidamente que la infracción concurrencial por la que fue sancionada Iveco se tradujo necesariamente en un incremento del precio de los camiones cuando no hay prueba de que ello fuera efectivamente así, al aplicar indebidamente una suerte de regla *ex re ipsa*, cuyos re-

quisitos no se cumplen en este caso, y sin que tenga base en el art. 101 TFUE, ni en la Decisión de la Comisión, ni en la jurisprudencia del TJUE.

2.- Resolución de la Sala. El motivo se desestima, por las razones que exponemos a continuación, coincidentes con lo ya expresado en las sentencias 923/2023, de 12 de junio; 924/2023, de 12 de junio; 925/2023, de 12 de junio; 926/2023, de 12 de junio; 927/2023, de 12 de junio; 940/2023, de 13 de junio; 941/2023, de 13 de junio; 942/2023, de 13 de junio; 946/2023, de 14 de junio; 947/2023, de 14 de junio; 948/2023, de 14 de junio; 949/2023, de 14 de junio; 950/2023, de 14 de junio; y 1415/2023, de 16 de octubre; a cuyas argumentaciones más extensas nos remitimos.

El art. 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, dispone que “cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 y 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comi-



sión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. [...]”.

Este efecto vinculante de las decisiones de la Comisión sobre acuerdos, decisiones o prácticas infractores de las normas de la competencia “se aplica asimismo cuando los órganos jurisdiccionales nacionales conocen de una acción de indemnización del daño ocasionado a consecuencia de un acuerdo o una práctica que se han declarado contrarios al artículo 101 TFUE en una decisión de dicha institución”, según ha precisado el TJUE en su sentencia de 6 de noviembre de 2012, asunto C-199/11, *Otis y otros*, apartado 51.

Por tanto, al ejercitarse en este procedimiento una acción *follow-on* de indemnización de los daños y perjuicios eventualmente producidos en el patrimonio de los demandantes por el cártel ya declarado y sancionado por la Decisión de la Comisión, hemos de partir necesariamente del examen del contenido y alcance de esta Decisión.

La Decisión de la Comisión, al sancionar una infracción al Derecho de la competencia por objeto, no se ve en la obligación de detallar los concretos efectos ocasionados por las prácticas colusorias sancionadas. Pero eso no impide que la propia Decisión realice algunas afirmaciones al respecto.

3.- Contenido y alcance de la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016. La demandada niega que en este caso el cártel haya ocasionado daño a los demandantes porque no provocó la subida del precio de los camiones fabricados por las empresas cartelistas. Y basa esta afirmación en que la conducta sancionada fue un mero intercambio de información, que fue inocuo para los compradores de los camiones fabricados por los cartelistas.

El intercambio de información sobre precios ya es considerado por la Comisión como una distorsión de la competencia, causa muy probable de una elevación de precios (apartado 73 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal). Pero la Decisión de la Comisión no circunscribe la conducta de las empresas involucradas en el cártel a un mero intercambio de información, sino que va más allá de esta conducta.

4.- En varios de los considerandos de la Decisión se hace alusión al intercambio de infor-

mación, no solo sobre precios brutos, sino también sobre otros extremos relevantes para la competencia entre empresas. Pero en otros considerandos se describen expresamente conductas de colusión consistentes en la discusión y adopción de acuerdos sobre la fijación y el incremento de precios, por lo general de los precios brutos y en ocasiones de precios netos. Así ocurre, por ejemplo, en los considerandos 50, 51, 71 y 81.

Como consecuencia de lo anterior, la parte dispositiva de la Decisión declaró que las unidades empresariales que reseña a continuación habían infringido el art. 101 TFUE y el art. 53 del Acuerdo EEE -durante determinados periodos de tiempo que indica a continuación-, al participar en prácticas colusorias de fijación de precios e incrementos de precios brutos de los camiones medios y pesados en el Espacio Económico Europeo (EEE) de camiones medianos y pesados y no simplemente un intercambio de información.

También es muy significativo que el resumen de la Decisión que la propia Comisión europea publicó en español afirme que “[l]a infracción consistió en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones en el EEE” y no en un mero intercambio de información.

5.- Este entendimiento sobre la conducta sancionada por la Decisión coincide con lo declarado por el TJUE cuando ha tenido que aplicar la Decisión, en concreto en el apartado 16 de la citada sentencia de 22 de junio de 2022 (asunto C- 267/20, *Volvo y DAF Trucks*), y en el apartado 21 de la STJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI: EU:C:2023:99), que se refiere a la “conclusión de acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones medios y pesados en el Espacio Económico Europeo [...]”.

6.- Existencia del daño y de la relación de causalidad. El art. 17.2 de la Directiva, que ha sido traspuesto en el art.

76.3 de la Ley de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, LDC) no es aplicable en este litigio por razones temporales, al preverlo así el art. 22.1 de la Directiva, en la interpretación dada por la STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, *Volvo y DAF Trucks*, ECLI: EU:C:2022:494), en sus apartados 90 y siguientes y en su parte dispositiva, y el apartado primero de la disposición transitoria primera del

Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, que la traspuso al Derecho interno.

Pero, como hemos declarado en las resoluciones antes citadas, en este cártel de los camiones concurren unas concretas y significativas características que permiten presumir la existencia del daño.

Entre estas características pueden destacarse: la extensa duración del cártel, que se prolongó durante 14 años; en él estuvieron implicados los mayores fabricantes de camiones del EEE, con una cuota de mercado de aproximadamente el 90%; y su objeto fue la discusión y adopción de acuerdos sobre, entre otros extremos, la fijación de precios y el incremento de precios brutos. Como señala la Guía práctica de la Comisión “es probable que, por regla general, los cárteles den lugar a costes excesivos y que cuanto más duradero y sostenible ha sido el cártel, más difícil le resultaría a un demandado alegar que no había habido un impacto negativo sobre los precios en un caso concreto” (apartado 145). En este caso, se suma a la prolongada duración del cártel su amplia extensión geográfica y la elevada cuota de mercado afectada, lo que incrementa todavía más la dificultad de negar la existencia de un impacto negativo sobre los precios del caso concreto y correlativamente, hace más plausible y fundada la afirmación de su existencia.

7.- Los hechos de los que parte el tribunal de apelación para presumir la existencia del daño y de la relación de causalidad son los hechos constatados en la Decisión. Las máximas de experiencia, muchas de ellas recogidas en los documentos elaborados por la Comisión, han servido para establecer el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre esos hechos probados, en tanto que fijados en la Decisión, y el hecho presumido: que el cártel provocó el incremento del precio de los camiones objeto de los acuerdos colusorios.

No es óbice a lo anterior que la Decisión sancione el cártel como una restricción de la competencia por objeto, y no por efectos. Efectivamente, como ya se ha indicado, la Comisión no consideró necesario entrar a valorar los efectos reales del cártel por tratarse de un acuerdo que tenía por objeto la evitación, restricción o distorsión de la competencia en el mercado interior (en este sentido, apartados 80 y 82 de la Decisión), sin que el apartado 85 suponga una descripción de los efectos del cártel sino simplemente la justificación de la aplicabilidad del art. 101 TFUE y 53 del Acuerdo sobre el EEE, y

no de la norma de Derecho nacional de la competencia, así como de la competencia de la Comisión Europea, y no de las autoridades nacionales de la competencia, para sancionar la conducta anticompetitiva.

El apartado 21 de la Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE) declara:

“Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundará en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios”.

8.- Sin necesidad de aplicar la doctrina *ex re ipsa*, puede concluirse razonablemente que ha existido una infracción del Derecho de la competencia de enorme gravedad por su duración (14 años), por su extensión espacial (todo el EEE), por la cuota de mercado de los fabricantes implicados en el cártel (aproximadamente un 90%) y por la naturaleza de los acuerdos colusorios (no solo el intercambio de información sobre datos concurrenciales sensibles sino también la discusión y acuerdos sobre fijación e incremento de precios brutos).

Y con base en estos hechos y en la propia racionalidad económica de la existencia de un cártel de estas características (con una alta exposición al riesgo de elevadas sanciones, cuya asunción carecería de lógica en ausencia de todo beneficio), aplicando las reglas del raciocinio humano y las máximas de experiencia (reflejadas muchas de ellas en los documentos elaborados por las instituciones de la Unión Europea, como

es el caso de la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 TFUE), puede presumirse que la infracción ha producido un daño en los compradores de los productos afectados por el cártel, consistente en que han pagado un precio superior al que hubieran pagado si el cártel no hubiera existido.

Esta presunción de existencia del daño, fundada en el art. 386 LEC, no es una presunción legal, y tampoco es *iuris et de iure*, por lo que admitiría prueba en contrario. Conforme al apartado 3 de este precepto, “frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”. El art. 385.2 LEC, aplicable por vía de remisión, admite que la prueba en contrario pueda dirigirse “tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”. En el caso de la litis, el informe pericial de la demandada no ha desvirtuado las bases sobre las que se ha fundado la presunción ni su resultado. En consecuencia, debemos partir del hecho presunto (existencia del daño) como hecho cierto.

9.- La actividad probatoria desplegada por la demandante, en concreto la presentación del informe pericial con la demanda, que no ha sido directamente impugnado en estos recursos extraordinarios, puede ser considerada adecuada para descartar que la ausencia de prueba suficiente del importe del daño se deba a la inactividad del demandante. Y estando probada la existencia del daño, justifica que la Audiencia Provincial, con base en ese informe, pudiera fijar la indemnización.

La descripción en la Decisión de la conducta infractora es base suficiente para presumir la existencia del daño, dadas las características del cártel descrito (objeto, participantes, cuota de mercado, duración, extensión geográfica), mediante la aplicación de las reglas del raciocinio humano para deducir de esos datos la existencia del daño, sin que pueda mantenerse que fue insignificante o meramente testimonial.

10.- En su virtud, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- Segundo motivo de casación. Plazo de prescripción de la acción

1.- Planteamiento. El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1968.2 y 1969 CC, en relación con la fijación del día inicial del plazo de prescripción de la acción.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, sintéticamente, que el plazo de prescripción debe ser el de un año previsto en el art. 1968.2 CC y empezar a computarse desde el 19 de julio de 2016, en que se publicó la nota de prensa sobre la Decisión.

2.- Resolución de la Sala. El motivo debe ser desestimado conforme a los propios precedentes fijados en las sentencias 928/2023, de 12 de junio, 941/2023, de 13 de junio, y 949/2023 y 950/2023, ambas de 14 de junio.

Declaramos en tales resoluciones que en la STJUE de 22 de junio de 2022 (C-267/20, *DAF & Vo/vo*), ante la falta de una regulación específica en la Directiva sobre el régimen de aplicación temporal, el Tribunal de Justicia consideró que la circunstancia relevante para determinar el derecho inter temporal en materia de prescripción era el *dies ad quem* de las acciones (“procede examinar si, en la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/104, a saber, el 27 de diciembre de 2016, se había agotado el plazo de prescripción aplicable a la situación de que se trata en el litigio principal”, 49). Y en consonancia con el art. 1968.2 CC, el TJUE considera que *el dies a quo* sería el momento en que el demandante “tuviera conocimiento de los hechos de los que nacía la responsabilidad [...que] implican el conocimiento de la información imprescindible para ejercitar una acción por daños” (ap. 51).

Es decir, ante la duda sobre la vigencia y aplicabilidad de la Directiva, la STJUE de 22 de junio de 2022 consideró aplicable a estos litigios el art. 10 de la Directiva 2014/104/UE y el art. 74.1 LDC porque, aunque se trata de disposiciones sustantivas, a efectos del art. 22.1 de dicha Directiva, se considera que el plazo de prescripción aplicable a esa acción en virtud de la regulación anterior no se había agotado antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva.

3.- El carácter sustantivo de la norma sobre prescripción no permite la reactivación de acciones ya extinguidas de acuerdo con el régimen legal precedente, pero sí permite valorar la aplicabilidad de las nuevas reglas a acciones vivas, aún no ejercitadas en el momento de la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (caso objeto del procedimiento), incluso del plazo de transposición

de la Directiva (27 de diciembre de 2016). El apartado 74 de la STJUE describe este supuesto como la situación que sigue surtiendo sus efectos después de que hubiese expirado el plazo de transposición de la Directiva (incluso después de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, que transpone la Directiva).

Mutatis mutandis, se trata del mismo supuesto previsto en derecho nacional con carácter general en la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil.

Por otra parte, el párrafo 71 de la STJUE considera razonable que el perjudicado tuviera conocimiento de la información indispensable para el ejercicio de la acción por daños en la fecha de publicación del resumen de la Decisión final en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 6 de abril de 2017.

4.- En definitiva, como el *dies a quo* viene determinado por la fecha de publicación en el DOUE de la Decisión (6 de abril de 2017) y el plazo de prescripción previsto en el art. 74.1 LDC (aplicable a una situación jurídica que sigue surtiendo efectos) es de cinco años, no puede considerarse prescrita la acción en la fecha de presentación de la demanda.

Recurso de casación de Transportes La-puente

SEXTO.- Único motivo de casación. *Intereses de la indemnización*

1.- Planteamiento. El único motivo de casación denuncia la infracción del art. 101 TFUE y del principio de efectividad, en relación con la jurisprudencia del TJUE.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que deberían haberse concedido los intereses legales desde la fecha de la adquisición de los camiones, puesto que la sentencia recurrida, al concederlos desde la fecha de pago de cada una de las cuotas de leasing hace imposible o excesivamente difícil la reparación del perjuicio irrogado por la infracción de la libre competencia.

2.- Resolución de la Sala. El motivo debe ser estimado por las razones que exponemos a continuación.

En la sentencia 381/2024, de 14 de marzo, sobre la adquisición de un camión mediante arrendamiento financiero, indicamos:

“Quien ejercita la acción comparece como adquirente de un camión, al margen de la forma que se hubiera podido financiar tal adquisición. La justificación de su legitimación está en función de lo que solicita: la indemnización del perjuicio sufrido al haber adquirido un vehículo a un precio superior del que hubiera correspondido si no hubiera existido el cártel. La legitimación activa supone tener la condición que justificaría la reclamación, en este caso, haber adquirido el camión por un precio cartelizado, un sobreprecio. Al margen de la prueba del daño y de su cuantificación, la condición de adquirente del camión basta para conferirle legitimación activa. También cuando la adquisición ha sido financiada por medio de un contrato de leasing, el arrendatario financiero a estos efectos tiene la condición de adquirente, sin necesidad de justificar en cada caso el pago de la última cuota (residual), pues el perjuicio de haber adquirido a un precio superior al debido (de no haber existido el cártel) lo habrá sufrido igual, tanto si, al final, opta o no por el pago de la última cuota”.

Para lograr la reparación íntegra del daño sufrido por la actuación del cartel, no puede darse un tratamiento diferente, en lo que respecta a la condena al pago de intereses que actualicen la indemnización del daño para contrarrestar el efecto del transcurso del tiempo entre el momento de la producción del daño y el momento en que se acuerda su reparación, al comprador que paga el precio al contado, al que lo financia mediante un préstamo o al que lo financia mediante un contrato de leasing.

En todos los casos, el daño lo sufre el adquirente en el momento de la adquisición del camión con un sobrecoste producido por la actuación del cártel, por lo que la indemnización de ese daño ha de actualizarse desde ese momento para evitar los efectos de la depreciación monetaria y compensar la falta de disponibilidad sobre esa cantidad que ha pagado como sobrecoste. Que haya financiado esa adquisición (y, a estos efectos, es indiferente que lo haga mediante un préstamo o mediante un contrato de leasing) no tiene influencia sobre el momento en que se ha producido el daño. Además, los intereses que el adquirente del camión ha de pagar por esa financiación, por lo general a un tipo superior al del interés legal del dinero, se calculan sobre ese precio incrementado por la conducta colusoria por lo que si se acordara que los intereses del sobrecoste se calculen, no desde la fecha de la adquisición del camión, sino desde la fecha del pago de

cada cuota, respecto de la parte de dicha cuota que corresponda a la amortización del sobrecoste, no se estaría reparando íntegramente el daño sufrido pues no se estaría compensando el mayor coste de la financiación causado por tener que financiar una cantidad mayor que la que habría correspondido de no haber existido el cártel.

El otro argumento esgrimido por la demandante también es razonable: la dificultad que entraña la aplicación efectiva del criterio de cálculo establecido en la sentencia recurrida supondría un grave obstáculo para la efectividad de la aplicación del art. 101 TFUE, pues en el caso de los camiones financiados mediante leasing habría que diferenciar en cada cuota la parte correspondiente a intereses y la parte correspondiente a amortización del principal, y, dentro de esta, calcular que cantidad correspondiente al sobreprecio, y sobre el importe del sobreprecio amortizado en cada cuota, calcular el devengo del interés. Dificultad que resulta acentuada en los casos objeto de este cártel por la antigüedad de los contratos de financiación.

En consecuencia, el cálculo del interés del sobreprecio, al tipo del interés legal, ha de realizarse desde la fecha de adquisición de cada camión para que el adquirente del camión sea resarcido de los daños producidos por el cártel, como exige el art. 101 TFUE y la jurisprudencia que lo desarrolla.

3.- En su virtud, el recurso de casación de la demandante debe ser estimado, a fin de establecer que la indemnización concedida devengará los intereses legales desde la fecha de adquisición de los camiones.

SÉPTIMO.- *Costas y depósitos*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación de la demandada implica que deban imponérsele las costas causadas por ellos, conforme al art. 398.1 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación de la demandante comporta que no proceda hacer expresa imposición de costas, a tenor del art. 398.2 LEC.



3.- La estimación del recurso de apelación de la demandante conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas de la segunda instancia, según previene el art. 3982. LEC.

4.- La estimación de la demanda implica que deban imponerse a la parte demandada las costas de la primera instancia, según dispone el art. 394.1 LEC.

5.- Igualmente, procede acordar la pérdida de los depósitos constituidos para la formulación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación de la demandada. Y la devolución de los depósitos constituidos para la formulación del recurso de casación y del recurso de apelación de la demandada, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Iveco S.p.A. contra la sentencia núm. 728/2021, de 17 de mayo, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 423/2021.

2.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Transportes Lapuente S.A. contra dicha sentencia, en el sentido de condenar a la demandada al pago de los intereses legales de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial desde la fecha de la adquisición de los camiones.

3.- Imponer a Iveco S.p.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

4.- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación de la demandante, ni por su recurso de apelación.

5.- Imponer a Iveco S.a.P. las costas de la primera instancia.

6.- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la formulación de los recursos de Iveco S.p.A. y la devolución de los prestados para los recursos de Transportes Lapuente S.A. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Y comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (arts. 16.3 LDC y 212.3 LEC) .

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma. 2

Por **Fco. Javier Maldonado Molina**
*Profesor Titular de Derecho Mercantil de
 la Universidad de Granada*

1. La efectividad del derecho al pleno resarcimiento de los daños producidos por los ilícitos antritrust, y la capitalización del daño.

En la compensación de los daños provocados por conductas contrarias a la libre competencia, en especial cuando esa conducta ha generado un sobreprecio o coste excesivo (sería el daño emergente), adquiere una importancia no desdeñable el abono de los intereses que ese sobreprecio ha devengado desde el momento en que se produjo el daño, hasta el momento en que se reclama judicialmente. Con frecuencia las conductas antritrust se remontan varios años atrás antes de ser descubiertas y reclamadas. Es el caso del conocido como Cártel de los Camiones, que se mantuvo desde el 17 de enero de 1997 al 18 de enero de 2011, no siendo sancionada por la Comisión Europea hasta que se dictó la Decisión de 19 de julio de 2016, cuyo resumen se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de abril de 2017, momento a partir del cual comenzó el cómputo del plazo de prescripción para las acciones de reclamación, de cinco años según ha declarado el TJUE en sentencia de 22 de junio de 2022. Queda patente, pues, que el lapso temporal entre que se produjo el daño, y la interposición de la demanda, puede ser de varias décadas incluso.

Los intereses devengados por el daño sufrido (generalmente en forma de sobreprecio o sobrecoste), son uno de los conceptos a tener en cuenta para verificar el pleno resarcimiento de quien ha sufrido un perjuicio por una infracción del Derecho de la competencia, para reponerlo a la situación en la que habría estado de no haberse cometido aquella infracción.

Por ello, no es de extrañar el protagonismo que se ha venido dando al abono de intereses al abordar la compensación de daños en este ámbito, incluso antes de que se promulgara la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Directiva de Daños). Ya en 1993, en su sentencia de 2 de agosto de ese año, *Marshall* (Asunto C-271/91), el Tribunal de Justicia advirtió que la concesión del derecho a percibir los intereses constituye un elemento indispensable de la indemnización; algo que reiteró en la sentencia de 13 de julio de 2006, *Manfredi* (Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04), donde resaltó que la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción. También nuestro Tribunal Supremo, con ocasión del conocido como Cártel del Azúcar, señaló que “Los intereses constituyen uno de los medios de corregir los rigores nominalistas y de acercarse a la íntegra reparación del daño con la satisfacción determinada por la idea de una real equivalencia” (STS

COMENTARIO

344/2012 de 8 junio). Y luego en varias de las sentencias dictadas con ocasión del Cártel de los Camiones, el Tribunal Supremo ha declarado que procede el pago de intereses de la indemnización desde el momento en que se produjo el daño porque es una medida necesaria para que el resarcimiento sea pleno, y no porque se haya producido un retraso en el pago (sentencias 940/2023, de 13 de junio; 941/2023, de 13 de junio; 946/2023, de 14 de junio; 947/2023, de 14 de junio; 1415/2023, de 16 de octubre; y 260/2024, de 7 de octubre). Por supuesto, para las conductas posteriores a la Directiva de Daños, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se hace mención expresa a que el derecho al pleno resarcimiento comprenderá no sólo el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, sino también el pago de los intereses (art. 72), siguiendo lo previsto en la Directiva de Daños (art. 3), en cuyo Considerando 12 se afirma que “El pago de intereses es un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, y debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización”.

Por tanto, los intereses devengados por el daño sufrido (generalmente en forma de sobreprecio o sobrecoste), son uno de los conceptos a tener en cuenta para verificar el pleno resarcimiento de quien ha sufrido un perjuicio por una infracción del Derecho de la competencia, para reponerlo a la situación en la que habría estado de no haberse cometi-



do aquella infracción, en un hipotético escenario contrafactual. Para ello, como se indica en la Guía sobre la cuantificación de los daños de la CNMC, de 11 de julio de 2023, una vez valorados los daños sufridos por el demandante en el momento en que se produjo la infracción, es necesario capitalizarlos, es decir, expresarlos en términos presentes, aplicando una tasa de capitalización o tipo de interés. De este modo -añade- se busca tener en cuenta el “valor temporal del dinero”.

Aunque sobre esa cuestión nuclear (la necesidad de capitalizar el daño) existe consenso, no sucede así con otras cuestiones relacionadas con la capitalización, evidenciando -como ha advertido la CNMC en su Guía- que se trata de un área con una doble vertiente, económica y jurídica, en la medida en que se interrelacionan obligaciones legales con principios económicos. Así, la capitalización de los daños puede realizarse aplicando un método de capitalización simple, o un método de capitalización compuesta. Y pueden aplicarse diferentes tasas de capitalización o tipo de interés: el interés legal, la tasa libre riesgo, el coste del capital del demandante, etc. Una explicación clara sobre todo ello puede encontrarse en la Guía sobre la cuantificación de los daños de la CNMC. Además, como se ha puesto de relieve en la sentencia comentada, tampoco es una cuestión pacífica el *dies a quo* para el cómputo de los intereses en caso de productos cartelizados adquiridos mediante leasing: ¿los intereses se devengan desde el momento de la suscripción del contrato de leasing, o desde el abono de cada una de las cuotas de leasing?; dicho de otra forma, ¿cuándo se ha producido el daño en esos supuestos?

2. El principio de efectividad y los productos con precio cartelizado adquiridos mediante contratos de leasing

Antes de abordar el devengo de intereses en los supuestos de adquisición de productos con precios cartelizados mediante contratos de leasing, interesa recordar cómo la jurisprudencia menor ya ha venido haciendo respetar el principio de efectividad, en relación a la legitimidad de los adquirentes de camiones mediante leasing, acogiendo un criterio de flexibilidad probatoria en cuanto al abono efectivo de todas las cuotas (incluida la última) cuando la demandada no ha demostrado su impago, advirtiendo que “si no se acredita que la entidad de leasing ha reclamado judicial o extrajudicialmente el pago, debe presumirse que el contrato se atendió con normalidad por el obligado al pago de las cuotas” (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 140/2021 de 8 marzo). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha declarado además que “cuando la adquisición ha sido financiada por medio de un contrato de leasing, el arrendatario financiero a estos efectos tiene la condición de adquirente, sin necesidad de justificar en cada caso el pago de la última cuota (residual), pues el perjuicio de haber adquirido a un precio superior al debido (de no haber existido el cártel) lo habrá sufrido igual, tanto si, al final, opta o no por el pago de la última cuota” (FD 2º STS 381/2024, de 7 de marzo). Ya entonces, como se ve, se intuye que el Tribunal Supremo identificaba el daño con la fijación del precio con sobrecoste, y no en el pago de las cuotas.

Ahora, en la STS 1043/2024 comentada (y en la STS 1045/2024, de 22 de julio), se da un paso más en el respeto al principio de efectividad, evitando que para capitalizar el daño en las adquisiciones mediante leasing, haya que realizar laboriosas operaciones de cálculo de los intereses devengados para cada una de las cuotas, que aunque varían con el paso del tiempo, no suponen un cambio sustancial en el resultado. Por contra, tener que hacer ese cálculo sí afectaría al principio de efectividad en las dos maneras que indica el Tribunal Supremo. No se debe olvidar que el principio de efectividad exige -según advierte la Disposición adicional segunda del RDL 9/2017, de 26 de mayo- que las normas y procedimientos aplicables al ejercicio de las acciones de daños no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia.

3. La delimitación temporal de los intereses en caso de leasing

En efecto, en los casos de compra de un producto con precio cartelizado mediante leasing, ha surgido controversia acerca de si la capitalización del daño por medio de intereses, se debe realizar calculando los intereses devengados desde la fecha de suscripción del contrato de leasing (dicho de otro modo, desde el momento de la adquisición del producto, aunque sea obviando estrictamente la dinámica del leasing), o desde la fecha de pago de cada una de las cuotas abonadas. Así, en algunos procedimientos, algunos fabricantes demandados han alegado que si el inicio del cómputo de los intereses se fija en el momento de la firma del contrato de leasing y no en el momento en que se paga cada una de las cuotas, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto al capitalizar a favor de los demandantes un montante que aún no habrían desembolsado en la fecha de firma del contrato de leasing.

Esta alegación ha sido aceptada por varias Audiencias. A título de ejemplo, cabe citar a la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1 (Sentencia 460/2021, de 16 de noviembre); a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª (en varias sentencias, como la 728/2021, de 17 de mayo; la 1171/2021, de 20 de octubre; la 1134/2021, de 6 de octubre; o la 1503/2021, de 27 de diciembre); a la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª (Sentencia 602/2022, de 1 de septiembre, que sigue expresamente a la SAP Zaragoza 1134/2021, de 6 de octubre); a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª (Sentencia 990/2022, de 6 de octubre); a la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª (Sentencia 511/2022, de 30 de noviembre); y a la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª (Sentencia 409/2023, de 29 de mayo).

Pese a que sobre el papel pudiera parece una alegación justa, conviene relativizar la importancia cuantitativa del resultado final de lo que supone calcular los intereses devengados por cada una de las cuotas, en lugar de hacerlo partiendo del sobrecoste total que ha supuesto la conducta para la compra y el leasing. Más bien parece una estrategia para dificultar las reclamaciones de estos daños en los casos de leasing, por tanto a costa del principio de efectividad, porque -como hemos adelantado- sería muy laborioso tener que ir calculando cuota a cuota los intereses devengados por la porcentaje de cuota afectada por el sobrecoste (por ejemplo, el 5%), desde su pago y hasta la fecha de la demanda, debiendo distinguir además entre la parte de cuota dirigida a amortizar el precio y los intereses convencionales de cada cuota del leasing, si no se hubiera reclamado el incremento o sobrecoste de los intereses remuneratorios del leasing. Y con la dificultad añadida de que son operaciones que se realizaron hace años, mucho más allá de periodo en el que los empresarios han de conservar su documentación. Reflejo de ese cálculo es lo declarado en la SAP Zaragoza 1134/2021, de 6 de octubre: “Los intereses en estos supuestos no serán desde la fecha del contrato de arrendamiento financiero, sino desde el pago de cada cuota y por el importe de la misma. De tal manera que la condena será al pago de los sobrecostes más los intereses desde el pago (bien desde la compra directa, bien desde el pago de cada cuota de leasing). (...) Bien entendido que al reclamar la actora sólo el sobreprecio del camión, no reclama cantidad alguna por el sobrecoste de la financiación del mismo. De ahí que, la cantidad de la cuota por la que ha de devengarse intereses desde su concreto pago, no es el total de la misma, sino únicamente la correspondiente a la amortización del precio, sin extenderse a las cantidades destinadas a la financiación o pago de intereses por las cantidades del principal aplazadas”.

Pues bien, dos de las sentencias dictadas por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza (la núm. 728/2021, de 17 de mayo; y la 1503/2021, de 27 de diciembre), fueron objeto de recurso de casación por las adquirentes demandantes, a raíz de los cuales la Sala 1ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado por primera vez expresamente sobre el *dies a quo* del devengo de intereses cuando la adquisición del camión se ha financiado mediante un contrato de arrendamiento financiero (leasing). Implícitamente, en las dece-

nas de sentencias del Tribunal Supremo dictadas en diferentes tandas (la última en este momento, el 7 de octubre de 2024), siempre se ha declarado que los intereses se devengarán “desde la fecha de adquisición”, pese a que en la mayoría de los casos se trataba de camiones adquiridos mediante leasing. Y en la STS 381/2024, de 7 de marzo, advirtió que el perjuicio o daño provenía de haber adquirido el producto a un precio superior al debido (de no haber existido el cártel), y que en caso de leasing lo habrá sufrido igual tanto si al final opta o no por el pago de la última cuota.

En concreto, la SAP de Zaragoza núm. 728/2021, de 17 de mayo, ha sido casada por la STS 1043/2024, de 22 de julio; y la SAP de Zaragoza núm. 1503/2021, de 27 de diciembre, por la STS 1045/2024, de 22 de julio. En ambos estimándose los recursos de casación en el sentido de condenar a las demandadas al pago de los intereses legales de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial desde la fecha de la adquisición de los camiones, y no desde el pago de cada una de las cuotas de leasing.

Los argumentos contenidos en las dos sentencias del Tribunal Supremo son idénticos.

Algunos fabricantes demandados han alegado que si el inicio del cómputo de los intereses se fija en el momento de la firma del contrato de leasing y no en el momento en que se paga cada una de las cuotas, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto al capitalizar a favor de los demandantes un montante que aún no habrían desembolsado en la fecha de firma del contrato de leasing.

No deja de resultar anecdótico (sin mayor relevancia, al ser un criterio de consenso) que la sentencia que aparece con un número precedente (la STS 1043/2024) haya reproducido el texto de la numerada como STS 1045/2024, algo que conviene tener presente al leer la STS 1043/2024, porque mientras que en el recurso de casación de la STS 1043/2024, todo parece indicar que la recurrente expuso un argumento que hacía referencia genérica al principio de efectividad (al menos según aparece resumido en la sentencia), en el recurso de casación de la STS 1045/2024, la recurrente precisó más su alegación, usando dos argumentos, razón por la cual en la STS 1045/2024 (y en la STS 1043/2024) se alude al “otro argumento esgrimido por la demandante”, aunque al leer el párrafo en la que se resume la alegación de la recurrente, no aparece. Por ello, para comentar la STS 1043/2024, vamos a traer también los argumentos del recurso que dio lugar a la STS 1045/2024.

Ambos recursos se basan en que conceder los intereses desde la fecha del pago de cada cuota menoscaba el principio de efectividad. En la STS 1043/2024 se indica que la parte recurrente “alega, resumidamente, que (...) al concederlos desde la fecha de pago de cada una de las cuotas de leasing hace imposible o excesivamente difícil la reparación del perjuicio irrogado por la infracción de la libre competencia”. De forma más precisa, en el

recurso de la STS 1045/2024 la recurrente alegó que la cuantía de las cuotas de los contratos de leasing ya está “inflada” pues las cuotas, comprensivas de principal e intereses que se deben pagar en dichos contratos de financiación se calculan sobre un precio que incluye el sobrecoste, por lo que los adquirentes soportan una carga financiera mayor que la que hubiese procedido en caso de no existir tal sobrecoste. Este argumento es acogido por ambas sentencias, que parten de que “Para lograr la reparación íntegra del daño sufrido por la actuación del cártel, no puede darse un tratamiento diferente, en lo que respecta a la condena al pago de intereses que actualicen la indemnización del daño para contrarrestar el efecto del transcurso del tiempo entre el momento de la producción del daño y el momento en que se acuerda su reparación, al comprador que paga el precio al contado, al que lo financia mediante un préstamo o al que lo financia mediante un contrato de leasing”. Y ello porque “En todos los casos, el daño lo sufre el adquirente en el momento de la adquisición del camión con un sobrecoste producido por la actuación del cártel, por lo que la indemnización de ese daño ha de actualizarse desde ese momento para evitar los efectos de la depreciación monetaria y compensar la falta de disponibilidad”. Por tanto, presupone que el daño se habría producido no en el momento del pago de cada cuota, sino en el momento de la adquisición del vehículo, al ser ésta la fecha en que se fija el precio con un sobrecoste, en la línea con el criterio que ha venido manteniendo desde las primeras sentencias de junio de 2013: “desde la fecha de adquisición”. En ese momento es cuando se fija el precio, lo que afecta a las cuotas del leasing.

Otro argumento que sí aparece detallado en la STS 1045/2024, consiste en que “el criterio adoptado por la Audiencia Provincial supone una dificultad excesiva en el cálculo de los intereses, dadas las complejas operaciones que hay que realizar, pues hay que calcular la parte correspondiente a la amortización del sobreprecio en cada una de las numerosas cuotas de un contrato de leasing, dificultad incrementada por la antigüedad de los contratos”. Este argumento también es acogido por ambas sentencias, que declaran que “El otro argumento esgrimido por la demandante también es razonable: la dificultad que entraña la aplicación efectiva del criterio de cálculo establecido en la sentencia recurrida supondría un grave obstáculo para la efectividad de la aplicación del art. 101 TFUE, pues en el caso de los camiones financiados mediante leasing habría que diferenciar en cada cuota la parte correspondiente a intereses y la parte correspondiente a amortización del principal, y, dentro de esta, calcular que cantidad correspondiente al sobreprecio, y sobre el importe del sobreprecio amortizado en cada cuota, calcular el devengo del interés. Dificultad que resulta acentuada en los casos objeto de este cártel por la antigüedad de los contratos de financiación”.

Por todo lo anterior, tanto la STS 1043/2024 como la STS 1045/2024, concluyen -acertadamente en nuestra modesta opinión- que “el cálculo del interés del sobreprecio, al tipo del interés legal, ha de realizarse desde la fecha de adquisición de cada camión para que el adquirente del camión sea resarcido de los daños producidos por el cártel, como exige el art. 101 TFUE y la jurisprudencia que lo desarrolla”.



jurisprudencia

Audiencias Provinciales

CONTRATO DE SEGURO

La firma electrónica no permite la individualización de la firma en cada una de las cláusulas limitativas del seguro de automóvil. Validez de la firma electrónica, en la misma medida que la firma manuscrita

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza,
de 1 de julio de 2024

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- La demandante, “Mutua Madrileña”, aseguradora del demandado, D. Ángel, repite contra él la indemnización satisfecha al perjudicado, Ministerio de Transportes, por el daño causado por el asegurado conduciendo bajo la influencia de bebidas alcohólicas (situación pacífica al existir condena penal firme al respecto). Considera la aseguradora que ese riesgo no está cubierto en su póliza de seguro. Constando explícitamente su exclusión en una cláusula concreta.

El demandado se opone a la pretensión. Pues considera que esa cláusula es limitativa, no se le informó de ella y no la aceptó expresamente. Impugna expresamente el documento de la demanda que contiene el certificado de “Logal-

ty”, como prestador de servicio de la contratación electrónica.

De hecho, no tenía la póliza. Por eso envió un correo electrónico reclamándola.

Niega la firma de la póliza y califica la cláusula de exclusión del riesgo como “no clara”.

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia distingue entre la firma de la póliza y su conocimiento, por una parte y la eficacia de la cláusula limitativa por otra. Concluye que el certificado del prestador de servicios del comercio electrónico, “Logalty”, acredita la corrección del proceso de contratación y la firma del contrato de seguro. Esa firma tuvo lugar mediante la introducción de un código PIN facilitado por la Mutua al teléfono del tomador. Habiendo recibido en su correo electrónico copia del contrato, como -dice- es hecho notorio y conocido en las contrataciones telemáticas; mediante archivo “pdf”.

Desestima la tacha de “Logalty” por no ser testigo, sino prueba documental. Y, por fin, considera que la cláusula limitativa de derechos es clara, directa, resaltada tipográficamente y firmada electrónicamente.

Recurre el demandado.- Insiste en la tacha del prestador de servicios. Niega que la cláusula sea clara y no estaría destacada de modo especial. Niega haber recibido la póliza. No consta correo electrónico de remisión. Tuvo que pedirla después del accidente. El correo electrónico al que se dice remitido (DIRECCION000) no pertenece al demandado. De hecho a su petición posterior le remitieron la póliza al correo DIRECCION001.

No consta firma. No se aporta el SMS de remisión del PIN. Pero, aún así, las cláusulas limitativas han de ser objeto de una firma expresa, no genérica de todo el documento.

TERCERO.- Cláusulas limitativas. Principios.-

No se discute esa condición. Por lo que partimos de esa calificación, con la que coincide este tribunal.

La S. 6/2022, de 5 de enero de esta Sección 5ª de la A.P. de Zaragoza resume esos principios:

En cuanto al fondo del asunto, lo constituye la interpretación del Contrato de seguro en relación con la doctrina jurisprudencial relativa a los

Condiciones particulares y Generales, así como las limitativas y delimitadoras.

Una serie de principios básicos al respecto:

a) En principio, el atractivo del Contrato de seguro lo constituyen las Condiciones Particulares, por lo que, ante la duda, habrá que estar a su contenido.

b) Las dudas que puedan existir no podrán beneficiar al proponente (arts. 1288 C.Cy 3 LCS).

c) Las condiciones limitativas ha de ser específicamente conocidas, resaltadas y firmadas por el tomador de seguro (at 3 LCS).

Pero, además, añade, citando la S.T.S. 263/2021, de 6 de mayo, que a la contratación de seguros habrá que aplicar los principios de la contratación seriada o en masa.

Por eso señala que “las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.”

Y ello porque, continúa el T.S., la técnica de los contratos de adhesión, contratación seriada o en masa, restringe el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes proclamado en el art. 1255 C.Civil, lo que genera una situación disímil, que es necesario controlar para garantizar el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de los suscribientes de las pólizas.

Por eso, añade, se impone a las aseguradoras un deber de transparencia, en la fase precontractual, con la finalidad de que el asegurado tome constancia plena de los riesgos objeto de cobertura y, de esta forma, no se vea sorprendido por cláusulas limitativas o lesivas.

En este mismo sentido, las Ss. T.S. 661/2019, de 12 de diciembre y 402/2015, de 14 de julio. Esta última trasladada al ámbito del Seguro los principios de transparencia de las Ss. T.S. 9-5-2013 y 8-9-2014. Con especial mención a la accesibilidad y comprensibilidad real de las causas limitativas de sus derechos.

Aunque para la contratación escrita, la S.A.P. Zaragoza, Secc. 5ª 375/2020, de 4 de junio, reitera la necesidad de la firma en las condiciones particulares (citando reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal).

CUARTO.- LaS.T.S. 686/2022, de 21 de octubre explicita la doble exigencia que establece el art. 3 LCS en las cláusulas limitativas, citando la doctrina de las Ss. T.S. de Pleno de 11-septiembre 2006 y 402/2015 de 14 de julio.

a) Cláusulas especialmente destacadas.-

En cuanto a la exigencia de que las cláusulas limitativas de derechos figuren “destacadas de modo especial”: (i) tiene la finalidad de que el asegurado tenga un conocimiento exacto del riesgo cubierto; (ii) deben aparecer en las condiciones particulares y no en las condiciones generales, por más que, en estas últimas declare conocer aquéllas (sentencia de 1 de octubre de 2010, - rec 2273/2006-, entre otras); (iii) la redacción de las cláusulas debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad y sencillez (lo que proscribe “la mezcla de exclusiones heterogéneas objeto de una agrupación que consigue entorpecer su comprensión” - sentencia de 19 de julio de 2012 - rec. 878/2010-); (iv) deben aparecer destacadas o resaltadas en el texto del contrato; y (v) deben permitir al asegurado, comprender el significado y alcance de las mismas y diferenciarlas de las que no tienen esa naturaleza.

(b) Respecto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser “especialmente aceptadas por escrito”: (i) es un requisito que debe concurrir cumulativamente con el anterior (sentencia de 15 de julio de 2008, rec 1839/2001); (ii) es imprescindible la firma del tomador; (iii) la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos; (iv) esta exigencia se cumple cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares (sentencia de 17 de octubre de 2007 - rec 3398/2000-); también se ha admitido su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían, debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas (sentencia 22 de diciembre de 2008 - rec. 1555/2003-); (v) como criterio de delimitación negativa de esta exigencia, hay que destacar que en ningún caso se ha exigido por esta sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas.

QUINTO.- Caso concreto.- Coincide este tribunal con la claridad de la cláusula limitativa que

nos ocupa (Avantius 7). Es cierto que casi toda la página 4 está en negrita, al igual que la 5ª y la 6ª, la que puede llevar a la conclusión de que si todo está resaltado, nada sobresale ni llama la atención. Y son, precisamente, las limitaciones lo que exige “resalte”. Aquí habla de Exclusiones y más adelante de “limitaciones”, todo lo cual ocupa la mitad de la póliza. No obstante lo cual, a juicio de este tribunal, resulta bastante para captar la atención del tomador del seguro.

SEXTO.- Firma.-

La principal duda que se plantea al respecto está relacionada con la naturaleza de la contratación y firma electrónica. Lo que nos obliga a aplicar una normativa específica.

La ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la información y de comercio electrónico, que regula la contratación por vía electrónica en relación a las obligaciones de los prestadores de servicios. Concretamente los arts. 23 y 24 establecen la licitud de esa contratación, que habrá de respetar -salvo en la forma- lo dispuesto por la legislación civil, mercantil y de protección de consumidores. Dicho contrato será admisible como prueba documental. En todo caso, dice el art. 27, que existe un protocolo previo a la contratación, como la remisión de las condiciones generales, que podrá almacenar y reproducir el destinatario. Asimismo, información clara y comprensible sobre los trámites a seguir en el proceso de contratación.

En el momento de la fecha de creación de la póliza (17-3-2021) ya no estaba en vigor la ley de firma electrónica 59/2003, que fue derogada por la Disposición Derogatoria de la ley 6/2020, de 11 de noviembre reguladora de los servicios electrónicos de confianza, que entró en vigor el 13-11-20. Su Disposición final segunda modifica el Art. 326 LEC. Cuando se impugne un documento electrónico habrá que acudir al Reglamento UE 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014. Pero en su párrafo 4º establece (el art. 326) la presunción de veracidad y corrección del certificado del servicio de confianza cualificado. Si aún así se impugnase el documento electrónico la carga de la prueba de su inconsistencia será de quien lo cuestiona.

El fundamento de estas reglas está en el citado Reglamento Comunitario, en el que se establecen los criterios de exigencia, control y responsabilidad de los prestadores de servicios de confianza. Reiterando en su art. 25 la validez

de la firma electrónica, en la misma medida que la firma manuscrita, en los procesos judiciales.

Todo lo cual avala la desestimación de la tacha.

SEPTIMO.- Caso concreto.-

Son dos las cuestiones que presentan dudas. Primera, si hubo o no recepción del documento, puesto que el correo electrónico que consta en la póliza no coincide con el usado por la aseguradora para remitir el contrato después del accidente.

Y segundo, si hubo firma o no, pues no consta ni correo ni SMS de remisión del PIN para proceder a la firma. Y, en todo caso, si una firma serviría como firma para los 4 documentos que se dicen firmados (Condiciones Generales, Condiciones particulares, Estatutos y PID).

OCTAVO.- Respecto a la aceptación de la póliza, resulta difícil negarla, puesto que consta su existencia en el atestado de la fecha del accidente, 12-7-2021, aunque no se identifica la póliza, únicamente consta el nombre de la aseguradora (página 18). Coincide la fecha de emisión de la póliza con la de matriculación del vehículo (17-3-2021).

Ahora bien, según el proceso de firma que relata el informe de "Logalty" (Avantius 34), el futuro tomador recibió un e-mail que le permitió descargar la póliza. Ciertamente, no consta ese e-mail. Además, tampoco hay explicación de por qué en la póliza consta un correo electrónico del tomador y cuando le remite la aseguradora la póliza, tras el accidente, se envía a otro correo electrónico el 4-11-2021 (Avantius 19). No obstante lo cual, tampoco existe explicación por parte del asegurado sobre el error y causa posible de una dirección de correo elec-



trónico errónea en una póliza en la que estaba interesado. Y tampoco da explicación de qué documento tuvo a la vista la Guardia Civil para identificar a Mutua Madrileña como aseguradora del turismo. Ni como comenzó a utilizarlo sin seguro y estuvo 3 meses sin él (pues el accidente fue el 27-6-2021). El móvil que consta en la póliza no ha negado que fuera suyo.

Por tanto, no existen méritos para negar la existencia de la póliza y su remisión al tomador.

NOVENO.- Respecto a la firma, cierto que tampoco se ha identificado el SMS remitiendo el PIN a través del cual se firmó la póliza. De todo lo cual, explica “Logalty” en su informe, se guardan las trazas informáticas.

A partir de ahí se emiten los correspondientes certificados de firma.

Es preciso distinguir. Los certificados sí que gozan de presunción de veracidad, pues hay un control administrativo y unas responsabilidades del prestador de servicios. Pero, obviamente, deshacer esa presunción no puede consistir en una prueba diabólica para un particular, para un consumidor. Procede recordar que el Reglamento 910/2014, UE, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, regula la obligación de guardar determinada documentación, en su art. 24-2-h, relativa a su intervención como tal y “en particular al objeto de que sirvan de prueba en los procedimientos legales y para garantizar la continuidad del servicio”.

La firma física, escrita, presencial, deja una huella claramente visible, que hace relación directa e inmediata con el firmante. La firma electrónica ha de inferirse del certificado que emite el tercero prestador de servicios en la contratación electrónica.

Esa presunción de veracidad puede destruirse bien por la reticencia de aquél en presentar las trazas informáticas del iter contractual (correo electrónico, SMS, etc.), bien por una pericial informática. Pero también por el comportamiento del tomador, receptor de uno u otro (e-mail y SMS), cuya carencia o presencia también dejan rastro para un experto informático.

Por lo que, en este caso y siendo la situación la descrita en precedentes fundamentos, entiende este tribunal que sí hubo firma electrónica.

DECIMO.- Ahora bien, habrá que determinar si esa firma cumple los mínimos que exige la jurisprudencia para la aceptación de las cláusulas limitativas de derechos. Es decir, la firma expresa de los mismos. El criterio de la doble firma.

Según explica el representante de “Logalty” se manda un PIN y con él se firman, parece ser, todos los documentos. Es decir, las condiciones particulares, las generales, las limitativas, los Estatutos y el PID. Es decir, en un solo momento y con un solo acto. No existe individualización de la firma de las cláusulas limitativas. De hecho, el certificado de “Logalty” reseña la firma atendiendo a los cuatro documentos el 18/03/2021 a las 08:51:18, en los 4 documentos.

Considera, pues, este tribunal que esta firma no cumple con la exigida individualización que requiere la citada jurisprudencia. Precisamente, la duplicidad de firmas es el elemento externo que permite inferir que el tomador ha constatado la existencia de límites a la cobertura de las condiciones particulares.

Por lo que, procede declarar que -en este caso- la exclusión que sirve de base para la repetición de la aseguradora, no fue aceptada. Y, por ende, no resulta aplicable.

Las obligadas explicaciones del prestador de servicios de confianza han de incidir en la comprensión del método de firma, es decir, la introducción de un PIN en un terminal electrónico. Pero sin discernir si la firma es en un solo acto (lo que dificulta la finalidad de la doble firma) o si existe una actuación individualizada de la firma correspondiente al documento que contiene las cláusulas limitativas.

La firma electrónica es perfectamente válida (obviamente), pero el método, el desarrollo cronológico de la misma ha de permitir su individualización. lo que en este caso concreto no se desprende del informe del citado prestador de servicios de confianza.

DECIMOPRIMERO.- Lo que supone la estimación del recurso y la desestimación de la demanda. Si bien, las dudas fácticas expresadas y la inexistencia de una doctrina consolidada respecto a la firma electrónica en contratos de seguro, permite aplicar la excepción de los arts. 394 y 398 LEC.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de D. Ángel.

Revocando la sentencia apelada. Y desestimando la demanda, absolver al demandado. Sin hacer imposición de costas en ninguna instancia. Devuélvase el depósito.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto con la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.



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

La agilidad del tráfico mercantil da lugar a que una gran parte de los contratos de seguros no se firman y, por lo tanto, no se aceptan por parte del tomador/asegurado las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, lo que se traduce en que no se pueden oponer ni al asegurado ni al tercero perjudicado.

Por ello, los mediadores de seguros y las entidades aseguradoras están desarrollando mecanismos electrónicos para procurar que se invierta la tendencia indicada, promoviendo la firma electrónica de los contratos de seguro. Ahora bien, como se verá en el supuesto analizado en la sentencia que comentamos, en estos casos, también deben cumplirse los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo sobre la aceptación de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.

En este caso, la aseguradora había indemnizado a un tercero y, en virtud de lo establecido en el contrato de seguro, que excluía los daños ocasionados por alcoholemia, pretendía repetir contra su asegurado. No se discute el carácter limitativo de la exclusión de la alcoholemia, pues es una cuestión pacífica por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El demandado se opone a la pretensión. Considera que esa cláusula es limitativa, no se le informó de ella y no la aceptó expresamente. Además, impugna expresamente el documento de la demanda que contiene el certificado de "Logalty", como prestador de servicio de la contratación electrónica.

La Sala considera que dicha firma no cumple con la exigida individualización que requiere la citada jurisprudencia. Precisamente, la duplicidad de firmas es el elemento externo que permite inferir que el tomador ha constatado la existencia de límites a la cobertura de las condiciones particulares.

La sentencia de primera instancia distingue entre la firma de la póliza y su conocimiento, por una parte, y la eficacia de la cláusula limitativa, por otra. Concluye que el certificado del prestador de servicios del comercio electrónico, "Logalty", acredita la corrección del proceso de contratación y la firma del contrato de seguro. Por tanto, estima las pretensiones de la entidad aseguradora y considera que la cláusula limitativa de derechos es clara, directa, resaltada tipográficamente y firmada electrónicamente.

Tras el recurso de apelación del demandado -que es estimado- la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza aborda cuatro cuestiones: i) la tacha por parte del demandado del prestador de servicios de confianza que había participado en el proceso de contratación; ii) si hubo o no recepción del documento, puesto que el correo electrónico que

consta en la póliza no coincide con el usado por la aseguradora para remitir el contrato después del accidente; iii) si hubo firma o no, pues no consta ni correo ni SMS de remisión del PIN para proceder a la firma, y iv) en todo caso, si una firma serviría como firma para los 4 documentos que se dicen firmados (Condiciones Generales, Condiciones particulares, Estatutos y PID).

Después de las pruebas practicadas, el tribunal no acepta la tacha del prestador de servicios, da por bueno que el tomador recibió el documento y que, efectivamente, los documentos fueron firmados, pues los certificados sí que gozan de presunción de veracidad al existir un control administrativo y unas responsabilidades del prestador de servicios.

Ahora bien, para la Sala, la cuestión está en determinar si esa firma cumple los mínimos que exige la jurisprudencia para la aceptación de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Es decir, si se cumple la firma expresa de los mismos y de si se cumple o no el criterio de la doble firma.

Según el prestador de servicios, se manda un PIN y con él se firman, parece ser, todos los documentos. Es decir, las condiciones particulares, las generales, las limitativas, los Estatutos y el PID. Por tanto, se firman todos los documentos en un solo momento y con un solo acto. No existe individualización de la firma de las cláusulas limitativas. De hecho, el certificado del prestador de servicios reseña la firma atendiendo a los cuatro documentos el 18/03/2021 a las 08:51:18, en los 4 documentos.

La Sala considera que dicha firma no cumple con la exigida individualización que requiere la citada jurisprudencia. Precisamente, la duplicidad de firmas es el elemento externo que permite inferir que el tomador ha constatado la existencia de límites a la cobertura de las condiciones particulares.

En definitiva, esta resolución pone de manifiesto que la utilización de la firma electrónica puede ser válida, pero en el proceso telemático de la firma debe quedar acreditado que se cumplen los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo para la aceptación de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, a saber: i) en principio, el atractivo del Contrato de seguro lo constituyen las condiciones particulares, por lo que, ante la duda, habrá que estar a su contenido; ii) las dudas que puedan existir no podrán beneficiar al proponente (arts. 1288 CC y 3 LCS) y iii) las condiciones limitativas han de ser específicamente conocidas, resaltadas y firmadas por el tomador de seguro (at 3 LCS).



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes
Abogado

La **sentencia Nº 1233/2024, de 3 de octubre, del pleno de la Sala 1ª, de lo Civil, del Tribunal Supremo** - Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg -, constituye la primera oportunidad de La Sala hasta el momento, de pronunciarse sobre la interpretación del art. 17.12 de la LPH, las discrepancias doctrinales y de la denominada jurisprudencia menor de nuestras audiencias provinciales son notorias, y la necesidad de fijar un criterio interpretativo uniforme se impone, - afirma- *“que no nos encontramos ante un supuesto de interpretación de una norma estatutaria bajo los condicionantes restrictivos antes explicitados con la oportuna cita jurisprudencial, sino ante la interpretación de un concreto precepto legal a los efectos de dilucidar, si la nueva redacción del art. 17.12 LPH, permite a la comunidad de vecinos adoptar un acuerdo, por las mayorías explicitadas, que vede el uso de alquiler turístico”* y confirmará la de la Audiencia Provincial de Málaga, Secc 4ª: *«[...] comprender dentro del objeto de los acuerdos que precisan el voto favorable de 3/5 del total de los propietarios que, a su vez, representan las 3/5 de las cuotas de participación, aquellos que prohíben la actividad de uso de **piso turístico** en los pisos del edificio de la comunidad no supone realizar una interpretación extensiva del artículo 17.12 LPH, sino una interpretación acomodada a su tenor literal. Es cierto que el citado precepto no utiliza la expresión “prohibir”, sino “limitar”, pero entre las diversas acepciones de dicho verbo, la primera es “poner límites a algo” ;y prohibir el desarrollo de una concreta actividad en las viviendas privativas del inmueble constituye un límite a su uso, no una prohibición absoluta del mismo”*

3.4 La interpretación de la norma El art. 17 de la LPH establece las reglas por las que se tomarán los acuerdos para decidir los asuntos de interés de la comunidad en atención a su naturaleza (instalación de in-

fraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación; realización de obras o establecimiento de nuevos servicios con la finalidad de supresión de barreras arquitectónicas; realización de

obras o actuaciones que contribuyan a la mejora de la eficiencia energética; establecimiento o supresión de los servicios de portería, conserjería, vigilancia u otros comunes de interés general; instalación de

puntos de recarga de vehículos eléctricos para uso privado en el aparcamiento del edificio; acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos; uso de los pisos para alquiler turístico, entre otros), con el establecimiento de las mayorías precisas para la adopción de dichos acuerdos. La cuestión controvertida, que constituye el objeto de este proceso, consiste en determinar si la expresión normativa del apartado 12 del art. 17 de la LPH, referente al «acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos», permite la prohibición de tal destino. O sí, por el contrario, una decisión de tal clase constituye un acto jurídico contra legem (contra lo dispuesto en la ley), impugnabile por la vía del art. 18 de la LPH; toda vez que, de acuerdo con la interpretación literal que defiende el recurrente, «condicionar» o «limitar» no comprende prohibir. Conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 del CC, la interpretación de las normas jurídicas deberá llevarse a efecto «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Es decir, conforme a los tradicionales criterios literal, sistemático, histórico, sociológico y teleológico, que no conforman un numerus clausus que vede la posibilidad de acudir a otros criterios interpretativos. En cualquier caso, el precepto otorga preeminencia al espíritu y finalidad pretendida por la norma, que se identifica con la ratio o razón de ser que la justifica, lo que conduce a

que el intérprete no deba detenerse en la mera exégesis gramatical, sino prestar atención a los otros criterios del art. 3.1 del CC, entre los que destaca la prevalencia del teleológico o fin de la norma; es decir, el «por qué» y «para qué» fue dictada. La sentencia de esta sala 149/1983, de 15 de marzo, señala al respecto que: «[...] la interpretación de los preceptos positivos - sentenciada veinticuatro de enero de mil novecientos setenta- debe ser obtenida, como proclama la sentencia de catorce de octubre de mil novecientos sesenta y cinco, no sólo de la letra estricta del texto, sino teniendo en cuenta su sentido lógico- que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley ...». Por su parte, la STS 519/1991, de 2 de julio, enseña que el espíritu y finalidad de la norma no son: «[...] un mero elemento de interpretación, sino la clave fundamental para orientar aquélla; de antiguo ha sentado la doctrina de esta Sala la insuficiencia del criterio literal en la interpretación de la norma jurídica y así dice la sentencia de 23 de marzo de 1950 "que si bien en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico». En particular, a estos efectos de determinar la finalidad pretendida por las leyes, la jurisprudencia suele acudir a sus preámbulos o exposiciones de motivos en tanto en cuanto constituyen un instrumento privilegiado para desvelar la razón de ser de su regulación normativa (SSTS 205/2001, de 27 de febrero; 877/2024, de 19 de junio; 929/2024, de 1 de julio y 1015/2024, de 17 de julio, entre otras muchas). De esta manera, si examinamos el preámbu-

lo del RDL 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, se justifica precisamente la urgencia de su aprobación con fundamento en las dificultades de los ciudadanos de acceso a la vivienda en régimen de alquiler, así como por haberse generado, en los últimos tiempos, un notorio incremento de las rentas, y, consecuentemente, de los porcentajes de esfuerzo de los ingresos familiares para cubrir las necesidades de habitación; y así señala :«No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios ,el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad». Y añade que: «En materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad, o establecer cuotas especiales o incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda, en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial». En definitiva, **el espíritu y finalidad de la norma no es contrario, sino que propicia precisamente la interpretación de que la limitación de la actividad del alquiler turístico comprenda su prohibición. La voluntad del legislador es proclive a favor del arrendamiento residencial frente al alquiler turístico**, que se pretende restringir con la finalidad de incrementar el parque de viviendas para arrendamiento, con la na-

tural repercusión sobre los precios y correlativa reducción del esfuerzo de las economías familiares. Condicionar o restringir el ejercicio de aquella actividad no soluciona, al menos, en la misma medida, la problemática de las dificultades de acceso a la vivienda, que se pretenden corregir por medio de tal disposición normativa. Por otra parte, atribuir dichas facultades a los propietarios encuentra su fundamento en la consideración de que el desarrollo de una actividad de tal clase genera molestias y perjuicios -de ahí la posibilidad de condicionarla o restringirla que nadie cuestiona puesto que si se tratase de una actividad meramente inocua la modificación carecería de sentido- como los que se exteriorizaron por el presidente de la comunidad de vecinos demandada y que la realidad social constata, especialmente en zonas de mayor incidencia turística, en las que el ocio difícilmente se concilia con el descanso de los ocupantes de las viviendas con fines residenciales, que son, en su caso, quienes adoptarán el acuerdo limitativo, siempre que reúnan la mayoría cualificada de los 3/5 del número de propietarios y cuotas de participación impuestas por la ley, que respeta la regla de la proporcionalidad de la medida en cuanto a los intereses en conflicto. En cualquier caso, **tampoco entendemos que limitar el uso turístico no permita su prohibición, que no deja de ser una limitación, en este caso máxima, en un concreto** aspecto de las facultades dominicales que corresponden a los propietarios sobre sus inmuebles, y, además, bajo el contorno delimitado por el art. 5 e) de la LAU y con las mayorías legalmente exigibles. Si nos movemos ahora en el estricto marco de la literalidad, según el Diccionario de la Real Academia de la Len-

gua, «limitar» no solo significa «poner límites a algo», sino también, «fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien». Es decir, **la posibilidad de limitación conferida legalmente a las comunidades de propietarios de limitar la actividad de pisos turísticos en el inmueble puede suponer también su completa prohibición, que sería el máximo del límite.** Por otra parte, sinónimo de limitar es también condicionar. No tiene sentido que cuando el legislador emplea ambos términos lo haga de forma redundante y no para ampliar los contornos de las posibilidades que ofrece el art. 17.12 de LPH. Este precepto constituye precisamente una excepción al régimen de la unanimidad para conseguir que el acuerdo comunitario de veto al alquiler turístico sea posible en derecho. Si no, bastaría con la oposición de quien quiera destinar el inmueble a tal actividad para que el uso turístico deba tolerarse, generándose entonces la problemática derivada de la imposición de condiciones que lo hiciesen inviable en la práctica con la rica problemática judicial e incremento de la litigiosidad que generaría. No consideramos, en definitiva, que las únicas posibilidades que el art. 17.12 de la LPH oferta a los propietarios con respecto a las molestias y perjuicios derivados del alquiler turístico sean las del art. 7.2 de la LPH; es decir, una vez producidos, reaccionar frente a ellos a través de lo dispuesto en este precepto, cuando **las propias normas estatutarias posibilitan vedar de antemano determinadas actividades que permitan delimitar a los copropietarios la finalidad fundamentalmente residencial de sus inmuebles,** sin que la vida vecinal se vea alterada por actividades económicas que la experiencia demuestra introducen un ele-

mento perturbador en la convivencia comunitaria. En este sentido, los intereses de la colectividad expuestos en el RDL 7/2019, y los generales de los propietarios de los pisos y locales, convergen en cuanto a la problemática derivada del alquiler turístico, siempre que concurren los presupuestos del art. 17.12 LPH, que operan como excepción al régimen de la unanimidad. La interpretación de la norma, que se hace por la audiencia, no es extensiva, sino declarativa del alcance y significado de tal precepto, bajo los criterios hermenéuticos antes expuestos. ... la interpretación llevada a efecto por la audiencia es conforme a derecho.”

En ocasiones -es infrecuente, pero no insólito- que nuestros Tribunales entienden justificada la circunstancia descrita en el Art 20.8 LCS y no imponen el pago del interés penitencial a la aseguradora implicada. Sentencia N.º. 452 /2024, de 23 de septiembre, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada,- Ponente Sr D. Francisco Sánchez Gálvez:-

“Debe estimarse el recurso, sin embargo, en lo que atañe ... al interés aplicable, puesto que es constatable la actitud y estrategia procesal de ocultación de los antecedentes médicos por percances en la misma rodilla, para luego referirse a ellos con el dictamen pericial presentado tras la contestación a la demanda, por lo

que consideramos que **era razonable la postura de oposición por dudas en cuanto a las roturas de menisco y ligamento cruzado defendida por la aseguradora, siendo ese canon de razonabilidad el que la doctrina jurisprudencial establece para la consideración en mora de la aseguradora**, como señala en sentencias núm. 56/2019, de 25 de enero ; 556/2019, de 22 de octubre ; 116/2020, de 19 de febrero o

Hace décadas el daño moral existía pero no “lo frecuentaban” las resoluciones al uso; hoy, esta patente y presente, diferenciado, sirvan de muestra dos resoluciones, la Sentencia núm. 776/2024, de 18 de septiembre, de la Sala 2ª, del Tribunal Supremo ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.-:

de Santiago e incrementarse, por ello, el dolor y el daño moral de su familia, lo que permanecerá de por vida, convirtiendo el daño moral en “más irreversible” todavía si cabe.

Hemos fijado en la STS 437/2022 que El denominado “**daño irreversible**” como aquél que supone que la persona perjudicada “ya no volverá a ser como antes”. Y que Aquellas personas a las que se les ha diagnosticado un “daño irreversible” deben asumir que ya nada volverá a ser como antes, y que la vida se le presenta al perjudicado, o víctima, como una carrera de obstáculos que deberá ir superando cada uno de los días de su vida.

503/2020, de 5 de octubre, de las que se hace eco en la 588/2021, de 6 de septiembre, por lo que procede la estimación parcial del recurso de apelación y la estimación parcial de la demanda, **considerando exigible únicamente el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda, con arreglo a los artículos 1100 y 1108 del Código Civil.**”

“QUINTO.- Al amparo del artículo 846 bis c), apartado b) LECrim, por la determinación de la cuantía de la responsabilidad civil derivada del delito contra la vida de S. Y ello, tomando en consideración las circunstancias en las que quedan los padres de Santiago y el daño moral que han sufrido y seguirán sufriendo el resto de su vida, al igual que la familia de Graciela y Isabel , pero con la circunstancia de que los padres de S. no han podido dar sepultura a su hija. Y aunque no se haya reconocido la existencia del delito contra la integridad moral del art. 173.1º CP en el presente caso por las razones ya expuestas, diferenciales del caso analizado en la STS 62/2013, de 29 de Enero no es posible desconocer que **el daño moral existe en mayor grado y no derivado del delito contra la integridad moral donde no hay condena, obviamente, sino de los delitos por los que ha sido condenado el autor y que conlleva la muerte de Santiago. Pero una muerte cuyas consecuencias conllevan un mayor daño moral a los padres de Santiago. Y esto es un dato incuestionable, objetivable y fuera de discrepancia o debate alguno.**

....

Resulta evidente que no puede medirse económicamente el daño moral en torno al sufrimiento de los familiares que han perdido a los suyos, no en un accidente de tráfico,

por una imprudencia de un tercero en actos ajenos al tráfico vial, o por una enfermedad, sino por un crimen cruel como el que consta en los hechos probados.

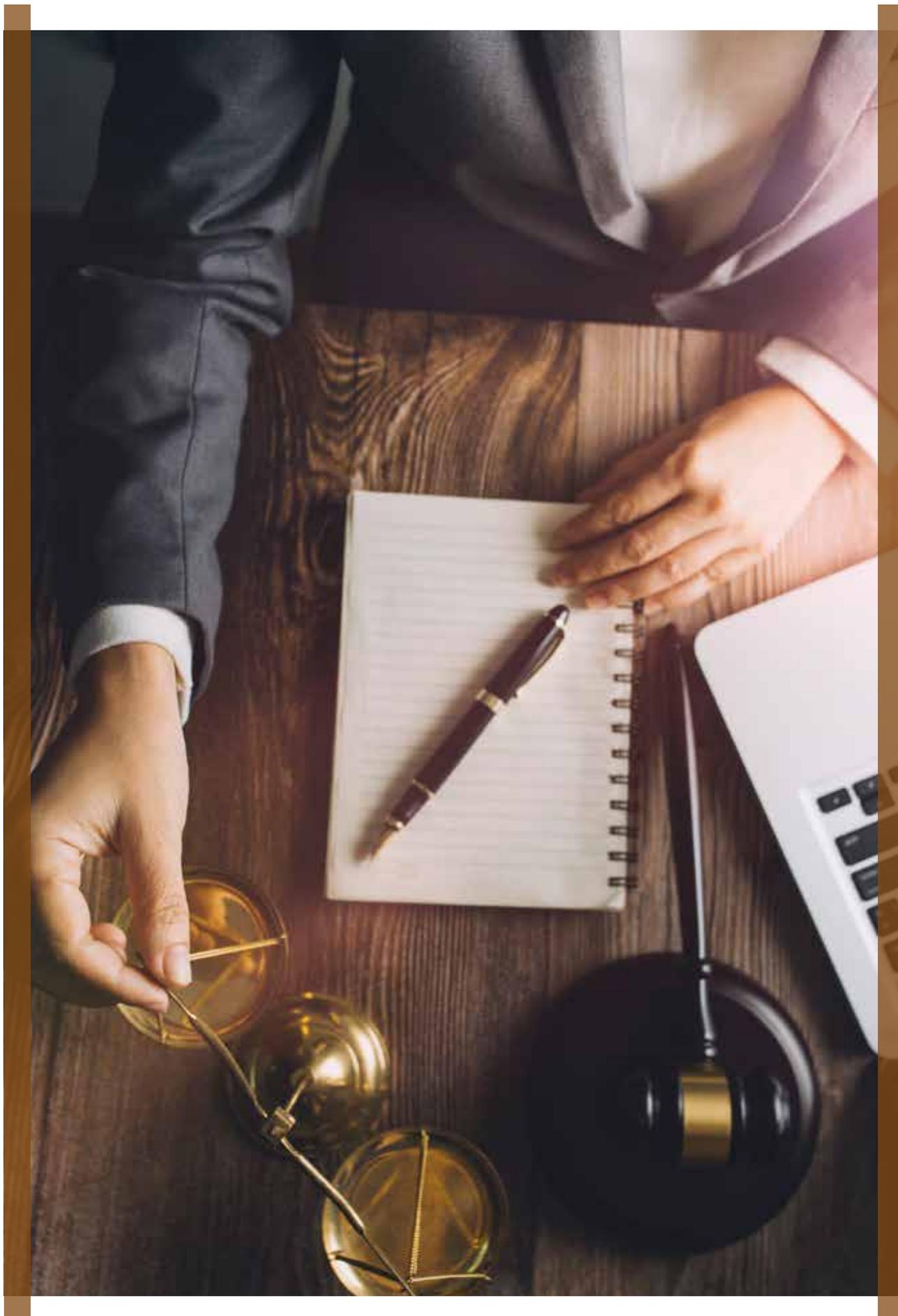
Como ya hemos señalado anteriormente hemos fijado en la STS 437/2022, de 4 de Mayo que a la hora de valorar el daño moral podemos, en consecuencia, fijar, tres tesis complementarias a la expuesta en cuanto a la referente al precio del dolor por lo sufrido el día de los hechos y por lo sufrido al recordar los hechos.

Pues bien, podríamos **fijar tres tesis** más en este caso **para poder evaluar en todos los supuestos el daño moral**, y que son:

- 1.- **La tesis del daño moral irreversible.**
- 2.- **La tesis del antes y el después.**
- 3.- **La tesis de la declaración de impacto de la víctima.**

En el presente caso se aplican solo las dos primeras tesis, porque la tercera solo se aplica en los casos en los que la víctima no ha fallecido y declara en el plenario exponiendo su sufrimiento ante los hechos delictivos. Pero es incuestionable que en el caso ahora fijado en los hechos probados respecto de Santiago y sus padres el daño es irreversible y resultará imposible regresar al “antes” de estos hechos. ...

Se recoge en la citada sentencia de esta Sala 437/2022 que respecto de la primera tesis el daño moral “debe ser indemnizable en atención al carácter irreversible de la situación” y en este caso lo es, y, como hemos expresado, con mayor sufrimiento todavía por no haber aparecido el cuerpo



La indemnización que se concederá por daño irreversible es daño moral, porque este es el concepto en el que se enmarca la razón de ser de la reclamación por el peso que tendrá que asumir el resto de su vida de un “sufrimiento” que da lugar a que se le indemnice por esa “irreversibilidad” del daño causado.

Con respecto a la tesis del “antes y el después” hemos señalado también en esta sentencia que debemos fijar esta cuestión bajo la tesis del antes y después a la hora de concretar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.

Cierto y verdad es que en muchos casos, quizás en la mayoría de ellos, puede que no sea posible regresar en la misma medida al antes al hecho causante del daño. Pero si esto es así, lo que corresponde, y es esencia de la función judicial, es la de fijar con la mayor exactitud posible cuál es ese perjuicio cuantificado que debe ser resarcido, para que si, al menos, no es posible llegar a la misma situación del antes, que sea posible llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la “mayor aproximación” posible.

Pues bien, en el presente caso, incluso, no hay “aproximación” posible en el regreso al antes, porque para las familias de las víctimas, todas, incluidas las que pudieron sobrevivir, y, por ello, ellas mismas, nada volverá a ser como antes, sobre todo a los familiares de las víctimas mortales, pero, también y **con tratamiento diferencial para los padres de la víctima cuyo cuerpo no ha**

aparecido, que en un tratamiento comparativo con el resto de las indemnizaciones concedidas debe suponer un incremento hasta el quantum de 140.000 euros que ahora se reconoce más equitativo y justo en atención al resto de indemnizaciones concedidas a los familiares de las otras dos víctimas mortales.

Resulta evidente que el incremento que se concede y la fijación en este quantum ... no devolverá a éstos al “antes”, ni tampoco lo hará la fijación de las indemnizaciones concedidas al resto de las víctimas por estos hechos y a sus familiares ..., pero es necesario cuantificar este quantum a los efectos de establecer de forma lo más justa posible una aproximación al resarcimiento por el daño moral que el autor de estos gravísimos delitos ha causado a las víctimas y a sus familiares,”

Y la sentencia núm. 499/2020, de 8 de octubre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo- Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo García -:

“Los recurrentes alegan que resulta obvio que el daño moral de los familiares viene provocado no sólo por la muerte de la Sra. C. , sino principalmente por las conductas post consumativas llevadas a cabo por parte de los acusados, consistentes en su descuartizamiento y ocultación del cadáver. En consecuencia, **la aplicación de los baremos segui-**

dos en los accidentes de circulación, tal y como la utiliza el Presidente del Tribunal, aún con el aumento de la sentencia recurrida **resulta incorrecto, dado que el dolor y la imposibilidad de cerrar el duelo** por las razones expuestas **es la causa principal del sufrimiento de la familia y, sin embargo, no es un supuesto que se encuentre recogido dentro del sistema de indemnizaciones para las víctimas de accidentes de circulación.**

(...)

Es cierto que Carlos María no fue el autor directo del hecho material de la fragmentación, pero es obvio que el descuartizamiento del cuerpo de la víctima dificultó la investigación y, por tanto, y en lo que aquí interesa, ralentizó el descubrimiento de lo que había ocurrido y significó para la familia de la finada un sufrimiento añadido, por la dificultad que entraña la reunión de todos los fragmentos de su cuerpo, con el consecuente tiempo añadido al hecho de poder dar definitiva sepultura a la Sra. Vidal.

Esta Sala ha recordado en numerosas ocasiones que la dificultad de prueba de los daños morales no significa que éstos no existan (STS de 17 de mayo de 2002) y que, como se ha puesto de manifiesto antes, la carga lesiva para la integridad moral de la víctima esta ínsita e íntimamente ligada a ciertas acciones delictivas, de suerte que la medida de la reparación depende de la gravedad de los hechos y de las restantes circunstancias concurrentes. Así, por vía de ejemplo, señalaba la sentencia de esta Sala 938/2016, de 15 de diciembre: “En estos supuestos el daño moral fluye de manera directa y natural del hecho delictivo que se ha declarado probado y no requiere un es-

pecífico establecimiento de bases para su cuantificación, pues la indemnización que deba señalarse no puede ser calculada con criterios objetivos sino únicamente a través de un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva atendiendo a la naturaleza del hecho, su gravedad y reiteración y contexto en el que se desarrolla (STS núm. 855/2016, de 11 de noviembre). Por ello solo puede ser objeto de revisión casacional, cuando la cantidad señalada sea manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada”, lo que no tiene lugar en el presente caso.”

El denominado fenómeno okupa recibe la catalogación penal en el tipo de usurpación y -en raros supuestos- de la estafa, como en la Sentencia nº 38/2024, de diecisiete de abril, de la Sala 2ª del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco,- Ponente: Ignacio Jose Subijana Zunzunegui -

“concurren los elementos que definen el injusto de la estafa descrito en el artículo 248 del Código Penal ...el 22 de febrero de 2018 Dña. V, a sabiendas de que no iba a satisfacer ninguna de las rentas fijadas, celebró un contrato de arrendamiento con Gabino, apoderado de la empresa G SA. del local sito en la planta B de Bilbao por el plazo de dos años. Por lo tanto, es diáfano que la

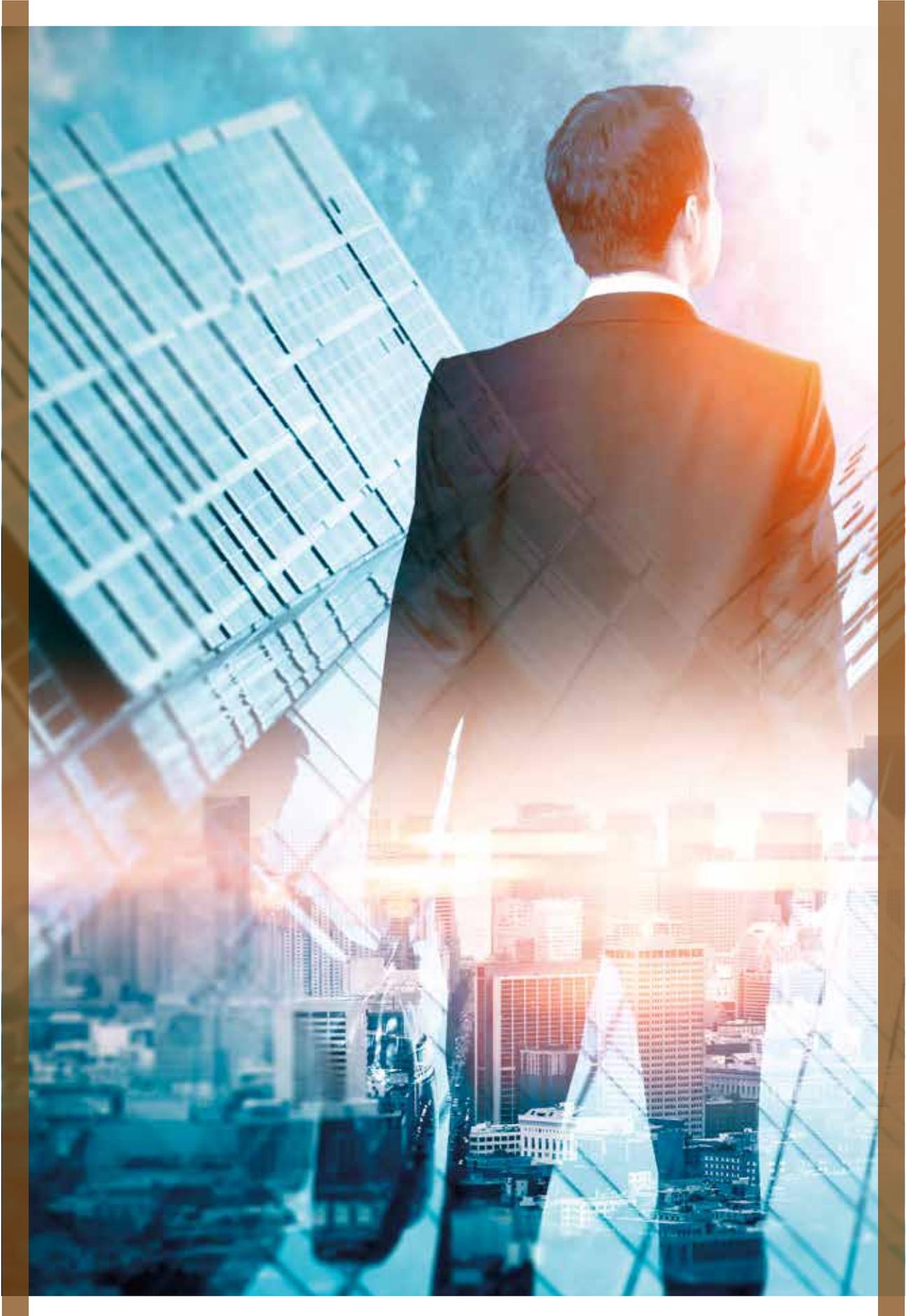
acusada utilizó el negocio jurídico de arrendamiento para crear una apariencia de solvencia que le permitiera usar un local de ajena pertenencia jurídica. Afirmó, por lo tanto, como cierto un hecho -el pago de las rentas como contraprestación del uso- que era incierto - no tenía voluntad de abonar las rentas por falta de capacidad económica ab initio-. Se dota, de esta manera, de contenido al engaño -elemento objetivo del delito de estafa perfilado en el artículo 248 del Código Penal- en la modalidad que la jurisprudencia ha denominado como negocios jurídicos criminalizados (por todas, SSTS 732/2021 de 29 de septiembre, 343/2023 de 10 de mayo y 263/2024 de 18 de marzo), en los que desde su génesis el negocio jurídico carece de causa, dado que la acusada contemplaba desde el momento del concierto el incumplimiento de las obligaciones que contraía (por todas, STS 175/2022, de 24 de febrero).

Cuestiona el apelante que el engaño fuera bastante dado que el arrendador no solicitó referencias de anteriores arrendadores ni documentación acreditativa de la solvencia de la arrendadora, como extractos de cuentas bancarias o aval bancario. Pacífica jurisprudencia ha aquilatado el término bastante empleado por el artículo 248 del Código Penal para calificar el engaño con el objetivo de evitar tendencias victimodogmáticas que deslicen la responsabilidad por el hecho del victimario a la víctima. Al respecto, se ha requerido que el engaño sea idóneo expulsando únicamente de la tipicidad a los embelecos burdos o evidentes (por todas, STS 98/2017, de 20 de febrero). En el caso enjuiciado, no puede tildarse de burda la maquinación ideada por la acusada. La agilidad del tráfico jurí-

dico justifica que muchas transacciones se efectúen fundándose en la confianza que suscita la apariencia de las personas sin precisar una comprobación adicional. El tipo contractual referido en los hechos probados -arrendamiento de un local de negocio- no integra una modalidad de negocio jurídico que, por la regulación a la que está sometido, precise el despliegue de una especial diligencia que en el caso no se haya seguido. Por lo tanto, el engaño desplegado por la acusada fue bastante para posibilitar lo que sucedió: el uso del local de propiedad ajena sin contrapartida prestacional.”

Recibió justa atención informativa por su trascendencia y alcance, el accidente del tren Alvia el 24 de julio de 2013, en la curva de Angrois, de Santiago de Compostela, con 79 fallecidos y 145 víctimas heridas, pero ¿Cómo se resolvió judicialmente? Mediante Sentencia nº 145/2024, de 26 julio, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Santiago de Compostela - Ilma. Srª. Dª. María Elena Fernández Currás, Magistrada-Juez-

“Era obligación de ADIF y del Sr. Sergio, como garante de la explotación segura de la nueva línea ferroviaria, prever la posibilidad de ese riesgo en la circulación con ASFA y adoptar medidas para evitarlo, medidas que eran técnicamente viables y aptas para excluir



la posibilidad de descarrilamiento de un tren por exceso de velocidad en una zona con velocidad limitada. Desgraciadamente, el riesgo se concretó el día 24 de julio de 2013 cuando, en una actuación a su vez gravemente negligente del maquinista que se concentró en el contenido de una llamada telefónica carente de urgencia alguna y perdió la atención a la información que le proporcionaban los documentos del tren y las señales en la vía que conocía que le exigían -aunque fuera en un significado figurado en el caso de las señales- una reducción de velocidad antes de llegar a la curva de Angrois, no redujo la velocidad hasta que se percató visualmente de la proximidad de la curva y aplicó el freno de emergencia que, pese a ello, no fue suficiente para conseguir una reducción de la velocidad que impidiera el descarrilamiento del tren, resultado que no se hubiera producido no sólo si el maquinista hubiera estado atento en la conducción sino también si se hubieran adoptado medidas que controlasen la velocidad del tren en una zona con una limitación de velocidad muy acusada o, incluso, que llamasen la atención del maquinista de su obligación de reducir la velocidad de una forma más ostensible que las que había

“La responsabilidad civil derivada del delito sólo puede concretarse, en el caso de autos, en la indemnización de perjuicios personales, materiales y morales que se hubieran irrogado al sujeto pasivo del delito o a los familiares o terceros que acrediten la condición de perjudicados. El Código Penal no regula la forma en que deban cuantificarse las indemnizaciones derivadas de hechos previstos en el mismo como delitos ni existe una norma en el Derecho español o en

el europeo que cuantifique las indemnizaciones correspondientes a las víctimas y perjudicados por un accidente ferroviario. Sólo el Reglamento CE 1371/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre derechos y obligaciones de los viajeros de ferrocarril, vigente en el momento de los hechos, se refiere en los arts. 27 y ss. del Anexo I, a la indemnización de los gastos necesarios en caso de muerte del viajero, especialmente los de traslado del cadáver y exequias, y a la indemnización de los gastos necesarios, especialmente los de tratamiento y los de transporte, y a la reparación del perjuicio económico causado, bien por la incapacidad total o parcial para el trabajo, bien por el aumento de las necesidades, en el caso de pasajeros lesionados, y se remite al Derecho nacional para la determinación de su importe estableciendo un límite máximo de 175.000 unidades de cuenta en capital o en renta anual correspondiente a dicho capital por cada viajero, cuando el Derecho nacional prevea un límite máximo por un importe inferior, límites máximos que, sin embargo, no serán aplicables “cuando se pruebe que el daño es resultado de un acto o de una omisión cometidos por el transportista, bien con intención de provocarlo, o de modo temerario y sabiendo que de ello podría resultar dicho daño” (art. 48 del Anexo I). No consta cuál sea la equivalencia en euros de 175.000 unidades de cuenta en capital o en renta anual correspondiente a dicho capital por cada viajero pero, en cualquier caso, se trataría de un límite del que no podría exceder la indemnización por gastos necesarios derivados del fallecimiento o las lesiones o por la incapacidad laboral o por el aumento de las necesidades del viajero lesionado, salvo en

caso de dolo o imprudencia temeraria del transportista. Se hace, por tanto, necesario acudir al Derecho español para cuantificar las indemnizaciones que procedan y, como se dice, el Derecho español carece de normativa al respecto en el caso de accidentes ferroviarios. Es práctica general de los Juzgados y Tribunales acudir en estos casos a la normativa que regula las indemnizaciones por muerte, lesiones e incapacidad temporal derivadas de accidentes en la circulación de vehículos de motor que, como de forma casi unánime se invoca por las partes, no resulta imperativa en hechos ajenos a la circulación de vehículos de motor y que puede ser utilizada de forma orientativa en supuestos distintos, incluso en hechos constitutivos de delitos dolosos, sin perjuicio de que, como establece la sentencia de la Sala 1ª del T.S. nº 704/2023, de 9 de mayo, su uso orientativo “no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización” **o que, como señala la sentencia de la Sala 1ª del T.S. nº 963/2023 de 14 de junio, “la fijación de un determinado círculo de perjudicados en la normativa reguladora del mencionado baremo no resulta vinculante, y el tribunal puede, justificadamente, considerar como perjudicadas a otras personas y acordar a su favor una indemnización que tenga en cuenta los criterios indemnizatorios que en la normativa reguladora del baremo se establecen para los perjudicados con los que puedan guardar mayores analogías...”**. En el caso de autos, el uso orientativo del llamado baremo de tráfico se hace casi necesario no sólo por razones de coherencia que exigen a esta juzgadora mantener el mismo

criterio que se viene utilizando para la cuantificación de indemnizaciones en otras sentencias, incluso por delitos dolosos, sino también porque la cantidad de víctimas y perjudicados por el accidente enjuiciado y de representaciones procesales personadas para ejercer la acción civil que les corresponde, o defenderse frente a la misma, requiere mantener un criterio uniforme para la determinación de las indemnizaciones ofreciendo el baremo esas reglas uniformes que resultan útiles al fin pretendido y que, además, es el criterio seguido por la mayor parte de las acusaciones particulares. Las mismas razones de coherencia y seguridad jurídica determinan que deba ser el baremo de tráfico vigente en la fecha de ocurrencia de los hechos enjuiciados el que se aplique orientativamente, es decir, el baremo contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, con las cuantías actualizadas a la fecha del accidente (en caso de fallecidos) o a la fecha de estabilización lesional (en caso de lesionados), sin que proceda la actualización de cuantías a la fecha del pronunciamiento de la sentencia por cuanto el tiempo transcurrido desde la ocurrencia del siniestro, o desde la estabilización de las lesiones, hasta el pronunciamiento de la sentencia no es imputable-o, al menos, no lo es totalmente- a los responsables del pago de las indemnizaciones y la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo viene compensado con la aplicación de los intereses moratorios que impone el art. 20 de la LCS a las aseguradoras que incurran en mora en el pago de su prestación. No obstante lo anterior, sí procede aplicar con carácter general -salvo que se acrediten circunstancias que justifiquen su exclusión- un

factor de incremento de las indemnizaciones básicas por fallecimiento y por la incapacidad temporal y permanente sufrida por los lesionados, destinado a **cubrir el mayor daño moral que deriva de la vivencia de un accidente catastrófico como el ocurrido o de la angustia, zozobra y ansiedad padecida por los familiares de los viajeros que resultaron fallecidos, y que por las circunstancias que rodean al accidente y la frustración de la confianza en la seguridad de un medio de transporte como el ferroviario ,hace más propensas a estas víctimas o perjudicados al padecimiento de un trauma o un duelo patológico que debe resarcirse de forma independiente del daño personal sufrido por lesionados o del daño moral por el fallecimiento del ser querido**, tal como resolvieron los Tribunales en otros accidentes catastróficos como los accidentes aéreos de los casos Spanair y Germanwings - SSTS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 2021 y de 9 de mayo de 2023-. Se considera razonable fijar tal factor de corrección en un 50% del importe de las indemnizaciones básicas por fallecimiento o de las indemnizaciones básicas por incapacidad temporal y permanente de lesionados, sin que proceda, como se reclama por algunas acusaciones, la aplicación de otros factores de corrección, o cantidades a tanto alzado, no previstos en el baremo destinados a resarcir ese mismo sufrimiento moral derivado de la vivencia, personal o de seres queridos, de la catástrofe basando la petición en el principio de reparación íntegra, en el carácter profesional de los responsables criminales o en una supuesta equiparación de las cuantías de las indemnizaciones a las que rigen en otros países de la Unión Europea ,criterios que no justifican el incre-

mento de las indemnizaciones respecto de las víctimas o perjudicados de otros accidentes, catastróficos o no, más allá del factor de corrección por incremento del daño moral que ya se reconoce.

Por otra parte, la aplicación orientativa del baremo de tráfico vigente en el momento del siniestro conlleva la utilización de los criterios establecidos para su aplicación, tanto en lo que se refiere a la suma de secuelas concurrentes como a la exclusión de conceptos no previstos como indemnizables en ese baremo -por ejemplo ,las intervenciones quirúrgicas o el lucro cesante-, más allá de lo que resulte de la concreta prueba articulada por las partes sobre gastos, daños o perjuicios sufridos o que se sufrirán en el futuro por el beneficiario de que se trate y sin que quepa, como se dice en la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 13 de septiembre de 2021,utilizar simultáneamente las normas del baremo de 2004 y las del baremo de la Ley 35/2015, vigente a partir del 1 de enero de 2016, en aquello que resulte más favorable de cada uno de ellos.

Del mismo modo, los beneficiarios de las indemnizaciones deben ser los propios sujetos pasivos del delito, en caso de lesionados, y los parientes previstos en el baremo, en el caso de los fallecidos. Ello, sin perjuicio de que en cada caso concreto puedan acreditarse perjuicios resarcibles sufridos por personas distintas de esos beneficiarios y que los hayan reclamado. Sin embargo, respecto de los hermanos de fallecidos, el baremo hace una exclusión no razonable de los mismos como beneficiarios cuando son mayores de edad y la víctima tenía cónyuge o pareja de hecho, hijos o

ascendientes, discriminación que, incluso en algunos casos, es reconocida por las aseguradoras responsables civiles en sus informes finales. No puede negarse el daño moral que sufre un hermano mayor de edad por el fallecimiento de otro, tenga o no éste cónyuge, hijos o ascendientes. Procede, por tanto, en aplicación de la doctrina que establece la STS de 14 de junio de 2023, antes citada, reconocerles la condición de beneficiarios y aplicar analógicamente las cuantías de las indemnizaciones establecidas en el Grupo IV de la Tabla I si el hermano tenía convivencia con la víctima o era menor de 25 años; y si no tenía convivencia y era mayor de 25 años, aplicar analógicamente la cuantía prevista en el Grupo V de la Tabla I para los hermanos mayores de 25 años, concurrentes con otros menores de esa edad, o para el 2º y demás hermanos concurrentes mayores de 25 años de una víctima sólo con hermanos.

La indemnización de gastos generados como consecuencia del accidente se hará en función de la prueba que acredite su existencia y relación causal, quedando excluidos los derivados de la sucesión mortis causa (notariales, registrales, fiscales) por ser gastos generados por el hecho del fallecimiento, cualquiera que sea su causa, y de la transmisión del patrimonio del causante a sus herederos y/o legatarios que quieran aceptarlo.

La indemnización de daños materiales por los objetos perdidos o deteriorados en el accidente se hará conforme a la tasación pericial que consta en las respectivas piezas separadas de fallecidos y de lesionados y que atiende a la depreciación del valor del objeto respecto del coste de adquisi-

ción o de reposición, en atención a su antigüedad y uso.

C- En virtud de los criterios generales establecidos en el apartado anterior y, en cuanto a las circunstancias personales de las víctimas o perjudicados, del resultado de la prueba documental obrante en cada una de las piezas separadas de fallecidos y de lesionados y las testificales y periciales practicadas en el acto del juicio, procede individualizar cada una de las indemnizaciones y sus beneficiarios siguiendo el orden de las respectivas piezas de fallecidos y de lesionados (se hace constar también el número del Grupo de Acusación Particular con que fueron representados en el acto del juicio), comenzando por los fallecidos, de donde resultan las siguientes indemnizaciones:”

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial, se intenta resolver casos -sin que cristalice (la administración no puede, ni quiere ser aseguradora ni responsable universal)- como los de lesiones originadas en losetas rotas o levantadas, socavones, tapas o alcantarillas rotas; no obstante, en ocasiones si se produce condena: Sentencia nº 320/2024, de 25 de junio, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia - Ponente la Magistrada D^a. María Azucena Recio González.-

“consta en el expediente administrativo un informe del Jefe del Departamento de Pesca y gestión del Patrimonio de la Autoridad Portuaria (de septiembre de 2021), del que parece deducirse que la alcantarilla en el momento del accidente carecía de tapa, por lo que se trataría de un hueco de dimensiones importantes y fácilmente perceptible.

Por otro lado, del propio relato del demandante se deduce que el lugar donde se produce la caída es una zona de tránsito habitual por parte de la víctima, por lo que es fácilmente deducible que la misma pudo conocer y advertir, empleando un mínimo de diligencia, la existencia del agujero en la alcantarilla que pudo provocar el accidente.

Podría, pues, existir una conducta negligente de la propia víctima que rompiera el nexo causal o que determinase una concurrencia de causas en la producción del siniestro, con la consiguiente limitación de responsabilidad por parte de la Administración. La circunstancia antedicha también podría determinar la ruptura del nexo causal, con la consiguiente inexistencia de responsabilidad por parte de la Autoridad Portuaria, o bien la concurrencia de un tercero a la producción del daño, con la consiguiente limitación de responsabilidad también es cierto que la tapa de la arqueta fue reparada el 27 de noviembre de 2018, por el servicio de mantenimiento de la Autoridad Portuaria de A Coruña; que no había realizado con anterioridad mantenimiento de ningún tipo sobre dicha tapa; y que la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de Galicia de accesibilidad, en su artículo 9, sobre los elementos de urbanización, dispone que “1. Se consideran elementos de urbanización las piezas, partes y obje-



tos reconocibles individualmente que componen el espacio público urbanizado, tales como pavimentación, saneamiento, red de alcantarillado, distribución de la energía eléctrica, gas, redes de telecomunicaciones, suministro y distribución de aguas, alumbrado público, jardinería y todas aquellas que materialicen las previsiones de los instrumentos de ordenación urbanística.

2. El diseño, colocación y mantenimiento de los elementos de urbanización que hayan de ubicarse en áreas de uso peatonal garantizarán la seguridad, accesibilidad, autonomía y no discriminación de todas las personas, en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

Siendo obligación de la autoridad portuaria el garantizar la seguridad de los peatones, de forma que, aun cuando exista una red cuyo mantenimiento le corresponde a la concesionaria, ello no excluye las competencias de la Autoridad Portuaria con relación al espacio público urbanizado, la

tapa de la arqueta debía haber estado colocada, y ello se pone de manifiesto cuando se procede a su colocación con posterioridad, a fin de evitar nuevos incidentes, y se reconoce en el acto de la vista que es habitual repararlas, no habiendo procedido a reclamar su importe.”

La Ley 41/15 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se halla de actualidad en los tribunales penales, pero ¿es retroactiva? Recurso: 954/2024 Auto de 24 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. -ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García-

“Sobre la retroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional (sentencias 149/1995 de 16 de octubre y 374/1993 de 13 de diciembre) recuerda que el

fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo autoriza. Conviene recordar que las leyes procesales no son leyes penales, por lo que no es posible el efecto retroactivo de las mismas, sino que únicamente son aplicables a los procedimientos en vigor con arreglo a las circunstancias establecidas para el procedimiento aplicable. La STS 1336/2011, de 12 de diciembre señala que, el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable con carácter supletorio, por prescripción del artículo 4 de la misma ley, dispone que salvo que se establezca otra cosa en las disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos se sustanciarán siempre con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas. C) A la vista de lo anteriormente expuesto, se hace necesario antes de entrar en el fondo del recurso, analizar si la resolución que se impugna es susceptible de ser recurrida en casación en el caso que nos ocupa. Se trata de una sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Cádiz, que desestimó los recursos de

apelación interpuestos por Gonzalo, la entidad "LAS CUATRO NIÑAS" y Gumersindo, frente a una sentencia del Juzgado de lo Penal de Jerez de la Frontera. Para abordar esta cuestión, se hace necesario partir de una premisa esencial, cual es que la redacción actual del artículo 847.1 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la otorgada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Dicha reforma entró en vigor el seis de diciembre de 2015 (Disposición final cuarta de la Ley 41/2015), siendo determinante que en la Disposición transitoria única de la Ley 41/2015, se establezca que se aplicará "a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor". Por lo tanto, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo de la cual, son recurribles en casación las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, no puede incidir, en virtud de la Disposición transitoria referida, sobre un proceso, como el que nos ocupa, incoado en virtud de resolución del Juzgado instructor, de tres de febrero de 2012 (folio treinta y siete de las actuaciones), es decir, más de tres años antes de que entrase en vigor la modificación referida. En conclusión, la modificación legal operada por la Ley 41/2015 no puede tener efectos retroactivos sobre el presente procedimiento, al no estar previsto expresamente en su Disposición transitoria, única posibilidad que posibilitaría que esta Sala conociese sobre el fondo del recurso de casación interpuesto. No pudiéndose invocar, ante dicha falta de previsión, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, ya que no esta-

mos en el ámbito de la normatividad penal sustantiva, sino de la procesal penal, donde la redacción del artículo 792.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente y aplicable al procedimiento del que estamos tratando, establecía que "contra la sentencia dictada en apelación no cabrá recurso alguno". Esta solución se ha mantenido por esta Sala anteriormente en Autos de fechas 3 y 6 de mayo de 2016, recaídos en los recursos de queja números 20186/2016 y 20124/2016, así como, en el Auto de inadmisión de fecha 9 de junio de 2016, recaído en el recurso nº 547/2016."

Cada año, supera al precedente en cuanto al número de asuntos que acceden a los tribunales penales -y civiles- impetrando la protección del honor, relativos a los delitos de odio, injurias, calumnias, ultraje del honor, y hoy se prodigan entre aforados: Auto núm. 20972/2024, de 1 de agosto, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.- Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García-

"partido político IUSTITIA EUROPA formulando querrela contra la ministra de Sanidad Sra. D.ª Isidora por presuntos delitos de odio del art. 510 CP e injurias del art. 208 CP.

La competencia para el conocimiento de los hechos que se refiere la denuncia corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo al diri-

girse la querrela contra quien es miembro del Gobierno de la Nación.

SEGUNDO.- La querrela se hace eco de un twitt publicado en la cuenta oficial del Ministerio que dirige la querrelada el día 1 de abril de 2024 con el siguiente texto:

"Las pseudoterapias solo tienen efectos en el bolsillo, en el mejor de los casos. La falta de evidencia científica no solo es un engaño, también puede poner en riesgo la salud" Tras ello, realiza una extensa y documentada exposición en defensa de las prácticas asistenciales basadas en terapias naturales.

Estima que la difusión de ese comentario podría dar vida tanto a un delito del art. 510 CP como a delitos de injurias (art. 209 CP).

TERCERO.- No hay forma racional alguna de rellenar las dos tipicidades invocadas con el material fáctico ofrecido.

Los delitos de odio (arts. 510 y ss CP) exigen algo más que un comentario que no agrada y, por otra parte, que se dirija a uno de los colectivos especialmente recogidos en los tipos, lo que no sucede aquí.

En cuanto a las injurias, resulta exagerado, hiperbólico, considerar que esas palabras pueden suponer una ofensa con relieve penal dirigida al conjunto de esos profesionales.

Se trata de un comentario, caracterizado por la simplificación inherente al uso de esas redes sociales, que pretende mediar en un debate social o alimentarlo. La respuesta por quien discrepa ha

de consistir en intervenir también en ese foro público; no tratar de resolverlo en el marco de un procedimiento penal.

El texto atribuido a la aforada puede ser replicado o combatido, pero no con una querrela, sino a través de opiniones o respuestas en el mismo espacio público enriqueciendo lo que se ha llamado metafóricamente el mercado de las ideas.

Carece del más mínimo atisbo de infracción penal. El derecho penal está para reprimir los más graves atentados a la convivencia; no para tutelar temperamentos propensos en exceso a la susceptibilidad.

Abona esta solución, además, la máxima amplitud que debe reconocerse a quienes participan en la vida pública como representantes de los ciudadanos para opinar, con expresiones, afortunadas o desafortunadas, compartibles o no, sobre asuntos de interés social y colectivo. (ATS de 24 de julio de 2015, (causa especial 20404/2015).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene declarado que la libertad de expresión no solo comprende las "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan. Así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una "sociedad democrática" (Sentencias Handyside contra Reino Unido de 7 diciembre de 1976, y Jersild contra Dinamarca de 23 septiembre 1994). Los hechos objeto de querrela carecen de relieve penal."

O el Auto núm. 20932/2024, de 24 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo - ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García -

"El Presidente de la Liga española Pro-Derechos Humanos presentó denuncia contra D.ª Milagrosa diputada del Congreso por un presunto delito de calumnias de los arts. 205 y 215 CP.

La denuncia, haciéndose eco de lo publicado en algunos medios de comunicación -no hay razón para dudar de su verosimilitud- refiere que la denunciada, en su calidad de responsable de una formación política, ha dirigido a varios magistrados designados con nombre y apellidos la imputación de maniobrar para dificultar la labor legislativa parlamentaria, de mantener posiciones absolutistas o atacar frontalmente a la democracia.

Las declaraciones atribuidas a la aforada, pudiendo merecer valoraciones negativas o críticas e, incluso, censuras en otros escenarios, resultan inidóneas para generar responsabilidad penal a la vista del ámbito político en que se enmarcan y la máxima amplitud que debe reconocerse a quienes participan en la vida pública como representantes de los ciudadanos para opinar, con expresiones, afortunadas o desafortunadas, compartibles o no, sobre asuntos de relevancia social y colectiva.

Nos enfrentamos a expresiones ciertamente gruesas y

poco matizadas. Al valorarlas desde la óptica penal hay que insistir en el papel preferente que tiene la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico que lleva a tolerar excesos para eludir el riesgo de un efecto desaliento que sería letal para el pluralismo político y la libre circulación de ideas y opiniones. Esa contención ha de ser mayor cuando quien ejerce esas libertades ostenta un cargo público y representa a una opción política. No es por ello posible reaccionar con derecho penal frente a conductas como la sometida a enjuiciamiento, por más que, a su vez, puedan ser objeto de críticas. Así lo requiere el pluralismo político en salvaguarda del cual no se puede correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, que sería indeseable en un Estado democrático (STC 105/1990; STEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992).

Y es que no puede olvidarse que las libertades del art. 20 CE no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que, por lo mismo, trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales (STC 101/1990, de 11 de noviembre). **Se ha llamado gráficamente a la libertad de expresión perro guardián de la democracia.** Esa metáfora evoca agresividad: un animal entrenado para intimidar y morder; no una amable mascota doméstica. **La imagen es plástica y nada desatinada: algunos excesos han de ser consentidos en este campo.** El derecho penal no es herramienta apta para limar asperezas o imponer un estilo

más plano, menos escandaloso, más objetivo o neutro; o para acallar una opinión agria, ni siquiera, aunque pueda ser injusta (ATS de 21 de enero de 2021 recaído en la causa especial 20437/2020)."

Sigue siendo preciso matizar la naturaleza de las costas en la jurisdicción penal; veámoslo en la Sentencia Nº 478/2024, de diecisiete de julio, de la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid Ponente: Francisco Javier Martínez Derqui:

“Pese a la confusa regulación de las costas en el proceso penal, tanto la doctrina procesal cita actual como la jurisprudencia coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado, bien el condenado absuelto en caso de acusaciones infundadas o temerarias (art. 240.3 de la L.E.Criminal). Como señala expresamente la sentencia de 21 de febrero de 1995 que “la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como resarcimiento de gastos procesales”.

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E) y a la asistencia letrada (art. 24.2 C.E), constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Junto a esta dimensión constitucional de las costas, como resarcimiento de los gastos procesales originados a los perjudicados por un comportamiento antijurídico, destacada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, no ha de olvidarse que a través del proceso penal también se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación de daños, que no resulta congruente someter a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil. Constituiría un supuesto de diferenciación irrazonable, y por ende discriminatorio, que quien ejercite en el propio proceso penal sus acciones civiles para la reparación de un daño derivado de un ilícito penal sea obligado a soportar sus propios costes procesales pese a obtener el pleno reconocimiento de su derecho, mientras que si se reserva las mismas acciones para ejercitarlas separadamente a un proceso civil la norma procesal civil aplicable imponga las costas al condenado como responsable del daño, salvo supuestos excepcionales (STS 1912/2024).”

La Sentencia nº 352/2024, de 30 de abril, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. - Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet - desarrolla las notas características de la participación a título lucrativo recogida en el art. 122 C.P. que prevé la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de recepción civil:

“En definitiva, la gran ventaja que tiene el art. 122 CP es la de permitir que dentro del propio proceso penal el perjudicado pueda obtener el resarcimiento de aquella parte en que se haya beneficiado a título lucrativo del que no haya participado en el delito, lo que dada la naturaleza civil y no penal de la causa, la restitución de no existir tal precepto le hubiera obligado a un proceso civil, con las consecuencias de tiempo y coste procesal que ello acarrea.

4.- Esta responsabilidad es solidaria y no acumulativa.

En la Sentencia 212/2014, de 13 de marzo, se expresa que la responsabilidad civil del art. 122 CP es solidaria y no acumulativa. No es que el tercero responsable civil tenga que pagar una cantidad adicional a sumar a la correspondiente al responsable penal principal.

Sencillamente responde solidariamente y de manera conjunta con el responsable penal del importe de su beneficio.

5.- Requisitos que exige la jurisprudencia.

En la Sentencia 287/2014, de 8 de abril, se recuerda que jurisprudencialmente se ha determinado que son requisitos para la aplicación del precepto:

- 1º) Que alguien se aproveche del delito.
- 2º) Que la persona obligada a restituir o resarcir no haya sido condenada como autora o cómplice de la infracción penal, correspondiente.
- 3º) Tal participación a los efectos de aprovechamiento civil ha de tener como causa un título lucrativo no oneroso.

Concurriendo estos requisitos no se produce obligación de restituir, reparar o indemnizar como si se tratara de un responsable penal, la del art 116, con el contenido de los arts 109 y ss CP, sino otra diferente que tiene como causa el mencionado enriquecimiento ilícito y como límite la cuantía de su propio beneficio (CfrSSTS 9-3-1974, 5-12-1980, 20-3-1993, 21-12-1999, 14-6-2000, 25-2-2003, 24-9-2004, 28-11-2006, 9-5-2007,11-9-2007; 1024-2009, de 24 de septiembre; 114/2009, de 11 de febrero).

6.- Caso de la esposa del acusado que se beneficia del delito del marido o pareja.

Y esta Sala ha declarado que se encuentra en el caso la esposa del acusado, que se benefició indebidamente de sumas de dinero que fueron ingresadas en su cuenta corriente, sin que hubiera tenido inter-

vención alguna en el delito cometido por su esposo. (Cfr. STS 532/2000, de 30 de marzo; STS 1313/2006, de 28 de noviembre;1224/2006, de 7 de diciembre).

7.-No requiere el conocimiento del delito. Solo la recepción del dinero.

En la Sentencia 324/2009, de 27 de marzo, declara que "es cierto que tal participación lucrativa, no requiere el conocimiento ilícito de la actividad del autor del delito, sino única y exclusivamente la participación, es decir, el hecho objetivo de la recepción del dinero.

Pero claro es que está pensado para la intervención de un tercero, de modo alguno para quien está acusado de la comisión delictiva, y resulta absuelto.

8.-El dinero está en poder de tercero que es el responsable a su devolución ex art. 122 CP.

El precepto comentado está pensado para los casos en que no es posible la responsabilidad civil a cargo del acusado, porque el dinero se encuentra en poder de un tercero, que desconoce su origen ilícito, pero que no puede serle atribuido a título delictivo. Esta es la verdadera esencia de la participación lucrativa a que hace referencia el art. 122 del Código penal.

9.- Se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito

De modo que esta Sala ha declarado que se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito, cuando se tra-

ta de un tercero, porque el conocimiento de la procedencia delictiva, junto con la recepción material, daría lugar a responsabilidades penales. Y como se ha dicho, el artículo 122 se refiere exclusivamente a una cuestión de naturaleza civil.

10.- Es una receptación civil.

Como dice la STS 362/2003, de 14 de marzo, se trata de la llamada receptación civil: aquel que no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito, siempre que ese beneficio haya sido obtenido a virtud de un "título lucrativo". No basta, pues, que una persona haya resultado beneficiada. Y no se trata de un caso de responsabilidad civil "ex delicto", sino de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervinieron en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buena fe y a título oneroso cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada. "

¿Puede abonarse con cargo al SOVI la incapacidad temporal de una víctima/ viajero ?, responde la Sentencia Núm. 345/2024, de 27 de junio, de la Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona -Ponente: Ramón Vidal Carou-:



“Como bien señala la propia recurrente, el **Seguro Obligatorio de Viajeros**, sigue todavía hoy regulado por el ‘antiguo y obsoleto’ Real Decreto 1575/89, de 22 de diciembre, el cual, ciertamente, dispensa un tratamiento un tanto contradictorio a la incapacidad temporal, pues tras declarar en su artículo 18 que se encuentra expresamente cubierta y remitir su cálculo al baremo que consta como anexo, luego no aparece mencionada en ninguna de las catorce categorías que lo integran ni ofrece tampoco pauta o indicación alguna para su encaje o cuantificación, no resultando tampoco de gran ayuda la redacción, tachada de desconcertante, que ofrece este artículo 18 (se “indemnizará en función del grado de inhabilitación que se atribuye en el baremo anexo a

este Reglamento a las lesiones de los asegurados, sin tener en consideración la duración real de las que hayan sufrido”). Es decir, no es dudoso que la norma contempla la incapacidad temporal como indemnizable, pero el problema es determinar el módulo o sistema aplicable para determinar o concretar su importe.

18. Y esta anómala situación ha desembocado en dos corrientes doctrinales en la llamada jurisprudencia menor pues, de un lado, algunas Audiencias Provinciales consideran que la incapacidad temporal no está cubierta por el Seguro Obligatorio de Viajeros como período de estabilización por días, al carecer de un baremo concreto, y establecer el artículo 18 que queda englobada por la suma indemnizato-

ria del anexo al Reglamento, es decir, su resarcimiento quedaría englobado en la indemnización por secuelas que pueda serle reconocida, pues si el legislador hubiera tenido intención de indemnizarla aparte, habría previsto un baremo al margen del anexo previsto para las secuelas.

19. Por el contrario, otras Audiencias Provinciales consideran indubitado que el Seguro Obligatorio de Viajeros cubre la incapacidad temporal como resarcimiento independiente a tenor del artículo 18 (que prevé expresamente esta situación como contenido del seguro) y los artículos 15 y 20 (que mencionan la incapacidad “permanente” y “temporal” como distintas indemnizaciones pecuniarias), señalando que la falta de previsión por el

legislador de un baremo para los días de incapacidad puede corregirse aplicando análogamente el establecido para el seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), que sí prevé una determinación y cálculo de los días de baja, tal y como permite el artículo 4.1 del Código Civil. Lo contrario supondría una interpretación demasiado literal y rigorista del Reglamento contraria al principio de interpretación pro asegurado en casos dudosos de pólizas y normativa de seguros.

20. Como cuestión previa, es forzoso señalar que la STS de 8 de octubre de 2010 citada por el Juzgado abordó la compatibilidad del SOVI con el seguro de responsabilidad civil que ampara la circulación de los vehículos a motor, pero nunca declaró que las lesiones temporales del viajero debían ser indemnizadas con cargo al SOVI. De haberlo hecho, a buen seguro que no se existirían las dos posturas enfrentadas en la jurisprudencia de las audiencias.

21. Pues bien, el recurso debe prosperar. **Mientras no unifique doctrina el Tribunal Supremo, este Tribunal viene entendiendo que previéndose expresamente por el Reglamento que sea indemnizada con cargo al SOVI la incapacidad temporal del viajero, la circunstancia de no estar adecuadamente regulada su determinación no es causa suficiente para negar su indemnización, pues siempre puede acudir a las reglas de la analogía, en concreto al Anexo de la Ley del Seguro y la Circulación de Vehículos a Motor, en donde sí existen reglas que permiten cuantificarla, evitando así la arbitrariedad a la hora de su cálculo.**

La Sentencia núm. 204/2024, de 19 de febrero, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo - Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg- expresa en modo diáfano un supuesto de pérdida de oportunidad y su solución porcentual::

“...los estudios realizados, a los que se refieren los peritos informantes, concluyen que la mielitis cura en un tercio de casos totalmente, en otro tercio mejora con secuelas y el último tercio no mejora.

También, sabemos que el diagnóstico y la instauración del tratamiento con mayor prontitud mejora el pronóstico; no obstante, el cuadro clínico de la demandante era grave, con lo que la posibilidad de curación sin secuelas era reducida, aunque probable que fueran de menor gravedad que las padecidas, **y es esa la oportunidad perdida.**

Por todo ello, consideramos que debe ser resarcida con el 33% de los daños sufridos (mejora con secuelas), lo que exige su cuantificación, mediante la conjugación de tres circunstancias; la curación sin secuelas en el 33% de los casos, con secuelas en el 66% de los casos, y el concreto cuadro clínico que presentaba la demandada, lo que implica un peor pronóstico con respecto a su recuperación. Y todo ello, en ausencia de otros datos concluyentes. La afirmación de que uno de cada nueve casos se cura no ha de prevalecer so-

bre aquellos porcentajes que recogen los peritos en sus informes antes reseñados.

No obstante, el cuadro clínico de la actora, teniendo en cuenta la valoración de su incapacidad de un 91%, la podemos calificar como gran inválida y no como tributaria de una incapacidad permanente absoluta, máxime cuando en el informe ya se le fijan 120.000 euros por ayuda de otra persona dentro de dicha partida. Por sí misma, no goza de autonomía para las prestaciones esenciales de la vida y se encuentra ingresada en un centro asistencia. El baremo de dicho año fija, por tal concepto, un máximo de 352.254,05 euros.

Por todo ello, teniendo en cuenta que el baremo de tráfico no es vinculante, consideramos que la indemnización procedente en este caso, más adecuada a las circunstancias concurrentes, sería la de 900.000 euros, y dado que la oportunidad pérdida la hemos determinado en un 33%, fijamos la indemnización procedente en 297.000 euros”

Continúan vigentes las culpas concurrentes en el ámbito automovilístico, con atención a quien genera el riesgo. Sentencia 175/2024 de 30 Abr. Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, -Ponente: Ilmo. Sr. Ruiz-Rico Ruiz, D. Juan Francisco-

“De lado del peatón, sin duda que su actuación fue negligente al cruzar el carril de aceleración por lugar no auto-

rizado, infringiendo el artículo 124 del RGC que le obliga a hacerlo por el paso de peatones y no por las proximidades. Y en este caso deberá cerciorarse que puede hacerlo sin riesgo ni entorpecimiento, lo que también omitió al ser fácilmente visibles los vehículos que se acercaban.

Pero también la conducta del conductor merece reproche culpabilístico. Aunque la velocidad no fuere excesiva ni superior a la legalmente permitida, eso no quiere decir que fuera la adecuada, tal y como genéricamente exige el artículo 45 del RGC y más concretamente el artículo 46, que le obliga a circular a velocidad moderada, incluso a detener el vehículo si lo exigen las circunstancias... en las proximidades de vías de uso exclusivo de ciclos, y paso de peatones y en caso de deslumbramiento.

En el supuesto de autos concurren estas circunstancias especiales para adecuar la velocidad y, de ser necesario detener el vehículo. En primer lugar, el atropello tiene lugar una vez rebasado el paso de peatones, en el carril bici, que aunque no anexo salvo por la parte derecha, se sitúa a escasos 2 metros del primero. De igual modo, de haberse parcialmente deslumbrado el conductor, debió atemperar la velocidad y detenerse hasta que cruzara el peatón, aunque no lo hiciera por paso destinado al efecto, sino a dos metros de éste por el carril-bici. De haber ido atento a la conducción hubiera observado la maniobra del peatón pues no estaba oculto y la luminosidad del lugar era plena, como indica el atestado.

Por consiguiente, nos encontramos ante un caso claro de culpas concurrentes o de aportación de la conducta la conducta de ambos a la rela-

ción de causalidad. No obstante para valorar el grado de participación no podemos igualar la acción de uno y de otro, sino que hay que tener en cuenta que la responsabilidad del conductor lo es por riesgo y tiene la obligación de extremar su diligencia, dado que se encuentran al mando de una máquina peligrosa susceptible de causar daño. Por lo tanto a tenor de las circunstancias con-

Conceptos claves, como el de animus necandi o desestimiento resultan analizados en el Auto dictado en recurso nº 10376/2024, de 18 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. .

currentes atribuimos al conductor del vehículo un 70% y del 30% al peatón demandante.”

“De este modo, de acuerdo con lo que ha quedado probado, señala el órgano de apelación, el acusado, que se encontraba en el interior de su vehículo, al ver a la víctima atento a circunstancia ajenas al tráfico (llevaba la basura de su establecimiento al contenedor), consciente de que mantiene con él una mala relación personal, dirigió su vehículo contra él, circulando por dirección prohibida según la normativa de la época estival e, indiferente con el resultado, le golpeó sin frenar o disminuir la velocidad, de todo lo cual se infiere su dolo, aun eventual, de matar.

A ello se debe añadir, subraya el Tribunal Superior de Justicia, la huida del recurrente del lugar de los hechos, al que solo regresó cuando ya había quedado clara la secuencia de acontecimientos y estaba allí presente la Guardia Civil.

Así, el órgano de apelación concluye acertadamente, por un lado, que **dirigir un automóvil contra una persona, con absoluta indiferencia del resultado, es completamente incompatible con el mero ánimo de lesionar, al ser imposible calcular el resultado; y, por otro, que, ni la baja velocidad a la que conducía el recurrente (que, realmente, no lo es tanto, cuando se trata de agredir a una persona), ni la entidad de las lesiones (fractura de meseta tibial y ligamento cruzado) desvirtúan la conclusión anterior.**

De este modo, en definitiva, la inferencia operada por el Tribunal Superior de Justicia se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala, ya que hemos afirmado que el control de la razonabilidad de la inferencia realizada en la prueba indiciaria deben excluirse aquellos supuestos en los que en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias (canon de la lógica o cohesión), o en los que la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada, derivándose de los indicios un amplio abanico de conclusiones alternativas (canon de la suficiencia o calidad de la conclusión), o bien se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales (canon de la constitucionalidad de los criterios) (STS 101/2016, de 18 de febrero).

Desde todo lo anterior, debemos confirmar al Tribunal

Superior de Justicia cuando concluye que no puede cuestionarse que el recurrente generó deliberadamente un peligro concreto para la vida del denunciante, y aceptó el resultado letal que era probable que se produjera en virtud del atropello perpetrado, y que, por ende, debe apreciarse el *animus necandi*, por ser conforme esta decisión a la jurisprudencia *ut supra*.

Tal *animus necandi*, asimismo, fluye sin dificultad del *factum* (el cual debe ser escrupulosamente respetado en atención al cauce casacional elegido) en el que se dispone que, el recurrente “con intención de atropellarlo condujo su vehículo en dirección prohibida hasta llegar a la altura de la víctima y arrollarlo de frente sin que Alejo pudiese evitarlo y representándose que podría causarle la muerte”.

En lo que se refiere al desistimiento, hemos dicho en nuestra sentencia 77/2017, de 9 de febrero, que “los requisitos de tal desistimiento, han de ser los siguientes: a) voluntario, no bastando la mera causalidad desplegada accidentalmente por la naturaleza que impide la producción del resultado; b) positivo, pues la mera omisión del agente no es suficiente, una vez puestos los resortes físicos necesarios para la producción natural del resultado; c) eficaz, es decir, ha de conseguirse la evitación, en mayor o menor medida, del resultado propuesto; d) completo, pues el agente tiene que desplegar todos los resortes necesarios para evitar la producción del resultado, sin esconder o camuflar ningún contorno de aquellos en los que ha consistido su acción, incluso si le comprometiera en cuanto a su identificación o a los por menores de su acción.

La característica sustancial del desistimiento consiste en la

reversión del derecho que el agente despliega como consecuencia de su actuación, muestra del interés de neutralizar lo que antes había puesto en marcha para perpetrar la infracción criminal.

En cuanto al fundamento de tal previsión, estriba -según se dice en STS 19.12.2007 y reitera la de 2.2.2009, en los siguientes: “algunos autores entienden que el tratamiento favorable que en el mismo se establece para el desistimiento del delito intentado responde a razones de política criminal. Según esta doctrina -conocida como teoría de la política criminal o del premio- la ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal. Otros autores sostienen (teoría de la culpabilidad insignificante) que el fundamento de esta norma se encuentra precisamente en la reducción de culpabilidad hasta lo insignificante, pues se apoya en una compensación basada en un *actus contrarius*. Finalmente, otra parte de la doctrina, considera que, en el mismo, confluyen varios fundamentos: las apuntadas razones de política criminal y también la menor culpabilidad que implica la consideración global del hecho, con un significado inicial negativo que se compensa con un sentido positivo de la evitación del resultado configurador de la correspondiente figura penal”.

En el presente caso, de acuerdo con la jurisprudencia *ut supra*, no estamos en un supuesto en el que el homicidio no se consumó porque el recurrente desplegara todos los resortes necesarios para evitar la producción del resultado, o haya exteriorizado interés en neutralizar lo que antes había puesto en marcha, sino en uno en el que, aunque no se produ-

jese la muerte del denunciante, el medio empleado por el recurrente en el ataque (un atropello), era idóneo para ello, siendo indiferente al resultado. De todo ello se infiere, como ya hemos explicado ampliamente en los párrafos anteriores, el *animus necandi*, lo que excluye la figura del desistimiento.

El recurrente objeta la valoración probatoria, y afirma que no se ha practicado prueba de cargo suficiente para condenarle por un delito de homicidio cometido en grado de tentativa, ya que se le debería haber condenado por un delito de lesiones *ex art. 147 CP*, al no haber quedado acreditado el *animus necandi*.

Así, el recurrente expone que es imposible que tuviese la intención de acabar con la vida del denunciante si se tiene en cuenta que circulaba con su vehículo a una velocidad de menos de 25 km/h, según el informe pericial de Bernardino; que, inmediatamente después del atropello, volvió al lugar de los hechos; y que, cuando regresó, entregó el vehículo y sus llaves, como así los declararon los testigos presenciales.”

La Sentencia nº 3308/2024, de cuatro de julio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia - A Coruña- Ponente: Luis Fernando de Castro Mejuto- distingue entre medios de prueba, y fuentes de prueba, y precisa la estricta consideración de una grabación de audio de una conversación entre dos personas:

“Consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva...”².- Es cierto que la Sala ha aceptado un concepto amplio de prueba documental, partiendo de la base de que hay que distinguir entre medios de prueba y fuentes de prueba. Medios de prueba son los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas, pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC. En nuestra STS de 23 de julio de 2020, 239/2018, sostuvimos un concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos reconociendo que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). En consecuencia, atribuimos la naturaleza de prueba documental a los correos electrónicos, sin que ello supusiese que todo correo electrónico podía acreditar el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad

por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de litero suficiencia. Ahora bien, **tal consideración documental no puede abarcar una grabación de audio de una conversación entre dos personas porque en sí misma tal conversación no tiene el carácter de documento que se incorpora a un soporte electrónico.** Se trata de un medio de reproducción de la palabra reconocido como medio de prueba en el artículo 90 LRJS, pero no incorporado como hábil a efectos revisorios en el artículo 193 b) LRJS». Por lo tanto, rechazamos el empleo de ese material fotográfico como documento a los fines revisorios de la suplicación.”

El Auto núm. 20.903/2024, de 18 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo-Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García-explicita perfectamente el alcance de los reformados Arts. 855 y ss LECrim :

“La reforma procesal de 2023 (RDL 5/2023) ha introducido un segundo párrafo en el art. 858 LECrim ampliando las posibilidades de inadmisión de recursos de casación por parte de las Audiencias provinciales. Se busca aliviar la carga provocada por una avalancha de recursos inadmisibles que llegaban a esta sede amparados en la modalidad casacional introducida en 2015 para asuntos competencia del

Juzgado de lo Penal. Pese a que solo cabe invocar el art. 849.1º LECrim, de contornos muy rígidos, se había generalizado la práctica de intentar el recurso usando cualesquiera otros cauces casacionales. **Esa praxis, en alguna medida, constituye una excrecencia de la Ley de asistencia Jurídica Gratuita que limita, hasta anularla en algunos casos, la capacidad del letrado designado por el turno de oficio para aducir insostenibilidad de la pretensión pese a que la inviabilidad de una impugnación sea patente para un profesional.**

Dice ahora el art. 858:

“Cuando se trate de recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el Tribunal denegará, por auto motivado, la preparación cuando se aleguen motivos distintos al previsto en el artículo 849.1, no se identifique un precepto sustantivo supuestamente infringido, no se consigne el breve extracto exigido, o su contenido se aparte del ámbito del artículo 849.1.º.

A partir de la entrada en vigor de la reforma, las Audiencias pueden repeler recursos en que se aprecie uno de esos defectos, a salvo la ulterior queja, es decir, cuando el motivo anunciado no se ampara en el art. 849.1º LECrim; o, aun citándose ese precepto, la divergencia discurre por senderos distintos a lo que es una infracción de ley penal sustantiva -por ejemplo, cuestiones probatorias o de presunción de inocencia, o denegación de pruebas-. Esto es lo que sucede aquí. El art. 849.1º LECrim no consiente una argumentación basada en razones probatorias (art. 884.3º).

TERCERO.- El art. 855 de la misma ley procesal, también modificado, en la actualidad reza así:

“El que se proponga interponer recurso de casación pedirá, ante el Tribunal que haya dictado la resolución definitiva, un testimonio de la misma, y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar.

Cuando se pretenda interponer recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por infracción de ley, el recurrente deberá presentar escrito consignando, en párrafos separados, con la mayor claridad y concisión, la concurrencia de los requisitos exigidos, identificando el precepto o precep-

tos sustantivos que se consideran infringidos y explicando de modo sucinto las razones que fundan tal infracción....

El párrafo segundo es de nueva factura. El escrito de preparación de un recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por una Audiencia ha de revestir formalidades singulares. No basta con indicar la modalidad de casación. Es imprescindible una protesta expresa de que se va a utilizar exclusivamente el art. 849.1º y, además, dejar constancia tanto del precepto que se reputa infringido como de las razones que sustentan esa valoración. Si éstas se apartan del régimen del art. 849.1º LE-Crim la Audiencia queda apoderada para rechazar a limine el recurso.

*La operativa implantada concuerda plenamente con la finalidad de este recurso de casación. La STS 210/2017, de 28 de marzo, que inauguraba esta modalidad de casación, explicaba que es un tipo de recurso que entronca más que con el derecho a la tutela judicial efectiva, con los principios de seguridad jurídica e igualdad. El horizonte esencial de esta novedosa fórmula impugnativa consiste en homogeneizar la interpretación de la ley penal. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona, pero en un segundo plano, no como objetivo prioritario sino como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. De forma lapidaria resume esa sentencia: **“Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE; más que de su art. 24”.***





Puesta al día internacional

La responsabilidad civil bancaria “ex novo” y la derivada de ilícito penal: Criterios jurisprudenciales en los tribunales españoles y en el T.J.U.E.

por Ubaldo González Garrote
Abogado. Profesor Área Derecho Mercantil,
Universidad Castilla La Mancha



La responsabilidad civil no tiene límites. En tanto en cuanto avance y progrese la vida y la humanidad en sus diferentes formas, así irán surgiendo nuevas modalidades de responsabilidad civil. Estamos acostumbrados a exigir la responsabilidad civil por daños allá donde surge y en sus diversas modalidades (tráfico y circulación de vehículos a motor, paterno-filial, profesional, frente a consumidores, de la construcción, y así una lista extensa), sin embargo, de consuno, podemos comprobar como no cesa la aparición de nuevas modalidades de responsabilidad civil en el tráfico jurídico.

En este artículo traemos a colación la responsabilidad de empresas bancarias y de sus directivos (administradores y/o Consejos de Administración) frente a los accionistas e inversores por los presuntos daños causados a estos derivados de sus operaciones. Y más concretamente la presunta responsabilidad surgida a raíz de la adquisición de Banco Popular Español S.A., por parte de Banco Santander S.A.

Como consecuencia del lanzamiento por Banco Popular de unos productos financieros a partir de 2012, los inversores invocan un perjuicio económico, y como consecuencia de una ampliación de capital en 2015, también se invo-

ca perjuicio ya que el propio Banco concedía créditos para financiar la ampliación de capital (algo que no podía hacer) y que luego no eran devueltos por los financiados acumulando un volumen muy importante de créditos de dudoso cobro, habiéndose instrumentalizado esto a través de la estructura Thesan (consistente en la creación de sociedades en Luxemburgo con el único objeto de canalizar esos créditos de Banco Popular a estas sociedades mediante mecanismos tendentes a eludir la dotación de cientos de millones de provisiones; estos mecanismos consistían en no calificar correctamente los créditos dudosos pues de haberlos calificado correctamente hubiera arrojado pérdidas contables por 2.500 millones/euros). Precisamente el perjuicio oscila alrededor de 2.500 millones/euros, que es la cifra que los perjudicados intentan mitigar. Finalmente fue absorbido por Banco Santander S.A. por el consabido precio de un euro (1 €). Analizamos el recorrido y el resultado obtenido en los Tribunales hasta ahora con la doctrina jurisprudencial surgida y la que sigue emanando los distintos Tribunales.

TJUE:

Numerosos inversores han reclamado a Banco Popular S.A. y subsidiariamente a Banco Santander S.A. como banco adquirente y sucesor de Banco Popular S.A. por las pérdidas sufridas a consecuencia de la contratación de determinados productos e instrumentos financieros (del tipo bonos) en los años 2010 y 2011 en diversas suscripciones del Banco Popular S.A. que posteriormente fueron convertidos en acciones del Banco en los años 2012 y 2014, los cuales tras la adquisición de la entidad por Banco Santander S.A. vieron como sus inversiones quedaron en el limbo jurídico y económico al haberse amortizado a cero todas las acciones. Los afectados han intentado reclamar el perjuicio que ellos entienden han sufrido, vía nulidad de los contratos suscritos en su día.

Los Tribunales españoles elevaron una cuestión prejudicial al TJUE quien ya ha dictado la solución a través de dos sentencias, una es la Sentencia de 5 mayo 2022 (vid. en el asunto C-410/20), y otra la recientísima Sentencia de 5 septiembre 2024. En ellas ha quedado vedada la posibilidad para los inversores de llevar a cabo cualquier tipo de reclamación civil vía nulidad de contratos contra el Banco Popular S.A. ni contra su filial "BPE Preference International" por las pérdidas ocasionadas a estos en la ampliación de capital del año 2016 del banco adquirido.

Ambas Sentencias son coincidentes. Con fundamento en la Directiva europea 2014/59/UE de 15 mayo 2014, "por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión", las Sentencias destacan el carácter excepcional del régimen de insolvencia bancaria que establece la directiva citada cuya finalidad es mantener la estabilidad financiera con un interés general superior, por lo que el hecho de que estas reclamaciones pudieran atenderse judicialmente, vía nulidad o vía responsabilidad civil, cuestionaría el trasfondo y el espíritu de la Directiva. No puede olvidarse que la resolución se hace con el objetivo de mantener la estabilidad financiera de la UE, cuya supervisión corresponde al Banco Central Europeo (el término utilizado en las traducciones oficiales "resolución" no se corresponde "*estricto sensu*" con la resolución contractual de nuestro derecho, refiriéndose la interpretación de este término más bien a una disolución ordenada de una sociedad de capital como es una entidad bancaria en casos de insolvencia).

Las Sentencias citadas contemplan expresamente en el fallo, que "**Las disposiciones ... de la Directiva 2014/59/UE ... se oponen a que, con posterioridad a la amortización total de las acciones del capital social de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto de un procedimiento de resolución, quienes hayan adquirido acciones en el marco de una oferta pública de suscripción emitida por dicha entidad o dicha empresa, antes del inicio de tal procedimiento de resolución, ejerciten, contra esa entidad o esa empresa o contra la entidad que le suceda, una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto...o una acción de nulidad del contrato de suscripción de esas acciones, que, habida cuenta de sus efectos retroactivos, da lugar a la restitución del contravalor de tales acciones, mas los intereses devengados desde la fecha de adquisición de dicho contrato**"

También invocan las Sentencias citadas el hecho de que no se puede solicitar la nulidad del contrato de suscripción a Banco Santander S.A. puesto que, quienes reclaman ya no son accionistas ni de Banco Popular S.A. ni de su sucesora, por lo que pierden todo el derecho respecto a los activos, algo con lo que, quien suscribe este artículo, no puede estar muy de acuerdo. Según las Sentencias, la Directiva es contraria a que acreedores y accionistas puedan pedir ni la responsabilidad civil, ni la nulidad del contrato de suscripción tras la adquisición por otra entidad ya que supondría que se reclamasen re-

troactivamente pérdidas que debe soportar de manera directa y personal el accionista o inversor, entendido como riesgo de “perder” en los negocios, lo que también está contemplado en la Directiva citada.

Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción N° 4:

Por otra parte, un número importante de inversionistas, algunos de los cuales se encuentran en la reclamación anterior iniciaron en la jurisdicción penal un procedimiento contra los directivos miembros del Consejo de Administración de Banco Popular S.A. y contra Banco Santander S.A., sobre lo que está conociendo el Juzgado Central de Instrucción n° 4, la cual hasta el momento, y por los cauces procedimenta-

les por los que discurre, si presenta indicios de delito respecto a las personas físicas con sus posibles responsabilidades civiles a tenor de lo actuado hasta ahora por dicha jurisdicción penal por sendos delitos de estafa y falsedad contable, habiendo quedado aplazado hasta el Auto de apertura del Juicio Oral (lo que a día de hoy está próximo a dictarse tras los escritos de conclusiones de las partes), la decisión sobre si se incluye como responsable a Banco Santander S.A. o no, por lo que a día de hoy se encuentra en el “aire”.

El presunto delito de estafa a los inversores pudo cometerse en el marco de una ampliación de capital del Banco adquirido, al entender que dichos inversores y accionistas participaron en esa ampliación “engañados” (Banco Popular obtuvo 2.500 millones/euros en esa ampliación de capital) mientras que el delito de falsedad con-



table pudo cometerse en el marco de las cuentas anuales de los ejercicios contables de 2015 y 2016 del citado banco al entender que los estados financieros no reflejaban la imagen fiel del balance ni del patrimonio. La acción penal se dirige contra el Presidente de la entidad de Banco Popular y contra doce miembros de la cúpula directiva al tener funciones ejecutivas y no solo representativas, así como también a la firma de auditoría que revisó y auditó las cuentas anuales de la entidad en esos ejercicios, al no indicar salvedad alguna. Al parecer la entidad adquirida debió reflejar pérdidas por más de 1.000 millones/euros, en lugar de dar un beneficio de 105 millones/euros. En el momento de confeccionar este artículo, desde el punto de vista procesal penal, se han reconvertido las Diligencias Previas a Procedimiento Abreviado (donde es posible que se aperture el Juicio Oral) al derivarse de la instrucción que los estados contables que se divulgaron al mercado no eran veraces y que se produjo un engaño a los inversores en la ampliación de capital, algo que era conocido por la cúpula directiva citada, siendo absurdo colegir lo contrario siempre según el Auto del Juez.

Así, en el momento procesal en que se encuentra el expediente judicial el Juez ya ha solicitado a la entidad adquirente y a la firma de auditoría sus pólizas de seguro que garantice una posible responsabilidad civil derivada del presunto delito. Concretamente al Banco Santander S.A. se le solicita la póliza en vigor en el momento de la adquisición de Banco Popular S.A. por un euro. Esta sería ya la última vía por la que los perjudicados podrían ver resarcido su perjuicio, al haber desestimado el TJUE la reclamación civil que se planteó con anterioridad a la penal.

En el ánimo asegurador queda ahora “mover ficha” al respecto puesto que lo concerniente a las coberturas de las que disponían los presuntos culpables, sin duda, removerá los cimientos de las asesorías jurídicas de las aseguradoras, quien a criterio de quien suscribe este artículo deberían personarse como parte y defender sus derechos.

Seguiremos en próximas ediciones de la revista sobre el asunto.





**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

Tu profesionalidad, bien cubierta

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.

Occident

www.occident.com

14.15.16

NOVIEMBRE 2024

PALACIO DE CONGRESOS "EL GRECO"
P.º DEL MIRADERO, S/N, 45003 TOLEDO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

XXIV CONGRESO NACIONAL

TOLEDO

JUEVES 14

VIERNES 15

- | | | | | | |
|---------------|---|---------------|--|---------------|---|
| 12:00h | Asamblea de la Asociación: Ilustre Colegio de Abogados de Toledo.
C. Covarrubias, 1 BIS, 45003 Toledo | 9:30h | Mesa redonda: Accidentes transfronterizos. Atribución y valoración del daño en Portugal y Francia
Ponentes: D. Antonio da Costa Basto (Abogado. Portugal) y Dª Kathleen Doyeux (Abogada de BCVlex. Francia). Modera. D. Alberto Pérez Cedillo Vocal para UK de la AEAERCS. | 18:00h | La nueva interpretación del inicio del cómputo del plazo de caducidad de la responsabilidad por productos defectuosos del fabricante y del distribuidor y su compatibilidad y efectos con el régimen de responsabilidad por culpa
Ponente: Excmo. Sra. Dª Mª Ángeles Parra Lucán. Magistrada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. |
| 15:30h | Entrega de acreditaciones.
Lugar: Palacio de Congresos «El Greco» | 10:30h | El nuevo concepto de hecho de la circulación consecuencia de la jurisprudencia del TJUE.
Ponente: D. Jose Antonio Badillo Arias. Doctor en derecho. Co-Presidente de la Sección de Responsabilidad Civil y Seguro del ICAM. | 19:00h | Clausura |
| 16:00h | Inauguración Congreso
Excmo. Sr. Carlos Velázquez Romo. Alcalde de Toledo.
Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.
Excmo. Sr. Ángel Cervantes Martín. Decano del Colegio de la Abogados de Toledo.
Ilmo. Sr. D. Javier López García de la Serrana. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro | 11:30h | Pausa Café | 21:30h | Recogida por los autobuses |
| 16:30h | Conferencia Inaugural
"Los deberes de las partes en la declaración del riesgo en los seguros de personas"
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. | 12:00h | El resarcimiento de los gastos médicos futuros en el Baremo de tráfico
Ponente: D. Mariano Medina Crespo. Abogado. Doctor en Derecho. Presidente de Honor de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro. | 22:00h | Cena de Gala en Hotel Beatriz Toledo Auditorium
C. de los Concilios, s/n, 45005 Toledo (se encuentra a 3,4 km del Palacio de Congresos «El Greco») Barra libre y Actuación del grupo Planeta 80, habrá recogida de autobuses cada hora desde las 2:00hrs hasta las 05:00hrs |
| 17:30h | La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa
Ponente: Ilma. Sra. Dª María Cruz Aparicio Redondo. Magistrada. Letrada del gabinete técnico del Tribunal Supremo (Sala 1ª). | 13:00h | Aspectos novedosos de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil y su efecto en los procedimientos de responsabilidad civil
Ponente: D. Miguel Guerra Pérez. Abogado. Director de Sepín Proceso Civil. | | |
| 18:30h | La Responsabilidad Civil de los padres y centros docentes por actos dañinos de menores
Ponente: Dª. María del Carmen García Garnica. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada.) | 16:00h | La Responsabilidad Civil tras el nuevo Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial
Ponentes: Ilmo. Sr. D. Alfonso Peralta Gutiérrez. Magistrado. Miembro Comité Asesor IA Comisión Europea de Eficiencia de Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa. | | |
| 19:30h | Análisis jurisprudencial sobre Responsabilidad civil en actividades y lugares de recreo
Ponente: D. Víctor Manuel Seligrat González. Doctor en Derecho Civil y del Deporte. Profesor asociado de la Universidad Complutense de Madrid. | 17:00h | La infracción de la lex artis derivada de error en el diagnóstico y la valoración del perjuicio causado
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg. Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. | 11:00h | Excursión por centro Histórico de Toledo |
| 21:00h | Recogida de los autobuses | | | 14:00h | Almuerzo
Restaurante Venta de Aires. P.º Circo Romano, 35, 45004 Toledo. |
| 21:30h | Cena - Coctel de bienvenida en Cigarral del Ángel
Carretera de la Puebla de Montalbán S/N, 45004 - Toledo | | | | |
| 23:00h | Regreso de los autobuses | | | | |

SÁBADO 16

902 361 350

www.asociacionabogadosrcs.org

Organiza:



Patrocina:



Colaboran:

