




nº38

Segundo Trimestre. Año 2011



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 38

EDITORIAL

El daño moral y su valoración

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- De padres que no educan y educadores que no son padres. Responsabilidad de padres y educadores ante las conductas de 'ciberbullying'

Eugenio Moure González 9

- De la descodificación de los remedios de que dispone el consumidor cuando se le entrega una vivienda con defectos, a la unificación del concepto de incumplimiento de contrato

Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia 21

- Los sujetos privados y su enjuiciamiento por juzgados y tribunales de lo Contencioso-Administrativo

Arturo González Quinzá 31

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 11 de abril de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Muerte de una trabajadora en accidente laboral. Desestimación del Recurso de Casación, condenando solidariamente al pago de 112.071,30 euros, a la entidad Asepeyo Mutua de Accidentes, por un mal asesoramiento en prevención y riesgos laborales, y a la Empresa y a su aseguradora, por ser exigible una diligencia superior a la normal por el riesgo de la actividad desarrollada. 47

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 10 de mayo de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Póliza de riesgo-construcción. Incumplimiento del asegurado del deber de declarar, omitiendo información relevante en la valoración del riesgo. Recurso de casación, alegando incumplimiento de la Cía. aseguradora de someter al asegurado a cuestionario alguno. Desestimación del recurso, liberando a la aseguradora del pago de la prestación. 55

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 13 de mayo de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Falta de información y de consentimiento informado, por someter a la paciente a una intervención quirúrgica distinta a la autorizada. Indemnización fijada en 30.000 euros sólo por el daño moral grave que supuso la lesión del derecho de autonomía del paciente, no habiéndose producido daños físicos. 61

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 7 de junio de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad patrimonial por accidente de circulación. Se condena a la Administración a indemnizar a un motorista en la cantidad de 592.392,80 euros por las lesiones sufridas en un accidente. Se aprecia concurrencia de culpas ponderada en un 80% la Administración y un 20% el conductor, ya que aunque éste circulaba con exceso de velocidad, la causa principal del accidente se atribuye al mal estado de la calzada por la existencia de sustancias deslizantes..... 67

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 12 de abril de 2011
RESPONSABILIDAD CIVIL: En caso de muerte, el factor de corrección por perjuicios económicos es aplicable cuando el fallecido estaba jubilado y percibía una pensión de jubilación que supone la obtención de ingresos por su actividad laboral pasada. A su vez, la doctrina de la Sala 1ª del TS sobre el resarcimiento del lucro cesante causado por la lesión permanente le es aplicable por analogía..... 75

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

- Por José Mª Hernández-Carrillo Fuentes..... 89

ENTREVISTA A...

Santiago Hurtado Iglesias

- Por Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán..... 99

NOTICIAS

- ➔ XI Congreso Nacional. Córdoba, Mayo 2011..... 103
- ➔ Acta de la Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, celebrada en Córdoba el día 5 de mayo de 2011..... 106
- ➔ Mariano Medina Crespo, miembro de la Comisión de Expertos para la elaboración del informe sobre la modificación del Sistema para la valoración de daños causados en accidentes de circulación..... 107

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

PRESIDENTE:

Mariano Medina Crespo

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

María del Carmen Ruiz-Matas Roldán

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Javier López y García de la Serrana, Mariano Medina Crespo, Andrés Cid Luque, José María Hernández-Carrillo Fuentes, Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Josep Viella i Massegú, Carmelo Cascón Merino, Isidro Tormos Martínez, Víctor Martín Álvarez, Celia Pita Piñón, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti, Susana Sucunza Totoricagüena y José Antonio Badillo Arias.

MIEMBROS DE HONOR:

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 y José Manuel López García de la Serrana.*

DISEÑO:

Aeroprint Producciones S.L.

IMPRIME:

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

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org

El daño moral y su valoración

por **Javier López y García de la Serrana**
Director

una curva cerca de Baena, y tras esquivar a un vehículo que venía adelantando, sufrí un terrible accidente de circulación, que hizo que todos los trípticos acabaran tirados por la carretera que une Granada con Córdoba.

Dicho accidente me supuso un hematoma subdural importante en el parietal derecho, que me provocó una afasia temporal, aparte de otras lesiones, pero sobre todo me hizo darme cuenta de lo duro que es verse postrado en una cama pensando que te vas a quedar sin poder hablar para toda la vida. Días después, cuando pensaba sobre el daño moral y patrimonial que me había representado dicho accidente, y que gracias a la existencia del sistema legal valorativo, más conocido como “el Baremo”, no iba a tener problema en la cuantificación del daño moral, estuviera más o menos conforme con ella, pero al menos sabía a qué atenerme, no como con el daño patrimonial que estaba seguro que no se me iba a indemnizar correctamente, me llegaron las ponencias y comunicaciones de dicho congreso de Córdoba, en el que había una comunicación que se llamaba “**UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DAÑO MORAL EXTRA-CONTRACTUAL**”, siendo su autora, YOLEIDA VIELMA MENDOZA, una profesora de Derecho Civil de la Universidad de los Andes (Mérida-Venezuela).

En esta magnífica comunicación se hablaba del concepto de daño moral en general, no sólo en relación a los accidentes de circulación, poniendo de manifiesto que es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el

De nuevo hemos celebrado nuestro Congreso Nacional, que este año ha sido el undécimo y ha tenido lugar en Córdoba, donde todos los asistentes hemos podido disfrutar de esta bellísima ciudad y su encantadora gente. Desde aquí quiero felicitar especialmente a nuestro vicepresidente **ANDRÉS CID LUQUE**, tanto por la impecable organización de este congreso, como por el alto nivel técnico jurídico de las ponencias, así como por su hospitalidad y su buen hacer. En el apartado de noticias damos cumplida cuenta de todo lo acontecido en este Congreso.

Para mi ha sido un congreso especial, pues me ha recordado que hace diez años, los días 3, 4 y 5 de mayo de 2001, se celebró en Córdoba un congreso organizado también por **ANDRÉS CID**, pero en este caso sin el respaldo de la Asociación, pues aunque acababa de constituirse formalmente la misma (21-marzo-2001), realmente no fue hasta el 17 de noviembre de 2001 cuando se celebró la asamblea general que ratificó la constitución de nuestra Asociación. Por tanto, yo acudía a este congreso de Córdoba de Mayo de 2001, con una caja llena de trípticos anunciando nuestro congreso constituyente previsto para noviembre de 2001, cuando en la salida de

dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto en cuanto, previamente se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. En este sentido, podemos decir que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica, es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, «el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico». La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Y es en base a estos dos presupuestos, que el daño moral es un daño no patrimonial, y éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es, según DE CUPIS, «todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación con un bien no patrimonial».

Entrar en el estudio del daño moral, es entrar en el estudio de la grave problemática que encierra su reparación. Esto es, la admisibilidad de indemnización de daños que como el daño moral son de naturaleza extrapatrimonial. La bibliografía en torno al tema es copiosa y la discusión doctrinal y jurisprudencial no tiene fin.

Pero, hoy parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnizabilidad del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del Derecho privado.

A mi modo de ver, el pago de una suma de dinero a quien ha experimentado un daño moral,



El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido

Los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica, es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, «el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso,



Con la entrega de una cantidad de dinero no se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la compensación por la lesión sufrida

ligidos a las creencias, los sentimientos, salud física o psíquica es decir, a los determinados derechos de personalidad o daño o lesión a un interés no patrimonial es decir por el acto antijurídico»

cumple una función de compensación por el perjuicio sufrido, como puede ser la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes extrapatrimoniales, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la compensación por la lesión sufrida.

En definitiva, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño causado, pero, al igual que la antigua "satisfactio", contribuye a esta finalidad en una doble dirección, que resulta de la generalización de la función que asume la indemnización del daño moral en los dos supuestos paradigmáticos de daños causados al honor y daños morales derivados del fallecimiento o de daños corporales graves.

Para el lesionado en su honor, la indemnización supone aumentar el ámbito de la libertad y la posibilidad de escapar del círculo en el que la difamación hubiese dejado sentir sus efectos. En caso de muerte o de lesiones corporales graves, es decir, aquéllas que conllevan un determinado grado de invalidez permanente, la indemnización tiene para la víctima una función semejante a la de un seguro de vida en el que se pacte la prima a favor de sus allegados o de un seguro de accidentes que contemple una prima en supuestos de lesiones graves, respectivamente. En fin, en estos casos, la indemnización sirve de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados. Tal es la tesis sostenida en la doctrina española por DE CASTRO y BRAVO.

Como ya se ha advertido, la tesis sostenida de forma generalizada en el ordenamiento jurídico español, es la favorable al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales o morales, tesis que se han sustentado a su vez, en diversas concepciones de la misma.

Así, se entiende que el fin último de la reparación del daño extrapatrimonial es la satisfacción, en este sentido LASARTE señala que «sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables». Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendentes a eliminar o atenuar aquéllas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en Sentencia de 7 de febrero de 1962 donde expresa «el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en

materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral».

En este sentido DE ANGEL nos dice, que acoger la tesis que podemos denominar de la «satisfacción» implica la solución de un problema que, indudablemente, se le presenta al juzgador, cual es el de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado por un daño no patrimonial una sensación de placer idónea para hacer desaparecer el dolor sufrido, puesto que el daño moral escapa a toda posibilidad de estimación basada en criterios objetivos de unánime aceptación o, sin más, racionalmente convincentes.

Es por esta razón que BONILINI señala que para alejar el peligro de una extrema subjetivización, se puede avanzar en la idea de que para realizar la determinación de la cuantía constitutiva de la indemnización por daño no patrimonial, el juez no ha de tener en consideración el dolor soportado específicamente por la víctima, sino más bien el que sufrirían la mayoría de los individuos en una situación análoga. Se trata de un intento de objetivación de la liquidación de las consecuencias dañosas no patrimoniales.

Siguiendo a GIANNINI, se puede afirmar que aunque se remita al poder discrecional del juzgador de instancia, la liquidación del resarcimiento debe respetar algunos criterios de principio, estando relacionada con la gravedad del hecho, con la entidad del dolor o aflicción de ánimo infligida a la víctima. En el caso de muerte de la persona ofendida, lo estará con la intensidad del vínculo de parentesco que unía a la víctima con el supérstite, la edad, la sensibilidad de este último, etc. No teniendo relevancia, en ningún caso, las condiciones socioeconómicas ni el nivel cultural del causante del daño.

La doctrina española es unánime al afirmar, que dado que la reparación de los daños morales encuentra su fundamento último en el principio de la «reparación integral del daño» que es el objeto del sistema de responsabilidad civil extracontractual, es en orden a esta pretensión de integridad que el juzgador ha de situarse en el lugar de cada víctima, analizando todas las circunstancias de su vida pasada.

Todo esto tiene relación con la sentencia del TS de 13 de mayo de 2011, que establece que la falta de consentimiento informado en la práctica médica supone, por sí sola, un daño moral grave que debe ser indemnizado, aunque no haya llevado aparejado ningún daño corporal

Todo lo dicho hasta ahora, está en relación con la importantísima **sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011**, que establece que la falta de consentimiento informado en la práctica médica supone, por sí sola, un daño moral grave que debe ser indemnizado aunque no haya llevado aparejado ningún daño corporal. Esta sentencia está reproducida y analizada en el apartado de jurisprudencia, al que me remito, pero sí quiero hacer expresa mención a que en la misma se establece una indemnización por dicho daño moral, que se fija en 30.000 euros, teniendo en cuenta para ello, según dice la propia sentencia, "la intervención médica realizada, de menor entidad de la que había sido proyectada inicialmente, así como las circunstancias concurrentes pues aun cuando no se derivó ninguna consecuencia respecto de las lesiones que presenta la paciente, lo cierto es que tampoco puso fin a sus dolencias", por lo que con estos tres renglones, nuestro Alto Tribunal entiende suficientemente justificada la cuantía otorgada, sin entrar a analizar el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima.

Por tanto, esta sentencia es un avance importantísimo en cuanto al reconocimiento de que la falta de información supone por sí un daño moral grave, por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, pero por otro lado, diez años después de aquel congreso de Córdoba que tristemente me perdí pero del que este año he tenido oportunidad de resarcirme, se sigue sin aportar criterios jurisprudenciales claros, basados en parámetros o fórmulas en las que los tribunales inferiores puedan basarse a la hora de cuantificar el daño moral fuera de los supuestos del tránsito motorizado.

Julio 2011



doctrina

De padres que no educan y educadores que no son padres. Responsabilidad de padres y educadores ante las conductas de 'ciberbullying'



Eugenio Moure González
Abogado

1. Introducción

El rol del proceso educativo formal es definitorio en el sentido que marca normas, comportamientos, disciplina, relaciones jerárquicas y expectativas de vida, y no sólo saberes concretos y conocimientos específicos. Por eso, como expresa FRANCISCO CAJIAO en su artículo “La sociedad educadora”¹, la responsabilidad sobre la educación básica de niños y adolescentes es una competencia colectiva que no corresponde sólo al Estado, sino que ha de involucrar de manera clara y directa a las familias.

¹ Revista Americana de Educación, nº 26, mayo-agosto 2001.

La capacidad de influencia de la escuela formal en el proceso educativo se ha debilitado por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, al ofrecer éstas una gama amplia de oportunidades de acceso a todos los campos de la cultura, la ciencia y el entretenimiento. Discurso que se ve además abonado por una cultura juvenil autónoma con respecto a las instituciones familiares y escolares –la moda, la sexualidad, la autoridad y otra serie de comportamientos– que se van diferenciando cada vez más del legado de la tradición transmitida por los adultos.

Esta nueva realidad hace necesaria una responsabilidad social de diferentes actores que ante todo deben comprender el nuevo escenario en el que tiene lugar la educación. JESÚS MARTÍN BARBERO en “Culturas/Tecnicidades/Comunicación”² hace referencia a que la trama comunicativa de la revolución tecnológica introduce en nuestras sociedades no tanto una cantidad inusitada de nuevas máquinas sino un nuevo modo de educar, de transmitir saberes y valores.

Internet ha ido organizando autónomamente una nueva lógica de conductas sin ser absorbidas por un sistema educativo. Barbero explica que hay una nueva manifestación de sensibilidades, lenguajes y escrituras que las nuevas tecnologías desarrollan y que se hacen visibles en los nuevos modos de percibir el espacio y el tiempo, la velocidad y la lentitud, lo lejano y lo cercano. Se trata de una experiencia cultural nueva, o como WALTER BEJAMIN lo llamó, sensorium nuevo, unos nuevos modos de sentir y percibir, de oír y de ver que en muchos aspectos choca y rompe con el sensorium de los adultos³.

La gran ventaja de internet en la actualidad, gracias a los nuevos terminales móviles, es la de acceder desde cualquier lugar y en cualquier momento. No es extraño ver ya a preadolescentes con teléfonos de última generación que permiten tomar fotografías y videos y colocarlos en la red al momento. Evidentemente, eso se produce porque los padres acceden a las peticiones de sus hijos y les regalan esos terminales. La cuestión no es ya si su adquisición genera una obligación de educar en el uso responsable de los mismos –lo que parece evidente–, sino, especialmente, si conlleva una asunción de los daños que su uso irresponsable produzcan en todo tiempo y lugar.

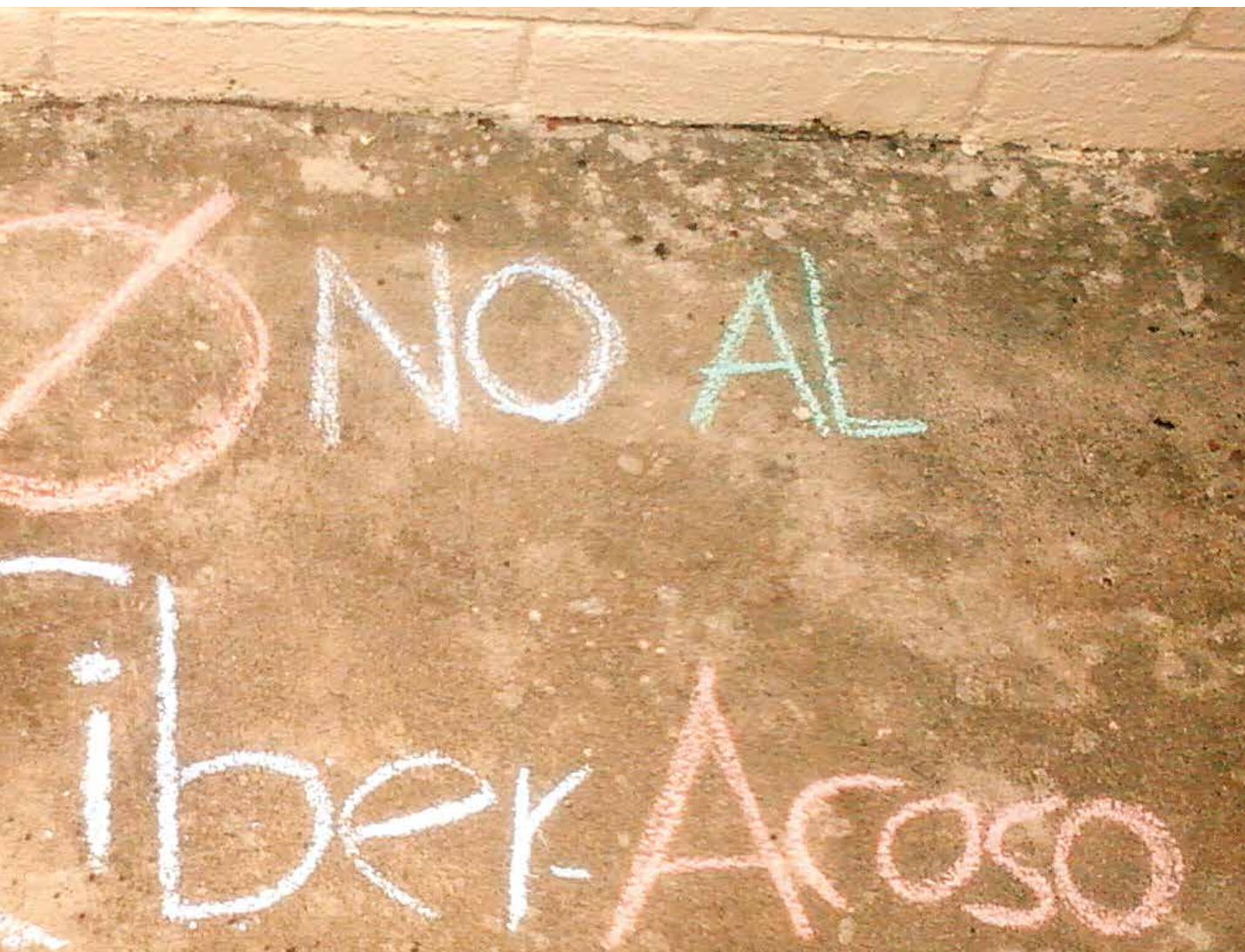
² www.oei.es/cultura2/barbero.htm.

³ www.e_torredebabel/estudios/benjamin/benjamin1.htm.



Los adolescentes y muchos niños menores de 13 años controlan perfectamente el uso de las redes sociales pero sus padres, ocupados con sus obligaciones diarias, si bien saben que existe Facebook pocos tienen idea de cómo se crea, administra y se configura la privacidad de un perfil. Ni hablar de las consecuencias de la creación de una página de amigos, y mucho menos que sus hijos pueden verse involucrados en alguna acción de ciberbullying. Este nuevo fenómeno social, que podemos traducir como ciberacoso escolar, consiste en la utilización de esos medios de comunicación online con la intención de difamar, amenazar, degradar, agredir, intimidar o amedrentar los niños y adolescentes a sus semejantes⁴.

⁴ Ciberbullying: victimización entre adolescentes a través del teléfono móvil y de Internet, AA.VV., Psicothema, vol. 22, nº 4, pp. 784-789. Según este estudio que tomó una muestra de 2.101 adolescentes entre 11 y 17 años, de la C. A. de Valencia, un 24,6% han sido acosados por el móvil en el último año, y un 29% por internet.



El propio Defensor del Pueblo en un informe del año 2007 ya se refería a esta forma de acoso como “el uso de las nuevas tecnologías como medio para recibir y ejercer el maltrato... en la que la posición del agresor es peculiar... dado el carácter poco visible de la conducta y la gran difusión de la que ésta puede ser objeto”⁵.

Frente a estas situaciones se impone la siguiente pregunta: ¿deben responder los padres por los contenidos difamatorios o agraviantes creados por sus hijos menores en Facebook (u otra red social) o en Youtube que causan un daño moral a la víctima agredida? La cuestión es si los padres son responsables de los daños causados por sus hijos menores porque no supieron inculcarles un uso prudente de las nuevas tecnologías, o al final sólo depende de si

los hechos se cometen estando bajo su guarda, quedado excluidos los comportamientos cometidos cuando sus hijos estén bajo la custodia del centro docente al que a diario acuden.

Con este trabajo pretendemos realizar una revisión, a luz de la evolución de la doctrina y la jurisprudencia más actuales, sobre el deslinde de la responsabilidad de los padres y docentes por actos de los menores a su cargo, en base al análisis de un nuevo título de imputación que denominamos la culpa “in educando” o por mala educación. Y a tal efecto tomaremos como hilo conductor el ejemplo del “ciberbullying” ya descrito.

2. Una aproximación al art. 1903 del Código Civil

El artículo 1903 CC contempla dos situaciones determinantes de la responsabilidad en este contexto: la familiar (padres y tutores) y la docente (dueños o directores de centros de enseñanza no

⁵ www.defensordelpueblo.es/es/documentacion/publicaciones/monografico/documentacion/informe_violencia_escolar_ESO.pdf.

superior). La equiparación entre ambas no es absoluta. De entrada estamos ante una responsabilidad de tipo subjetivo, deducible del citado precepto, al invocarse la “culpa in vigilando”. Sin embargo, a la hora de aplicar esta regulación, nuestros tribunales han convertido de hecho en objetiva dicha responsabilidad, sin atender a que los padres hayan podido probar su diligencia. Como ha demostrado GÓMEZ CALLE, esto ha provocado que nuestros tribunales sean más duros con los padres que con los titulares de centros docentes, por ejemplo⁶. Además, esta responsabilidad es directa y no subsidiaria de la del causante material de daño.

Conforme al párrafo quinto del artículo 1903 CC las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. El último apartado de dicho precepto completa esta regulación, señalando que la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Por norma general, los padres o tutores traspasan a los centros docentes la obligación de cuidar de dichos menores (o mayores, en ciertos casos⁷).

Además de la responsabilidad del titular del centro en sí puede haber existido también responsabilidad jurídicamente relevante del alumno causante directo del daño, y en tal caso debe concurrir con la responsabilidad del titular del centro. Además puede existir responsabilidad de los padres del alumno, aunque este tema, por ser el que nos interesa en nuestro estudio lo vamos a reservar para un apartado posterior. Por otra parte, cabe imaginar que el propio dañado haya contribuido a la producción del daño, que debe tener como consecuencia la rebaja de la reparación en la proporción que corresponda⁸.

⁶ GÓMEZ CALLE, E.: “Responsabilidad de padres y centros docentes”, en REGLERO CAMPOS (coord.): “Tratado de responsabilidad Civil”, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 1234-1238.

⁷ Parece lógico incluir a menores no emancipados, pero también a incapacitados o incapaces de hecho no incapacitados que asisten a centro de educación especial.

⁸ Indica DÍAZ ALABART que sería incorrecto que los maestros tuviesen una responsabilidad igual a la de los padres, y parece acertado el comentario (vid. “Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros”, en “Centenario del Derecho Civil”, Madrid, 1991



También debe responder el centro docente por aquellos daños causados fuera del centro si el alumno se hubiera escapado o estuviese fuera del centro como consecuencia de la actuación negligente de los docentes⁹, e incluso en aquellos supuestos en los que los alumnos están dentro del centro pero fuera de la jornada escolar o en días no lectivos, si el centro realiza actividades extraescolares en esos momentos¹⁰ (o también en aquellos momentos en los que el centro está abierto fuera de hora escolar¹¹). Si el menor está ya al margen de la actividad del centro y fuera de su órbita de actuación no puede imputarse a éste responsabilidad alguna.

⁹ En este sentido STS 15-12-1994, SAP Navarra 15-9-2001 y SAP Barcelona 29-1-2008.

¹⁰ Vid SAP Valencia 23-5-1996.

¹¹ Casos de la STS 3-12-1991 y SS AP Bilbao 20-11-1991 y Barcelona 15-7-1995.



3. El concepto de guarda como título de imputación

La definición de este concepto es capital para delimitar el alcance de la norma. Sin embargo, no es tarea fácil porque el Código Civil utiliza el término “guarda” en varias ocasiones, pero sin ninguna previsión técnica, pues no siempre se refiere a lo mismo. Por ejemplo hablan de la guarda los artículos 172 y 174 CC, al tratar del acogimiento de menores, y los artículos 303, 304 y 306 CC, sitos en el capítulo dedicado a la guarda de hecho¹².

Y acudir a la jurisprudencia tampoco aclara la situación, porque el Tribunal Supremo utiliza

¹² Como dice LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990, p. 13, “el término “guarda” es omnicomprensivo, haciendo depender su concreto significado del contexto en que teleológica y sistemáticamente se positivice”.

el término guarda con frecuencia, pero sin concreción: a veces se refiere a la patria potestad¹³, otras a la convivencia¹⁴.

La redacción anterior a 1981 exigía “vida en compañía”. Vivir en compañía significa tener una relación interpersonal continuada¹⁵, cotidiana y habitual, para la cual es necesaria la comunidad de vivienda.

La reforma de 1981 sustituyó el presupuesto de “vida en compañía” por el de “guarda”¹⁶. Independientemente de la oportunidad de seguir exigiendo la convivencia, el término “guarda” no es equiparable al de convivencia¹⁷. Guardar a los hijos es un deber más amplio que la mera convivencia¹⁸. En sentido coloquial, guardar a los menores significa hacerse cargo de ellos, atenderles; lo cual implica cuidar y asistir al menor, tanto moral como materialmente.

Para facilitar el cumplimiento de este derecho-deber es conveniente vivir con los hijos. Pero ni la convivencia es una garantía de la guarda, ni ésta presupone aquélla¹⁹. Porque, por un lado, puede guardar a los hijos el progenitor que no convive con ellos y, por otro, cabe que el que convive con ellos no los guarde. Así pues, la guarda implica generalmente convivencia, pero no necesariamente.

Pero el concepto más amplio en materia de relaciones paterno-filiales es el deber de velar. El artículo 154 CC, al enumerar los deberes y facultades de la patria potestad, dice: “1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”. No se traduce en un deber específico,

¹³ Como en la STS de 11 de octubre de 1991 (R.A. 7447).

¹⁴ Como en la STS de 5 de octubre de 1987 (R.A. 5809).

¹⁵ DIEZ-PICAZO, *últ. op. cit.*, p. 15.

¹⁶ En relación al tutor, se mantiene el requisito legal de la convivencia, y se exige, además, que los menores o incapacitados estén “bajo su autoridad”. En Francia, al contrario de lo que ocurre en la mayoría de las legislaciones, la responsabilidad de los padres no se extiende al tutor.

¹⁷ En Francia, el artículo 1384 del Code exige guarda y convivencia, sin que ello suponga una reiteración, pues son dos conceptos diferentes.

¹⁸ Cfr. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, Madrid, 1993 p. 571.

¹⁹ En contra, GÓMEZ CALLE, comentario a la sentencia de 27 de septiembre de 1990, CCJC, p. 1032, “el deber-facultad paterno de tener a los hijos en su compañía es un presupuesto de la guarda, pues sin él no es posible el ejercicio de ésta ni de la vigilancia”. En sentido similar, GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, p. 79.

sino que implica una terminada diligencia en el ejercicio de los poderes que concede la patria potestad²⁰.

Delimitar el concepto de guarda con la patria potestad no es tarea fácil. Los diversos intentos doctrinales de definir la guarda no han llevado a conclusiones definitivas, y las opiniones son diversas, aunque no contradictorias²¹.

Los progenitores tienen un haz de facultades para el correcto cumplimiento de sus deberes, y es irrelevante saber si una determinada decisión sobre la educación del menor la han adoptado en ejercicio de la patria potestad, de la guarda, o del deber de velar.

En realidad, sólo tiene sentido intentar definir la guarda cuando se desvincula de la patria potestad. Porque entonces cada progenitor no tiene todas las facultades posibles, sino que se produce una distribución de las mismas, y para conocer las facultades de que dispone y los deberes que debe cumplir, hay que saber qué es lo que tiene atribuido.

El supuesto que permite apreciar mejor las diferencias entre la guarda y la patria potestad es el de separación judicial, nulidad y divorcio. En principio, los dos progenitores conservan la patria potestad, pero sólo uno de ellos tiene la guarda jurídica: aquél a quien la sentencia judicial atribuya la “guarda y custodia” del menor. Ello no obsta, según una reciente de la Audiencia Provincial de Cantabria, para que el padre no custodio no asuma su responsabilidad, con el siguiente razonamiento: “La ausencia de convivencia o de relación no puede ser un argumento para justificar el incumplimiento de las tareas u obligaciones propias de la patria potestad, pues supondría cargar con la totalidad de la responsabilidad a la otra progenitora que sí ha cumplido, o ha intentado cumplir, cargas tales como alojar al menor y procurar su manutención o educación”; y añade “la responsabilidad de los padres comprende también los deberes de educación y formación integral del menor en la tolerancia y el respeto

²⁰ Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*, Madrid, 1960, p. 547.

²¹ Por ejemplo, CASTÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 231-232, considera que la guarda está integrada por el deber de velar por los hijos, y por el deber de tenerlos en su compañía; FERRER VANRELL, *El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la “potestad de guarda*, ADC, 1993, p. 164; y ALFONSO RODRÍGUEZ, *La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores*, AC, 1995-2, p.321, mantienen que la guarda es una potestad inferior a la patria potestad que abarca tan solo el ámbito personal, no patrimonial, de protección al menor.

de los derechos individuales y la propiedad de los demás”²². Por lo tanto, según esta sentencia, el padre no custodio también es responsable de la conducta del menor, pues también tiene el deber de velar por él –que incluye su educación– al conservar la patria potestad.

4. Los desajustes entre la responsabilidad civil por hecho ajeno y la responsabilidad civil “ex delicto”

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, parte de que los padres responden civilmente de manera solidaria y objetiva por las acciones u omisiones de sus hijos, al señalar literalmente su artículo 61.3 que “cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos”.

Si el menor comete un delito y del mismo se derivan daños a un tercero que sean indemnizables, esta indemnización debe ser abonada por los padres en todo caso y, sólo en el supuesto en el que los padres no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada, que no eliminada.

La entrada en vigor del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 10/1995 ha dado lugar a que por ciertos sectores jurisprudenciales y doctrinales se considere que se ha introducido un tercer modelo de responsabilidad civil de los padres y guardadores, distinto a los contenidos en los Códigos Civil y Penal²³.

Sobre este nuevo modelo se ha sostenido la tesis de que se trata de una responsabilidad por culpa cuasi objetiva debido a la implicación que estas personas, según los casos, han de tener en el proceso del desarrollo personal del menor, con el fin de evitar la dejadez en la educación. Pero, igualmente, el artículo 61.3 ha dado lugar, frente a las tesis objetivistas puras, a la aplicación del concepto de la moderación,

²² La Vanguardia, ejemplar del 9 de noviembre de 2010 (noticia de agencia EFE).

²³ Como resumen del estado de la cuestión: ALBA PAÑOS PÉREZ, “La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados”, Madrid, 2010, pp. 11-42.



por eso los padres, para moderar su responsabilidad, deberán probar que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia respecto de su hijo menor de edad, obligación que comprende también los deberes de educación y formación integral del mismo.

Ahora bien, ésta es la regla de la Ley Orgánica Penal del Menor, pero no así la regla del artículo 1903 del Código Civil, ya que, después de declarar que “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”, añade que la responsabilidad cesará –y, por tanto, no sólo se moderará–, “cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Así, aun cuando en el artículo 1903 del CC el fundamento de la responsabilidad de los padres sea el mismo que en la Ley Orgánica

5/2000 –por la omisión de la obligada diligencia in custodiando o in vigilando y que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga probatoria–, se trata en este caso de una responsabilidad por semi riesgo con proyección cuasi objetiva. Es una culpa por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de los hijos menores de edad, pero no sin más de una imputación objetiva a los padres de los hechos dañosos causados por los hijos, pese a la cuasi objetivización jurisprudencial. En la vía jurisdiccional civil, y no así en la penal, siempre se admitirá –con toda severidad– no ya la moderación, sino la plena exclusión de responsabilidad de los padres cuando prueben de manera plena, al recaerles la carga de la prueba por vía de inversión, que “emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.



Mantener estas dos vías abiertas plantea, como sostiene JOSÉ GUILLERMO PIPAÓN, problemas de índole práctico²⁴. Es por ejemplo el caso, que cabe representar sin demasiado esfuerzo, de un delito cometido por un menor de 14 años –que no está sometido a la aplicación de la Ley Orgánica Penal del Menor–, la potencial indemnización a reclamar por los perjudicados a los padres deberá realizarse en la vía jurisdiccional civil amparados en el artículo 1903 del Código y, por tanto, los padres pueden exonerarse de responsabilidad probando su conducta adecuada a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar para prevenir el daño; sin embargo, a partir de los 14 años, la responsabilidad de los padres es objetiva y solidaria siempre que se emplee la vía de la Ley Orgánica 5/2000 y, por tanto, los mismos padres, y ante idéntica situación y circunstancias, sí se verán compelidos

a responder civilmente, pese a adecuarse a los parámetros de diligencia de su conducta.

Otra situación que nos podemos representar es la de que no se ejerza la acción civil de responsabilidad por la vía prevista en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, y se proceda a hacer expresa reserva de la misma para su ejercicio en la vía jurisdiccional civil, tal y como autorizan los artículos 4 y 61.1 de la Ley Orgánica 5/2000, y que, de nuevo, y pese a la eventual vinculación que los hechos probados de la resolución judicial dictada en el procedimiento de la Ley Orgánica 5/2000 pudiera tener en el procedimiento civil, sin embargo, los fundamentos y principios de imputación de la responsabilidad civil son diferentes y cabe la exoneración de responsabilidad a los padres pese al reconocimiento de la autoría de los hechos en el hijo.

Lo anterior, desde luego, justifica, como regla general de estrategia procesal, que en el

²⁴ www.aranzadi.es/index.php/información-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/764/opinión/responsabilidad-civil-de-los-padres-por-los-delitos-y-faltas-cometidos-por-los-hijos.



mentario de que cuando los padres dejaban a su hijo en el colegio delegaban plenamente la tarea de guarda en los profesores del centro.

La SAP Navarra 12-11-2004 es un buen ejemplo de esto que comentamos, al analizar unos daños causados por unos menores que se habían escapado de la escuela, pero en los que se apreciaba un importante déficit educativo: “(...) revela una ausencia de formación en valores sociales de comportamiento público no generadores de actos o hechos susceptibles de causar un daño a las personas o cosas, del que evidentemente son en principio responsables los padres, como responsables de la educación del menor, lo que revela la concurrencia de una culpa in educando (...)”.

También es útil la SAP Sevilla 30-11-2007, cuando indica que “...no es obstáculo para que, junto a la responsabilidad de los titulares del centro docente, se aprecie, al mismo tiempo la de los padres, operando entonces las reglas aplicables a los casos de concurrencia de varios culpables, si se da el supuesto de que se aprecie que contribuyeron negligentemente, en alguna medida, a la producción del daño. Tal circunstancia es claro que se produce si permiten o no se preocupan de controlar que sus hijos lleven consigo al centro escolar objetos que puedan resultar en sí mismos peligrosos, con los que después resulta que causan daño a otros menores, pero se produce también cuando se aprecia que el daño se debe a una inadecuada educación imputable a los padres”.

caso de ocupar la posición de actor civil se exija la responsabilidad civil en la vía de la Ley Orgánica 5/2000, no reservando nunca la acción, y en el caso de la defensa, el intento de reconducir este aspecto a la vía de la jurisdicción civil, que ofrece mayores opciones de exoneración de responsabilidad.

Cabe como conclusión plantearnos, con una parte significativa de la doctrina, por qué no establecer un sistema unificado y un criterio para ello, si bien parece que la tendencia jurisprudencial más reciente apunta a ello al hacer referencia a un nuevo título de imputación de la responsabilidad civil de los padres por actos de sus hijos denominado “culpa in educando”.

5. La “mala educación” o “culpa in educando” como título de imputación

Los tiempos cambian, y es el momento de repasar si sigue siendo exacto aquel viejo co-

De las Sentencias citadas se deduce que caso de no poder ejercitar una efectiva guarda y vigilancia en unos momentos concretos ello no exime necesariamente de responsabilidad a los padres si el daño causado se debe, al menos en parte, a una defectuosa educación recibida en casa²⁵. “Basta con probar que la educación dada, en función de elementos tales como el medio social, la edad, los antecedentes y las ocupaciones del niño, es tal que no puede reprocharse ninguna falta al niño”²⁶.

La labor de la familia en la educación de los hijos es fundamentalmente la de formar humanamente a ese menor para convivir en una sociedad democrática como la diseñada en la

²⁵ En este sentido GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, cit., pp. 410-414, y comentario a la STS 10-12-1996, cit., pp. 398-399.

²⁶ GARCÍA VICENTE, F., *La responsabilidad civil de los padres por los actos del hijo menor: causas de exoneración*, ADC 1984, pp. 1046-1049.



Constitución. Esto se plasma en la inculcación de valores socialmente positivos, y es fundamental que el menor vea el ejemplo en su hogar familiar. Y sólo responderán en aquellos casos en los que el daño es producto de una actividad que pone de manifiesto la recepción de una defectuosa educación por parte del menor. No será la única causa, pero sí concurrente. Cada intérprete debe valorar esta cuestión en el caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias que se aprecien. Y debe tenerse claro que, en ocasiones, hay características del menor que no existirían si se le hubiese inculcado una educación acertada, y de ello deben responder los padres. Por ejemplo, un menor que sea extraordinariamente violento por causa de la dejadez educativa de sus progenitores, que jamás corrigieron dicha tendencia (o no lo hicieron adecuadamente) no puede considerarse un caso a tratar con más cuidado por los docentes por causa de una característica personalísima de ese menor, sino que estamos ante un claro

El uso de las nuevas tecnologías como bien directamente -por ejemplo, difundiendo videos- o indirectamente -grabando en video un delito- es un fenómeno nuevo que obliga a repensar instituciones y roles de los padres ante esas nuevas



o medio para causar daños a terceros, difundiendo comentarios vejatorios- o bien a la agresión física-, supone un escenario como la responsabilidad civil de los nuevas forma de violencia

déficit educativo por parte de sus padres, que deben responder en caso de que cause un daño y éste pudiera haberse evitado si esa educación hubiese sido adecuada.

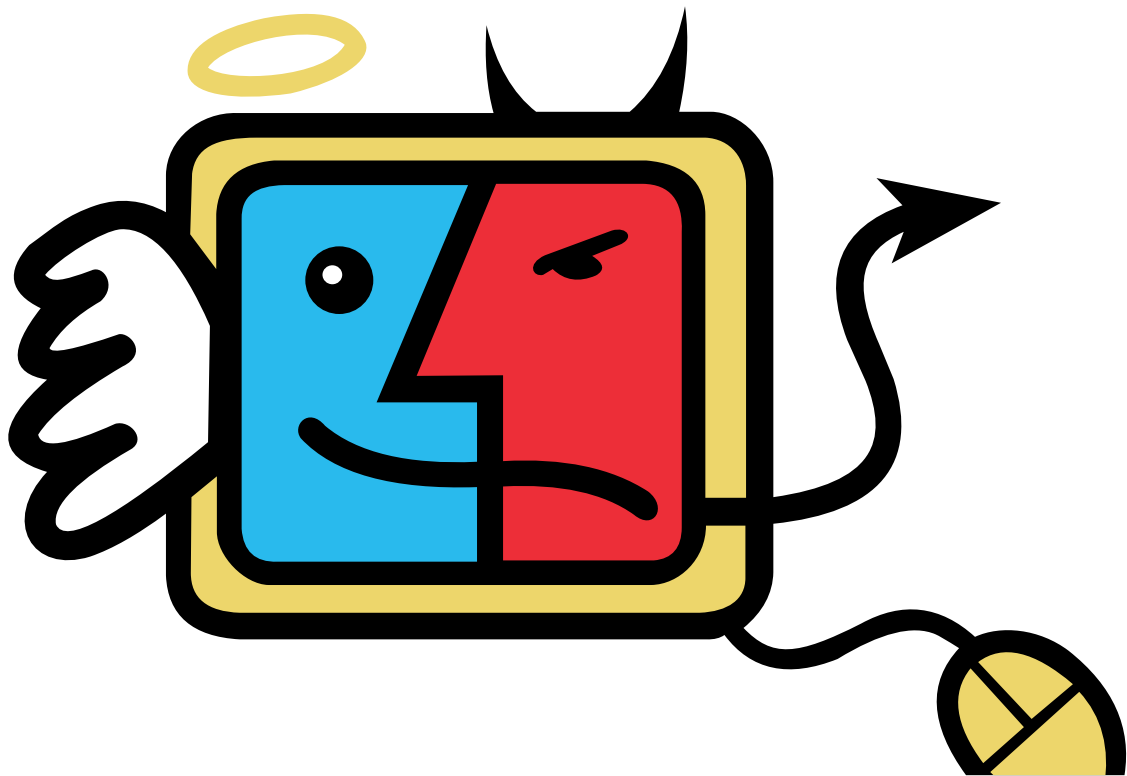
Pero siempre debe estarse al supuesto concreto, valorando todas las características de la situación. Un menor puede haber recibido una educación correcta y, sin embargo, causar un daño puntual porque se une a otros menores y se envalentona en ese momento. En dicho caso, si se comprueba que no existe déficit educativo familiar, no es correcto responsabilizar a los padres del daño.

Conviene, ante de concluir, tener presente una norma de aplicación directa en los casos de “ciberbullying”. Se trata de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y Familiar a la propia Imagen, cuyo artículo séptimo describe como intromisiones ilegítimas en esos derechos “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos” y “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. En la medida de que el artículo noveno de la citada Ley establece que la tutela judicial comprenderá, entre otras posibles medidas, “prevenir intromisiones inminentes o ulteriores”, y que el comentado art. 1903 CC termina exigiendo a los padres “toda la diligencia... para prevenir el daño”, siempre éstos podrán ser condenados, por vía de esta Ley Orgánica, y sin perjuicio de la pretensión indemnizatoria, a garantizar aquéllas medidas que judicialmente se impongan para evitar nuevas conductas de “ciberbullying”.

6. Conclusiones

El uso de las nuevas tecnologías como medio para causar daños a terceros, bien directamente (por ejemplo, difundiendo comentarios vejatorios) o bien indirectamente (grabando en video una agresión física), supone un escenario nuevo que obliga a repensar instituciones como la responsabilidad civil de los padres ante esas nuevas forma de violencia.

El uso de esos terminales móviles que permite grabar y difundir lo grabado en cualquier momento y lugar, incluso de forma camuflada, supone que su uso por los menores con ese fin, en ocasiones delictivo, obliga a los centros do-



centes a una labor de vigilancia que excedería las propias de un diligente padre de familia, salvo que se conviertan los centros escolares en centros penitenciarios.

Son mayoría los que ya prohíben el uso de los teléfonos móviles en su interior, pero ello no puede implicar el cacheo diario y el comiso de aquellos que se localicen en poder de los menores, por lo que tampoco se puede responsabilizar por su uso en el interior del centro, salvo que sea de forma aparente o se demuestre una labor de vigilancia laxa.

El acceso a esos terminales móviles, utilizados como medio o instrumento para causar un daño, supone un nuevo fenómeno social, incluso con componentes patológicos añadidos que ya algunos psicólogos denominan “el mal de la soledad”: son adicciones a las nuevas tecnologías digitales que se producen en la adolescencia, fundamentalmente, por la soledad en que viven en sus hogares. Se trata, como titula un reportaje del diario EL PAÍS, de muchachos que “lo tienen todo, excepto a sus padres”²⁷.

La abstención educativa de los padres, absorbidos por jornadas de trabajo maratonianas, se traduce –especialmente en familias de poder

adquisitivo medio o alto– en la idea de compensar esa falta de tiempo que dedican a sus hijos con la complacencia en el acceso a todo tipo de artilugios digitales: teléfonos 3G, mp4, ordenadores, consolas, Wii, etc. Pero sin que su adquisición conlleve la educación en un uso responsable de los mismos.


Como afirma el juez de menores de Granada EMILIO CALATAYUD “el perfil del adolescente que delinque a través de Internet o del móvil es de clase social acomodada, que lo ha tenido todo en el aspecto material y que ha crecido solo, sin nadie con autoridad para marcar los límites”²⁸. Pero a su vez añade el especialista en adicciones digitales JUAN MANUEL ROMERO que “la solución no es quitarle el dichoso aparatito, ni prohibir su uso. Tenemos que intentar educarles en la responsabilidad”²⁹.

Y cuando no existe educación en la responsabilidad se produce una responsabilidad por falta de educación. Serán los padres quienes responderán de los daños que causen sus hijos por conductas de ciberacoso aunque las mismas se produzcan en el entorno escolar, sin que ello impida que pueda existir la corresponsabilidad del centro educativo.

²⁷ El País, ejemplar de 14 de febrero de 2011, reportaje firmado por JOAQUINA PRADES.

²⁸ El País, op. cit.

²⁹ El País, op. cit.



De la descodificación de los remedios de que dispone el consumidor y adquirente ordinario cuando se le entrega una vivienda con vicios o defectos constructivos a la unificación del concepto de incumplimiento de contrato: materiales para una reflexión



Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia
Profesora Titular. Departamento Derecho Civil.
Universidad de Granada

SUMARIO

- I. Planteamiento.
- II. Los remedios de que dispone el comprador de viviendas con defectos con el Código Civil, la Ley de Ordenación de la Edificación y el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.
 1. Remedios de que dispone el comprador (ordinario), en la venta de viviendas de segunda mano.
 2. Remedios de que dispone el comprador (consumidor) en las ventas de viviendas de primera mano con defectos.
- III. El moderno derecho de la contratación.
- IV. Algunas precisiones terminológicas que modernizan nuestro lenguaje.
- V. Conclusiones. Bibliografía

I. Planteamiento

Adquirir una vivienda con defectos sigue siendo una de las cuestiones que más preocupan a los consumidores y particulares, a pesar del importante *mosaico* de *remedios generales* y *especiales* contenidos en el Código Civil, antes y después de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo, LOE) y del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo, TRLCU)

En efecto, hoy por hoy, el adquirente de una vivienda con defectos (en la venta de consumo -venta de primera mano, cuando quien vende es el promotor o promotor-constructor y quien le compra es, por tanto, un consumidor), u ordinaria (la realizada entre particulares -venta de segunda mano-) con el Código civil en la mano dispone de un mosaico de remedios que siguen anclados en la distinción propia de los *sistemas continentales* como el nuestro del que participa, sin duda, el Código Civil y al que, en su día, se sumó, por inercia, la LOE (ex art 17.9 LOE) que distinguen entre «remedios especiales y generales»; lo que supone concebir como *incumplimiento de contrato* la primera venta (la entrega de la vivienda con defectos realizada por el vendedor profesional, siendo el comprador un consumidor) y como *cumplimiento defectuoso*, la segunda venta, por ser el vendedor de la vivienda con defectos un vendedor ordinario -venta en la que, sin duda, en su día pensó el legislador-. Una distinción que proyecta, inevitablemente, sus efectos sobre los remedios que se le ofrece al comprador insatisfecho por haber adquirido una vivienda con defectos, en el sistema tradicional desconocedor de la unificación del concepto de incumplimiento de contrato.

Con la normativa legal vigente y salvo que estemos dispuestos a realizar una interpretación moderna de nuestro sistema de responsabilidad contractual por vicios o defectos constructivos, la compraventa de bienes inmuebles con defectos, de primera mano (venta de consumo, en las que el promotor es vendedor profesional y el comprador es un consumidor) o de segunda adquisición (venta ordinaria, en las que el vendedor no es profesional y el comprador no es consumidor) y los remedios que se le ofrecen al comprador (consumidor o no) continúan «dialogando» con unas normas codificadas desconocedoras, por completo, de la moderna acepción del concepto de incumplimiento y del de responsabilidad contractual que son, actualiza-

dos interpretando las relaciones *secantes* que existen entre el régimen de responsabilidad civil por vicios o defectos constructivos contenido en el artículo 17 LOE, en el nuevo régimen de responsabilidad objetivo exigible al promotor y al constructor en materia de vicios o defectos de la vivienda, contenido en el art. 149 TRLCU y en los regímenes de responsabilidad codificados (contenidas en un Código Civil de 1889 en los acciones que derivan del régimen especial de responsabilidad contractual propio del contrato de compraventa (art. 1484 y ss CC) y de obra (art. 1591 CC), y del régimen general (arts. 1101, 1124, 1258, 1300 CC) y del régimen de responsabilidad extracontractual (arts. 1902, 1907, 1909 CC). Y viceversa. En ocasiones son los regímenes de responsabilidad descodificados los que confieren una interpretación adecuada a los remedios contenidos en el Código Civil.

En nuestra opinión se produce un complemento a «doble banda» que deriva, insistimos, de las relaciones «secantes» que guardan los remedios existentes en nuestro Ordenamiento jurídico; conclusión a la que hemos llegado desde la «distinción» y subsistencia parcial del art. 1591.1 y 2 CC con el art. 17 LOE, del art. 149 TRLCU y de los arts. 1484 CC, 1101, 1124, 1258, 1399 y 1902, 1907 y 1090 CC y no desde la proclamación, sin más, de su compatibilidad -pues en nuestra opinión, esta técnica (la de la compatibilidad) corre el peligro de emborronar o desnaturalizar el juego de las acciones como las que derivan del saneamiento por vicios y las que deriva del incumplimiento contractual-; remedios que quizás se conviertan en recursos estrella a la vista del recorte de los plazos de garantía y prescripción previsto en el art. 17 LOE y a la vista del hecho, actual, de que existen una gran mayoría de viviendas en stock que han visto pasar, ya los perentorios plazos de garantía previstos por el legislador.

II. Los remedios de que dispone el comprador de viviendas con defectos con el Código Civil, la Ley de Ordenación de la Edificación y el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.

A día de hoy, y con el Código Civil, la LOE y el TRLCU, los remedios de que dispone el adquirente de una vivienda con defectos en primera y segunda transmisión son muchos. Veamos cuáles son las acciones que le ofrece nuestro código civil al comprador, insatisfecho, para, a continuación, ver qué añade el nuevo régimen de responsabilidad y comprobar que a pesar de la novedad que supone dicha alternativa legal el protagonismo de las acciones de saneamiento

(a pesar de lo restrictivas que en tiempo resultan) hará que se conviertan en un *remedio estretella*, a la vista del recorte del tiempo durante el cual se puede ejercitar la acción del art 17 LOE.

1. Remedios de que dispone el comprador (ordinario), en la venta de viviendas de segunda mano.

Con el Código civil en la mano, el comprador ordinario, aquel en el que pensó el legislador decimonónico, puede ejercitar:

1.1. O bien, las acciones de saneamiento por vicios ocultos mediante *la acción estimatoria o quanti minoris* pidiendo una rebaja en el precio (como modo de reestablecer así el equilibrio de las prestaciones entre las partes) —hipótesis en la que se justificaría que el vendedor se dirigiera en virtud del artículo 17 LOE contra la persona responsable en su cadena contractual por vía del artículo 17 LOE en la medida en que demuestra un interés legítimo o por vía del artículo 11 LGDCU—. O mediante *la acción redhibitoria* solicitando la resolución del contrato (como alternativa al restablecimiento de la situación previa a la celebración del contrato). Incluso podría obtener del vendedor una indemnización de «daños y perjuicios» si lograra demostrar que quien le vendió actuó con mala fe porque conocía antes de la venta del vicio de que adolecía la vivienda —porque lo había sufrido él, o porque era un vendedor técnico, perito o cualificado por razón de su arte y oficio (ex art. 1286.II CC)—. Hipótesis en cuyo caso estaría obligado el vendedor no sólo a sanear el vicio sino a indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados por el vicio (esto es, por el defecto constructivo) en su persona o en su patrimonio. De lo que no dispondría el comprador de nuestra hipótesis es de las acciones generales de responsabilidad por incumplimiento contractual, esto es, ni de la acción de cumplimiento en forma específica, ni de la acción de indemnización de daños y perjuicios (sin necesidad de justificar la actitud dolosa del vendedor) ni de la acción resolutoria (ex arts. 1101, 1258 y ss. y 1124 CC). Concebida la entrega de una vivienda con defectos en la compraventa ordinaria (considerada de cosa específica) como un cumplimiento defectuoso del contrato y no como un incumplimiento ya que el vendedor cumple con la entrega de la vivienda en el estado en el que se encuentre, únicamente estaría obligado a sanear el vicio durante el plazo de seis meses a contar desde la entrega de la vivienda.

1.2. O bien, la acción de responsabilidad civil por vicios o defectos de construcción (ex

art. 17 LOE), a través de la cual puede dirigirse contra el promotor (probablemente se dirigirá contra su Compañía de seguros si el vicio o defecto constructivo afecta a la estructura del edificio) o contra los agentes intervinientes en el proceso edificatorio; a través de la cual únicamente logrará la reparación o indemnización de los daños materiales en el edificio siempre y cuando éstos se hayan manifestado durante los tiempos legales: diez años (para vicios o defectos de estructura), tres años (para vicios o defectos de habitabilidad) y un año (para vicios o defectos de terminación y acabado) y siempre y cuando no haya prescrito la acción (bianual). Como resulta fácil apreciar, para este tipo de compraventas el recurso edilicio estaría llamado a ocupar un papel protagonista en la medida en que es el único remedio posible en las hipótesis, más que probables, en que los daños —aun tratándose del tipo de daños cubiertos por el artículo 17.1 a), b) y c) LOE— se hayan manifestado una vez pasados los plazos legales de garantía. Hipótesis más que probable para los casos de responsabilidad trienal y anual (a la vista de la brevedad de los plazos) o en los casos en que haya prescrito la acción bianual cuyo *dies a quo* comienza a contarse según dice el artículo 18.1 LOE «desde que se produzcan dichos daños» —opción legal con la que continúa el legislador con la tradición extranjera (francesa, suiza, alemana)—. Y es que, el *dies a quo* marcado por el art. 1490 CC («desde la entrega de la vivienda») puede en algunos casos constituir una puerta abierta para el comprador que haya visto pasar los plazos de garantía contados desde la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas o el breve plazo de prescripción (de dos años) a que está sometida la acción ex artículo 17 LOE.

Pero además, hoy los compradores en las segundas transmisiones gozan de mayor información a través del «Libro del Edificio» (lo que se traduce en mayores garantías). Y es que, hasta este momento, no habían gozado de la protección que ofrecía el adquirente en la primera transmisión el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores e información de la compraventa y arrendamiento de viviendas (que vino a desarrollar el contenido de los arts. 4-8 LGDCU); lo que supone una compensación del déficit de protección de que disponían estos usuarios. A través del libro del Edificio se le ofrece al consumidor y usuario una información de una serie de extremos importantísimos (fecha del *dies a quo* en el cómputo de los plazos de garantía, identificación de los sujetos legitimados pasivos, medida de conservación del edificio, etc.). Datos, todos



ellos, que constituyen una prueba preconcebida (procesal y extraprocésal) invirtiendo la carga de la prueba a la hora de determinar las causas de exoneración de la responsabilidad por los daños derivados del desconocimiento de las pautas y reglas concretas de uso del edificio. De esta forma, el libro del edificio constituye un criterio esencial respecto de a quien se pueden dirigir el demandante y en qué casos el demandado va a quedar exonerado de responsabilidad en la medida en que a partir de ahora la información ofrecida en este Libro produce importantísimas consecuencias ante el incumplimiento de las previsiones de conservación que contenga el libro del edificio.

2. Remedios de que dispone el comprador (consumidor) en las ventas de viviendas de primera mano con defectos.

El vendedor-profesional que entrega una vivienda con vicios o defectos constructivos incumple, inequívocamente, el contrato; lo que significa que los remedios ya existentes antes de la entrada en vigor del artículo 17 LOE amplían las pretensiones indemnizatorias dando respuestas a determinadas categorías de daños desatendidas, por decisión legal, por el nuevo régimen legal. Y viceversa, el nuevo régimen de responsabilidad viene a complementar la dicción literal del inacabado artículo 11.3 a) LGDCU relativo a *la garantía legal por prestación inidónea*. Un precepto legal que,

junto al art. 25 y ss LGDCU resulta de aplicación para los vicios constructivos en viviendas entregadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del TRLCU a partir del cual el precepto aplicable para dar cobertura a esos otros daños y perjuicios distintos de los materiales en el edificio sería el art. 149 TRLCU¹. Pero además, y por tratarse de un incumplimiento del contrato, el adquirente dispondría, también, de las acciones generales derivadas del incumplimiento contractual contenidas en el Código Civil (ex arts. 1101, 1258, 1091, 1096, 1101, 1256, 1258 y 1124 CC). Tengamos en cuenta que en la entrega de viviendas con defectos en el tráfico jurídico de consumo (concebida como una compraventa de cosa genérica), el defecto constituye, inequívocamente, un incumplimiento del contrato como ha advertido reiteradamente la jurisprudencia; lo que justifica que en tales ocasiones se hayan estimado compatibles y acumulables los remedios especiales con las *acciones generales derivadas del incumplimiento contractual* —basta recordar la doctrina jurisprudencial que apostó por la teoría del «aliud pro alio» en aquellas hipótesis en que lo entregado era distinto de lo pactado—.

III. El moderno derecho de la contratación.

¹ Nos remitimos al interesante comentario que sobre dicho precepto realiza ROSA MILÁ RAFEL: “El art. 149 del TRLCU: responsabilidad del contractura y el promotor por daños causados por la vivienda”, Rev. Indret, 1/2009, pps. 1-23.



En el “moderno derecho de la contratación”, la unificación del concepto de incumplimiento apareció formulada, por vez primera, en el Convenio de Viena de 19 de junio de 1980 (en lo sucesivo, CISG). Se repitió en los Principios Internacionales Unidroit de 1994 (en lo sucesivo, UNIDROIT) a los que sirvió de modelo la Convención de Viena y de los que, también, han bebido los Principios de derecho contractual europeo de la Comisión Lando (en lo sucesivo, Principios LANDO), el Código de Pavía, los Principios Acquis, y el Draft Common Frame of Reference (en lo sucesivo, DCFR), en su doble versión de 2008 y 2009 y en idéntico sentido al que deriva de la Convención de Viena –aunque no lo defina–.

Tres son, hasta el momento, las propuestas formuladas por la Comisión General de Codificación en sus secciones civil y mercantil que optan por dicho modelo unificador.

1ª. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (Propuesta mercantil o PM en lo sucesivo)*. Publicada en el año 2006 y obra de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación².

² Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605-618. Sobre la compo-

2ª. *La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en lo sucesivo, PMCC³)*. Publicada en el año 2009 y obra de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación⁴.

3ª. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación de Código civil en materia de contrato de compraventa (o Propuesta sobre compraventa o PCV en lo sucesivo)*. Publicada en el Ministerio de Justicia, en su Boletín, en el año 2005, por la Sección de Derecho civil.

La reforma de la compraventa responde a la exigencia ineludible de modernizar el Código civil: se «[t]rata de incorporar al Código esos nuevos principios en los que se sustenta la Convención de Viena, la Directiva [1999/44] y la Ley 23/2003 de incorporación a la misma al Derecho español 29 [hoy en el TRLGDCU 2007]» (núm. 1). Por ello, la *Propuesta sobre compraventa* sigue las directrices que indico a continuación (núms. 1, 6, 10, primer núm. 25 de la EM) 30:

- a) Los vicios ocultos se sustituyen por la falta de conformidad, considerada ésta un incumplimiento del vendedor (entre otros, arts. 1474 a 1489 PCV).
- b) La entrega de un inmueble con cabida distinta de la señalada en el contrato no se califica de falta de conformidad, «*si no resulta otra cosa del contrato o de la utilidad de la cosa en él presupuesta*», pudiendo pedirse, en este último caso, el reajuste del precio o, superándose ciertos valores, desistir de la compraventa (arts. 1477, primera regla, PCV, 1448 PCV) 31. Por otro lado, hay falta de conformidad si el vendedor no entrega «*todo lo que se comprenda dentro de los linderos señalados en el contrato, aun cuando exceda de la cabida expresada*» (art. 1477, segunda regla, PCV) 32.
- c) La evicción y las cargas o gravámenes ocultos se sustituyen por una regulación de los vicios jurídicos considerados, asimismo, como un incumplimiento del vendedor (arts. 1490 a 1496 PCV).

sición y funcionamiento de la Comisión General de Codificación: Jerez Delgado/Pérez García, RJUAM (2009), pp. 156-165.

³ Las líneas maestras de la PMCC en materia de incumplimiento del contrato quedan, perfectamente reflejadas en su EM.

⁴ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009, Suplemento.

d) Finalmente, la disposición adicional de la *Propuesta sobre compraventa* dispone: «Las referencias contenidas en cualquier disposición al régimen del Código Civil sobre el saneamiento por evicción o por vicios ocultos se entenderán hechas, en lo pertinente, al régimen que establecen las Secciones Segunda [arts. 1474 a 1489] y Tercera [1490 a 1499] del Capítulo 111 [sic] del Título IV del Libro IV del Código civil». Esto es, las referencias han de entenderse hechas a la regulación de la entrega de cosa conforme y, a la de entrega de cosa libre de derechos de tercero 33.

Entre las materias tratadas, las *Propuestas mercantil y civil* regulan, con carácter general, el *incumplimiento del contrato y sus remedios*. Apuestan, decididamente, por unificar el concepto de incumplimiento del contrato concibiéndolo como un concepto amplio, unificado y neutro; lo que significa, en definitiva, modernizar nuestros planteamientos; lo que supone, a su vez, alejarnos de la distinción tradicional contenida en nuestro Código Civil entre compraventa de bienes de consumo y ordinaria; entre incumplimiento, propiamente dicho (en la primera venta) e incumplimiento defectuoso (en el segunda transmisión).

IV. Algunas precisiones terminológicas que modernizan nuestro lenguaje.

En España, a nivel doctrinal, se está llevando a cabo una reflexión seria y profunda sobre la modernización del Derecho de las obligaciones contractuales. El empeño y futuro éxito, estamos convencidos, de la apuesta decidida a favor de la modernización de de nuestro Derecho de obligaciones y contratos se debe, en gran medida, al convencimiento y al impulso incansable de ilustres civilistas a quienes le debemos nuestra más sincera gratitud y reconocimiento. Quienes constituyen, sin lugar a dudas, los grandes baluartes del impulso, estudio y profundización de tales propuestas son, en nuestra doctrina, Luis Díez-Picazo⁵, Antonio Ma-

nuel Morales Moreno⁶, Fernando Pantaleón Prieto⁷ y Encarna Roca Trías⁸ -quien, en su día, junto a Díez Picazo y Morales Moreno elaboraron unos comentarios sobre los PECL e impartieron un curso en la UIMP, al que tuvimos el honor de asistir, que constituyen una consulta imprescindible para todo aquel que desea acercarse a este materia- constituyen, sin duda, los grandes baluartes sobre los que se asienta la futura reforma y modernización del nuestro Derecho de Obligaciones y contratos. A todos ellos, nuestro más sincero reconocimiento y agradecimiento por su visión futurista. Y es que, como dice el refrán... “de bien nacidos es ser agradecidos”.

1. La unificación del concepto de incumplimiento de contrato.

Todas las propuestas de modificación pivotan sobre un concepto unificado de incumplimiento. Y es que, frente al incumplimiento de contrato, el acreedor insatisfecho puede ejercitar junto a la indemnización de daños y perjuicios el resto de remedios indemnizatorios por ser compatibles entre sí. Un acierto, sin duda, que moderniza nuestros esquemas anclados a nuestro CC. Un concepto de incumplimiento, unificado, que como sabemos, se encuentra en los PECL (1:103), en idéntico sentido al que deriva de la Convención de Viena -aunque no lo defina-. La doctrina más autorizada en la materia, Panta-

⁵ Sin duda, Luis Díez Picazo, en calidad de Presidente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ha impulsado los trabajos preparatorios de modernización del libro IV del Código civil español, dedicado a las «obligaciones y contratos», en sus títulos primero («De las obligaciones») y segundo («De los contratos»); y, asimismo, otros trabajos orientados a la modificación del régimen de algunos contratos en el CC, como el de compraventa». Sobre el particular, vid., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2008). Cit. *Fundamentos II*, 6.ª ed. (2008), «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», ADC (2003), pp. 1565-1574 (también, en <http://civil.udg.edu/tossa/2002/textos/pon/2/ldp.htm>). «¿Una nueva doctrina general del contrato?», ADC (1993-II), pp. 1705-1717.

⁶ Muchas han sido las aportaciones, hasta la fecha, en la materia. Entre las más recientes, cabría destacar las siguientes: «Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato», *Incumplimiento contractual: nuevas perspectivas*, coord. Íñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho privado, VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 263-293; «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho europeo», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, ed. Atelier, Barcelona (2011) pp. 400-422; *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Editorial Aranzadi, S.A., Thomson/Civitas, Navarra, 2010.

⁷ Sin ánimo exhaustivo, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: «Comentario del artículo 78 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas (1998), pp. 628-634; - «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva», *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, II, 1990, págs. 1561 y ss; «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC (1993), pp. 1719-1745; «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», ADC (1991), pp. 1019-1091.

⁸ Vid., sobre el particular, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2132 (junio de 2011) 23 pp.

león Prieto⁹ y Morales Moreno¹⁰, se ha ocupado de clarificar en qué consiste la unificación del concepto de incumplimiento de contrato y qué efectos produce. Recordemos aquí, tan sólo, que dicho término, el incumplimiento, parte de un amplio y neutro que centra su atención, o lo que es lo mismo, pone su acento en la “insatisfacción del acreedor” (el acreedor del resarcimiento indemnizatorio).

Las líneas maestras de la PMCC en materia de incumplimiento del contrato quedan, perfectamente reflejadas en su EM. Se abandona el llamado favor debitoris, un tópico que, como acertadamente advirtió, en su día, DIEZ PICAZO resulta antieconómico¹¹, en la medida en que «no es el mejor medio para hacer dinámica una economía» .

2. El concepto moderno de Responsabilidad Contractual.

Comparto la precisión terminológica que realiza Morales Moreno¹² al advertir que, “aunque tradicionalmente cuando utilizamos la expresión responsabilidad contractual nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios causados por el deudor al acreedor, en el caso de incumplimiento de contrato; no es esta, sin embargo, la acepción moderna que le atribuye un sentido más amplio referido no sólo al remedio indemnizatorio sino a todos los remedios con que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento”. En este trabajo me voy a referir a la responsabilidad contractual en su acepción moderna, no en la acepción tradicional referida sólo al remedio indemnizatorio.

IV. Algunas Conclusiones.

Seguir, en la actualidad, distinguiendo entre la obligación de entregar y la de sanear (lo que sucede en el tráfico jurídico ordinario) resulta des-

fasado. O lo que es lo mismo: ipoco moderno!. Supone desatender las propuestas de unificación del concepto de incumplimiento planteadas desde las normas Internacionales, desde las propuestas de Derecho privado europeo y desde la nuestra propia Comisión General de Codificación que se suma a la modernización de nuestro derecho como así también han hecho los alemanes y vienen haciendo los franceses. ¡Es cierto! Si interpretamos modernamente las reglas codificadas y descodificadas en línea a las propuestas formuladas por la Comisión General de Codificación y el DFCR, daremos cabida al concepto de «cumplimiento defectuoso» propio de la venta de vivienda con defectos realizada entre particulares dentro del amplio concepto de incumplimiento de contrato; lo que supondría concebirla de manera idéntica a la primera venta -la realizada por un vendedor profesional-. Una equiparación (insistimos, la realizada entre venta de primera y segunda mano, o lo que es lo mismo, entre venta de consumo u ordinaria) que viene de la mano de concebir como incumplimiento el cumplimiento defectuoso del contrato; lo que activaría para el “acreedor insatisfecho” (en nuestro caso, el comprador, consumidor u ordinario) todo un haz de remedios entre los que se encuentra: 1) la pretensión de cumplimiento o, satisfacción “in natura”, 2) la resolución del contrato, 3) la reducción del precio, 4) la suspensión del cumplimiento por el acreedor y, 5) la indemnización de daños (remedio indemnizatorio que es compatible al resto de remedios lo que delimita y limita el alcance y extensión de los daños y perjuicios a resarcir) porque si para modernizar nuestro lenguaje y los términos (de incumplimiento y Responsabilidad Contractual) hemos de otorgar un mismo tratamiento jurídico y concederle los mismos remedios al “acreedor insatisfecho”, en nuestro caso, al comprador de la vivienda con defectos con indiferencia del carácter o no profesional de su vendedor¹³.

Que se modernice, nuestro Código Civil, (por vía interpretativa de las normas del art. 3.1 CC) adaptándose a los nuevos tiempos de forma similar a lo que ya viene haciendo nuestra propia jurisprudencia¹⁴ constituye, sin duda, un

⁹ «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC (1993), pp. 1719-1745 y «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», ADC (1991), pp. 1019-1091.

¹⁰ «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», Derecho de daños, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009), pp. 193-221; «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», La Modernización del Derecho de Obligaciones, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-A), pp. 17-54; «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», La Modernización del Derecho de Obligaciones, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-B), pp. 55-92.

¹¹ En este sentido, Luis Díez-Picazo, Fundamentos (2008), 6.ª ed, p. 652.

¹² Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Editorial Aranzadi, S.A., Thomson/Civitas, Navarra, 2010.

¹³ ¿Sería esto conveniente imponer en idéntico sentido al vendedor profesional y al ordinario el deber o carga de mitigar el daño que deriva de la modernización del remedio indemnizatorio?.

¹⁴ En nuestra doctrina, Fenoy Picón, Nieves («La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», ADC, tomo LXIII, 2010, fasc. I, pp. 55), pone algunos ejemplos de cómo el Tribunal Supremo ya ha mencionado en alguna de sus sentencias al DCFR



reto al que en su día nos ha invitado la Comisión General de Codificación.

Y es que, como sabemos, el concepto de incumplimiento es un concepto amplio porque incluye cualquier manifestación que suponga la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato; lo que permite integrar en un sistema único la pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual que encontramos en el Código civil (pudiendo desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos). Además, la mora y la imposibilidad pasan a ser consideradas como manifestaciones del incumplimiento y la resolución como un remedio de los muchos

otros que se ofrecen al acreedor en caso de incumplimiento.

No estaría demás, sin embargo, reflexionar sobre la oportunidad o no de que se «sanee» la desagregada distinción -propia de los sistemas continentales- entre primera y segunda venta; es decir, entre incumplimiento de contrato (en la primera transmisión) y cumplimiento defectuoso (en la segunda venta) porque acaso la distinción haga quebrar el concepto unificado de incumplimiento por el que vienen apostando los modelos Internacionales, de Derecho privado Europeo y Nacionales (alemán y francés) al que, recientemente, se ha sumado nuestra propia comisión general de codificación.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY (2003), J.M.: "La responsabilidad del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre)", en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ et alli (comité organizador) Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo, Tomo II, Derecho Civil. Derecho de obligaciones, pp. 1233 a 1250.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1992), B. "Artículo 28", en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALSAS (Coords.), Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", Civitas, pp. 713 a 727.
- CARRASCO PERERA, A. (2000), "La insistente recurrencia de un falso problema: ¿está derogado el art. 1.591 Código civil?", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 454, pp. 2-6.
- (2008), "Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición", Aranzadi Civil, núm. 1, pp. 2215 a 2225.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL: Derecho de Contratos, ed., Aranzadi, S.A., 2010.
- «Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina», InDret 1/2006 (www.indret.com).
- «Comentario del artículo 1101 CC», Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código civil, Edersa, Madrid (1989), pp. 374-444.
- «Comentario del artículo 1105 CC», Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código civil, Edersa, Madrid (1989), pp. 630-666.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R.d.A.: "Comentario de los artículos 1106-1107 CC" en CÁNDIDO PAZ-ARES; LUIS DIEZ-PICAZO; RODRIGO BERCOVITZ y PABLO SALVADOR (Directores), Madrid, 1993.
- Comisión General de Codificación (Sección Mercantil): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos mercantiles», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605-618.
- Comisión General de Codificación (Sección Civil): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», Boletín del Ministerio de Justicia, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108-124.
- Comisión General de Codificación (Sección Civil): «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009, Suplemento.
- Comisión General de Codificación (Sección Civil): «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», Gobierno de España/ Ministerio de Justicia (2009) (además de la Propuesta publicada por el Ministerio de Justicia en su Boletín de enero de 2009, Suplemento, incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa publicada por el Ministerio de Justicia en su Boletín de mayo de 2005).
- Commission on European Contract Law: Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law, Ole Lando/Hugh Beale (eds.), The Hague, Kluwer Law International (2000). Cit. Lando/Beale (ed.) (2000). Esta obra está traducida al español en: Principios de Derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), Parte I y II, a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España (2003/2007).
- DIEZ-PICAZO, LUIS: Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol. II, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2008). Cit. Fundamentos II, 6.ª ed. (2008).
- «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», ADC (2003), pp. 1565-1574. También, en <http://civil.udg.edu/tossa/2002/textos/pon/2/ldp.htm>
- «¿Una nueva doctrina general del contrato?», ADC (1993-II), pp. 1705-1717.
- DIEZ-PICAZO, LUIS/ROCA TRÍAS, E./MORALES MORENO, A. M.: Fundamentos del Derecho patrimonial civil, II, Las relaciones obligatorias (2008).
- Los Principios del Derecho europeo de contratos, Civitas, Madrid (2002).
- FENOY PICÓN, NIEVES: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», ADC, tomo LXIII, 2010, fasc. I, pp. 47-136.
- El sistema de protección del comprador, Madrid (2006).
- GÓMEZ POMAR, FERNANDO: «El incumplimiento contractual en Derecho español», InDret (3/2007), 49 pp.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL: «Los Principios Lando», Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (2009), pp. 151-182.
- GUENTER H. TREITEL: Remedies for the Breach of Contract. A Comparative Account, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- HONNOLD, JOHN O.: «Comentario del artículo 79 CISG», Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Madrid (1987 de la trad. esp.), núms. 423-435, pp. 467-485.
- «Comentario del artículo 80 CISG», Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Madrid (1987 de la trad. esp.), núm. 436, p. 486.
- HOWELLS, GERAINT/SCHULZE, REINER: «Overview of the Proposed Consumer Rights Directive», Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, Geraint Howells/Reiner Schulze (eds.), Sellier, European Law Publishers (2009), pp. 3-25.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL/PERALES VISCASILLAS, PILAR: Derecho mercantil internacional.
- El Derecho uniforme, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (2003).
- INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSÉ: Contrato y término esencial. Derecho español y

- Derecho comparado, La Ley, Las Rozas (Madrid) (2008).
- INFANTE RUIZ, FRANCISCO/OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO: «Los contratos ilegales en el Derecho privado europeo», *InDret*, 3/2009, 58 pp.
- JEREZ DELGADO, CARMEN - PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN: «La Comisión General de Codificación y su labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones», *RJUAM* (2009), I, núm. 19, pp. 155-179.
- LANDO, OLE: «Have the PECL Been a Success or a Failure?», *ERPL*, 3/2009, pp. 367-375.
- LLAMAS POMPO, E.: «Comentario ad art. 1107», en Miguel Pasquau Liaño (dirección), *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil, Tomo II, ed., Comares, Granada. 2009.*
- MILÁ RAFEL, R.: El art. 149 del TRLCU: responsabilidad del contractura y el promotor por daños causados por la vivienda, *Rev. Indret*, 1/2009, pps. 1-23.
- MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL: Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid (2010). También publicado: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Editorial Aranzadi, S.A., Thomson/Civitas, Navarra, 2010.
- «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009), pp. 193-221.
- «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-A), pp. 17-54.
- «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-B), pp. 55-92.
- «El “propósito práctico”, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-C), pp. 323-348.
- «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», *ADC* (2003-A), pp. 1609-1651.
- «Validez del contrato», *Derecho Privado Europeo*, coord. Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid (2003-B), pp. 371-397.
- «Comentario del artículo 38 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías Comentario a la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998), pp. 312-318.
- «Comentario del artículo 1266 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 a 1280 del Código Civil, dirs. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, Edersa (1993-A), pp. 221-340.
- «Comentarios de los artículos 1269 y 1270 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 a 1280 del Código Civil, dirs. MANUEL ALBALADEJO/SILVIA DÍAZ ALABART, Edersa (1993-B), pp. 378-440.
- *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, (1988).
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: «Comentario del artículo 78 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Civitas (1998), pp. 628-634.
- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva», *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, II, 1990, págs. 1561 y ss.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993), pp. 1719-1745.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* (1991), pp. 1019-1091.
- ORTÍ VALLEJO, A. (2006), «La responsabilidad civil en la edificación», *Tratado de Responsabilidad Civil*, en LUIS FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coor.), 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 1849-1892.
- (2008), «La responsabilidad civil en la edificación», *Tratado de Responsabilidad Civil*, en LUIS FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coor.), Tomo II, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 1125-1187.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2001), «El verdadero debate jurídico que hoy plantea la Ley de Ordenación de la Edificación: la necesidad de clarificar el panorama legal de acciones de responsabilidad por daños de la construcción de edificios», *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, pp. 1 a 10.
- (2003), «Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos», en ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ et alli (comité organizador) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, pp. 1201 a 1232.
- ZIMMERMANN, REINHARD: «Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el trasfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo», *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas (2005 del original, 2008 de la traducción), pp. 41-86.
- *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press (1996).

Los sujetos privados y su enjuiciamiento por juzgados y tribunales de lo Contencioso-Administrativo



Arturo González Quinzá

Abogado.

Profesor de Derecho Administrativo.

Universidad San Pablo CEU

Una primera lectura de las resoluciones que serán objeto de estas páginas, incluso un simple vistazo a las rúbricas que definen su contenido en el sistema de búsqueda de cualquier base de datos jurisprudencial, o simplemente el hecho de que se titule el presente trabajo mediante la alusión al comentario de varias Sentencias pudiera ofrecer la impresión de dispersión, casi de tela a medio tejer. Antes al contrario, lo que se persigue es presentar varias recientes decisiones judiciales para luego obtener de ello una cierta imagen de conjunto, o incluso para volver a suscitar determinadas y permanentes cuestiones quizá porque, recordando a Unamuno, la paradoja es una forma de pensar típicamente española.

Obvio es decir que el aspecto alrededor del cual giran las distintas Sentencias que se mencionarán no es otro que el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aunque atendiendo especialmente a la presencia en los litigios que se derivan de reclamaciones en dicha materia, y no como peticionarios, de otros sujetos distintos de las propias Administraciones, ya sean éstos aseguradoras, ya meros particulares que ajenos a relación alguna con la Administración (incluso como aseguradoras de éstos), en cuanto que con concurren con ésta a la producción de un daño.

Las reformas legales que han permitido que unas y otros estén presentes como demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa no resultan tan lejanas en el tiempo (así, las Leyes Orgánicas 6/1998 y 19/2003 que vienen a modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial con las correlativas modificaciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)¹, pero sus fechas ya permiten atisbar en la jurisprudencia de la primera década del siglo XXI ciertas tendencias y aún generar no pocas dudas y controversias que estas líneas no pretenden despejar sino quizá simplemente ofrecer humildemente algún elemento de reflexión y debate.

LA ADMINISTRACION Y EL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS, ¿OTRO AMBI- TO PARA EL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL? Y EL EFECTO DEL TIEMPO SOBRE LA ACCION.-

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010 (Cendoj 28079230082010100263) tiene por objeto un accidente de tráfico que, por un lado, produjo unas terribles consecuencias lesivas y que, otra parte, en poco se diferenciaría de las no pocas reclamaciones de responsabilidad patrimonial que llegan a los tribunales de la jurisdicción contenciosa apelando a la imputación de los mismos al titular de la vía, a la Administración pública².

¹ Respecto de estas sucesivas reformas procesales véanse, MANUAL DE RESPONSABILIDAD PUBLICA. Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Thompson-Aranzadi, 2010, pgs. 550 y siguientes, así como GARBIERI LLOBREGAT, J. "Una mala nueva para las compañías aseguradoras que cubran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas". Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 623/2004. Igualmente, ITURMENDI MORALES, G. "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Aportaciones de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Ley 4/1999, de 13 de enero, y Ley 53/1999, de 28 de diciembre", Revista de Derecho de Seguros Privados núm. 6/1999 y GONZÁLEZ QUINZÁ, A. "Algunas reflexiones urgentes sobre las reformas en materia de responsabilidad patrimonial introducidas por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ". Actualidad Administrativa. 17/2004.

² Véase, por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. "Responsabilidad patrimonial de la Diputación por accidente causado por el mal estado de una carretera provincial" Revista Española de Derecho Administrativo núm. 1/1974, así como TORRENT I RIBERT, P. J.- LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS. Fundación Mapfre, 1995, en la medida en que buena parte de la monografía se ocupa de accidentes en vías públicas, tanto con motivo de su ejecución como de su conservación. También, GONZÁLEZ QUINZÁ, A. "El uso de vehículos de motor y la responsabilidad patrimonial de la Administración: análisis casuístico de la doctrina del Consejo de Estado (1979-1995)" Actualidad Administrativa 22/1999 y MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J.- "La responsabilidad patrimonial y servicio público viario". Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Número monográfico sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado. Núm. 24/2003.

La reclamación en este caso se refiere a la amputación de ambas extremidades inferiores como consecuencia del accidente sufrido por un motorista que circulaba por una carretera Nacional y derrapó sobre una gran mancha de gasoil que había vertido otro vehículo.

Lo peculiar del asunto estriba por una parte en su largo peregrinar jurisdiccional (todavía y en el sentido que se expondrá) y en la intervención en el mismo de dos sujetos a los que -con los oportunos matices- cuadra la palabra "administrativos", el Consorcio de Compensación de Seguros (como entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda) y la propia Administración General del Estado a través del Ministerio de Fomento.

El "iter" del proceso comenzó con un Juicio de Faltas ante los Juzgados de Motril, y archivado éste por falta de autor conocido, pues no pudo identificarse al vehículo causante del vertido de gasoil, se formó el consiguiente Auto de cuantía máxima fijando en dieciséis millones de pesetas (esta unidad monetaria ya da una idea de las fechas de inicio del asunto) la cantidad a reclamar al Consorcio de Compensación de Seguros.

Con dicha resolución, el perjudicado instó la ejecución del Auto, aunque no obtuvo el éxito pretendido pues la Audiencia Provincial de Granada absolvió al Consorcio por falta de legitimación pasiva al estimar -en dicha vía procesal- que no quedaba demostrado que la mancha de líquido causante del derrape fuese causada por un vehículo desconocido.

Lejos de abandonar, el perjudicado reinició el asunto ahora ya por la vía declarativa, reclamando algo más de ochenta y cuatro millones de pesetas. Ahora sí, primero un Juzgado de Primera Instancia, y luego la Audiencia Provincial de Granada, estimaron la demanda aunque reduciendo sustancialmente el montante indemnizatorio.

A partir de este momento, el reclamando decidió formular reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Fomento en solicitud de indemnización por la diferencia entre la suma solicitada ante el orden jurisdiccional civil y lo que finalmente había obtenido en Sentencia.

Aunque la Sentencia de la Audiencia Nacional dedica varios de sus fundamentos a los requisitos y naturaleza de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas,

lo cierto es que el eje de la resolución, la “ratio decidendi” del fallo desestimatorio es previo a tales requisitos sustantivos, pues ratificando el acto administrativo impugnado, considera que la reclamación formulada está prescrita.

La clave del asunto residía en valorar si las diversas reclamaciones y procesos, y en particular los seguidos contra el Consorcio de Compensación de Seguros, tenían o no virtualidad para estimar vigente la acción que ahora formulaba frente al Ministerio de Fomento (Administración General del Estado).

El Consejo de Estado (plasmado en el preceptivo dictamen unido al expediente administrativo), la propia resolución desestimatoria y finalmente la Sentencia de la Audiencia Nacional, recuerdan que el tan repetido Consorcio de Compensación de Seguros es una entidad con personalidad jurídica propia, cuya actividad está sujeta al ordenamiento jurídico privado, y al que corresponden funciones privadas y públicas, siendo una de éstas la de indemnizar determinados daños (“daños personales significativos”) en accidentes causados por vehículos desconocidos, supuesto en el que el Consorcio actúa como “fondo de garantía”.

Finalmente la Sentencia de la Audiencia Nacional (de la que es ponente la Sra. Gómez García) resuelve la cuestión de un modo aún más simple y con cita de la doctrina de la “actio nata” atribuye efecto interruptivo al proceso penal, pero solo hasta la fecha de notificación del Auto de archivo del Juicio de Faltas (abril de 1997), y no de la firmeza de dicho Auto (junio de 1997), de modo que formulada la reclamación algo más de un año después de la notificación del archivo nada de lo ocurrido después (Auto de cuantía máxima, acto de conciliación, dos procesos civiles seguidos en primera instancia y apelación o incluso Sentencia de Juzgado de lo Social declarando la incapacidad permanente del demandante) permite mantener la vigencia de la acción.

Como en tantas ocasiones sucede la lectura de la Sentencia, incluso cuando es vista con ojos jurídicos, deja una cierta sensación agrídulce entremezclando la indudablemente impecable motivación con un vago recuerdo de la apócrifa frase de Galileo, “eppur si move”.

Y como “sin embargo se mueve”, primero, dado que de modo constante se afirma que para estimar la prescripción debe valorarse si hay o no un abandono de la acción, lo que es

evidente es que en este caso el reclamante en modo alguno la abandonó, antes bien, con notable tenacidad la sostuvo a lo largo del tiempo y de los distintos vericuetos de nuestro ordenamiento jurídico.

Obviamente, la “acción” que se “mantuvo” fue la dirigida contra el Consorcio, pues el escrito formulado ante el Ministerio de Fomento quedó presentado algo más de un año después de la notificación del archivo del proceso penal.

Ahora bien, el asunto deja en evidencia alguna de las certezas con las que habitualmente transitamos por los textos legales. La mayor de ellas es que pese a los reiterados intentos por asegurar que será la jurisdicción contenciosa la encargada de tramitar todos los asuntos en que esté en juego la responsabilidad de las Administraciones públicas, en un caso como el presente resulta poco imaginable al Consorcio de Compensación de Seguros en sede contenciosa, por mucho que sea una entidad pública empresarial o que la razón por la que se le reclamara sea calificada legalmente como una función pública.

Pero dialécticamente, ¿cómo se podría instrumentar aglutinar en un solo proceso la reclamación a la Administración pública y la girada contra el Consorcio? ¿Habría que instar en la reclamación inicial que ambas personas jurídicas se considerasen reclamadas e intervinieran como interesadas? Subráyese que ello sería del todo ajeno a lo previsto en el artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y quedaría al margen de lo dispuesto en el artículo 9,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No se olvide que es práctica habitual que se imponga como requisito de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que el peticionario manifieste que no está siguiendo tras reclamaciones contra otros sujetos.

De modo que, aunque uno de los principios que presiden nuestro procedimiento administrativo sea el de antiformalismo la conclusión que se obtendría sería que quien recibiera el escrito inicial de reclamación (ora Consorcio de Compensación de Seguros, ora Ministerio de Fomento) no habría de estar a la finalidad del peticionario de quedar indemnizado, sino a examinar quién sea el destinatario del escrito que carecería de efectos para el otro sujeto administrativo.



CONCURRENCIA DE CAUSAS Y DE SUJETOS, SU ENJUICIAMIENTO EN SEDE CONTENCIOSA.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 (Cendoj 28079130042011100188) se ocupa de un suceso que cuenta con muchas de las características precisas para definir lo que en sentido coloquial denominaríamos como “mala suerte” y al mismo tiempo, por ese cúmulo de concausas que coinciden en el hecho lesivo, esta misma Sentencia es un buen ejemplo de los retos a los que se enfrenta la jurisdicción contenciosa una vez abierta su puerta a los “terceros no Administración”.

Pocas veces mas obligadamente que en un caso como el presente para relatar los hechos de los que se ocupó primero la Audiencia Nacional y luego la Sentencia recaída en vía casacional. Los hechos se producen a finales del año 2000, cuando un autobús militar, asegurado en el Consorcio de Compensación de Seguros, circula por la A-9, alertando los viajeros al conductor del hecho de que se estaba incendiando el motor del vehículo, motivo por el que terminó deteniéndose en el carril derecho de la autovía, abriendo las puertas para permitir que bajaran

los pasajeros. Como quiera que detrás del autobús circulaba una ambulancia también militar y no guardando su conductor la oportuna distancia de seguridad, se empotró contra la parte trasera del autocar, de modo que los pasajeros de éste acudieron a auxiliar a los heridos de la ambulancia, momento en el un tercer vehículo que circulaba por detrás de la ambulancia, pese a reducir la velocidad su conductor, atropelló a uno de los pasajeros que se encontraban ya en plena calzada y colisionó también con la ambulancia con las consiguientes y graves lesiones de su conductor.

Como en el caso precedentemente expuesto, de tan grave como desafortunado accidente se siguió un complejo camino procesal que comenzó en sede penal, con la instrucción de un Juicio de Faltas que, en este caso, concluyó por Sentencia si bien absolutoria. Concluida esta fase penal, el perjudicado –conductor de la ambulancia– formuló reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Defensa y transcurrido el plazo legal sin obtener resolución expresa acudió a los tribunales de justicia contra la desestimación presunta de su petición,

demandando, al tiempo que lo hacía a la Administración General del Estado también a la aseguradora del tercero de los vehículos implicados, el causante directo del atropello.

La Sentencia de instancia dictada por la Audiencia Nacional estimó parcialmente las pretensiones del demandante condenando solo a la aseguradora del tercer vehículo, absolviendo por tanto a la Administración (al considerar conforme a Derecho la desestimación en vía administrativa) y reduciendo significativamente lo reclamando al considerar que la propia víctima había concurrido al resultado lesivo lo que afectaba al monto de la indemnización. Frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional, el reclamante formuló recurso de casación que fue desestimado.

Ambas Sentencias (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) abundan en el examen de la actuación del perjudicado, conductor de la ambulancia, y en particular, en no haber observado y mantenido la distancia de seguridad con el precedente autocar. Ese argumento sirve tanto para reducir el monto indemnizatorio como para evitar la condena de la Administración pública, a la que se imputaba las consecuencias del accidente como titular del primero de los vehículos implicados, el autocar incendiado y orillado al carril derecho de la autovía, con el que colisiona la ambulancia.

En apoyo de dicha decisión se traen a colación no solo el atestado de la Guardia Civil, o las declaraciones a las preguntas formuladas en fase de pruebas, sino también los informes obrantes en el previo expediente administrativo de responsabilidad patrimonial (y, cabe añadir, el valor de los mismos), lo que ya evidencia una diferente posición de la Administración reclamada frente a la aseguradora demandada.

Además, es lo cierto, que de algún modo se podría decir que la conducta de los tres conductores afectados es la analizada desde el punto de vista de la culpa. Es decir, el conductor del autocar hizo lo que debió hacer, el de la ambulancia no guardaba la distancia de seguridad y el del tercer turismo alcanzó por detrás a un vehículo previamente accidentado.

Este razonamiento permite dos comentarios.

Por un lado, realmente la responsabilidad reclamada de la Administración (imputable a la misma como titular del autobús incendiado) no

corresponde con una responsabilidad por culpa, sino a una responsabilidad objetiva, sin que pueda considerarse fuerza mayor exonerante la avería del autocar³. Desde este punto de vista, y centrada la cuestión en la existencia de nexo causal ¿no podría afirmarse que aunque la ambulancia no guardaba la distancia, sin que el autocar se detuviera en pleno incendio no se habría producido el accidente?

Pero, además, dado que no se discute que el conductor del tercer vehículo guardara la distancia de seguridad, pese a lo cual colisionó con un obstáculo fijo y accidentado ¿no cabría aplicar el mismo criterio exoneratorio que sirve a la Administración a la aseguradora del vehículo privado?⁴

PRINCIPAL E INTERESES: RECLAMACIÓN EN SEDE CONTENCIOSA DE LOS INTERESES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO⁵.- La Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 (Cendoj 2807913004211100156) de la que es ponente el Sr. Martínez-Vares García, vuelve sobre uno de los aspectos más comentados en el ámbito del seguro privado, pero aquí la aseguradora lo es de una Administración pública. Nos referimos al pago de los llamados intereses especiales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, y demás disposiciones concordantes.

³ El artículo 1,1 2º párrafo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, taxativamente establece que no se considera fuerza mayor los defectos del vehículo o la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

⁴ Por cierto, y aunque el asunto será tratado posteriormente, y aunque se condenó a una aseguradora privada, que no lo era de la Administración codemandada, no se concedieron intereses especiales al estimar que concurría justa causa en no haber pagado hasta no ser el asunto resuelto judicialmente.

⁵ Véase, entre otros, LEY DE CONTRATO DE SEGURO. COMENTARIOS A LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE Y SUS MODIFICACIONES. Dir. Fernando SÁNCHEZ CALERO. Ed. Thompson-Aranzadi, 2005, pgs. 366 y siguientes en que el profesor SÁNCHEZ CALERO se ocupa del comentario del artículo 20 LCS, y mas en concreto, véanse las páginas 387 y siguientes relativas a la exención del deber de pago de intereses cuando existe causa justificada. También, COMENTARIOS A LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO. Coord. J. BOQUERA MATARREDONA, J. BATALLER GRAU y J. OLIVARRIA IGLESIAS, Tirant 2002, correspondiendo el comentario del artículo 20 (páginas 287 y siguientes) a V. CUÑAT EDO y J. BATALLER GRAU, y "por todos- MEDINA, M.- EL RECARGO DEL INTERÉS AL ASEGURADOR EN LOS JUICIOS DEL AUTOMOVIL. Madrid, 1990, además de ABARZUZA GIL, M. A. "Solidaridad de la entidad aseguradora de la Administración en la responsabilidad patrimonial imputable a ésta. Intereses de demora de la compañía de seguros". Repertorio de Jurisprudencia 22/2006.

En este caso el asunto comenzó con la desestimación por silencio administrativo de una petición indemnizatoria contra el Servicio Murciano de Salud. Frente a dicha desestimación se formuló recurso contencioso administrativo del que conoció el Tribunal Superior de Justicia de Murcia que dictó Sentencia desestimando la demanda. Contra ésta Sentencia se formula Recurso de Casación que es acogido y en virtud del cual finalmente la perjudicada obtiene un fallo indemnizatorio, bien que en suma inferior a la pretendida, recayendo la condena tanto sobre el Servicio Murciano de Salud como sobre su aseguradora, Zurich.

Dado que casa una previa desestimación, es evidente que una parte sustancial de la Sentencia se dedica a analizar los motivos por los que si concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial, aspectos estos en los que no nos detendremos, para centrarnos en lo que parecería cuestión menor, la relativa a la condena al pago de intereses. No olvidemos que si el asunto fuera del todo ajeno a las Administraciones públicas, esta cuestión de los intereses en modo alguno parecería adjetiva, y que el lapso de tiempo entre el origen de los daños y la Sentencia del Tribunal Supremo y la suma objeto de condena (poco mas de sesenta mil euros) harían de la partida de intereses, si fueran los especiales del mencionado artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, el auténtico principal económico del litigio.

Pues bien, a los intereses específicamente reclamados de la aseguradora se refiere el fundamento jurídico séptimo de la Sentencia, que rechaza hacer condena de los mismos desde la

Lo que quizás resulte más significativo del razonamiento es que el mismo se mantiene íntegramente en el ámbito de la Ley de Contrato de Seguro, ajeno por tanto a las peculiaridades (sustantivas y adjetivas) de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del enjuiciamiento de éstas por el orden contencioso

La esencia de la decisión se mantiene en la línea constante de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, es decir, en el rechazo a imponer condena al pago de intereses especiales, y resalta las ventajas y paradojas de atraer a la jurisdicción contenciosa a sujetos privados y, en particular, a las aseguradoras de la propia Administración

fecha de la reclamación dirigida contra la Administración, aunque sí a partir de la propia Sentencia del Tribunal Supremo si la aseguradora no procediese al pago en el plazo de tres meses desde su notificación.

La esencia de la decisión se mantiene en la línea constante de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo⁶, es decir, en el rechazo a imponer condena al pago de intereses especiales, pero introduce un matiz que aún hace mas sugestiva la esencia de la desestimación y resalta las ventajas y paradojas de atraer a la jurisdicción contenciosa a sujetos privados y en particular a las aseguradoras de la propia Administración. Expliquemos todo ello.

La doctrina constante del Tribunal Supremo en este tipo de asuntos ha sido la de acudir a lo dispuesto en el apartado 8º del precitado artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y considerar que no habría razón para condenar al pago de intereses especiales a la aseguradora de la Administración al concurrir "causa justificada" o "no

⁶ Véase también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 7 de marzo de 2011 (Cendoj 46250330022011100105) que se ocupaba del recurso formulado por uno de los perjudicados del grave accidente acaecido en 2006 en el "metro" valenciano. El perjudicado intentó incrementar lo concedido en el propio expediente administrativo, lo que fue rechazado tanto por el Juzgado Contencioso como luego por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación que rechaza la pretensión de condena de la aseguradora de la Administración al pago de intereses especiales, no solo por ser "cuestión nueva" suscitada en la alzada sino porque " esta Sala viene declarando que en reclamaciones de responsabilidad patrimonial no resulta de aplicación dicho precepto" (artículo 20 LCS).

ser imputable” a dicha aseguradora el retraso en la indemnización, considerando que la actitud de la aseguradora en estos supuestos no es “elusiva”, ni se puede calificar de “injustificable”⁷.

Lo que añade la Sentencia que comentamos es que tales razones exoneratorias decaen

⁷ En sentido dispar, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 1 de abril de 2011 (Cendoj 47186330032011100166) que impone condena al pago de intereses especiales “en cuanto que deudora solidaria de la misma, sin que exista razón bastante para eximir-la del pago de dicha deuda” y añade “en razón, además de la intervención que tuvo en el expediente administrativo, por lo que pudo, en cualquier momento, afianzar o pagar la deuda, como en relación a cualquier otro asegurado”. De nuevo lo relevante no es solo el sentido del fallo, en este caso, estimatorio de la pretensión de condena al pago de intereses especiales, cuanto la motivación del mismo. Dicha motivación emplea tres argumentos que merecen consideración por separado. Primero, la intervención de la aseguradora en el expediente, segundo, la posibilidad que tuvo dicha aseguradora de pagar (o afianzar, dice) al conocer el siniestro, y, tercero, el que debería comportarse como si su asegurado –en este caso, la Administración pública- fuese un asegurado más. Sobre la primera de las circunstancias cabe decir que la intervención de la aseguradora, en cuanto que interesada, no es una gracia por parte de la Administración asegurada, sino que es consecuencia directa de un mandato legal, ya que el artículo 31 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone traer al procedimiento a quienes se vean afectados por el mismo como titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos. Pero, además, esa obligación de traer al procedimiento a la aseguradora se refuerza por la obligación de comunicar el siniestro propio de todo asegurado ex artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro, que resulta especialmente exigente para las Administraciones públicas a la luz de, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª de 17 de octubre de 2006 (CENDOJ 390753700420061004433) y, anteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 19 de febrero de 2001 (CENDOJ 38038370012001100040). Los otros dos aspectos de la motivación de la Sentencia deben ser comentados conjuntamente, pues suscitan la cuestión central, el auténtico nudo gordiano de la “responsabilidad patrimonial asegurada”. ¿Debe la Administración asegurada ser considerada por su aseguradora como un asegurado más? Ningún otro asegurado distinto de las Administraciones cuenta con la exigencia legal de que para obtener una indemnización debe hacerse previa exigencia y tramitación de un expediente administrativo. Solo cuando el asegurado es una Administración, ésta cuenta con el privilegio de la autotutela, y esta no consiste en un mero artificio para dilatar el que la reclamación del perjudicado sea o no atendida, sino una consecuencia del principio de legalidad que rige el funcionamiento de las Administraciones públicas, y que, por tanto las reserva el examen y declaración de si concurren o no los requisitos propios de la responsabilidad, obviamente sin perjuicio de su ulterior examen jurisdiccional. En esta situación ¿puede realmente exigirse a la aseguradora que desconozca tal posición de su asegurado y atienda un pago antes de que se resuelva el expediente administrativo? Y aún mas, siendo la llamada garantía patrimonial de las Administraciones públicas uno de los pilares de nuestro Estado de Derecho, ¿en qué afectaría el mero afianzamiento por un particular (entidad financiera) a que no se devengarán intereses?

una vez el Tribunal Supremo falla a favor del perjudicado.

Lo que quizás resulte más significativo del razonamiento es que el mismo se mantiene íntegramente en el ámbito de la Ley de Contrato de Seguro, ajeno por tanto a las peculiaridades (sustantivas y adjetivas) de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del enjuiciamiento de éstas por el orden contencioso.

Es decir, la Sentencia analizada (y en general cuantas han venido manteniendo este criterio de no imponer el pago de intereses especiales) desarrolla buena parte de su contenido con cita y exégesis de los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero cuando llega el momento de enfrentarse a la petición específicamente referida a la aseguradora de la Administración se produce un cambio de registro y de ordenamiento aplicable hasta tal punto de que la motivación se localiza solo y totalmente en el ordenamiento privado (artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro) omitiendo lo que a su vez justifica el estimar que en estos casos no hay ni voluntad elusiva, ni impago injustificado. En lo que cabría calificar de “elipsis narrativa” se silencia el por qué de considerar que en estos casos en que la asegurada es una Administración pública concurre justa causa en no haber efectuado pago.

En virtud de su posición como “potentior personae” le corresponde a la Administración pública declarar el Derecho, siendo la Administración la que en sede administrativa debe determinar si concurren o no los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial, de modo que la función de sus aseguradoras es esa, la de garantizar unas consecuencias indemnizatorias, que es la propia asegurada (Administración) quien las determina en el expediente administrativo⁸. Consecuentemente, no parece

⁸ RUIZ DÍAZ en “La responsabilidad patrimonial y los contratos de seguro en la administración municipal”. El Consultor de los Ayuntamientos núm. 10/2009, explica de modo conciso y claro no solo como se tramita un expediente de responsabilidad patrimonial sino “y esto es lo mas interesante, cómo afecta a dicha tramitación el hecho de que la Administración (singularmente las locales) haya contratado un seguro con una entidad privada. Sobre ese particular ya cítese nuevamente, TORRENT y RIBERT, P. J.- LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL pgs. 101 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Civitas, 2004, pgs. 261 y siguientes, y GONZÁLEZ QUINZÁ, A.- “La terminación convencional y la responsabilidad patrimonial de la Administración”. Actualidad Aranzadi 38/1995.

razonable exigir a la aseguradora que soslaye (y mucho menos, que sustituya) tal posición legal, siendo así que –por volver al caso comentado– cómo exigir a una aseguradora unos intereses especiales desde la fecha de ocurrencia o de reclamación, si esta petición debe ser decidida por una Administración, y fue denegada por ésta y posteriormente por un Tribunal Superior de Justicia?

Observado así el problema quizá la respuesta resulte más coherente, pues evitamos una cierta sensación de doble faz y realmente todo el asunto queda bajo los focos del mismo ordenamiento jurídico, integrando el jurídico-administrativo lo que el jurídico-privado ha expuesto empleando un típico concepto jurídico indeterminado: “causa justificada”.

Ahora bien, la razón de traer a estas páginas la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 no está solo (no está tanto) en la regla cuanto en el matiz-excepción que contiene abriendo una nueva puerta, lo que siempre significa la posibilidad de alcanzar nuevos destinos⁹.

El Alto Tribunal estima que sí se devengarán intereses especiales si transcurren tres meses desde la notificación de la Sentencia estimatoria y la aseguradora no procede al pago de la indemnización.

De nuevo el razonamiento es en este punto exclusivamente jurídico-privado, pues vuelve a emplearse como apoyo legal solo y exclusivamente el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro que fija esta ventana temporal para el devengo de intereses¹⁰.

La curiosa coincidencia es que ese plazo de tres meses es el mismo que establece el artículo 106 de la ley jurisdiccional para poder instar la

⁹ Otro ejemplo de solución matizada fue el de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 28 de junio de 2007 (Cendoj 41091330032007100469) que relación la condena al pago de intereses especiales con la exigencia de actualización de la indemnización contenida en el artículo 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁰ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª de 18 de enero de 2011, que examina la cuestión del devengo de intereses no solo a partir del mencionado artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, sino también y especialmente a la luz de lo dispuesto en los artículos 7 y 9 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción que de dichos preceptos se dio por la Ley 21/2007, de 11 de julio, en la medida en que imponen la reclamación del perjudicado como deba ser objeto de oferta motivada por el asegurador.



ejecución de las Sentencias que condenan a la Administración al pago de una suma líquida¹¹.

Es decir, que en tres meses se puede pedir a la Administración que pague lo fijado en Sentencia y en tres meses –como máximo– debería pagar la aseguradora si no quiere abrir la espita de los intereses especiales.

La coincidencia de ambos lapsos temporales (contemplados en normas y por razones tan

¹¹ Artículo 106, 3 “No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa”.



diferentes) es la que involuntariamente otorga coherencia a la respuesta del ordenamiento jurídico a un problema dado.

Cuando se han resaltado las virtudes de la unidad jurisdiccional del enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial (incluso cuando la Administración ha concertado un seguro privado) se ha venido poniendo el acento en evitar el peregrinaje jurisdiccional y con ello en el faceta declarativa de todo proceso, es decir, en obtener una decisión de fondo evitando al perjudicado ir de tribunal en tribunal.

Tal insistencia en los aspectos declarativos del problema quizá haya relegado sino ocultado

otras dos cuestiones que pueden resultar polémicas o –si se prefiere– paradójicas. Por un lado, la de la impugnación de las Sentencias y, otro la de la ejecución de los fallos contenciosos.

Nos referimos a la impugnación de las Sentencias dado que resultan evidentes las diferencias entre los órdenes civil y contencioso-administrativo en lo que atañe al tipo y aún al número de recursos contra Sentencias, aspecto éste sobre el que no habremos de detenernos ahora.

Pero en lo que atañe a la ejecución de las Sentencias es evidente que la posibilidad de los jueces y tribunales de juzgar y condenar a suje-



tos privados se articuló mediante la modificación de los artículos 2 y 21 de la ley jurisdiccional (es decir, ámbito de la jurisdicción y partes en el proceso) pero sin alterar en nada ni el curso del proceso en la fase declarativa ni incluir mención alguna a estos sujetos en fase de ejecución de Sentencias.

Lo relativo a las ejecutorias de las Sentencias contenciosas sigue siendo un bloque regulatorio pensado para las peculiaridades de que el sujeto condenado sea una Administración pública, no para el caso de que el condenado sea un sujeto privado y resulta conocido que en ausencia de previsión legal específica, la Ley de Enjuiciamiento Civil actúa como norma supletoria.

Consecuentemente ¿puede impedirse que el demandante pueda instar la ejecución de la Sentencia contra el sujeto privado en el plazo de veinte días y sin esperar el de tres meses? Respecto de esta aseguradora privada, condenada en el fallo, y con independencia de los intereses especiales, ¿no deberá abonar los intereses legales del artículo 576 de la ley procesal civil desde la propia Sentencia y sin esperar –de nuevo– al transcurso del plazo de tres meses o

sin atenerse a las disposiciones en materia de intereses de la ley jurisdiccional?

“SOLOS O EN COMPAÑÍA DE OTROS”¹², LA CONDENA DE PARTICULARES POR PARTE DE LOS TRIBUNALES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.- Para ilustrar los casos en que los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa condena a sujetos ajenos a la Administración pública, ya sea solidariamente con ésta o absolviendo a la Administración y condenando solo al particular, nos vamos a permitir diferenciar dos categorías de supuestos, la primera agrupados bajo la rúbrica de accidentes provocados por especies cinegéticas y la segunda, bajo el epígrafe de la extensión de los deberes de vigilancia de la Administración.

Estos supuestos ni remotamente agotan los diversos casos en que Administraciones y particulares se ven demandados y pueden ser objeto de pronunciamiento condenatorio, pero quizá se ofrezcan una panorámica suficientemente

¹² Tomo prestada la brillante expresión “de conocido origen judicial- del precitado artículo de Vidal Enrique Ruiz Díaz, “La responsabilidad patrimonial ” ob.cit.

ejemplificadora de los retos de la unidad jurisdiccional, retos que incluso pueden quedar de manifiesto por el paradójica situación de que en aquellos casos en que sólo se condene al particular codemandado pero no a la Administración pública, la Sentencia que se dictase vendría a confirmar el acto impugnado (en no pocas ocasiones, acto presunto) lo que supone una suerte de desestimación del recurso al que –sin embargo– se añade la estima (parcial) de la demanda al condenar al particular codemandado.

ACCIDENTES PROVOCADOS POR ESPECIES CINEGÉTICAS¹³- La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (Cendoj 28079130062007100358) es de una las que de modo frecuente se citan en apoyo de la desestimación de la pretensión de condena al pago de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, pero lo realmente significativo de dicha Sentencia es que viene a confirmar la precedente del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el particular de condenar al pago de una indemnización no ya a la Administración pública sino a un particular, titular de un coto de caza.

Los hechos enjuiciados son los de un accidente de circulación por la irrupción en una carretera titularidad de la Junta de Extremadura de un jabalí procedente de un coto de caza. El perjudicado en dicho siniestro formuló reclamación ante la Junta de Extremadura, y transcurrido el plazo legal, y no habiendo recaído resolución expresa, acudió a la jurisdicción contenciosa recurriendo contra el acto presunto y formulando su demanda no solo frente a la Administración sino también frente al titular del coto y su compañía aseguradora (Mapfre).

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia condenó solo al titular del coto, absolviendo a la Administración recurrida.

Como se ha dicho, la Sentencia también trata sobre el –si se permite la expresión– habitual asunto de los intereses especiales y lo hace a instancia del perjudicado en la medida en que pese a haber traído al litigio también a la aseguradora del titular del coto (en este caso, no a la aseguradora de la Administración) la Sentencia del Tribunal Superior no incluyó a dicha compañía de seguros en el fallo de la condena y –se

decía– con ello además le privaba de la posible obtención de la partida de intereses especiales.

El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación e incluye a la aseguradora en el fallo, condenándola solidariamente con su asegurado, pero al propio tiempo desestima la petición de que fuera condenada al pago de intereses especiales, abundando en el argumento de la concurrencia de “justa causa” de número 8º del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, identificando como tal el hecho de haber tenido que esperar a que recayera una Sentencia para fijar causa y aún cuantía¹⁴.

Un supuesto muy similar al relatado es ampliamente tratado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 22 de mayo de 2009 (Cendoj 47186330012009100623), si bien en el presente caso la condena recae no solo sobre el titular del aprovechamiento cinegético y su aseguradora sino también sobre la Diputación Provincial de Zamora, titular de la vía en la que se produjo el accidente.

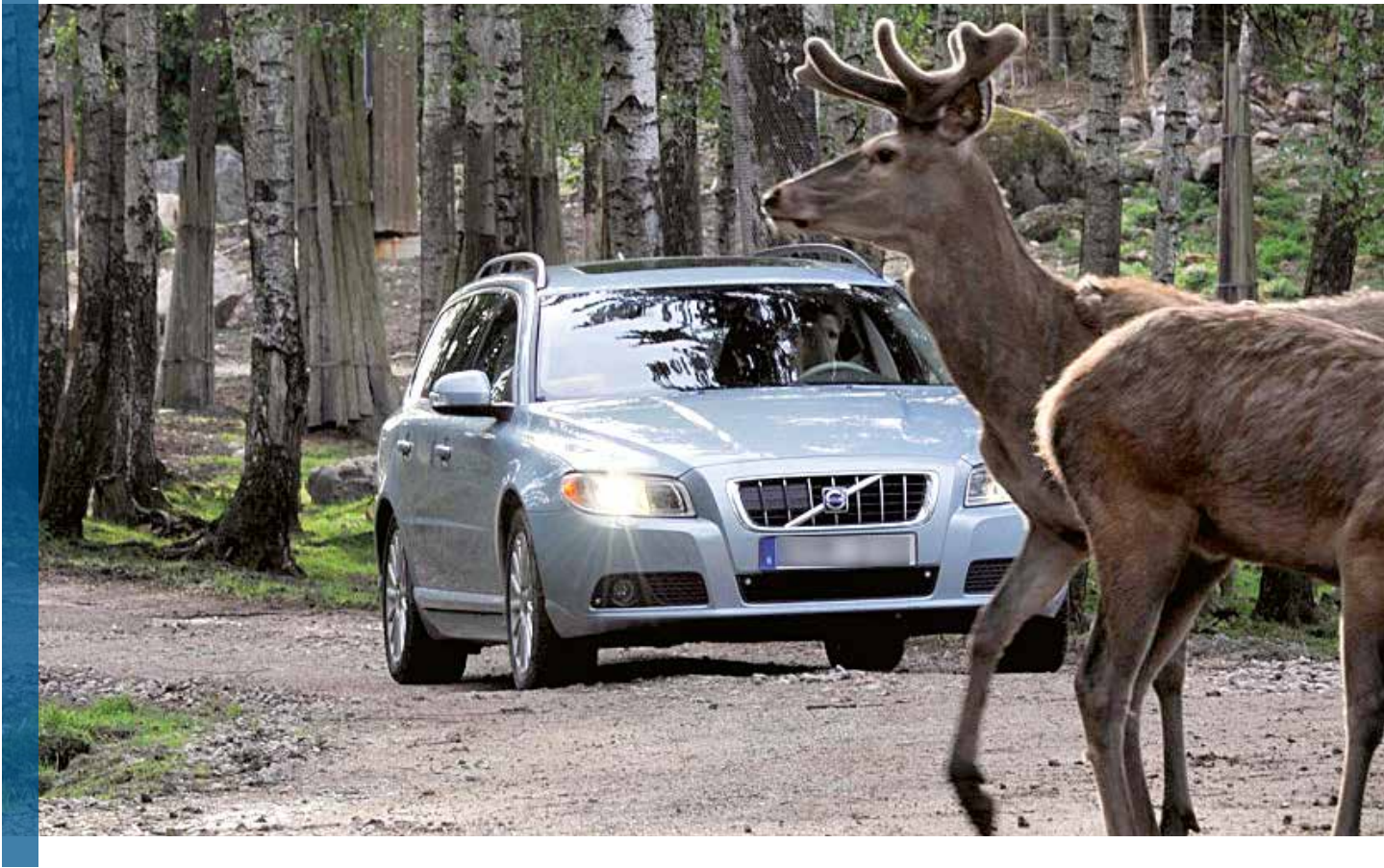
En este caso, el Juzgado Contencioso de Zamora solo condenó a la sociedad titular del aprovechamiento, declarando conforme a Derecho el acto desestimatorio impugnado, es decir, absolviendo a la Diputación Provincial, alzándose contra dicho particular los recurrentes que finalmente consiguen la condena de la Entidad Local.

Lo notable de la Sentencia, de la que es ponente el Sr. Pardo Muñoz, es que realiza un exhaustivo análisis de la jurisprudencia sobre accidentes de carretera con motivo de la irrupción de especies cinegéticas, a partir de la cual fija lo que expresamente denomina la “posición doctrinal” la Sala, y enumera los distintos “títulos de imputación” referibles tanto a quienes guardan relación con los animales (ya titulares del aprovechamiento cinegético, ya de los terrenos sobre los que despliegan éstos) como al titular de la vía, a partir de los cuales justifica la extensión de la condena solidaria sobre los distintos reclamados.

OBLIGACIÓN ADMINISTRATIVA DE VIGILAR E INTERVENIR Y LOS CAUSANTES DIRECTOS DEL DAÑO.- La Sentencia del Tri-

¹³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. “Responsabilidad patrimonial de la Administración en accidentes de tráfico por atropellos con especies cinegéticas” Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro 28/2008.

¹⁴ Téngase en cuenta que el recurrente en casación reprochó a la Sentencia de instancia el no haber aplicado el baremo legal, sin que ello fuera acogido por el Tribunal Supremo que afirma que la determinación de la cuantía indemnizatoria es facultad soberana del tribunal de instancia.



bunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 24 de abril de 2009 (Cendoj 09059330022009100265) revoca la previa Sentencia del Juzgado Contencioso que condenó a la Administración (Ayuntamiento de Lerma) y absolvió al particular, y por vía de apelación, amplía la condena también al administrado codemandado.

Es decir, en este segundo bloque de supuestos, también tratamos de casos en que en las sucesivas instancias se absuelven y condenan a los codemandados, pero en la primera de los dos Sentencias que citaremos, el esquema es radicalmente contrario a los de los dos casos precedentes en materia de accidentes de circulación. En este primer caso, el Ayuntamiento siempre resultó condenado, en primera y en segunda instancia, anulando los actos impugnados. Lo que hizo el Tribunal Superior de Justicia fue añadir a esa condena del sujeto administrativo también la del particular causante directo e inmediato de los daños.

Los hechos del caso en cuestión merecen comentario pues la reclamación de responsabilidad achaca los daños y perjuicios sufridos por el peticionario a los ruidos emitidos por un Bar que carecía de licencia de apertura y hasta su

clausura definitiva¹⁵. Obviamente son dos los títulos de imputación que concurren en la condena, por un lado (y así se resalta en la Sentencia que resuelve la alzada) la emisión de ruidos superiores a lo legalmente permitido desde el bar, y por otro, la inactividad de la Administración local permitiendo su funcionamiento sin licencia y al margen de las previsiones locales.

Ambos títulos de imputación remiten no solo a regímenes jurídicos distintos sino incluso a una naturaleza y requisitos de la responsabilidad de todo punto diferentes, concurriendo en la producción del daño, aunque quizás mediante una mera coincidencia fáctica de concausas. Ahora bien, si ello es así, ¿por qué resulta preciso condenar a ambos sujetos en una misma resolución? ¿No seguiría siendo útil que la condena recayera solo sobre uno de los sujetos sin perjuicio de las acciones que ésta pueda luego emprender contra el otro sujeto? Esta solución no solo vendría apoyada en la solidaridad impropia que los une sino incluso en el hecho de que la presencia de los codemandados en el proceso

¹⁵ Véase, entre otros, SIBINA TOMAS, D.- "Las Ordenanzas municipales de protección frente al ruido". Crónicas de las Ordenanzas y los Reglamentos locales. 4/2004 (www.gobierno-local.org/cuaderno4/14_SIBINA.pdf).



contencioso tiene su razón de ser en que la Sentencia que se dicte pudiera afectarle, entendiéndose que incluso en un momento posterior.

A suerte de cierto contrapunto, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2007 (Cendoj 28079130062007100468). Dicha Sentencia casó una anterior del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que había rechazado la condena de un determinado Ayuntamiento a pagar por las lesiones sufridas por el recurrente. Es decir, en este caso, la Administración recurrida termina siendo la única condenada, con exclusión de particulares.

Tales lesiones se produjeron cuando el reclamante visitaba las obras de unas viviendas que estaban en construcción. La Sentencia del Tribunal Supremo discrepa de la dictada en la instancia, considerando que se había producido una culpa in vigilando que no puede excusar en el Ayuntamiento en cuestión del que rechaza el argumento de que desconociera la características de la obra en ejecución¹⁶.

¹⁶ Véase, sobre todo por el tratamiento casuístico de los problemas, SÁNCHEZ GOYANES, E.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS AYUNTAMIENTOS POR DAÑOS A LOS CIUDADANOS. Comunidad de Madrid, 1999, y en particular, las páginas 41 y ss.

A partir de dicha base fáctica y deslindando el diferente régimen jurídico de la responsabilidad exigible a sujetos privados y a Administraciones públicas, casa la Sentencia pero solo en el sentido de revocar el acto administrativo desestimatorio y condenar a la Ayuntamiento recurrido, pero no a los diferentes particulares codemandados (léase, facultativos, empresa constructora, empresa eléctrica y aseguradora).

PROBLEMAS, SOLUCIONES Y RETOS.- La responsabilidad, quizá tanto o más que otros ámbitos jurídicos, es especialmente sensible a las circunstancias de hecho de cada caso.

La realidad que late en cada accidente, en cada siniestro, en cada hecho dañoso, parece muchas veces repetida y sin embargo distinta en cada caso, marcada por los detalles, los matices, quizá porque la realidad –como tal– se resiste a ser constreñida por la ley.

Ciertamente existía un problema de peregrinaje jurisdiccional ante reclamaciones sobre hechos encuadrables en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y dicha situación no parecía en si misma deseable, ahora bien la solución de atraer a la sede contencioso administrativa todos estos litigios suscita nuevos problemas dado que ello supone encomendar a una jurisdicción especializada en el control de las Administraciones también el enjuiciamiento de sujetos privados. Tales problemas derivan:

Primero.- El hecho de que buena parte de las específicas previsiones de la ley jurisdiccional de 1998 puedan resultar algo ajenas a tales sujetos privados (terceros que concurren a la producción del daño o aseguradoras de éstos o de la propia Administración) especialmente cuando no exista –y ello es frecuente– una identidad de intereses y posiciones, pues el orden contencioso resulta ajeno –en su formación y configuración– a los conflictos entre demandados, e incluso, es radicalmente ajeno a la posibilidad de demandas reconventionales.

Complementariamente, téngase en cuenta que la estructura de un asunto que termine siendo competencia de la jurisdicción contencioso administrativa tiene su necesario antecedente en un expediente administrativo en el que el perjudicado reclama a la Administración. Dicha Administración debe traer al expediente administrativo a cuantos se entienda interesados en el mismo, pero su identificación no está al alcance del solicitante, sino que es facultad de la propia Administración.

Ahora bien, aunque la Administración pueda atraer al procedimiento a terceros que hubieran podido concurrir a la producción del daño o que aseguren a la Administración o a estos terceros, lo que no puede hacer es convertir la resolución que pone fin al procedimiento en una suerte de solución pseudojudicial que condene a terceros, sino que solo puede estimar o desestimar la reclamación¹⁷.

Concluida la fase administrativa, el sistema previsto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es que estos codemandados sean traídos al litigio por la propia Administración recurrida, que se encargará de emplazarlos.

Este mecanismo en modo alguno impide, antes al contrario aconseja, que en los casos en que el recurrente quiera obtener condena no sólo de la Administración sino (también) de terceros codemandados, deba identificarlos expresamente como demandados, solicitando su emplazamiento. Por cierto, en algunos casos, las Sentencias que han incluido en el fallo condenatorio a las aseguradoras de la Administración lo han hecho en atención a que fueron expresamente demandadas y no solo traídas de oficio por la Administración recurrida (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 20 de abril de 2006, Cendoj 41091330022006100874).

Segundo.- Que el sistema de recursos puede resultar comprensible cuando se trata de Sentencias que condenan o absuelven a una Administración pública, pero parece de más difícil comprensión cuando quienes pueden ser condenados o absueltos son meros particulares.

Téngase en cuenta que muchas Sentencias contenciosas se dictan en primera y única instancia, pero sobre todo subráyese que en el caso de las Sentencias recurribles, el tipo de recurso depende del órgano jurisdiccional que conoció en primera instancia, lo que a su vez depende del órgano y de la Administración (co) demandada, de modo que es en atención a esas circunstancias –del todo ajenas al sujeto privado codemandado– el que la Sentencia que reca-

¹⁷ Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 198,3 de la Ley de Contratos del Sector Público: "Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción".



El sistema de recursos puede resultar comprensible cuando se trata de Sentencias que condenan o absuelven a una Administración pública, pero parece de más difícil comprensión cuando quienes pueden ser condenados o absueltos son meros particulares



El mero recurso a la aplicación supletoria de la ley procesal civil no parece que pueda resultar plenamente satisfactorio, al trasladar a la fase de ejecución distintas posiciones procesales de sujetos que coinciden en el hecho de verse obligados a cumplir con un Fallo judicial, pero no en su régimen jurídico

vera pudiera ser susceptible de apelación o de casación, no siendo preciso exponer las diferencias entre uno y otro.

Tercero.- En materia de ejecución de Sentencias lo dispuesto en la ley jurisdiccional está orientado al cumplimiento de las ejecutorias por las propias Administraciones públicas y no tanto al cumplimiento por meros particulares codemandados y condenados, en unos casos, junto a la Administración y en otros casos, en solitario.

El mero recurso a la aplicación supletoria de la ley procesal civil no parece que pueda resultar plenamente satisfactorio, al trasladar a la fase de ejecución distintas posiciones procesales de sujetos que coinciden en el hecho de verse obligados a cumplir con un Fallo judicial pero no en su régimen jurídico.

Valgan dos ejemplos para evidenciarlo, el hecho de que no pueda exigirse de la Adminis-

tración la ejecución de una condena al pago de cantidad líquida sino hasta pasados tres meses de notificarse el fallo (artículo 106 de la ley jurisdiccional), mientras que respecto de un particular la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un plazo de veinte días (artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), supone -en la práctica- que de existir condenas solidarias, éstas serán soportadas siempre por los particulares aunque solo fuera -y no es la menor de las razones- porque de ellos se podría pretender exigir el pago con anterioridad.

Pero es que si fijamos el foco en el otro extremo de la relación procesal, es decir, en el demandante, cuan diferente es la posibilidad de ejecución provisional en sede civil (artículos 524 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y en sede contenciosa (artículos 83 y 91 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). ¿Resulta comprensible que la exigencia de afianzamiento para ejecutar provisionalmente pueda depender en mayor medida del orden jurisdiccional que conozca del litigio que del régimen jurídico del sujeto condenado -sea privado o administrativo-.

Cuarto.- La afirmación de unidad jurisdiccional no impide absolutamente ni la existencia de problemas de constitución de la relación procesal, ni de diseño por los recurrentes de estrategias procesales que parecieran pugnar con la idea misma de orden público que late en la estructura de competencias de juzgados y tribunales.

Por ejemplo, la concurrencia en la producción del daño no entre Administraciones y particulares sino entre varias Administraciones públicas no está prevista en el artículo 9,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“...Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados...”).

Y, por otra parte, los perjudicados pueden optar bien por acumular sus pretensiones en un solo litigio, o bien seguir un proceso y esperar a su resultado para acudir a otro, contra otro sujeto y aún ante otro orden jurisdiccional, siempre y cuando cuiden de mantener esas distintas acciones vigentes desde el punto de vista de la prescripción.

Quinto.- La pretendida unidad jurisdiccional en sede contenciosa, al resolver el problema propio de las aseguradoras de la Administración como codemandadas ha dejado abierto otro no menor, pues la posición de asegurado y aseguradora no necesariamente es perfectamente simétrica.

No lo es en la medida en que se puede solicitar de la aseguradora una condena al pago de intereses que nunca podrían ser exigidos de su asegurado.

Pero no solo eso, tampoco es simétrica desde el punto de vista de que pueden existir franquicias, límites económicos de cobertura e incluso, discusión sobre la cobertura misma de un determinado siniestro por una concreta aseguradora.

Buena parte de estas cuestiones es abordada por la jurisprudencia mediante la inclusión en el fallo de la Sentencia de la referencia a los “términos de la póliza”, como límite general a la condena, aunque resulta evidente que esa solución puede no ser tal bien porque se discute la cobertura misma del siniestro bien porque desplace a la fase ejecutiva su auténtico alcance (pensemos, por ejemplo, en la existencia de franquicias o en condenas que desborden los límites asegurados), permítasenos la cita de la Sentencia del Juzgado Contencioso núm. 2 de Albacete, de 19 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/152848)¹⁸ en la medida en que entró a examinar la póliza de seguros, hasta el punto de condenar a la Administración y absolver a la aseguradora.

Ahora bien, aprovéchese dicha mención para cerrar estas páginas suscitando de nuevo un problema, una duda, más que una solución.

Si acudimos a lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, la competencia de la jurisdicción ordinaria abarca las controversias que surjan entre las partes (se entiende que asegurado y asegurador) en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados.

Sin embargo, si observamos la cuestión desde el punto de vista de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, si la aseguradora es codemandada junto con su asegurada-Administración (como se desprende de los artículos 2 y 21 de la dicha disposición procesal), y dado que se considera que la competencia de la jurisdicción contenciosa en materia de responsabilidad patrimonial alcanza para condenar también a sujetos privados. ¿Qué impide que tales cuestiones propias del contrato de seguro no sean enjuiciadas por el orden contencioso y no por la jurisdicción ordinaria?

¹⁸ Véase también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de noviembre de 2006 (Cendoj 28079330022006100788)



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Muerte de una trabajadora en accidente laboral. Desestimación del Recurso de Casación, condenando solidariamente al pago de 112.071,30 euros, a la entidad Asepeyo Mutua de Accidentes, por un mal asesoramiento en prevención y riesgos laborales, y a la empresa y a su aseguradora, por ser exigible una diligencia superior a la normal por el riesgo de la actividad desarrollada.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 11 de abril de 2011.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El marido y los hijos de D^a Azucena, fallecida el día 10 de enero de 2002 en accidente laboral sufrido cuando se hallaba trabajando en las instalaciones de la empresa Pirotecnia Ricardo Caballer S.A. y explotó la caseta número 15 en la que desarrollaba sus funciones de llenado manual de pólvora y montaje de carcasas, formularon demanda contra la citada mercantil, su aseguradora, Mussini S.A. de Seguros y Reaseguros, y contra la entidad contratada para la prevención de riesgos laborales, Asepeyo, Mutua de Accidentes, en reclamación de la pertinente indemnización por los daños y perjuicios sufridos, pretensión que sustentaban en los artículos 1902 y 1903 CC, en el artículo 76 LCS ,

y en el incumplimiento, por parte del empleador, de la obligación contenida en la legislación laboral de adoptar las medidas adecuadas de protección y prevención de la salud de sus trabajadores.

2. La demanda, a la que se opusieron los demandados, fue parcialmente estimada por el Juzgado, que apreció únicamente la responsabilidad de Asepeyo con absolución de los demás. En síntesis, y por lo que interesa a los efectos del recurso de casación, son sus principales razonamientos los siguientes: a) que ninguna responsabilidad tuvo la empresa pirotécnica en el accidente, ni por culpa in eligendo [en la elección] ni por culpa in vigilando [en la vigilancia], puesto que cumplió adecuadamente con la obligación de velar por la salud y seguridad de sus empleados, principalmente, al contratar con Asepeyo la prestación del servicio de prevención de riesgos laborales y poner a su disposición el debido asesoramiento y la participación de los trabajadores, incluida la fallecida, en jornadas de formación sobre los riesgos concretos en la actividad que desarrollaban, y además, por imponer a los trabajadores otras medidas de seguridad complementarias en el lugar de trabajo, sin constancia de irregularidad administrativa alguna imputable a dicha empresa en materia de seguridad, ni en la ejecución de las medidas ordenadas por Asepeyo (la inspección realizada por los técnicos de Asepeyo el día del siniestro no apreció irregularidad en el cumplimiento de la medida de seguridad indicada en el plan de prevención). b) que tampoco la causa del accidente estuvo en un fallo humano imputable a la propia víctima. c) que fue Asepeyo quien se apartó de la Guía elaborada por la Consellería de Industria, Comercio y Turismo, en lo referente a las medidas a adoptar en las mesas de trabajo, puesto que omitió indicar que el recubrimiento con malla metálica era una simple recomendación (tras el accidente, la Asociación de Pirotécnicos de la Comunidad Valenciana desaconsejó a sus asociados esta medida) y también que debía ir acompañado de la colocación de "una resistencia de 10 kohmios en serie con el conductor de tierra", omisión esta última -la mesa se recubrió con lámina metálica puesta directamente a tierra, sin la mencionada resistencia- que fue lo que facilitó la descarga de cargas electroestáticas sobre dicha superficie. d) que aunque Asepeyo no era la responsable del funcionamiento y buena aplicación de las medidas preventivas señaladas en su plan, si estaba obligada a realizar ensayos o informes anteriores a su implantación, lo que no hizo (no realizó estudio alguno sobre



Fue Asepeyo quien se apartó de la Guía elaborada por la Consellería de Industria, Comercio y Turismo de la Comunitat Valenciana, en lo referente a las medidas a adoptar en las mesas de trabajo, puesto que omitió indicar que el recubrimiento con malla metálica era una simple recomendación



La pirotécnica Ricardo Caballer, S.A., para la que trabajaba la fallecida, cumplió con la obligación de velar por su seguridad y salud al contratar con Asepeyo la prestación del servicio de prevención de riesgos laborales e imponer a los trabajadores las medidas indicadas en el plan

electricidad estática en las mesas o sobre sensibilidad de las bolas de colores). e) que el espacio tiempo transcurrido entre la implantación de la medida indicada en el plan y el accidente (2 o 3 horas) es un dato que corrobora que fue el recubrimiento de las mesas de madera con una tela metálica con toma de tierra y sin resistencia de 10 kohmios lo que determinó la ignición de la pólvora y la consiguiente explosión que acabó con la vida de la trabajadora y de otro de sus compañeros.

3. Recurrida la citada sentencia en apelación por Asepeyo y por la parte actora en lo que le resultaba desfavorable, la AP acordó desestimar el recurso de la primera y estimar en parte el de los demandantes, en el sentido de extender la responsabilidad a la empresa de pirotecnia y a su aseguradora. En síntesis, en lo referente al concreto motivo de casación, la sentencia de apelación declaró: a) la causa del siniestro fue la incorrecta instalación de la plancha de aluminio que debía recubrir la madera de la mesa de trabajo, por carecer el cable conductor a tierra de una resistencia en serie debido a la incorrecta redacción que de tal medida hizo la entidad Asepeyo. b) la pirotécnica Ricardo Caballer, S.A., para la que trabajaba la fallecida, cumplió con la obligación de velar por su seguridad y salud al contratar con Asepeyo la prestación del servicio de prevención de riesgos laborales e imponer a los trabajadores las medidas indicadas en el plan, entre ellas, la consistente en la instalación de un recubrimiento metálico en las mesas de trabajo, contando además en el momento del siniestro con todas las autorizaciones administrativas. c) sin embargo, en casos de actividades especialmente peligrosas, como la que se desarrollaba por la víctima, no es suficiente el cumplimiento de las normas y reglamentos, debiendo el empresario extremar su diligencia. En el presente caso no lo hizo e incurrió en culpa levisísima tanto por no entregar a la empresa de electricidad que se encargó de ejecutar la medida de recubrir las mesas una copia por escrito de las directrices que había ordenado Asepeyo, y limitarse a comunicarlas telefónicamente (lo que provocó que la empresa Electro Pobla, S.L. instalase la lámina de aluminio sin tener delante un croquis o directiva de cómo hacerlo), como por no contrastar tampoco con otros técnicos la efectividad de dichas medidas habida cuenta de las dudas que existían desde el punto de vista científico. Esta negligencia lleva a estimar la responsabilidad de la pirotecnia por aplicación de la teoría del riesgo y, consecuentemente, la de su aseguradora Musini, S.A. de Seguros y Reaseguros.

4. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la representación procesal de Musini, S.A. de Seguros y Reaseguros, al amparo del artículo 477.2.3º LEC. El recurso consta de un único motivo y ha sido admitido por superar la cuantía el límite legal.

SEGUNDO. Enunciación del motivo único de casación. El motivo se introduce con la fórmula: «Único. Al amparo de los dispuesto en el artículo 479.4 de la LEC, en relación con el art. 477.3 LEC, se viene a denunciar la infracción de la doctrina jurisprudencial aplicable para resolver cuestiones objeto de debate, sentada por esa Sala en cuanto a la interpretación y aplicación del artículo 1903.4 del C. Civil». La aseguradora de la empresa de pirotecnia defiende que ni su asegurada, ni, por consecuencia, ella misma, deben responder solidariamente de las consecuencias del siniestro. Funda esta tesis en la ausencia de la relación de dependencia o jerarquía que exige el artículo 1903.4 CC, entre el causante del daño y la empresa que ha de responder por el hecho ajeno, al derivarse de los hechos probados que la causa de siniestro estuvo en una deficiente instalación del recubrimiento de aluminio de la mesa de trabajo, tarea a cargo exclusivamente de Asepeyo, como empresa especializada en la elaboración y ejecución del plan de prevención de riesgos laborales, no sometida en su actuación a las directrices de la empresa pirotécnica. El motivo debe ser desestimado.

TERCERO. Competencia de la jurisdicción civil. En supuestos de reclamaciones civiles por accidentes de trabajo constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de Pleno, de 15 de enero de 2008, RC nº 2374/2000, que, en aplicación del artículo 9 LOP, será competente la jurisdicción social siempre que el daño dimana de la vulneración de normas reguladoras de la relación laboral, incluyendo las que desarrollan los deberes del empresario, entre los que se encuentra el de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene (arts. 5 d) y 19 E.T. y 14 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales), y únicamente competente la jurisdicción civil cuando conste que el daño se funda en la infracción de normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral. Esa doctrina, cuya estricta aplicación permitiría a la Sala examinar de oficio su jurisdicción, tal y como hizo en SSTs de 17 de noviembre y 15 de diciembre 2008, ha sido después matizada por la STS de 11 de septiembre de 2009, RC nº 1997/2002, seguida por la más reciente de 9 de marzo de 2010, RC nº 1469/2005, ante la inoportunidad de aplicarla a procesos, como el presente, ini-

ciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta, a fin de no negar ahora legitimidad al orden jurisdiccional civil para conocer





de un asunto que se inició con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Esta doctrina, contraria a que se pueda apreciar de oficio la falta de jurisdicción

en casos como el de autos, se sustenta en que tal solución resultaría contraria a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se compadece con esa tutela que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de pasar tanto tiempo desde que se interpuso la demanda, se declare inadmisibile en la jurisdicción en la que había sido planteada vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a la evitación de dilaciones indebidas.

CUARTO. Alteración de la ratio decidendi [razón decisoria] de la sentencia recurrida. A) Esta Sala, a la hora de precisar el ámbito de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, ha reiterado que el recurso de casación implica plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, en cuanto dicho recurso tiene una clara finalidad de control en la aplicación de la norma sustantiva. De esta forma esta Sala, tanto en fase de admisión del recurso de casación como por vía de recurso de queja (AATS de 16 de marzo de 2010, [RC nº 2193/2008] y 1 de junio de 2010, [RC nº 391/2009], entre otros muchos), viene declarando la improcedencia de los recursos de casación en los que no se respeta la base fáctica de la sentencia impugnada y también la improcedencia de aquellos en los que se plantea una cuestión jurídica que, amparada en la apariencia generada por el cumplimiento de los requisitos puramente formales y por el respeto a los hechos probados, sin embargo no afecta a los razonamientos en los que la Audiencia Provincial se basó al dictar la sentencia de segunda instancia, planteando así una cuestión jurídica sustantiva que, de resolverse por este Tribunal, no afectaría al fallo perjudicial al recurrente que justifica el recurso, en cuanto la verdadera ratio decidendi [razón decisoria] resultaba soslayada en el mismo.

En la misma línea, pero ya en fase decisoria, la jurisprudencia de esta Sala ha precisado que el recurso se da contra el fallo y los argumentos de la resolución recurrida que constituyan su ratio decidendi, no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos dialécticos, obiter dicta [expresiones incidentales], de refuerzo, o a mayor abundamiento (así, SSTS de 9 de abril de 2007, 18 de septiembre de 2007, 13 de junio de 2008, [RC nº 1104/2001], 17 de junio de 2008, [RC nº 919/2001], 20 de junio de 2008, [RC nº 24/01], 31 de octubre de 2008, [RC nº 980/2003], 12 de mayo de 2009, [RC nº 487/2005], 14 de julio de 2010, [RC nº 1581/2006] y 29 de diciembre de 2010, [RC nº

1613/2007]). La concurrencia de los referidos defectos determina la no admisión del recurso con apoyo en la causa de interposición no ajustada al artículo 483.2.2º LEC. De apreciarse esta causa en fase de decisión, constituye motivo bastante para la desestimación del recurso de casación (SSTS de 18 de abril de 2005, [RC nº 1547/2002], 17 de julio de 2008, [RC nº 3308/2001], 1 de septiembre de 2008, [RC nº 2892/2002, 7 de noviembre de 2008, [RC nº 1384/2003], 11 de diciembre de 2008, [RC nº 2756/2004], 17 de diciembre de 2008, [RC nº 2657/2003], 13 de octubre de 2009, [RC nº 171/2006] y 7 de diciembre de 2010, [RC nº 258/2007]). B) En el presente caso, nos hallamos ante un supuesto de interposición no ajustada al artículo 483.2.2º LEC. La razón de esta conclusión se debe a que el recurso altera la ratio decidendi [razón decisoria] que determina el fallo de la sentencia recurrida, pues a través de su único motivo plantea una cuestión –en concreto, la referida a la ausencia de relación de dependencia o jerarquía entre la asegurada y la entidad a la que esta encomendó el plan de prevención de los riesgos laborales, en orden a defender la improcedencia de aplicar el artículo 1903.4 CC, que se cita como vulnerado–, que resulta ajena por completo a la resuelta por la sentencia de apelación.

En efecto, tal y como se deduce de la simple lectura del FD Tercero de la sentencia recurrida, dedicado a justificar la estimación del recurso de la parte demandante, la Audiencia Provincial funda la responsabilidad de la empresa pirotécnica (y, por ende, de su aseguradora), única y exclusivamente en una negligencia propia, esto es, en la omisión de la específica diligencia, superior a la normal, que le era exigible en atención al específico y extraordinario riesgo que entrañaba su actividad, diligencia que entiende no agotó la entidad Ricardo Caballer S.A. con la mera sujeción a la normativa reglamentaria ni con haber contratado la prestación de servicios de prevención de riesgos laborales con una empresa especializada, en tanto que, para la Audiencia Provincial, la obligación de extremar su diligencia en aras a evitar cualquier daño a la integridad o salud de sus trabajadores le imponía además el deber de contrastar la eficacia de las medidas de seguridad recomendadas o impuestas por Asepeyo, ante la existencia de dudas de índole científico, e igualmente, el deber de transmitir estrictamente y por escrito las directrices de esta entidad a la empresa de electricidad que iba a encargarse de la ejecución material de las medidas contempladas en el plan (y en particular, de la medida consistente en recubrir con metal las mesas de tra-

bajo, cuya incorrecta instalación, consecuencia directa de la incorrecta redacción de tal medida solo imputable a Asepeyo, fue la causa del siniestro). En esta tesitura, el recurso debe ser desestimado porque, si lo que pretendía la recurrente era negar cualquier tipo de acción u omisión culposa que le pudiera ser imputable, causalmente determinante del siniestro y del daño ocasionado, sobre la base de que no podía exigírsele mayor diligencia que la empleó, ni el precepto invocado ni los argumentos utilizados son los idóneos para ese fin.

QUINTO. Desestimación del recurso y costas. No estimándose fundado el recurso, procede su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente, por aplicación del artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la LEC. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Musini, S.A., Seguros y Reaseguros, contra la sentencia de 26 de julio de 2006, dictada en grado de apelación por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en el rollo nº 373/06, dimanante del juicio ordinario nº 195/03, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Paterna, cuyo fallo dice: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Asepeyo, Mutua de Accidentes, contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2005 dictada en los autos número 195/03 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Paterna. Estimamos en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal don Luis María, don Álvaro y doña Piedad, contra la misma resolución, la que revocamos en parte. Y, en su lugar, estimando en parte la demanda, condenamos solidariamente a la entidad Asepeyo Mutua de Accidentes, a Pirotecnia Ricardo Caballer S.A. y a su aseguradora Musini a que indemnicen a los demandados en la suma de 112.071,30 euros, cantidad que devengará los intereses legales correspondientes, que para la aseguradora serán los que determina el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, desde la fecha de la sentencia de primera instancia. No hacemos expresa condena al pago de las costas causadas en ambas instancias.

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance. Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

Por **José A. Badillo Arias**
Delegado Regional en Madrid del CCS

No es frecuente encontrarnos sentencias en las que se condene a las Mutuas de Accidentes de Trabajo, en su condición de entidades de prevención de riesgos laborales, por un mal asesoramiento a las empresas que contratan este servicio con ellas. No olvidemos que las Mutuas son entidades sin ánimo de lucro, gestoras de la Seguridad Social. En todo caso, esta sentencia del alto tribunal es una advertencia a todas las entidades que prestan el servicio de asesoramiento a las empresas en materia de prevención de riesgos laborales, porque entran a formar parte del círculo de responsables por accidentes de trabajo.

Las Mutuas son entidades sin ánimo de lucro, gestoras de la Seguridad Social. Esta sentencia del TS es una advertencia a todas las entidades que prestan asesoramiento a las empresas en materia de prevención de riesgos laborales

Los hechos a los que da lugar esta resolución se refieren a la demanda de reclamación de daños y perjuicio interpuesta por el esposo e hijos de una trabajadora fallecida cuando se hallaba trabajando en las instalaciones de la empresa Pirotecnia Ricardo Caballer S.A. y explotó la caseta número 15 en la que desarrollaba sus funciones de llenado manual de pólvora y montaje de carcasas.

La demanda, fundamentada en los artículos 1902 y 1903.4 CC, la interpusieron los actores contra la citada mercantil, su aseguradora, Musini S.A. de Seguros y Reaseguros, y contra la entidad contratada para la prevención de riesgos laborales, Asepeyo, Mutua de Accidentes.

La demanda fue parcialmente estimada por el Juzgado, que apreció únicamente la responsabilidad de Asepeyo con absolución de los demás demandados. El Juzgador a quo consideró que la empresa pirotécnica no tenía responsabilidad en el accidente, ni por culpa in eligendo ni por culpa in vigilando, puesto que cumplió adecuadamente con la obligación de velar por la salud y seguridad de sus empleados y que fue Asepeyo, Mutua de Accidentes, la única responsable del accidente, por cuanto se apartó de la Guía elaborada por la Consellería de Industria, Comercio y Turismo, en lo referente a las medidas a adoptar en las mesas de trabajo, puesto que omitió indicar que el recubrimiento con malla metálica era una simple recomendación.

Tras el recurso de apelación por Asepeyo y por la parte actora en lo que le resultaba desfavorable, la Audiencia Provincial acordó desestimar el recurso de la primera y estimar en parte el de los demandantes, en el sentido de extender la responsabilidad a la empresa de pirotecnia y a su aseguradora, puesto que, tratándose de una actividad especialmente peligrosa, debió extremar las medidas de seguridad, no bastando únicamente el cumplimiento de la normativa vigente. De este modo, la sentencia entiende que la empresa incurrió en culpa levisísima tanto por no entregar a la empresa de electricidad que se encargó de ejecutar la medida de

El Juzgador a quo consideró que la empresa pirotécnica no tenía responsabilidad en el accidente, ni por culpa in eligendo ni por culpa in vigilando, puesto que cumplió adecuadamente con la obligación de velar por la salud y seguridad de sus empleados y que fue Asepeyo, Mutua de Accidentes, la única responsable del accidente

COMENTARIO

recubrir las mesas una copia por escrito de las directrices que había ordenado Asepeyo, y limitarse a comunicarlas telefónicamente (lo que provocó que la empresa Electro Pobra, S.L. instalase la lámina de aluminio sin tener delante un croquis o directiva de cómo hacerlo), como por no contrastar tampoco con otros técnicos la efectividad de dichas medidas habida cuenta de las dudas que existían desde el punto de vista científico.

El recurso de casación de la representación de Musini, S.A. de Seguros y Reaseguros, argumenta su tesis en la ausencia de la relación de dependencia que exige el artículo 1903.4 CC, entre el causante del daño y la empresa que ha de responder por el hecho ajeno

Contra esta sentencia interpone recurso de casación la representación procesal de Musini, S.A. de Seguros y Reaseguros, argumentado su tesis en la ausencia de la relación de dependencia o jerarquía que exige el artículo 1903.4 CC, entre el causante del daño y la empresa que ha de responder por el hecho ajeno, al derivarse de los hechos probados que la causa de siniestro estuvo en una deficiente instalación del recubrimiento de aluminio de la mesa de trabajo, tarea a cargo exclusivamente de Asepeyo, como empresa especializada en la elaboración y ejecución del plan de prevención de riesgos laborales, no sometida en su actuación a las directrices de la empresa pirotécnica.

El TS, que desestima el recurso de Musini, S.A. analiza en primer lugar su competencia, para decir que en una aplicación estricta de su doctrina a partir del pleno de 15 de enero de 2008, en el que se estableció la competencia de la jurisdicción social para vulneración de normas de derecho laboral, sería ésta la que debería conocer del asunto en cuestión. Sin embargo, la Sala considera que aplicar esa doctrina a un proceso que ha sido iniciado con otra distinta, en la que sí sería competente la jurisdicción civil, iría en contra de la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, como ya ha hecho en otras resoluciones recientes, entra a conocer el asunto.

Por otro lado, la sentencia entiende que el recurso de casación altera la ratio decidendi que determina el fallo de la sentencia recurrida, pues a través de su único motivo plantea una cuestión –en concreto, la referida a la ausencia de relación de dependencia o jerarquía entre la asegurada y la entidad a la que esta encomendó el plan de prevención de los riesgos laborales, en orden a defender la improcedencia de aplicar el artículo 1903.4 CC, que se cita como vulnerado–, que resulta ajena por completo a la resuelta por la sentencia de apelación, por cuanto que la sentencia de instancia funda la responsabilidad de la empresa pirotécnica (y, por ende, de su aseguradora), única y exclusivamente en una negligencia propia, esto es, en la omisión de la específica diligencia, superior a la normal, que le era exigible en atención al específico y extraordinario riesgo que entrañaba su actividad.

La sentencia entiende que el recurso de casación altera la ratio decidendi que determina el fallo de la sentencia recurrida, pues a través de su único motivo plantea una cuestión, que resulta ajena por completo a la resuelta por la sentencia de apelación, por cuanto que la sentencia de instancia funda la responsabilidad de la empresa pirotécnica única y exclusivamente en una negligencia propia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Póliza de riesgo-construcción. Incumplimiento del asegurado del deber de declarar, omitiendo información relevante en la valoración del riesgo. Recurso de casación, alegando incumplimiento de la Cía. aseguradora de someter al asegurado a cuestionario alguno. Desestimación del recurso, liberando a la aseguradora del pago de la prestación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 10 de mayo de 2011.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La entidad Arcade Park, S.A. interpuso una demanda contra su aseguradora Liberty Insurance Group, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. en reclamación de la indemnización de 434.342,05 euros, importe en el que valoraba los daños propios y a terceros sufridos como consecuencia del derrumbamiento de tierras acaecido el 2 de marzo de 2001 en las obras de construcción de la urbanización «El balcón del Cantábrico» en Comillas. A esta pretensión se opuso la aseguradora con fundamento en la existencia de una actuación dolosa por parte del tomador del seguro consistente en la ocultación de las verdaderas circunstancias definitorias del riesgo asegurado en el momento de suscripción del seguro, discrepando, para el caso de que tal

oposición no fuera estimada, de la cuantificación de daños efectuada por la parte contraria.

2. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar acreditado que la entidad demandante incumplió dolosamente el contrato, en tanto en cuanto como tomador del seguro silenció la producción del deslizamiento de tierras ocurrido con anterioridad a la suscripción de la póliza, en el mes de febrero de 2000, lo que condujo a la aplicación del último inciso del párrafo tercero del artículo 10 de LCS.

3. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia por entender, en síntesis, que si bien la aseguradora no sometió a la actora a cuestionario alguno con el fin de declarar todas las circunstancias que pudieran influir en la valoración del riesgo, sin embargo la finalidad del mismo se obtuvo mediante la condición particular 10ª recogida en la póliza de seguros suscrita que literalmente dice: «Obra iniciada. El asegurado declara que en el momento de la toma de efecto de este seguro, no existe circunstancia alguna que pueda dar origen a una reclamación al amparo de esta póliza». De este modo concluyó que hubo dolo o culpa grave del tomador del seguro al haber omitido comunicar a la aseguradora el deslizamiento de rocas producido en el mes de febrero de 2000, hecho que consideró relevante para la valoración correcta del riesgo asegurado por Liberty y que como tal debió serle comunicado por la actora al suscribir la póliza. No habiéndolo hecho, la aseguradora incurrió en culpa grave, por lo que a tenor del artículo 10 de LCS la aseguradora quedó liberada de responsabilidad.

4. Contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por la representación procesal de Arcade Park, S.A., el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2º LEC.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo único de casación. El motivo único se introduce con la siguiente fórmula: «Infracción y/o aplicación errónea del artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro». El motivo se funda, en síntesis, en que: (a) es un hecho acreditado que no hubo cuestionario por lo que el tomador del seguro tendría que quedar exonerado del deber de declarar todas las circunstancias que pudieran influir en la valoración del riesgo, sin que la finalidad del mismo pueda obtenerse con la condición particular 10ª recogida en la póliza, como mantiene la sentencia recurrida, especialmente cuando las condiciones particulares no están firmadas; (b) no cabe apreciar una conducta dolosa o gravemente culposa del tomador del



El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar acreditado que la entidad demandante incumplió dolosamente el contrato, en tanto en cuanto como tomador del seguro silenció la producción del deslizamiento de tierras ocurrido con anterioridad a la suscripción de la póliza



El tomador del seguro tiene el deber precontractual de declarar y describir el riesgo asegurado, es decir, señalar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo y este deber se cumple contestando el cuestionario que le presenta el asegurador

seguro, con el efecto liberador de la obligación de pago que se pretende, puesto que el día que se suscribió la póliza no tenía certeza, duda o sospecha del acaecimiento del siniestro. El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Alcance de la obligación de declaración de riesgos por parte del tomador del seguro. A) La interpretación que esta Sala ha efectuado del artículo 10 LCS, que se considera infringido se formula en torno a dos conceptos: a) El tomador del seguro tiene el deber precontractual de declarar y describir el riesgo asegurado, es decir, señalar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo y este deber se cumple contestando el cuestionario que le presenta el asegurador. La buena fe que informa este artículo, cuando impone al tomador un deber de contestación o respuesta sin reservas ni inexactitudes de lo que se le pregunta, tiene como finalidad que el asegurador pueda conocer con exactitud el riesgo objeto de cobertura antes de contratar, y aun siendo de aplicación a toda clase de seguros, está especialmente condicionada en función del que se contrata, pues no toda omisión influye de la misma forma en la valoración del riesgo ni conlleva la liberación de la entidad aseguradora del pago de la prestación, sino tan solo la de aquellas circunstancias por él conocidas actuando con dolo o culpa grave determinante de la celebración de un contrato que, de otra, forma la aseguradora no hubiera concertado en las mismas condiciones (SSTS 27 de octubre de 1998; 25 de noviembre de 1993; 31 de mayo de 2004; 17 de octubre de 2007, entre otras); dolo que la jurisprudencia ha definido como la «reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlas conocido el asegurador hubiera influido decisivamente en la voluntad de celebrarlo» (STS 15 de noviembre de 2007, y las que cita). b). El deber de declarar no existe si el asegurador omite pedir al solicitante esta descripción de los riesgos, de modo que el asegurado se libera de la carga y el asegurador asume las consecuencias de su falta de diligencia. Esta doctrina ha sido mantenida por esta Sala en SSTS 25 de octubre de 1995, 21 de febrero de 2003 y 27 de febrero de 2005. Las consecuencias del incumplimiento de este deber están determinadas en el propio artículo 10.3 LCS, debiendo tenerse en cuenta si existió o no dolo o culpa grave por parte del asegurado en la declaración del riesgo, ya que de concurrir, el efecto que la falta de declaración producirá es el de que quedar el asegurador liberado del pago de la prestación pactada (STS 31

de mayo de 2004). B) En el caso examinado, la sentencia de la Audiencia Provincial considera probado que el tomador del seguro no cumplió el deber precontractual de informar, pese a que no fue sometido a cuestionario alguno.

Como ya se ha señalado antes, el asegurado debe precisar las circunstancias relevantes para la contratación del seguro y que puedan influir en la valoración del riesgo, lo que incluye todas las incidencias por él conocidas, según el artículo 10 LCS. Ha quedado probado que la recurrente conocía el riesgo generado por los previos deslizamientos de tierras producidos en febrero de 2000 cuando la ejecución de las obras la estaba llevando a cabo la constructora Necso Entrecanales y Cubiertas y ella era la promotora de dichas obras, puesto que los mismos motivaron la paralización de la obra, la realización de un estudio geotécnico del terreno, el estudio de diferentes soluciones constructivas de contención de tierras con el fin de excluir futuros desprendimientos, surgiendo entonces desavenencias con la constructora que propiciaron que esta rescindiera el contrato que le vinculaba con la promotora, la cual asumió entonces de forma directa la ejecución de las obras y suscribió a tal efecto nueva póliza de seguro en fecha de 24 de noviembre de 2000 para cubrir la construcción que iba a continuar. Asimismo ha quedado acreditado que, si bien la aseguradora no sometió a cuestionario alguno a la asegurada, la finalidad perseguida por el mismo quedó cumplida mediante la condición particular 10ª que dice: «Obra Iniciada. El asegurado declara que en el momento de la toma de efecto de este seguro, no existe circunstancia alguna que pueda dar origen a una reclamación al amparo de esta póliza».

En cuanto a este extremo, sostiene la entidad recurrente que esta declaración no puede ser tomada en cuenta, toda vez que las condiciones particulares no están firmadas. Esta alegación, según la parte recurrida, no puede tener favorable acogida al tratarse de una cuestión nueva, que se introdujo por primera vez en el escrito de interposición del recurso de casación. Esta Sala considera que debe aceptarse esta alegación, pues esta cuestión debía haberse sometido a deliberación desde la primera instancia, dando con ello la posibilidad a la parte contraria de oponerse y argumentar y probar sobre la misma y a los tribunales de primera y segunda instancia pronunciarse sobre la misma. A este respecto esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de ca-



sación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (STS 28 de mayo de 2004, RC 2171/1998, y 21 de julio de 2008, RC nº 3705/2001). No es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (SSTS de 27 de marzo de 2003, RC nº 1273/1995, 1 de febrero de 2000, RC 1400/1995, 10 de julio de 1996, RC 3108/1992, 27 de septiembre de 2000, RC nº 2908/1995, 27 de febrero de 2007, RC nº 287/2000, y 24 de enero de 2008, RC nº 5149/2000) y se ha considerado cuestión nueva incluso la invocación de preceptos jurídicos, no alegados con anterioridad, cuando implicaba la alteración de la causa de pedir modificando los términos de la controversia (STS de 14 de junio de 2000, RC nº 1011/1995), o suponía una variación del fundamento fáctico (STS de 2 de diciembre de 2008, RC nº 5159/2000), aunque esto no impide a la parte recurrente esgrimir cuantos fundamentos jurídicos puedan apoyar su recurso, siempre que se mantenga dentro de los límites de lo que fue objeto de la segunda instancia.



Conclusión de lo anterior es que el deber de declaración del tomador del seguro se incumplió, tal como resulta de los hechos declarados probados, al haber silenciado la entidad aseguradora, al tiempo de suscribir la póliza de seguro, el deslizamiento de tierras producido con anterioridad, siendo tal hecho relevante para la valoración correcta del riesgo asegurado por la entidad aseguradora Liberty. La conducta de la aseguradora frustró la finalidad del contrato para la aseguradora al no proporcionarle todos los datos que conocía e impulsó a la compañía a celebrar un contrato que quizás no hubiera concertado si este le hubiera manifestado todas las circunstancias que conocía. Y esta conducta tiene entidad suficiente para ser calificada de dolosa o de culpa grave con los efectos previstos en el art. 10 LCS de liberar al asegurador de su deber de prestación.

CUARTO.- Desestimación del recurso y costas. La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 LEC, en

relación con el artículo 398 LEC. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Arcade Park, S.A. contra la sentencia de 29 de marzo de 2007, dictada en grado de apelación, rollo nº 844/2005, por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del juicio ordinario nº 306/2003, del Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, cuyo fallo dice: «Fallamos»: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Arcade Park, S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia nº 33 de Madrid con fecha de 22 de octubre de 2004, recaída en los autos a que el presente rollo se contrae debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución con imposición de las costas de este recurso a la parte apelante». 2. No haber lugar a casar por el motivo formulado la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance. 3. Imponer las costas de este recurso a la parte recurrente.

COMENTARIO

Por **M^a del Carmen Ruiz-Matas Roldán**
Abogada

La importancia del deber de declaración del riesgo por el asegurado a la hora de contratar un seguro, queda patente en la presente Sentencia, provocando el incumplimiento de dicha obligación un resultado tan trascendente como es la liberación de pago de la Aseguradora a pesar de la ocurrencia del hecho asegurado.

En este sentido debemos recordar que el objeto del artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro es impedir que el asegurado, en el momento de la celebración del contrato, oculte hechos o circunstancias que dada su especial relevancia con el riesgo asegurado, de haber sido conocidos por la entidad aseguradora antes de la formalización del contrato, hubiera influido en la decisión de ésta por celebrar el mismo.

Así, si el asegurado oculta hechos o circunstancias que afectan directamente al riesgo asegurado, como puede ser la existencia de una enfermedad preexistente al momento de contratación de un seguro de accidentes o la existencia de un siniestro de fecha anterior al momento en el que se concierta un seguro todorriesgo para una construcción, como es el caso que nos ocupa, concurre en dolo, puesto que con su actuación ha privado a la aseguradora de conocer todos los elementos necesarios para decidir a la hora de formalizar el contrato de seguro.

No obstante lo anterior, es cierto que este deber del asegurado viene directamente relacionado con la obligación de la aseguradora de someter a aquel, antes de la contratación de la póliza, a un cuestionario sobre los hechos que a su juicio pudieran influir en la formalización del contrato de seguro. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en dicho sentido, niega trascendencia a efectos de dolo a la actitud del asegurado, si en el supuesto concreto éste no fue sometido al preceptivo cuestionario previo por parte de la aseguradora.

Pero en el supuesto que nos ocupa, entiende la Sala que la inexistencia de cuestionario previo al que debería haber sido sometido el asegurado, se salva con la previsión contenida en las condiciones particulares, según la cual se recoge la declaración expresa del asegurado sobre la inexistencia de ningún siniestro previo a la contratación del seguro. En este sentido comprobamos que se da especial relevancia al conocimiento que tenía el asegurado de elementos trascendentes para la celebración del contrato de seguro, pues se considera que si la aseguradora hubiera conocido la existencia de problemas acaecidos en la obra con anterioridad a la solicitud de la póliza, muy probablemente no hubiera formalizado dicho contrato. Y este es el motivo por el que se debe apreciar la existencia de dolo en la actuación pre contractual del asegurado, pues realmente ha ocultado de forma consciente elementos de especial relevancia para la celebración del contrato.

No obstante este supuesto acoge una especialidad procesal merecedora de comentario, y es que se da la circunstancia de que el asegurado alegara en trámite de casación y no antes el hecho de que la cláusula donde se reconocía por el mismo la inexistencia de siniestros en la obra anteriores a la contratación del seguro se recogía en las condiciones particulares de la póliza sin estar

firmada por el mismo, con lo que esto supone a efectos de posible limitación de los derechos del asegurado y cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley del Contrato de Seguro para su validez. Pero lo cierto es que al ser una alegación nueva en el recurso, no pudo ser objeto de resolución en el mismo, pudiendo haber sido uno de los motivos que influyeran en un resultado totalmente distinto del litigio.

Comprobamos que se da especial relevancia al conocimiento que tenía el asegurado de elementos trascendentes para la celebración del contrato de seguro, pues se considera que si la aseguradora hubiera conocido la existencia de problemas acaecidos en la obra con anterioridad a la solicitud de la póliza, muy probablemente no hubiera formalizado dicho contrato

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Falta de información y de consentimiento informado, por someter a la paciente a una intervención quirúrgica distinta a la autorizada. Indemnización fijada en 30.000 euros sólo por el daño moral grave que supuso la lesión del derecho de autonomía del paciente, no habiéndose producido daños físicos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 13 de mayo de 2011.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Doña Celia demandó a don Felicísimo y a la entidad de seguros A.M.A. Agrupación Mutual Aseguradora, en reclamación de 180.000 euros, como consecuencia de una negligencia médica en la realización de intervención quirúrgica del menisco izquierdo. La Sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda interpuesta, absolviendo íntegramente a los demandados de las pretensiones ejercitadas contra los mismos. La Sentencia de segunda instancia, confirmó la del Juzgado, con el argumento de que la prueba practicada no permite concluir sobre la acreditación de nexo causal entre las lesiones y secuelas sufridas por la demandante/recurrente y la intervención quirúrgica practicada por el profesional facultativo demandado. Es argumento común en ambas instancias que no consta que la paciente consintiera la práctica quirúrgica consistente en la extracción

de la plica medial, distinta de la que había prestado su autorización.

SEGUNDO.- Se han formulado tres motivos de casación contra la sentencia de los cuales únicamente el tercero ha sido admitido a trámite. Lo que plantea el motivo mediante la cita del artículo 1902 del CC y del artículo 10.5 de la Ley de Sanidad, con relación a la jurisprudencia que cita, es la obligación de prestar consentimiento expreso por parte del paciente respecto de la intervención quirúrgica efectivamente realizada, así como determinar si la falta o ausencia del mismo, tal y como reseña la Sentencia recurrida, incide en el nexo causal y en la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Se estima. La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), vigente en el momento de los hechos, establece en su artículo 10.5 que el paciente tiene derecho a que "se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento". Esta información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de este es, por tanto, un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Como tal, debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente para que el paciente pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS 15 de noviembre 2006; 20 de enero 2011, entre otras muchas).

Se trata, como dice la STC 28 de marzo 2011, de "un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de la 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". En el caso, es hecho probado de la sentencia que no hubo consentimiento para realizar la intervención que se le practicó. La intervención que se propuso, para lo que la paciente solicitó y obtuvo autorización de su compañía aseguradora, ASISA, fue para la intervención de una concreta patología



consistente en comprobar un menisco dañado mediante artroscopia ("menisectomía artroscópica"). En ningún caso seccionar y extraer la plica mediales o interna y liberar el alerón o retináculo rotuliano externo, que es la que se llevó

La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de los hechos, establece en su artículo 10.5 que el paciente tiene derecho a que se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico,



finalmente a cabo una vez comprobado que la operación programada era innecesaria por no estar afectado el menisco. Es decir, se produjo un cambio de cirugía en quirófano sin el consentimiento previo de la paciente que lo había dado para una intervención clínica distinta den-

tro de la cual autorizaba un posible cambio de la técnica quirúrgica empleada, que nada tiene que ver con una intervención diferente de la que había sido programada en razón de la patología que se detectó en el momento de la operación y no en la fase previa de diagnóstico, de la que no derivaba ningún riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo que pudiera justificarla. Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía. La falta

de 25 de abril), vigente en el momento de los hechos, tiene derecho a que "se le dé, en términos de información completa y continuada, verbal y escrita, pronóstico y alternativas de tratamiento"



de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad.

TERCERO.- La estimación del motivo supone asumir la instancia para cuantificar el daño en treinta mil euros teniendo en cuenta la intervención médica realizada, de menor entidad de la que había sido proyectada inicialmente, así como las circunstancias concurrentes pues aun cuando no se derivó ninguna consecuencia respecto de las lesiones que presenta la paciente, lo cierto es que tampoco puso fin a sus dolencias. Esta indemnización se declara actualizada, en su naturaleza de deuda de valor, al presente momento procesal, y devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la presente resolución hasta su completo pago.

CUARTO.- No procede hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias. Tampoco de las de este recurso de casación, en

correcta aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de doña Celia, contra la sentencia de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de noviembre de 2007, dictada en el rollo de apelación núm. 251/06. En su vista, se acuerda lo siguiente:

1º Se casa y anula la sentencia recurrida.

2º Se estima en parte la demanda presentada por doña Celia y se condena don Felicísimo y a la Agrupación Mutual Aseguradora (AMA), a indemnizar a la citada doña Celia con la cantidad de 30.000 euros, que devengará el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos desde el día en que se dicta esta resolución.

3º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

4º No se imponen a ninguna de las partes las costas de la 1ª Instancia ni las de la apelación.

Continuando con el debate abierto en cuanto al consentimiento informado del paciente ante cualquier actuación médica, esta sentencia de nuestro Alto Tribunal es muy relevante, ya que la indemnización que fija, de 30.000 euros, lo es sólo y exclusivamente por lo daños morales sufridos por una falta de consentimiento informado,

puesto que ningún daño corporal se produjo según los hechos probados, reconociéndose en la misma que la falta de información supone un daño moral grave “que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”.

Es llamativa la referencia que se hace a la recientísima sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de marzo de 2011, dictada sólo unos días antes que la del Supremo, en la cual se viene a establecer que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente al derecho fundamental a la integridad física de cualquier ser humano, al establecer que: “la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”. Por lo que nuestro Tribunal Constitucional está reconociendo que una vulneración del derecho a ser informado debidamente sobre los actos médicos que le puedan afectar, supone una vulneración del derecho fundamental recogido en el artículo 15 de la CE.

Igualmente, el Constitucional precisa que las únicas limitaciones que se pueden establecer a este derecho van a ser las previstas legalmente por la Ley 41/2002, en concreto establece que se va a permitir dicha limitación del derecho únicamente: “en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica (“cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”), supuestos en los que es preciso comunicarlo a las personas vinculadas al paciente”. (...) y cuando existe un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible su autorización. Aún más, en este último supuesto, si las circunstancias lo permiten, se debe consultar a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente”. Por tanto, en cualquier otro supuesto, cualquier omisión del deber de informar al paciente y recabar su consentimiento va a suponer una violación del derecho fundamental a la integridad física, y por tanto, entendemos que deberá de ser indemnizado como tal.

Es llamativa la referencia que se hace a la recientísima sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de marzo de 2011, en la cual se viene a establecer que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente al derecho fundamental a la integridad física

Esta sentencia de nuestro Alto Tribunal es muy relevante, ya que la indemnización que fija, de 30.000 euros, lo es sólo y exclusivamente por lo daños morales sufridos por una falta de consentimiento informado, puesto que ningún daño corporal se produjo

COMENTARIO

Concluye el Tribunal Constitucional afirmando que “se ha lesionado el derecho fundamental del actor a la integridad física y el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE) a causa de la respuesta obtenida a su queja en vía judicial, ya que, como tenemos declarado, los defectos de la respuesta judicial dada a las pretensiones que tienen que ver con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, representan en sí mismos una lesión de estos derechos”.

Lo anteriormente expuesto son los fundamentos del Constitucional que el Supremo hace suyos para estimar el recurso, cuantificando el daño moral en 30.000 euros, cantidad que a priori puede resultar elevada, aunque considerando que la misma ha sido fijada por la vulneración de un derecho fundamental, la percepción sería diferente. En este punto, no podemos evitar hacer referencia a la editorial publicada meses atrás en esta revista, bajo el título “Que barato sale violar la dignidad del ser humano”, en la que se hacía referencia a una reciente sentencia del TSJA que concedió una indemnización de 600 euros en un supuesto similar de falta de información. En este sentido, y una vez analizada la sentencia que nos ocupa, nos escandalizamos aún más si cabe por la escasísima valoración que en su momento hizo el TSJA del daño moral, que representa la violación de un derecho fundamental.

Parece que se están empezando a sentar las bases para poder valorar el daño producido como consecuencia de una falta de información ante una intervención médica, aunque, y ahora más que nunca volvemos a hacer un llamamiento a la necesidad de establecer unos parámetros claros en los que basarse a la hora de valorar los daños provocados ante un incumplimiento del consentimiento informando, abandonando el criterio seguido hasta ahora, al que en alguna ocasión hemos llamado “la justicia del cadí”, por el que se fija la indemnización a tanto alzado, tal y como ocurre en la presente sentencia en la que el daño se cuantifica en 30.000 euros, teniendo en cuenta para ello, según dice la propia sentencia, “la intervención médica realizada, de menor entidad de la que había sido proyectada inicialmente, así como las circunstancias concurrentes pues aun cuando no se derivó ninguna consecuencia

Parece que se están empezando a sentar las bases para poder valorar el daño producido como consecuencia de una falta de información ante una intervención médica, aunque, y ahora más que nunca volvemos a hacer un llamamiento a la necesidad de establecer unos parámetros claros en los que basarse

No podemos evitar hacer referencia a la editorial publicada meses atrás en esta revista, bajo el título “Que barato sale violar la dignidad del ser humano”, en la que se hacía referencia a una sentencia del TSJA que concedió una indemnización de 600 euros en un supuesto similar

respecto de las lesiones que presenta la paciente, lo cierto es que tampoco puso fin a sus dolencias”, por lo que con estos tres renglones, nuestro Alto Tribunal no establece suficientes parámetros, criterios o fórmulas en las que los tribunales inferiores puedan basarse a la hora de cuantificar la indemnización de este daño moral, que el Tribunal Constitucional ha llamado atentado a la integridad física de la persona.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Responsabilidad patrimonial por accidente de circulación. Se condena a la Administración a indemnizar a un motorista en la cantidad de 592.392,80 euros por las lesiones sufridas en un accidente. Se aprecia concurrencia de culpas ponderada en un 80% la Administración y un 20% el conductor, ya que aunque éste circulaba con exceso de velocidad, la causa principal del accidente se atribuye al mal estado de la calzada por la existencia de sustancias deslizantes.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª),
de 7 de junio de 2011.

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La Sala de instancia anula en su sentencia la Orden Foral núm. 427/2005, de 31 de agosto, por la que el Consejero de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones del Gobierno de Navarra inadmitió por extemporánea la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada como consecuencia de un accidente de circulación acaecido el 2 de octubre de 2000, en el Km. 127,150 de la autovía A-15; y estima en parte la pretensión indemnizatoria, declarando el derecho del actor al abono de la cantidad de 592.392,8 euros, que se incrementará, añade, conforme determina el art. 141.3 de la Ley 30/1992.

SEGUNDO.- Ante todo, debemos rechazar, pues carece de fundamento, la causa de inadmisibilidad del recurso de casación que opone la parte

actora, hoy recurrida. El hecho de que la compañía aseguradora de la Administración demandada se haya aquietado con la sentencia y haya abonado aquella cantidad, y el hecho de que dicha Administración haya abonado la franquicia que conforme a la póliza de seguro de responsabilidad civil le correspondía, no priva a ésta del interés legítimo para recurrir, pues en esta categoría o en este concepto ha de incluirse la lícita aspiración de que desaparezca todo vestigio de reproche al funcionamiento del servicio público concernido.

TERCERO.- En un orden lógico, debemos examinar en primer término el quinto de los motivos de casación, pues en él, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, se denuncia la infracción del art. 142.5 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia sobre el dies a quo del plazo de prescripción y sobre la interrupción de éste. Es decir, se aborda en él, tanto lo que constituyó la razón de decidir de aquella resolución administrativa, como la primera cuestión que hubo de analizar la sentencia recurrida para, una vez rechazada, poder seguir adelante en el enjuiciamiento de la pretensión y llegar al pronunciamiento antes dicho. Su desarrollo argumental critica la tesis de dicha sentencia, según la cual el dies a quo del plazo de prescripción se inició cuando se dictó sentencia firme en el juicio de faltas que el actor había promovido contra otro conductor, y no cuando en el acto del juicio, celebrado días antes, aquél se reservó el ejercicio de las acciones civiles. Se defiende en ese desarrollo, sucesivamente: Que el plazo de prescripción ha de computarse desde la fecha de estabilización de las secuelas. Que el juicio de faltas no interrumpió dicho plazo, pues no se siguió frente a ningún funcionario, ni se instó en ningún momento la responsabilidad de la Administración. Y que, aunque lo hubiera interrumpido, se debería computar como dies a quo aquél en que se celebró el acto del juicio oral, pues en ese acto "el demandante y su esposa se reservaron el ejercicio de las acciones civiles y administrativas, y su Letrado pidió la libre absolución, no formulándose acusación por lo que recayó sentencia absolutoria"; de suerte que "ya se sabía desde ese momento que la sentencia iba a ser absolutoria y que no iba a contribuir en nada al esclarecimiento de los hechos".

CUARTO.- El motivo ha de ser desestimado, pues, de un lado, defiende en realidad una interpretación muy rigorista del instituto de la prescripción, innecesaria para preservar el valor de la seguridad jurídica que constituye la razón de ser del mismo; y, de otro, no se acomoda tampoco a la regla que se desprende o cabe perci-



En un orden lógico, debemos examinar en primer término el quinto de los motivos de casación, pues en él, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, se denuncia la infracción del art. 142.5 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia sobre el dies a quo del plazo de prescripción y sobre la interrupción de éste



La iniciación de un proceso penal por los mismos hechos o acontecimientos de los que derivó el daño o perjuicio, cuyo objeto, potencial al menos, es o no deja de ser, también, esclarecer o fijar unos que pueden ser relevantes o trascendentes para concretar y enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

bir del tenor literal de nuestra jurisprudencia. No es necesario, pues no es decisiva, detenerse en la primera de esas ideas, bastando con recordar que la prescripción de la acción constituye un obstáculo al ejercicio tardío de los derechos que se impone en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica, y no en beneficio o con fundamento en la justicia intrínseca. Razón por la que debe merecer un tratamiento restrictivo, que no deje de atender al dato de si aquellos valores de certidumbre y seguridad jurídica están o pueden estar realmente afectados o puestos en peligro en el caso de autos. Pero sí debemos detenernos en la segunda, pues la regla que se desprenda de nuestra jurisprudencia no sólo complementará el ordenamiento jurídico, lo cual ya de por sí sería suficiente, sino que, además, será la que eliminando la incertidumbre haya procurado confianza sobre cómo ha de computarse el plazo de prescripción en un caso como el de autos. Pues bien, de dicha jurisprudencia, reflejada entre otras en las sentencias de 26 de mayo de 1998, 21 de marzo de 2000, 23 de enero y 6 de febrero de 2001, 16 de mayo de 2002, 29 de enero de 2007, 10 de abril y 12 de junio de 2008 y 3 de marzo de 2010, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 7586/1995, 427/1996, 7725/1996, 5451/1996, 7591/2000, 2780/2003, 5579/2003, 7363/2004 y 268/2008, se desprende, en suma: A) Que la iniciación de un proceso penal por los mismos hechos o acontecimientos de los que derivó el daño o perjuicio, cuyo objeto, potencial al menos, es o no deja de ser, también, esclarecer o fijar unos que pueden ser relevantes o trascendentes para concretar y enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, interrumpe como regla el plazo anual de prescripción de la acción para exigirla. B) Que esa interrupción deja de operar, iniciándose de nuevo dicho plazo, una vez que la resolución que pone fin a aquel proceso se notifica a quienes, personados o no en él, tienen la condición de interesados por resultar afectados por ella. Y C) Que en tres de las sentencias citadas, la de 2007 y las dos de 2008, que tienen presentes las modificaciones operadas en la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, en especial la que afectó a la redacción del art. 146.2, se lee, textualmente, "que el proceso penal tiene eficacia interruptiva con carácter general y ello pues aunque, en una interpretación literal, dicha eficacia interruptiva solo debía ser efectiva para el caso de que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, esta viene siendo la regla general". Siendo esa la regla general, no alcanzamos a ver la razón para que no opere en el caso de autos y para que, por ende, haya de reputarse incorrecto el cri-

terio de la Sala de instancia que deja de tener en cuenta el día en que quedaron estabilizadas las secuelas y fija como dies a quo aquél en que se dictó sentencia en el juicio de faltas. Es así, en suma, porque aunque ésta hubiera de ser absoluta por falta de acusación, no por ello quedaba cercenada la posibilidad de que el juez penal fijara los hechos que a su entender quedaban acreditados tras las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

QUINTO.- Antes del análisis de los restantes motivos de casación, parece oportuno transcribir el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida. Dice así: "Entrando en el fondo de la cuestión, cierto es que la policía foral de tráfico aprecia exceso de velocidad". Ciertamente es que había en el trayecto anterior al lugar del accidente carteles indicadores de curva peligrosa, minoración de velocidad y limitación, finalmente, de la misma a 80 km/hora. Es también cierto que el informe que presenta la parte actora y emitido en centro especializado de Zaragoza y a instancia de la entidad aseguradora Catalana Occidente (este informe es de una rigurosidad científica extrema o altamente elevada), se dice en su folio 44 que "la velocidad mínima inicial a la que se desplazaba el VW Golf en el momento del inicio de las huellas estuvo comprendida entre 82 y 102 Km/h., por lo tanto la velocidad de circulación inicial del vehículo antes de la pérdida de control fue superior, en cualquier caso, a este valor". Todo ello es cierto, pero lo que no deja de ser menos cierto es que la policía foral, presente ante los hechos, que realiza el atestado y que informa testificalmente, nos dice, también que en ese lugar, poco antes: a) el aglomerado estaba resbaladizo producto de que con la lluvia caída se había activado la grasa y el polvo allí existente. b) que anteriormente a este accidente sufrió otro, un vehículo marca Audi que fue a colisionar contra la valla siendo retirado (con la ayuda de la policía foral) al arcén, Audi con el que vino a impactar (violentamente) el VW Golf conducido por el actor.

c) Que posteriormente otros dos vehículos dieron sendos "trompos" en el mismo lugar. d) que por agente de la policía foral allí presente, se llamó urgentemente a los Bomberos para que limpiasen la toma [sic], y así se hizo. e) y que finalmente, el día anterior otros dos vehículos sufrieron sendos accidentes en el mismo lugar o tramo de carretera. Los hechos son aplastantemente tozudos, y frente a una eventual infracción administrativa o falta de la máxima prudencia del conductor, lo cierto es que la causa eficiente del accidente fue la existencia de sustancias deslizantes en la carretera. Ahora

bien, hemos advertido del exceso de velocidad del conductor (el impacto fue brutal) con lo que este Tribunal considera que debe apreciarse una concurrencia de culpas que se estima ponderada en un 80% en la Administración y en un 20% en el conductor, con lo cual, la cantidad a satisfacer se reducirá en esa proporción".

SEXTO.- El primer motivo de casación se formula al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, expresando en su enunciado que lo es por "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia: dado que la sentencia dictada por la Sala a quo incurre en error manifiesto en la valoración de la prueba". En su desarrollo argumental, y en aquello que sigue siendo de interés una vez que hemos desestimado el motivo referido a la prescripción, se afirma: Que la sentencia no ha tenido en cuenta que el accidente también fue debido a que el vehículo del actor colisionó con otro que instantes antes había sufrido otro accidente por circular a 130 Km/h. en un tramo en que la velocidad estaba limitada a 80 Km/h. Que olvida igualmente que otra causa que coadyuvó al accidente fue el estado en que se encontraba la calzada, mojada y resbaladiza debido a la ligera lluvia caída que había removido la grasa y el polvo acumulado tras un periodo de tiempo sin lluvia y que no había sido suficiente para limpiar el pavimento. Que, en consecuencia, en cuanto la Sala a quo, única y exclusivamente alude a una de las tres causas (exceso de velocidad del demandante), "incurre en un error manifiesto, y patente en la valoración de la prueba; la sentencia resulta ilógica y arbitraria". No ha tenido en cuenta el atestado de la Policía Foral, ni la testifical de sus agentes que se ratificaron íntegramente en él. En resumen, la sentencia es irrazonable, arbitraria y claramente errónea en la valoración de la prueba, lo que comporta también una grave incongruencia.

SÉPTIMO.- Es obligado desestimar tan extraño e incorrecto motivo de casación.

Extraño, porque el estudio del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, antes transcrito, pone de relieve que no deja de tomar en consideración esas tres circunstancias o causas a las que se refiere el motivo; y porque el estudio de éste y de lo que antes de él se dice en el escrito de interposición, pone igualmente de relieve una esencial coincidencia entre el relato que la parte hace del atestado policial y el modo en que dicha sentencia lo valora. No vemos, pues, el error manifiesto y patente en la valoración de la prueba, o lo irrazonable, ilógico o arbitrario de esa valoración que el motivo impu-

ta. E incorrecto, pues es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la que afirma que la discrepancia sobre la valoración de la prueba ha de hacerse valer en casación al amparo de la letra d) del art. 88.1 de la LJ, y no por el cauce de su letra c). Así puede verse, entre otras muchas y por citar sólo algunas resoluciones recientes, en el Auto de 18 de junio de 2009 y en las sentencias de 29 de octubre de 2010 y 10 de mayo de 2011 (2), dictadas, uno y otras, respectivamente, en los recursos de casación números 3580/2008, 4330/2006, 5938/2006 y 233/2007.

OCTAVO.- El segundo motivo, formulado, al igual que los restantes, al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del art. 217 de la LEC, por inaplicación del mismo, "ya que la sentencia no ha estimado que es la actora quien tiene la carga de probar que los daños son imputables a esta Administración".

Su desarrollo se limita a afirmar, en lo que es de interés, que "ha resultado probado que el accidente de circulación no fue imputable a esta Administración, sino a tres concausas totalmente ajenas al funcionamiento del servicio público de vigilancia de carreteras, cuales son: el exceso de velocidad del demandante, la colisión de éste con otro vehículo que instantes antes había sufrido otro accidente por circular su conductor a 130 Km/h. en un tramo en el que la velocidad máxima permitida era de 80 Km/h, y, por otra parte, el afloramiento de sustancias deslizantes que se produjo por la lluvia caída que había removido la grasa y el polvo acumulado tras un periodo de tiempo sin lluvia".

NOVENO.- El motivo ha de correr igual suerte que los anteriores. En suma, porque no existe correlación o coherencia entre lo que argumenta y la norma que reputa infringida, ni entre ésta y las razones jurídicas de la sentencia de instancia. Aquel art. 217 de la LEC, bajo la rúbrica de la "carga de la prueba", recoge unas normas cuyo objeto o finalidad no es otro que determinar, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, qué litigante o parte procesal ha de soportar las consecuencias de que alguno o algunos de los hechos relevantes para la decisión sigan siendo dudosos o inciertos. Se aplican, pues, sólo cuando el juzgador considera que existen hechos dudosos o inciertos. Y no son ni pueden ser las infringidas cuando no es así; es decir, cuando el juzgador, aunque se equivoque, no tenga dudas sobre los hechos relevantes para su decisión. En el caso de autos, la sentencia de instancia ha considerado que la causa eficiente del accidente fue la existencia de sustancias deslizantes en la carretera. Y de ahí ha deduci-

do, por razones que no deja de expresar, un funcionamiento incorrecto del servicio de vigilancia y conservación de la misma. Habrá podido equivocarse, y lo decimos como mera hipótesis, en considerar aquella causa como la eficiente, o en deducir de ella el incorrecto funcionamiento del servicio, pero lo que no ha podido es infringir por ello aquel art. 217 de la LEC.

DÉCIMO.- El tercer motivo denuncia la infracción del art. 218 de la LEC "al no haberse tenido en cuenta en la sentencia todos los elementos fácticos y no haberse valorado todos ellos conjuntamente, según las reglas de la lógica y de la razón". El argumento es, de nuevo y en lo que sigue siendo de interés, que la causa del accidente no fue sólo el exceso de velocidad del demandante, sino, además, aquellos otros dos factores o concausas ya citados.

UNDÉCIMO.- Es obvia la obligación de desestimar tal motivo. De un lado, porque ya dijimos que el estudio del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida pone de relieve que no deja de tomar en consideración esos tres factores o concausas a los que de nuevo se refiere este motivo. Y, de otro, porque aquel art. 218 de la LEC lo que contiene son normas reguladoras de la sentencia en cuanto acto procesal, como son en concreto las de exhaustividad, congruencia y motivación, cuya infracción ha de denunciarse, por tanto, por el cauce del art. 88.1.c) de la LJ.

DUODÉCIMO.- El cuarto motivo denuncia la infracción del art. 376 de la LEC, "ya que la sentencia no ha valorado a efectos probatorios las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica". Se argumenta de nuevo, y de ahí que sin más comentario debamos llegar a igual pronunciamiento desestimatorio, que los agentes de policía depusieron como testigos y se ratificaron en el atestado, en el que no figura como causa del accidente sólo el exceso de velocidad del demandante, sino también y además aquellas otras dos concausas.

DECIMOTERCERO.- El siguiente motivo de casación a estudiar, que en el escrito de interposición del recurso es el séptimo por no haber en él un sexto, y que además es el último, pues el octavo, lejos de ser un motivo, es más bien la reiteración o recordatorio, para el caso de que se estimara la casación, de los argumentos que la Administración demandada esgrimió para defender la conformidad a Derecho de la Orden Foral 427/2005, denuncia la infracción de los artículos 106.2 de la CE y 139.1 de la Ley 30/1992, y de la jurisprudencia recaída en torno a ellos,



pues no concurren los requisitos exigidos por unos y otra. El argumento es, lisa y llanamente, que como el accidente fue debido a aquellas tres concausas tantas veces expuestas, "se ha de concluir que ningún daño es imputable a esta Administración, por lo que falta un requisito imprescindible para que se declare la responsabilidad de esta Administración, cual es, la existencia de nexo causal entre los daños y la actuación administrativa". A lo que se añade que también es aplicable la doctrina jurisprudencial que afirma que no concurre el nexo causal "cuando la conducta del perjudicado o un tercero es la única determinante del daño causado, como acaece en el caso que nos ocupa".

DECIMOCUARTO.- El motivo tampoco puede prosperar, pues la sola lectura de aquel fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, y muy en especial la circunstancia que trae a colación de que "el día anterior otros dos vehículos sufrieron sendos accidentes en el mismo lugar o tramo de carretera", indica con toda claridad que el Tribunal "a quo" tuvo por cierto y por causalmente relevante para el accidente, un funcionamiento incorrecto del servicio de vigilancia y conservación de la vía.

DECIMOQUINTO.- La desestimación de todos los motivos de casación alegados comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto y la imposición de las costas procesales

a la parte recurrente, según establece el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, si bien, como permite el apartado tercero del mismo precepto, procede limitar su cuantía, por el concepto de honorarios de Abogado de la parte recurrida, a la cifra de tres mil euros, dada la actividad desplegada por aquél al oponerse al indicado recurso.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

NO HA LUGAR al recurso de casación que la representación procesal de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra interpone contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2006, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso núm. 612/2005. Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación, con el límite fijado en el fundamento de derecho decimoquinto de esta sentencia. Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

COMENTARIO

Por **Andrés Cid Luque**
Abogado

Esta ilustrativa sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 7 de junio de 2011 remarca de un modo contundente cualquier arista de las que hubiese dudas, y lo hace de un modo claro y eficaz. Buena sentencia.

1º. Lo primero que estudia la resolución es la legitimación que posee la Administración para recurrir la sentencia de instancia, a pesar de que su aseguradora se haya aquietado a la misma, e incluso ella haya pagado la franquicia establecida en la póliza, resolviendo el Alto Tribunal, que evidentemente tiene legitimación para el recurso, y que nada obstaculiza el abono de la condena respecto del mismo.

2º. Más interesante resulta la cuestión de la prescripción e interrupción de la prescripción, cuando existe un previo pronunciamiento penal, en el que no fue parte la Administración.

Esta plantea dos supuestos para entender prescrita la acción, que sería computar el inicio (dies a quo) desde la fecha de estabilización, o desde el acto del juicio oral, en el que el perjudicado se reservó el ejercicio de las acciones civiles. Después de un detalladísimo estudio del instituto de la prescripción llega a la conclusión, de que debe computarse desde que se dictó la sentencia firme en el Juicio de Faltas. Nosotros entendemos que podía haberse dicho que desde el Auto de Archivo definitivo de las actuaciones penales.

Y además en apoyo de su tesis cita las sentencias de 26 de mayo de 1998, 21 de marzo de 2000, 23 de enero y 6 de febrero de 2001, 16 de mayo de 2002, 29 de enero de 2007, 10 de abril, 12 de junio de 2008 y 3 de marzo de 2010.

3º. Para en análisis de los siguientes puntos es importantísimo recoger un pequeño apartado del fundamento cuanto de la sentencia de instancia y se decía:

Lo primero que estudia la resolución es la legitimación que posee la Administración para recurrir la sentencia de instancia, a pesar de que su aseguradora se haya aquietado a la misma, e incluso ella haya pagado la franquicia establecida en la póliza, resolviendo el Alto Tribunal

Después de un detalladísimo estudio del instituto de la prescripción llega a la conclusión, de que debe computarse desde que se dictó la sentencia firme en el Juicio de Faltas. Nosotros entendemos que podía haberse dicho que desde el Auto de Archivo definitivo de las actuaciones penales

COMENTARIO

Los hechos son aplastantemente tozudos, y frente a una eventual infracción administrativa o falta de la más extrema prudencia del conductor, lo cierto es que la causa del accidente fue la existencia de sustancias deslizantes en la carretera.

arcén. Audi con el que vino a impactar (violentamente) el VW Golf conducido por el actor.

c) que posteriormente otros dos vehículos dieron sendos “trompos” en el mismo lugar

d) que por agente de la policía foral allí presente, se llamó urgentemente a los bomberos para que limpiasen la toma (sic), y así se hizo.

e) y que finalmente, el día anterior otros dos vehículos sufrieron sendos accidentes en el mismo lugar o tramo de carretera.

Los hechos son aplastantemente tozudos, y frente a una eventual infracción administrativa o falta de la más extrema prudencia del conductor, lo cierto es que la causa del accidente fue la existencia de sustancias deslizantes en la carretera.

Ahora bien, hemos advertido del exceso de velocidad del conductor (el impacto fue brutal) con lo que ese Tribunal considera que debe apreciarse una concurrencia de culpas que se estima ponderada en un 80% en la Administración y en un 20% en el conductor, con lo cual, la cantidad a satisfacer se reducirá en esa proporción...”.

Pues bien, a pesar de la contundencia de los hechos acreditados, la Administración pretende en su Recurso de Casación que se valore nuevamente la prueba, a lo que el Tribunal por activa, por pasiva, e incluso con alguna dosis de maldad, le indica que está mal formulado su recurso, y le impone las costas judiciales, si bien (como siempre ocurre) las limita al letrado de la parte recurrida a un máximo de 3.000 euros (y es que al fin y al cabo, la Administración es la Administración).

Pero no por ello, debemos dejar de reconocer que se trata de una buena e interesante sentencia. Sobre todo muy clara.

“a) el aglomerado estaba resbaladizo producto de que con la lluvia caída se había activado la grasa y el polvo allí existente.

b) que anteriormente a este accidente sufrió otro, un vehículo marca Audi que fue a colisionar contra la valla siendo retirado (con la ayuda de la policía foral) al

La Administración pretende en su Recurso de Casación que se valore nuevamente la prueba, a lo que el Tribunal por activa, por pasiva, e incluso con alguna dosis de maldad, le indica que está mal formulado su recurso, y le impone las costas judiciales, si bien (como siempre ocurre) las limita al letrado de la parte recurrida a un máximo de 3.000 euros (y es que al fin y al cabo, la Administración es la Administración)

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

En caso de muerte, el factor de corrección por perjuicios económicos es aplicable cuando el fallecido estaba jubilado y percibía una pensión de jubilación que supone la obtención de ingresos por su actividad laboral pasada. A su vez, la doctrina de la Sala 1ª del TS sobre el resarcimiento del lucro cesante causado por la lesión permanente le es aplicable por analogía

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava,
de 12 de abril de 2011.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Tapia Parreño

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- En el primero de los motivos del recurso de apelación se aduce una infracción del Derecho en la determinación de la pena, considerando que se deberían imponer en su grado máximo la pena de multa, en cuanto a su extensión, y la privación del permiso de conducir, de modo que habría de establecerse una pena de 60 días de multa (aceptándose la cuota diaria determinada por la sentencia apelada) y una privación de aquel derecho durante un año.

Es un criterio bastante pacífico en esta Audiencia (Sección 2a) como en otras que la individualización de la pena, dentro de los márgenes legales previstos por el legislador para cada tipo delictivo, es una competencia del órgano de enjuiciamiento, y esta Sala sólo debe corregir el criterio de dicho tribunal cuando se haya

producido una falta de motivación sobre aquélla; exista un error manifiesto en la aplicación del Derecho, especialmente porque no se respetan las normas que contempla el Código Penal para la determinación de la pena, y cuando se ha cometido alguna arbitrariedad. Especialmente restrictivos hemos sido en aquellos pocos casos en que la parte acusadora-apelante pretende una pena mayor que la que ha sido impuesta por el tribunal de primera instancia, y específicamente si se pretende la imposición del máximo legalmente previsto para la infracción penal objeto de condena.

Como hemos indicado en otros muchas ocasiones, debemos insistir en que en el ámbito penal, a través de un recurso de apelación no se trata de sustituir un criterio (el del Juzgado) por otro (el de esta Audiencia), sino, en lo que aquí interesa, como Tribunal de segunda instancia debemos examinar si la resolución impugnada presenta tales defectos, que son los que permiten corregirla.

Para llegar a tal conclusión hemos partido de la propia doctrina del TS sobre el recurso de casación, puesto que en la actual configuración legal y jurisprudencial del recurso de apelación y del recurso de casación, se puede sostener que prácticamente las bases y límites de ambos recursos son las mismas.

Así, la sentencia del TS Sala 2a, de 16-6-2010, n° 582/2010, rec. 11492/2009 mantiene a este respecto que "El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria".

En la misma línea, la sentencia del TS Sala 2a, de 6-5-2010, n° 401/2010, rec. 2152/2009 señala que "la Sala Segunda ha señalado que es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto, ajustándose a los criterios expuestos en la norma, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada



Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas



La doctrina jurisprudencial ha recordado la conveniencia de motivar la individualización de las penas, que se convierte en necesidad en determinados supuestos, como cuando se exaspera la pena sin razón aparente, o se hace uso de la facultad de imponer pena superior en grado

cuando haya recurrido a fines de penas inadmisibles, haya tenido en consideración factores de individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (por todas, S.T.S. número 1169/2006, de 30 de noviembre)".

Igualmente la sentencia del TS Sala 2a, de 4-3-2010, n° 174/2010, rec. 2284/2009 indica que "Según se expone en las sentencias de esta Sala de 5.12.91, 26.4.95 y 14.7.98, la doctrina jurisprudencial ha recordado con reiteración la conveniencia de motivar la individualización de las penas, conveniencia que se convierte en necesidad en determinados supuestos, como cuando se exaspera la pena sin razón aparente, o se hace uso de la facultad de imponer pena superior en grado, y desde luego en los casos en que la ley impone al juzgador la obligación de exponer las razones por las que se elige una determinada duración de la pena dentro del arco que puede recorrer, como sucede en el supuesto del art. 66.1" del CP.

La jurisprudencia, finalmente (Cfr. STS 2002/22510, de 28 mayo, y las que cita de 7.2, 11.2y 14.12.86, 14.6.88, 5.12.89, 20.1 y 5.12.91, 1924/2000 de 14.12 y 1863/2001 de 20.10), ha entendido que no es revisable en casación la determinación de la pena verificada por el Tribunal de instancia en ejercicio del arbitrio concedido por el legislador, siempre que se motive de forma suficiente o que las razones dadas no sean arbitrarias.

SEGUNDO.- Pues bien, teniendo en cuenta estos criterios y que el Juzgado, aunque escuetamente, ha motivado la individualización de las penas concretas establecidas, que se han impuesto en la parte superior, no observándose que se hayan violado las normas legales que establecen la determinación de la pena, y, dado que no se ha cometido arbitrariedad, se ha de respetar el criterio del Magistrado del Juzgado de Instrucción. Contestando los argumentos de los apelantes, se confirma la procedencia de las penas impuestas.

Aunque en nuestro auto de fecha 30 de junio de 2010 especificábamos que podría ser un caso "límite" entre el delito y la falta en atención a la relevancia de la imprudencia, ello no significaba necesariamente que el Juzgado debiera agotar los límites de pena establecidos por el tipo contemplado en el art. 621.2 CP.

Podríamos asumir que no se respetaría tal opinión de la Sala, manifestada en aquella resolución, si el tribunal unipersonal hubiera optado

por unas penas en el límite mínimo o en la parte inferior de la horquilla penológica prevista por el Código Penal en aquel precepto penal, pero las penas se han establecido en la parte superior, casi en el límite del máximo fijado, por lo que esencialmente se muestra de acuerdo con la postura que mantuvimos en tal resolución.

Podemos aceptar asimismo que de la prueba practicada en el juicio oral se han confirmado las diversas circunstancias descritas en el recurso que sustentaban la calificación de caso "límite", tal vez con la precisión de que no se ha tener en cuenta el propio resultado producido, porque tal elemento ya está contemplado por el legislador al fijar el marco penológico, y fundamentalmente lo que se debe valorar es la propia imprudencia, esto es, la previsibilidad del resultado y el deber de cuidado omitido, pero de tales circunstancias no se deriva la conclusión de que hayan de imponerse las penas solicitadas.

En ese sentido, la parte apelante resalta unas circunstancias que le serían favorables en orden a exacerbar la pena hasta el punto final (condiciones atmosféricas y de luminosidad; el lugar del atropello; la velocidad, etc.), pero las partes apeladas, en particular el Sr. Jiménez, al impugnar el recurso, ponen de relieve otros datos, que sin mermar la gravedad del hecho, amortiguan la culpabilidad.

A pesar de la opinión que legítimamente pueda ofrecer la parte apelante con relación a la lenidad de las penas impuestas, siendo comprensible humanamente alguna argumentación que sustenta el recurso (entendiendo también en tal línea la posición del denunciado), si se observan las bases de jurisprudencia, se comparta o no la motivación y decisión del Juzgado por los recurrentes, las penas impuestas al Sr. Javier no son benignas, y este Tribunal, en todo caso, debe analizar el caso enjuiciado con racionalidad e imparcialidad, y no con el apasionamiento o cercanía que razonablemente pueden tener las partes, sobre la base de los límites que tenemos para fiscalizar la labor del Juzgado en este aspecto de la individualización de la pena, y, por ello, debemos reiterar que no existe un fundamento serio de los señalados previamente para revocar la decisión del Juzgado e imponer otra pena.

Por lo expuesto, hemos de rehusar este primer motivo del recurso de apelación.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso de apelación se alega una errónea aplicación de la doctrina del TS, relativa a la responsabilidad

civil derivada de accidentes de circulación, más precisamente del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (en adelante el Baremo).

Este motivo tiene a su vez dos submotivos, en el primero de ellos se impugna el pronunciamiento de la sentencia apelada que no ha aplicado el factor de corrección por perjuicios económicos previsto en la Tabla II del anexo de tal Baremo.

La resolución combatida no aplica el factor de corrección, cuya infracción se invoca, porque sería necesario que la víctima se encuentre en edad laboral, y el fallecido tenía 69 años cuando sucedieron los hechos y se hallaba jubilado.

Los apelantes sostienen que el Sr. Juan tenía ingresos económicos de una pensión de jubilación y por un seguro de rentas, y cita y recoge en apoyo de su tesis una sentencia de la AP de Madrid de 22 de septiembre de 2010 y una sentencia de la AP de la Rioja de 20 de mayo de 2010.

Asimismo introduce o añade una razón de peso, como puede ser el trato desigual que se podría producir por la inaplicación de este factor respecto a las personas jubiladas que tienen ingresos, lo que puede remitirnos a una posible aplicación-vulneración del art. 14 CE, o al menos a una perspectiva hermenéutica de las reglas que recoge el Baremo a la luz de tal precepto constitucional.

Más allá de lo que hayan dicho esas Audiencias, si observamos la Tabla II del Baremo, constatamos una cierta ambigüedad o contradicción, porque, por una parte, señala que el factor de corrección se establece en función de unos "perjuicios económicos", que derivarían del fallecimiento, y a continuación se indica que tales perjuicios estarían vinculados o relacionados con los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, y, ello no obstante, por la llamada (1) que realiza esta Tabla, en principio, se abonarían a cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

Dependiendo de donde pongamos el énfasis en esas expresiones, podríamos concluir que el legislador ha querido abonar tal factor a aquellas víctimas que se hallen en edad laboral o a aquéllas que tengan ingresos anuales por trabajo personal, lo que a su vez nos puede conducir a dudar si esos ingresos por trabajo personal

han de ser por una actividad laboral presente o pueden derivar de un trabajo personal pasado.

La interpretación más común y extendida que se ha hecho de tal norma es la que realiza la resolución combatida (y probablemente esta Audiencia, aunque no nos consta que expresamente se haya resuelto la cuestión que ahora de manera explícita suscitan los apelantes), esto es, no cobrarían este factor de corrección los beneficiarios cuando la persona fallecida estuviera en el momento de fallecimiento en edad de jubilación y no tuviera ingresos por trabajo personal en el momento de morir, pero cabe una exégesis como la sostenida previamente, es decir, que se deba satisfacer ese factor por ingresos presentes, acreditados, que tengan su origen en un trabajo personal pasado, siendo indiferente si la víctima se hallaba o no en edad de jubilación.

En tal sentido, hemos de tener en cuenta que en los (tres) siguientes tramos de este primer apartado de la Tabla II relativa a los perjuicios económicos, no se refleja la llamada (1) que parece que sólo sería aplicable al primer tramo (de los cuatro existentes), de modo que si, por ejemplo, según la última actualización del Baremo, se acreditara que la víctima ganaba más de 27.211,64 euros, por un trabajo personal realizado en el pasado, podría obtener el factor de corrección del 11 % al 25%, puesto que insistimos en este tramo no hay una llamada (1) que indique que se ha de incluir a cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

No es lógico que el legislador haya pretendido esta diferencia relativa al pago del factor de corrección en función de los ingresos que se acrediten, de modo que si los ingresos no superan cierta suma lo relevante es que la víctima esté en edad laboral y si la supera lo trascendente fuera la tenencia de ingresos.

Por ello, dada la posibilidad de esa exégesis, teniendo en cuenta que el Baremo se ha de interpretar "a favor del perjudicado", entendemos que es posible que los apelantes perciban el factor de corrección reclamado, puesto que acreditan que la víctima tenía ingresos derivados de un trabajo personal pasado.

Esta postura estaría apoyada en ciertos pronunciamientos de Audiencias Provinciales. En tal sentido se pronuncia la AP de Valladolid, sec. 2a, que en la sentencia de 22-1-2010, nº 14/2010, rec. 703/2009 indica que "Ciertamente se trata de una persona de 80 años en el momento del siniestro, que era pensionista del

Régimen General de la Seguridad Social con ingresos fijos mensuales por tal condición. Es criterio mantenido por las Secciones Civiles y Penales de esta Audiencia Provincial, en relación a la aplicación de los Baremos de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, que la "edad laboral", a la que se refiere el factor de corrección de las tablas II y IV, comienza a los 16 años pero no tiene límite superior. No hay tope máximo de edad laboral, que no puede confundirse con la edad de jubilación establecida teniendo en cuenta sólo criterios de política asistencial. Los jubilados gozan de la presunción del mínimo (hasta el 10%) aunque no acrediten ingresos, pues si están en situación de jubilación alguna prestación asistencial económica reciben y si no acreditan que sus ingresos se encuentran en alguno de los restantes tramos previstos en las tablas II y IV y por perjuicio económicos derivados de ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, deberá incluirseles al menos en el primero, que establece perjuicio en cuantía de hasta el 10%.

También en estos criterios se recoge que tal factor de corrección no sólo opera en las tablas II y IV sino también respecto a la tabla V aplicándose analógicamente con lo previsto en las anteriormente citadas".

La sentencia de la AP Pontevedra, sec. 5a, de 940-2000, nº 270/2000, rec. 262/2000 señala que, dado que las normas laborales y de Seguridad Social contemplan, ante todo, la edad de jubilación como un derecho del trabajador y no como una obligación, así como las dudas en torno al hito cronológico a partir del cual una persona ha de considerarse en edad no laboral, han de llevar a optar por la aplicabilidad del cuestionado factor de corrección.

Existen otras sentencias de AP que aplican el factor de corrección aunque se esté en edad de jubilación, si además se acreditan ingresos por trabajo.

Como mantiene la sentencia de la AP de Alicante, sec. 1a, de 14-3-2006, nº 181/2006, rec. 29/2006, "caso distinto es que estando en edad de jubilación se encontrara efectivamente trabajando y percibiendo ingresos. En este sentido, exigiendo que se obtengan ingresos por trabajo personal se pueden citar las sentencias de A.P. Zaragoza, Sec 3, núm. 154/05 de 14-4-2005; de la A.P. de Zamora Sec 1, núm. 58/2005, de 10-5-2005 y 62/2005 de 20-5-2005; de la A.P. de Cáceres Sec 2", núm. 116/2005 de 12-7-2005, entre otras", en cuyo caso se admite ese factor de corrección.

Pues bien, no existe dificultad para que se pueda abonar dicho factor si se acreditan ingresos por un trabajo personal realizado en el pasado, es decir, que las rentas percibidas vengán generadas por una actividad laboral pretérita.

Finalmente, tal interpretación que propugna desde otra perspectiva la parte apelante se acomoda en mayor medida al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, que también indirectamente se invocaba, ya que el no cobro de tal factor de corrección, conforme a la interpretación que recoge la sentencia apelada, supone una aplicación del Baremo discriminatoria por razón de la edad de la persona, distinguiéndose de manera irrazonable entre una persona que acredita ingresos por trabajo personal presente y que se halla en edad laboral y aquella persona que percibe ingresos por un trabajo desempeñado durante muchos años y que no se encuentra en edad laboral, puesto que ambas sufren perjuicios económicos derivados de tal pérdida de los ingresos y no se llega a adivinar por qué deben unas personas recibir tal factor de corrección y otras no.

En tal sentido debe estimarse el recurso, en los términos solicitados.

Con relación a los intereses solicitados, no podemos asumir que la aseguradora pague el 20% desde el día 16 de septiembre de 2009, porque, conforme al art. 20 LCS, en particular el apartado 8, la entidad pagó la cantidad que razonablemente, según una interpretación del Baremo mayoritaria, debía satisfacer y sólo esta sentencia permite conocer a la misma finalmente el alcance de su obligación, según la motivación expuesta, debiendo satisfacer el interés que prevé el art. 20 LCS (que no es desde el principio el 20%) desde la fecha de esta sentencia, e igualmente el Sr. Javier pagará el interés del art. 576 LEC desde esta resolución.

CUARTO.- En el segundo submotivo de ese segundo motivo del recurso de apelación se aduce que la sentencia apelada no ha aplicado adecuadamente el Baremo, porque no ha satisfecho a los recurrentes la cantidad solicitada por lucro cesante.

Compartimos que no es una justificación suficiente la referencia que contiene la resolución impugnada a que las sentencias del TS que se han invocado por los denunciados son de la Sala Primera y no de la Sala Segunda.

En efecto, como es plenamente conocido, la acción civil derivada del delito no pierde su



naturaleza civil, aunque se ejercite en el proceso penal, y de ahí que en materia civil sean relevantes los pronunciamientos de la Sala Civil del TS, especialmente cuando interpreta el Baremo.

Así, en tal sentido la sentencia del TS Sala 2a, de 20-4-2010, nº 374/2010, rec. 1675/2009 señala que "La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto



perjudicado ejercitar su derecho resarcitario en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la L.E.Cr. y 109-2° C. Penal)".

Así, la relevancia de esta jurisprudencia ha provocado por ejemplo que los órganos de la jurisdicción penal hayan adoptado pacíficamente la doctrina de la Sala Primera del TS sobre qué Tablas del Baremo se deben aplicar en el supuesto de un accidente de circulación (las del momento del siniestro o, en su caso, las del alta

médica definitiva). La Sala Segunda del Tribunal tiene en cuenta las sentencias del TS, cuando decide sobre cuestiones civiles.

En esa línea, a parte de la resolución arriba indicada, más precisamente la sentencia del TS, Sala 2a, de 29-4-2010, n° 370/2010, rec. 1749/2009 afirma que "Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 CC)", recogiendo esta sentencia una amplia doctrina de la Sala Primera sobre los intereses moratorios, ex. arts. 1101, 1008 CC, y llegando a sostener que "No obstante, en el ámbito civil, tiene proclamado la más reciente Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal (SSTS de 25 de octubre, 4 de noviembre y 19 de diciembre de 2002) que el requisito de liquidez de la deuda abarca también a aquellos supuestos en los que, desde su origen, la cantidad reclamada pueda determinarse, siquiera aproximadamente".

En conclusión, frente al criterio del Juzgado, consideramos que en esta materia las sentencias de la Sala Primera del TS pueden alumbrar o servir de orientación interpretativa para la aplicación del Baremo al caso concreto que enjuiciamos, porque es claro que no resuelven un supuesto igual al que examinamos, porque se refieren a las lesiones permanentes, pero sus criterios son extensibles al fallecimiento de una víctima porque existe una diáfana analogía entre las Tablas II y IV, como expondremos.

Antes de seguir analizando los argumentos de los recurrentes en contraposición a los de la sentencia apelada, debemos señalar que las sentencias de la Sala Primera del TS que invocaron aquéllos (STS de 25 de marzo de 2010, de 31 de mayo de 2010 y de 22 de noviembre de 2010) son un signo evidente de la insatisfacción que en el mundo jurídico-social y especialmente en las víctimas de accidentes de tráfico produce la aplicación estricta del Baremo, existiendo verdaderas injusticias, máxime cuando las cuantías previstas en las diferentes Tablas no se han actualizado en los últimos años a los criterios marcados por la normativa europea, hasta el punto de que los medios de comunicación recientemente se han hecho eco de la posibilidad de que sean cambiadas diferentes normas del Baremo, existiendo a tal fin reuniones entre el Gobierno, las Aseguradoras y las víctimas (vid. por ejemplo www.srtaprudencia.wordpress.com/2011/03/15/las-victimas-de-accidentes-de-trafico-critican-que-cobran-menos-y-tarde).

En segundo término, al hilo de algunas de las consideraciones que realiza la entidad aseguradora apelada al impugnar el recurso, no cuestionamos la validez o aplicabilidad de las Tablas correspondientes del Baremo a nuestro caso concreto, puesto que es clara su constitucionalidad, y, por ende su obligatoriedad, teniendo plena virtualidad, sino que analizamos si a la luz de la citada jurisprudencia del TS, aplicada por analogía, se puede avanzar en la línea marcada por ésta, cuando la víctima ha muerto y con la cantidad prevista en el Baremo no se cubre el lucro cesante, teniendo en cuenta, como pone de relieve la parte apelante que las normas se han de aplicar, según el art. 3.1 CC, conforme a la realidad social del tiempo en que han de surtir efecto, y esa realidad social nos señala que existe tal insatisfacción por la sociedad y las víctimas sobre el importe de las indemnizaciones.

QUINTO.- Pues bien, recordando la jurisprudencia invocada, la sentencia número 228/2010 del TS, Sala I^ª, de 25 de marzo de 2010, recurso 1741/2004, reiterada en la sentencia número 321/10, de 31-5-2010, rec. 1221/2005, señala que "el factor de corrección de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero 7, debe aplicarse siempre que:

1) Se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.

2) Este no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos, ya que la falta de vertebración de la indemnización por este concepto de que adolece la LRCSCVM no impide que este se tenga en cuenta...

3) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que

se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos.

4) La aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.

5) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

6) El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV.

Frente al criterio que sostiene la entidad aseguradora apelada, compartiendo la postura de los apelantes, la doctrina del TS puede ser aplicable a la Tabla II, pudiendo producirse supuestos en que efectivamente las cantidades establecidas en la Tabla I, aun modificadas por los factores de corrección previstos en la Tabla II, no lleguen a cubrir el lucro cesante, y tiene razón la parte recurrente cuando señala que existe una analogía entre ambas.

Efectivamente, la sentencia del TS, Sala I^a, de 18-6-2009, n^o 443/2009, rec. 2775/2004 abona tal postura, cuando manteniendo la parte recurrente en tal recurso de casación que "la identidad de razón en los casos de incapacidad temporal y los de incapacidad permanente y muerte es la misma, por lo que es aplicable por analogía y procede la corrección del 10% en lugar del 5% aplicado en las sentencias recurridas... contesta el TS que "La razón de analogía que invoca la parte recurrente sustenta la aplicación del factor de corrección en el grado mínimo de la escala correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos en caso de lesiones permanentes (Tabla IV del Anexo

LRC SVM) respecto de la víctima en edad laboral que no acredita ingresos”.

Más precisamente para sostener tal analogía puede servir la sentencia del TS, Sala 2a, S 20-12-2000, nº 2011/2000 que sienta que “es de obligado cumplimiento por parte de los Tribunales de justicia el Baremo). En el supuesto que nos ocupa, por muy difícil que resulte cuantificar y poner precio a una vida humana, y al lucro cesante que ha generado tal pérdida, como sucede asimismo en los casos de incapacidad permanente, hay que partir de la premisa de que el baremo de valoración de daños de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a motor resulta obligatorio...” y añade en la misma línea que la argumentación podría extenderse a “otros daños corporales previstos en la Ley como sería el de cuantificación del lucro cesante en casos en casos de muerte o lesión permanente”.

Partiendo de tal aplicación analógica, hemos de comprobar, pues, si concurren los presupuestos o criterios marcados por tal doctrina legal del TS.

La parte apelante ha hecho un esfuerzo probatorio para tratar de acreditar el lucro cesante mediante un informe pericial realizado por una experta en aspectos económicos y fiscales, que es cuestionado en algunos de sus aspectos, lo que abordaremos posteriormente, pero no es impugnado en cuanto a su fuerza probatoria intrínseca.

En este momento, basta por señalar que existe tal informe pericial elaborado y practicado con todas las garantías en el juicio, y el Juzgado de Instrucción básica o sustancialmente no lo ha valorado, lo que nos permite como Tribunal de Apelación tomarlo en consideración, asumiéndolo o no, sin tener que revisar o fiscalizar la labor del Juzgado, máxime cuando el informe pericial fundamentalmente está documentado, por lo que la posición institucional de esta Sala, con respecto al Juzgado, es fundamentalmente la misma, a diferencia de lo que podría ocurrir con una prueba testifical.

Pues bien, contamos únicamente con tal informe, sin que la contraparte haya elaborado otro informe contradictorio que cuestione las bases de tal dictamen.

Debemos insistir nuevamente en que la acción civil derivada del delito es una acción civil, y, por ello, el grado de certeza exigible en este ámbito para acreditar un determinado hecho no

es el propio del ámbito penal (más allá de la duda razonable), sino el propio de un proceso civil, esto es, que la tesis de una parte sea preponderante frente a la otra. Por ello, valorando los datos o bases económicas que el informe pericial toma en consideración, probados por otras pruebas documentales, la metodología utilizada; la edad tomada en consideración para fijar el tiempo límite (78 años), se puede considerar justificada la cantidad de 68.863,95 euros que propone la parte apelante como lucro cesante.

También debemos señalar que existen aspectos del informe que exceden lo que debería ser objeto de una prueba pericial, que nunca debe realizarse sobre el Derecho aplicable. Todas las consideraciones que se realizan en el apartado de “Dictamen”, a partir del “Cálculo de la compensación del lucro cesante...”, resultan improcedentes, porque en última instancia le corresponde con exclusividad a los órganos de la jurisdicción ordinaria la aplicación del Derecho y en particular de las sentencias del TS al caso concreto.

Sentado lo anterior, volvemos a reiterar que la parte apelada no ha propuesto otro informe pericial que permita que el Tribunal tenga dudas sobre el resultado de la pericia ofrecida por la parte que ejerce la acción civil (igual que si fuera la parte demandante).

Si tenemos en cuenta aquella suma por lucro cesante, más allá, reiteramos, de lo que exprese la perito, a pesar de lo que sostiene la sentencia impugnada, se ha probado debidamente, con la certeza exigible, la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos que hemos concedido (a la víctima que los reclama 5.960,01 euros) frente al lucro cesante realmente padecido por la viuda (68.863,95 euros).

En segundo término, ese lucro no se puede compensar por la aplicación de los factores de corrección determinados en la Tabla II, porque ninguno de los otros factores cubre ese desfase.

En tercer lugar, el límite máximo del 75% al que alude la jurisprudencia del TS también está contemplado en el factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla II, y el cálculo de 58.971, 11 euros (75% respecto de la indemnización básica concedida a la viuda 78.628,14 euros), que fija la parte apelante como dicho límite para este caso es correcto.

La parte apelante propone un 50% de incremento sobre la indemnización básica concedida



a la viuda y redondea la cantidad en 40.000 euros, en el entendimiento de que las sentencias del TS en un caso han fijado un 40 por ciento, en otra un 50% y en la última en el 60% de incremento. Compartimos por su razonabilidad la propuesta de ese aumento del 50%, pero no admitimos el redondeo, porque el Baremo, interpretado a la luz de la doctrina del TS, no autoriza el mismo, por lo que es de conceder la cantidad de 39.314,07 euros, con los intereses solicitados del art. 576 LEC, desde la fecha de esta sentencia. Finalmente, esta suma es compatible con la que hemos otorgado en el fundamento de derecho tercero a las apelantes.

SEXTO.- Teniendo en cuenta la relevancia que puede tener esta resolución, aunque no sería estrictamente necesario, creemos conveniente contestar los argumentos expuestos por las

partes apeladas, en la línea de una motivación contradictoria, que refuerza la decisión adoptada.

El Sr. Javier señala que las sentencias del TS parten de una realidad muy diferente y siempre tienen como referencia personas vivas, sin que aquél haya analizado un caso de lucro cesante por fallecimiento.

Básicamente ya hemos dado respuesta a este tema, aludiendo básicamente a la aplicación analógica de la jurisprudencia del TS, pero podemos añadir que la jurisprudencia del TS en muchas ocasiones se modifica por las tesis o posturas que mantienen las Audiencias Provinciales. Como no ha sido analizado por el TS, ello nos permite realizar una reflexión jurídica que ha tenido por base la propia doctrina del TS

para un caso que puede ser análogo, porque tal analogía se ha reconocido por el TS en relación a las Tablas II y IV.

En lo que concierne a las consideraciones ofrecidas por la aseguradora, ya hemos indicado que respetamos la doctrina del TC, como lo ha hecho el TS, y, dentro de la doctrina del TC y del TS, hemos interpretado las Tablas I y II del Baremo.

En el mismo sentido, las sentencias de alguna Audiencia y del TC que cita la parte apelada no pueden ser válidas para este supuesto, porque son anteriores a esta reciente doctrina legal del TS, que no se opone a la postura del TC, sino que más bien reinterpreta en el plano de la legalidad ordinaria dicha doctrina del máximo exegeta de la Carta Magna.

En concreto, la mencionada sentencia del TS número 229/10, de 29 de marzo, frente al criterio de la apelada, puede corroborar nuestra postura, puesto que esta resolución no aplicó el factor de corrección porque no había prueba directa sobre la cuantía del lucro cesante, lo que no ha ocurrido en este supuesto, en que los denunciados lo han demostrado mediante una prueba eficaz, no impugnada.

Ya hemos indicado que no resulta directamente aplicable la doctrina del TS, porque es obvio que en este supuesto no se ha producido una incapacidad permanente, sino un fallecimiento, pero los criterios ofrecidos por el TS pueden servir de fundamento para su aplicación a la Tabla II porque se puede aplicar analógicamente.

No se trata de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre las Tablas II o IV, porque el propio TS no ha considerado procedente la misma, sino si la Tabla II puede ser analizada desde la perspectiva hermenéutica que el TS ofrece para la Tabla IV, y creemos, por lo que hemos expuesto que tal opinión es mantenible, sin que tampoco esta Sala considere procedente preguntar al TC sobre la concordancia del Baremo con la Ley Fundamental.

En lo que concierne a lo contraargumentado en la alegación cuarta, en ella se hace mención a una jurisprudencia del TC sobre la Tabla V y en nuestro supuesto se trata de constatar si, aceptando la postura de aquel órgano constitucional, la doctrina del TS con relación a la Tabla IV es extensible a la Tabla II, lo que es de constatar en sentido afirmativo, conforme venimos sosteniendo.

El propio recurrente, con base a la jurisprudencia del TC, aduce que la Tabla V es diferente a los supuestos de las Tablas II y IV, en que se trata de daños futuros, "que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo", lo que quiere significar que las Tablas II y IV son fundamentalmente idénticas en cuanto a tal valoración, y si bien es cierto que en la Tabla II el beneficiario de la indemnización no es la víctima, sino un perjudicado secundario, en las Tablas II y IV se toma como referencia a la víctima en cuanto a la factores de corrección.

Por otro lado, no creemos necesario plantear una cuestión de inconstitucionalidad, que nadie la ha solicitado, sino resolver nuestro caso interpretando el Baremo, a la luz de la jurisprudencia del TS, que todavía no ha solucionado un caso parecido a éste, pero que es bastante probable que lo pudiera resolver como en las sentencias arriba mencionadas.

Finalmente, entrando ya en el contenido del propio informe pericial, en el último párrafo de la alegación cuarta, la aseguradora aduce en primer término que el informe aportado adolece de la objetividad y seriedad necesarios, que hacen que no quede acreditado el grave desajuste exigido.

Pues bien, el informe pericial llamado vulgarmente "de parte", más precisamente aquél en que el perito es designado por una de las partes, conforme a la regulación prevista en la LEC 2000, de aplicación supletoria en este proceso penal (art. 4 LEC), es una prueba eficaz para acreditar ciertos extremos fácticos en el ámbito puramente civil, y su valor probatorio viene dado por la racionalidad de las bases de su elaboración, su base científica (y no tanto por el hecho de que sea designado por las partes o el Juez), y en tal sentido estimamos que tiene bases sólidas, máxime cuando no se ha realizado otro que lo contradiga o desvirtúe su fuerza acreditativa.

Mayor relevancia persuasiva puede tener el segundo de los argumentos esgrimidos por la aseguradora, como es que el cónyuge supérstite se beneficiaría, en todo caso, únicamente de la mitad de las rentas del fallecido, porque al menos de la otra mitad se aprovecharía el difunto, puesto que éste generaría una serie de gastos, que ya no se producirán y que deberían minorar la pérdida de ingresos que se reclama, añadiendo en la misma línea que en el dictamen no se tienen en cuenta, en los cálculos efectuados para fijar el desajuste pretendido, la cuota

de autoconsumo de la víctima y que parte de sus ingresos se destinaban a sus propios gastos personales y ya no se generarán.

Es obvio, según máximas de experiencia común, que del conjunto de rentas dejadas de percibir como consecuencia de la muerte algunas habrían sido gastadas para su supervivencia por parte de la víctima fallecida, sin conocerse exactamente qué cantidad, porque muchos de los gastos necesarios para aquella, en particular los de vivienda, se generan igualmente en una cantidad sustancialmente igual con indiferencia de que sea una o dos las personas. No se puede, pues, establecer la mitad de los ingresos como la suma que correspondería a la persona fallecida ni se sabe qué porcentaje de gastos existía entre fallecido y viuda.

Para rechazar este argumento también podríamos argüir que se ha considerado un incremento del 50% sobre la indemnización básica y se podría haber determinado una suma superior (hasta el 75%).

Ahora bien, la razón fundamental para rechazar esa sugerente motivación de la aseguradora apelada es que cuando se determina el lucro cesante se está fijando la ganancia dejada de obtener, una ganancia que en estos casos es básicamente la bruta, esto es, qué rentas se dejan de percibir como consecuencia del óbito, porque si redujéramos los gastos a tales ganancias y sólo fijáramos las ganancias netas, tal vez podría ocurrir que no debiéramos establecer ninguna suma, lo que resulta absurdo (piénsese el caso en que la persona que obtenía los ingresos sustancialmente gastaba todo el dinero).

En el caso de lesiones permanentes que resuelve el Tribunal Supremo, en modo alguno se plantea que se reduzca la suma concedida en función de los gastos que, sin duda, tendría la persona perjudicada por el siniestro, sino que se otorga una suma en base a los criterios señalados,

En la época anterior a la del Baremo (previa a la Ley 30/1995), en la que era relativamente frecuente la fijación de indemnizaciones por lucro cesante en el caso de personas fallecidas (padres de familia, hijos que mantenían a sus padres, viudas que quedaban desamparadas, etc.), que tenía como fundamento los ingresos dejados de percibir, se establecía el lucro cesante sobre la base de los ingresos netos que la persona fallecida habría obtenido, sin tener en

cuenta los gastos que ésta persona hubiera devengado, porque éstos sería imposible conocer.

Por ello, no consideramos procedente la reducción de la suma postulada, máxime cuando hemos fijado en un 50% la cantidad resarcible.

En tal sentido, debemos estimar este motivo del recurso y asimismo el recurso de apelación y se ha de revocar parcialmente la sentencia apelada,

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 LECr, al haberse estimado sustancialmente el recurso de apelación, se declaran las costas de oficio.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Iñaki, en nombre y representación de Dña. Pepa, Dña. María y Dña. Ángeles, contra la sentencia número 86/2011, dictada por el Juzgado de Instrucción número cuatro de Vitoria-Gasteiz en el Juicio de Faltas número 525/10, el día 10 de febrero de 2011, y en consecuencia revocar parcialmente dicha resolución en el sentido siguiente:

1.- Condenar a D. Javier y la entidad aseguradora a que abonen solidariamente a favor de la Sra. Pepa (viuda) como factor de corrección la suma de 5.960,01 euros y a cada una de las Sras. María y Ángeles (hijas) la cantidad de 662,22 euros, con el interés del art. 576 LEC desde la fecha de esta sentencia con respecto al condenado y el interés del art. 20 LCS desde la fecha de esta sentencia con respecto a la aseguradora.

2.- Condenar al Sr. Javier y a la aseguradora a que abonen a la Sra. Pepa la suma de 39.314,07 euros, con los intereses del art. 576 LEC desde la fecha de esta sentencia.

3. Se confirman el resto de los pronunciamientos no afectados por esta resolución.

4.- Se declaran de oficio las costas del recurso de apelación.

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase. Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

La sentencia reseñada resuelve dos cuestiones importantes relativas al funcionamiento del sistema legal valorativo. La primera corresponde a si un jubilado, cuyos ingresos se contraen a la pensión social, da lugar, en caso de fallecimiento, a que los perjudicados obtengan la suma correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos, resolviéndola de forma positiva, por entender que, aunque el fallecido no trabajaba en el momento del accidente, sus ingresos correspondían a la actividad laboral pretérita, habiéndose de conceptualizar, a los efectos del sistema legal valorativo, como rendimiento procedentes de su trabajo.

La segunda cuestión, de mucho mayor calado, refiere al tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por la muerte, sosteniéndose que la doctrina sentada por las sentencias plenarios de la Sala 1ª del TS de 25 de marzo de 2010, confirmada por las que le han seguido, es aplicable por analogía, por identidad de razón, en caso de muerte, partiendo de que los perjudicados sólo pueden ser resarcidos, a la luz de la tabla II, mediante la aplicación de su primer factor de corrección; y que, en caso de apreciarse un grave desajuste entre el importe real del lucro cesante padecido y la cantidad reconocida por el referido factor, ha de procederse a fijar un complemento indemnizatorio que ha de cifrarse en un máximo del 75% de la indemnización básica reconocida al perjudicado de que se trate.

En este caso, las perjudicadas por el fallecimiento eran la viuda del accidentado y sus dos hijas mayores de edad con vida independiente, por lo que, habiéndose aplicado a las tres el factor de corrección por perjuicios económicos, hubo de resolverse el resarcimiento complementario del lucro cesante padecido por la viuda, que era la única que lo había sufrido, la única que lo justificó y la única que lo había reclamado.

Las perjudicadas por el fallecimiento eran la viuda del accidentado y sus dos hijas mayores de edad con vida independiente, por lo que, habiéndose aplicado a las tres el factor de corrección por perjuicios económicos, hubo de resolverse el resarcimiento complementario del lucro cesante padecido por la viuda, que era la única que lo había sufrido, la única que lo justificó y la única que lo había reclamado

La STS de 25 de marzo de 2010 apunta que el penúltimo factor de la tabla IV sólo es aplicable en el ámbito de las lesiones permanentes, sin que pueda trasvasarse, según afirma, a la tabla V, cuyo trasvase sería impertinente, habida cuenta que en este supuesto rige el principio de la reparación completa del lucro cesante, siempre que el conductor responsable lo sea en virtud de una culpa relevante. Pero

COMENTARIO

Se apunta así “ob iter”, aunque no se afirme expresamente, que la nueva doctrina no es trasplantable al tratamiento resarcitorio del lucro cesante causado por la muerte, por no existir en la tabla II un factor como el anteriormente señalado

resarcitorio del lucro cesante causado por la muerte, por no existir en la tabla II un factor como el anteriormente señalado. Mas la AP aplica la referida doctrina al caso de la muerte, al apreciar la plena identidad de razón entre el supuesto de las lesiones permanentes y el supuesto de la muerte, al tratarse en uno y otro caso de un lucro cesante que se ha de cuantificar con método prospectivo por ser futuro. Véase que se sostiene el criterio de que la doctrina plenaria de la Sala 1ª no es aplicable directamente en el caso de la muerte, pero que son atendibles las razones que movilizan la fijación del complemento resarcitorio al que se acude por aplicación del penúltimo factor corrector de la tabla IV, en su versión aumentativa. Téngase en cuenta que, en cierto modo, al igual que también en cierto modo lo hizo la Sala 1ª del TS, el apoyo del resarcimiento acordado no se hace descansar de forma exclusiva en la previsión de ese factor, configurado como remisión a las circunstancias previstas en el inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema, sino también por extensión, al ámbito del daño letal, de los criterios sustanciales que dieron lugar a la STC 181/2000, cuya procedencia había apuntado la STS, Sala 2ª, de 20 de diciembre de 2000.

Sobre el tratamiento del lucro cesante causado por la muerte, a la luz del sistema legal valorativo, me remito a mi libro “Lucro cesante causado por lesiones permanentes. Comentarios suscitados por la STS, Sala Primera, 228/2010, de 25 de marzo”, Sepín, Madrid, 2011), así como a la ponencia presentada en XI Congreso Nacional de nuestra Asociación, celebrado en Córdoba el pasado mes de mayo (Libro de Ponencias, Sepín, Madrid, 2011, pp. 385-439), con la bibliografía que en ella se recoge. Sin que proceda aquí efectuar un comentario pormenorizado de la sentencia alavesa, simplemente dejo constancia que no son de recibo los argumentos que le llevan a no tener en cuenta la “quota sibi” del fallecido. Sólo la ausencia de una verdadera cultura atinente al lucro cesante causado por la muerte explica algunas de las aseveraciones de esta, por otro lado, excelente sentencia, sin que se corresponda con la realidad que en la época anterior a la implantación del sistema, fuera frecuente la fijación de indemnizaciones por el lucro cesante causado por el fallecimiento, pues, sometidas entonces las indemnizaciones al régimen de la pura judicialidad valorativa, con su tradicional método de promiscuidad y globalidad, no se desentrañaba nunca la estructura que daba lugar a la indemnización establecida.

la declaración de impertinencia de ese trasvase conduce a que, en el caso de faltar esa culpa relevante, no pueda establecerse complemento resarcitorio alguno por lucro cesante en el ámbito de las lesiones temporales. Se apunta así “ob iter”, aunque no se afirme expresamente, que la nueva doctrina no es trasplantable al tratamiento

Sólo la ausencia de una verdadera cultura atinente al lucro cesante causado por la muerte explica algunas de las aseveraciones de esta, por otro lado, excelente sentencia



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

“TERCERO: Estima esta Sala que la indicada doctrina constitucional –STC 173/2001, de 26/2, o STC 192/2002 de 28/1– ha de ser tomada con la natural reserva por observancia del Art. 3.1 del Código civil en cuanto establece el deber de Jueces y Tribunales de interpretar las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, especialmente a todo cuanto se refiere a los límites del derecho a la defensa de las compañías aseguradoras en el ámbito del seguro obligatorio de responsabilidad civil de automóviles, que estimamos no debería alcanzar a la discusión del quantum indemnizatorio debido a la profunda transformación legal que se produjo en el sistema con el Anexo de la vigente Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor que introduce el denominado “baremo” o regulación tasada de las indemnizaciones, hasta el punto de que los límites

En el año 2003 nuestro buen amigo –y socio de honor– Mariano Izquierdo Tolsada, publicó un texto excelente, “Las peripecias de la aseguradora de automóviles en el proceso penal”; y sin duda que hubiese citado en él, pues lo merece, el caso subíndice en que una relevante compañía aseguradora es textualmente “expulsada del procedimiento” cuando éste, tramitándose como falta, pasa a serlo como procedimiento abreviado. Inadmitida a trámite la reforma y subsiguiente apelación –aplicando estrictamente el Art., 764 3 párrafo 2º de la LECrim.– recurrido en Queja, es dejado sin efecto el destierro..., perdón expulsión, con unos pronunciamientos dignos de reproducirse; es el Auto nº 251/2011, de 29 de abril, de la Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de Granada:

cuantitativos del seguro voluntario y obligatorio llegan a confundirse (a salvo el máximo total de cobertura con cargo al seguro obligatorio, hoy en día muy elevado), por lo que distinguir hoy en día en función del tipo de seguro, obligatorio o voluntario, el alcance del derecho de la Cía. aseguradora a intervenir en el proceso penal como tal responsable civil carece de sentido si lo comparamos con el carácter de mínimos que tenían históricamente las indemnizaciones que se proveían legalmente para el seguro obligatorio antes de la nueva normativa.

En la práctica, esta Sala jamás ha negado el derecho de las Compañías a recurrir los fallos condenatorios, al pago de las indemnizaciones derivadas

del seguro de responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos a motor que, a mayor abundamiento, no suelen distinguir a qué póliza, si la del seguro obligatorio o a la complementaria del seguro voluntario, imputar la cobertura precisamente por las razones ya apuntadas, y reconoce su derecho a discutir en el recurso las más variadas cuestiones siempre que estén relacionadas con su condición de responsable civil, sin limitarlas a la mera existencia de la obligación de indemnizar, al ser múltiples las controversias que se pueden suscitar en la aplicación de la normativa-valoración de incapacidades temporales o secuelas, aplicación de factores de corrección, intereses legales de demora, etc... que afectan directamente



a los legítimos intereses de la aseguradora; quedando fuera de su legitimación como tal parte civil todo lo referido al nacimiento y determinación

de la responsabilidad penal, por tratarse de intereses ajenos cuya defensa corresponde exclusivamente al propio imputado.

Un suceso realmente detestable en el que resultó fallecida una menor cuyos restos han sido buscados por todos los medios posibles, fue objeto de juicio ante el Juzgado de menores nº 3 de Sevilla, por los presuntos delitos de asesinato, agresión sexual, contra la integridad moral, y de profanación de menores, siendo imputado el conocido como “Cuco”, que es condenado por un delito de encubrimiento por la Sentencia de 24 de marzo de 2011, destacar algunos aspectos:

“Este juzgador considera necesario dejar constancia de que resulta imposible a la hora de redactar la presente sentencia abstraerse del recuerdo o de la memoria de M. y del inmenso dolor que está padeciendo su familia máxime después de haber escuchado a los padres de M. declarar en el acto de la audiencia y de haber soportado los mismos las sesiones de la audiencia con una dignidad admirable y haber mostrado un respeto máximo a este Tri-

bunal, pero la labor que se le ha encomendado al que suscribe no es la de dar una opinión sobre todo lo sucedido como padre o como ciudadano de bien que no diferiría del sentir mayoritario de la sociedad sino única y exclusivamente como Juez...”.

“Es un hecho indiscutible e indudable que todas las circunstancias que han rodeado la muerte de M. por la conducta desplegada por los inculpa-

Estimamos que la Cía. FD tiene un interés legítimo en la cuestión resulta por el auto respecto del cual el Juzgado le ha negado el derecho al recurso, en cuanto obliga a la Compañía a la prestación de un fianza para el aseguramiento de las responsabilidades civiles que finalmente pudieran declararse a su cargo, por más que el Art. 764-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil niegue a la “entidad responsable del seguro obligatorio” la posibilidad de ser “parte” en el proceso que, como hemos concluido, sólo debe entenderse referida a aquellas cuestiones surgidas en el proceso, cuya condición el propio Juzgado admitió la condición de parte de parte de la hoy recurrente declarando su responsabilidad civil en el auto de apertura del juicio oral, del cual el auto que pretendió recurrir esa parte (y que el Juzgado le impidió recurrir) es una ampliación o rectificación”.



dos (distintas versiones de los hechos así como no desvelar el lugar o el destino que dieron al cuerpo de M.) han provocado y están provocando un devastador efecto psicológico en la familia de M. que les impide llevar un proceso de duelo normal y que conocer el destino o paradero del cuerpo supondría un alivio considerable y notable en el insostenible dolor que padecen y así lo manifestaron de forma totalmente coincidente desde el punto de vista estrictamente de medicina psiquiátrica y psicológica y sin ningún género de dudas en el acto de la audiencia los dos médicos forenses como los psicólogos Sra. Prieto Jaime y Sr. Vallejo

Jiménez así como el psiquiatra Dueñas Abril”.

“Los criterios seguidos por este juzgador para la imposición de la pena máxima son; por un lado, los informes del representante del equipo técnico ya descritos y la orientación de medida propuesta por él mismo y; por otro lado; las circunstancias de que el menor se ha mostrado durante el acto de la audiencia, frío, ausente, con evidente falta de empatía e impasible ante el dolor de los padres de M. y de su durísima declaración en el acto de la audiencia, no ha mostrado ningún síntoma de arrepentimiento ni ha pedido perdón a los padres de M. e

incluso continúa impidiendo conocer el destino del cuerpo de M. ya que este juzgador no tiene duda alguna de que conoce el lugar exacto de su paradero, o que se hizo con el cuerpo o, al menos, dispone de datos ciertos y fiables que llevarían con toda seguridad a conocer el lugar en el que el cuerpo se encuentra con los devastadores efectos psicológicos que ello ha conllevado y conlleva en los familiares más cercanos a M. que; en opinión de este juzgador; no le hacen merecedor de ningún tipo de atenuación o moderación de la medida sino, por el contrario, su imposición en la duración o extensión más grave que la Ley permite”.

En ocasiones, lo que nos parece palmario no lo es tanto, y ha de decidir un tribunal en apelación para que el Derecho Civil que hallamos en los libros de texto, rija también en el diario que hacer; tal sucede en la breve pero atinada sentencia nº 148/2011, de 17 de marzo, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Murcia:

“Los argumentos de alzada son plenamente acogibles, ya que la obligación inicial, dimanada de los arts. 1902 del CC y 76 de la LCS, quedó probada tras aceptar la ahora demandada el pago de la factura ya abonada por la actora a consecuencia de los perjuicios sufridos por su cliente en el siniestro de tráfico de fecha 25/3/06.

Desde esa data y por morde lo también dispuesto por el art. 43 de la citada ley especial, el plazo para demandar es el normal de 15 años, pues de una obligación personal se trata, de ahí que no deba someterse la aseguradora aquí apelante a la prescripción del art. 1968.2º del propio CC, sino a la de su art. 1964.

Así ha sido establecido por el Tribunal Supremo en un supuesto similar al ahora analizado, ello en sentencia de 6/4/74,



al indicar expresamente que “el reconocimiento de deuda de la suma a indemnizar por la Compañía aseguradora después del accidente produce novación de la obligación de resarcimiento derivada del acto ilícito, quedando la acción dimanante del mismo sujeta al plazo de prescripción de las acciones personales”.

La comunicación de la demandada de fecha 25/5/06,

basta observar su tenor literal, sí que le vinculaba con la otra aseguradora al pago de lo por ella reclamado, por mucho que ahora se pretenda atribuir a la misma un carácter de mero hito de una negociación entre compañías distinto al de pura aceptación de una deuda, y ello por cuanto se reclamaba mediante la misma el envío del recibo de recobro y de la factura original”.

La sentencia nº 3634/2011, de 16 de junio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo decide un supuesto en el que de una pareja estable durante varios años, la mujer, junto a su madre y dos personas más fueron agraciadas de un "cuponazo" de la ONCE por valor de 5.060.000 euros, deteriorada la relación, el varón pretendió una parte:



"En esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía. La STS 611/2005, de 12 septiembre, del pleno de esta Sala, dice claramente que la configuración de la unión de hecho [...] aparece sintética mente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003 , cuando dice que las uniones "more uxorio", cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos -constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el, reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste , salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia

de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción". Los argumentos se fundamentan asimismo en la doctrina del TC, que se cita en la sentencia y se omite aquí para mayor claridad en la redacción.

Uno de los aspectos que no se admiten en la jurisprudencia de esta Sala es la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema. Pero ha quedado probado en la sentencia que ahora se recurre, que no existía tal pacto, ni tan solo por hechos determinantes o facta concludentia. Por

ello, la STS 1048/2006, de 19 octubre, dice que: "Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia "more uxorio" el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por "analogía legis" de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no impide a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la "analogía iuris" -como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado, cuando por "facta concludentia" se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común- sentencia de 22 de febrero de 2006". (Ver asimismo SSTs de 40/2011, 7 febrero; 299/2008, 8 mayo y 1048/2006, 19 octubre).

A partir de esta doctrina, que se ha relegado totalmente en todo el procedimiento, para el éxito de su pretensión, el recurrente debería haber probado que hubo un pacto entre los convivientes dirigido a crear "una comunidad respecto al dinero obtenido con el premio de la lotería de la ONCE, o bien demostrar que de los hechos ocurridos se deducía claramente que había habido una intención de crearla, cosa que aquí no ha sucedido según la prueba producida y valorada por quien tiene competencia para ello".

De Juzgado de ... Paz; ciertamente que la realidad siempre supera a la ficción, y que las causas por las que un auxilio judicial nacional no pueda llevarse a cabo pueden deberse incluso... a la crisis, que al parecer también afecta a la justicia (de Paz) -esta diligencia es real-:

“DILIGENCIA NEGATIVA.- En a once de mayo del dos mil once. La extiendo yo la funcionaria de Auxilio Judicial, para hacer constar que han resultado infructuosas las citaciones efectuadas por correo para que el interesado/a en el exhorto recibido, comparezca en este Juzgado, a fin de practicarle las diligencias requeridas, y resultando que en el domicilio facilitado, se encuentra fuera

de esta localidad, a varios Kilómetros de la misma, careciendo este Juzgado de medios de locomoción para desplazarse a la dirección indicada y habiendo asimismo resultado inútiles las reiteradas peticiones efectuadas a los distintos organismos, para que faciliten dichos medios, resulta materialmente imposible realizar la diligencia interesada en el exhorto recibido. De lo que certifico.



Nuestra jurisprudencia, y después el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducen al fijar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, una en la que se ordena que el juzgador tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio; lo cual comporta, en un caso como el de autos, que sea obligado y lógico trasladar a la Administración sanitaria la carga de acreditar, más allá de toda duda razonable, que el tratamiento prestado al proceso de infección fue el ajustado a la lex artis y que entre ese proceso y los daños cerebrales no existe relación causal, pues es ella, y no el actor, quien goza en mayor medida, y de un modo muy acusado, de esa disponibilidad y facilidad probatoria según la sentencia nº 3510/2011, de 14 de junio ,de la Sala 1ª del Tribunal Supremo:

“La obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica, principio que, como señala la citada sentencia de 4 de julio de 2007, obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la



lex artis, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de

probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica”.

El Tribunal Supremo, Sala Primera, en auto-denegatorio de aclaración de veintidós de Febrero de dos mil once, y posterior auto de once de Abril de dos mil once, deniega el incidente de nulidad, respecto de su sentencia N° 747/2010, de treinta de Diciembre -ponencia de D. José Ramón Ferrándiz Gabriel- en la que ya criticaba severamente la expropiación forzosa de los bienes de José Arechabala (respecto de Sentencia dictada con fecha 19 de abril de 2004, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimoquinta), en el rollo de apelación n° 16/2003, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía n° 838/1997 del Juzgado de Primera Instancia n° 12 de Madrid).

En el pleito sobre Havana Club, reconoció que la marca española de titularidad de José Arechabala fue expropiada durante la revolución sin que sus propietarios fuesen indemnizados el Estado cubano ganó el juicio porque ha prescrito la acción para recuperar la marca, después de que transcurriesen 15 años sin que sus propietarios intentasen su restitución, luego de ser registrada en España a favor del régimen.

La sociedad José Arechabala SA tenía por objeto la producción y venta de ron y era la titular originaria, entre otras, de la marca española número 99.789, Havana Club, cuyo registro se había solicitado en España el 20 de julio de 1934 y fue concedido, el 10 de abril de 1935, a finales de diciembre de 1959, miembros del Ejército ocuparon con armas la factoría de José Arechabala, SA, sita en Cárdenas, así como los demás bienes de dicha sociedad.

La ocupación fue seguida de la promulgación de la Ley cubana 890 -publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba de 13 de octubre de 1960, que nacionalizó, mediante expropiación forzosa, todas las fábricas, almacenes, depósitos y demás bienes propiedad de José Arechabala, y las adjudicó "a favor del Estado cubano"- sin que mediase indemnización al propietario ni a los socios, que la



transmitió a Empresa exportadora de Alimentos y Productos Varios (Cubaexport). Esta sociedad hizo después lo mismo a favor de Havana Rum & Liquors, SA, que finalmente la enajenó a Havana Club Holding, SA.

Según la resolución, la intención del Estado cubano fue la de privar a los socios

de sus derechos económicos y políticos para que el gobierno pudiera asumir, desde dentro, el control absoluto de la vida social y ser titular de los bienes a los que, por razones de derecho internacional, no podía llegar su actividad coactiva, esa fue la consecuencia directa de la aplicación de dicha ley, "y no solo en Cuba" añade la sentencia.

El Estado cubano consiguió que la marca expropiada a José Arechabala transmitiera la marca española a la empresa Cubaexport, la cual consiguió seguidamente que el Registro de la Propiedad Industrial en España publicase ambas titularidades sucesivas, de paso, los socios de la firma José Arechabala fueron despojados de la titularidad sobre las acciones y de los derechos políticos y económicos que les correspondían.

El Tribunal Supremo declara que la adquisición de la marca Havana Club por el Estado de Cuba, "no pudo constituir causa lícita apta para provocar el correlativo cambio de titularidad registral" y "el vicio absoluto y originario de dicho asiento se propagó a los sucesivamente practicados" por lo que resultaron inválidos.

Al sancionar el artículo 12, apartado 3, del Código Civil el efecto negativo del orden público -dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria a él-, no es de extrañar que el Tribunal Supremo haya aplicado dicha cláusula defensiva para negar eficacia en España a actos o normas por las que, por medio de expropiaciones, socializaciones o nacionalizaciones, otros Estados han llegado a la privación de la propiedad

privada sin cumplir las garantías esenciales, exigibles según nuestro ordenamiento. Así, en la sentencia de 25 de septiembre 1992, declaró que "nuestros Tribunales de la jurisdicción ordinaria civil no pueden ni deben inmiscuirse en temas como los aquí planteados en cuanto se refiere a su proyección normativa en el país de origen, pero si han de velar porque los actos ejecutados en España por quienes con arreglo a la Ley de origen..., tienen titularidad para ello, no puedan ser descalificados y anulados en virtud de normas jurídicas emanadas si de un Estado soberano, pero cuya finalidad y hasta su estructura y filosofía que las anima chocan frontalmente con la carta magna española".

La naturaleza no abstracta que, según el ordenamiento español, hay que atribuir a los cambios de titularidad operados sobre los bienes, justifica que la mencionada ilicitud de la causa repercuta en la invalidez absoluta del primero de los asientos registrales causados, sin embargo, la acción para la restitución de la marca estaba sujeta a un plazo de 15 años que establece el artículo 1964 del Código Civil.

El día inicial del cómputo de ese plazo fue el siguiente al de la práctica del asiento registral a favor del Estado cubano, el 14 de septiembre de 1968, desde entonces, la inactividad de los que estaban legitimados para impugnar el asiento registral se mantuvo hasta el 14 de diciembre de 1993, fecha en la que ya había vencido con creces el plazo señalado; en conclusión la sentencia declara no haber lugar a la reclamación de Bacardi & Company, y accionistas del grupo Arechabala, sobre la titularidad de la marca.



En las instalaciones de Grúas el Serio S.L., por disposición judicial se depositaron 19 vehículos, que permanecieron depositados desde el 5-7-1999 hasta el 26-3-2003, (1.448 días), el proceso concluyó por auto de sobreseimiento, y cuando la mercantil reclama el pago, la administración de justicia le remite a su derecho de crédito frente a los titulares individuales de los vehículos según la sentencia nº 3746/2011, de 8 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo:

“No es posible resolver la cuestión imponiendo a quien por obligación legal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 334 y 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con la imperativa obligación que impone el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a “todas las personas (...) de prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (...) sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley”, soporta la medida nuevas obligaciones como las que sugieren los informes que obran en el expediente de iniciar acciones legales para resarcirse de los perjuicios soportados frente a los titulares de los vehículos o retenerlos hasta

conseguir el efectivo pago de lo adeudado. Existe funcionamiento anormal de la Administración de Justicia cuando la autoridad



judicial ordena una medida perfectamente conforme a Derecho de depósito de unos vehículos, y la Administración de la Administración de Justicia no permite su cumplimiento facilitando un lugar público para el depósito de los bienes que constituyen el objeto del mismo, y se obliga a una sociedad a pechar con esa carga y, posteriormente, se le obliga para resarcirse del perjuicio a ejercer acciones legales frente a los propietarios de los vehículos que se devuelven a sus titulares”.

Esclarecedora, en cuanto a la propia virtualidad de la falta de consentimiento informado como fuente de responsabilidad, la sentencia nº 3941/2011, de 15 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo:

“Al no constar acreditado el consentimiento informado en los términos legalmente exigibles, debemos concluir, al igual que hace el Alto Tribunal, que se privó a la paciente de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica, y esta

situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista de la autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar me-

didias de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.

En consecuencia, y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo plasmada también en la sentencia de 20-9-2005, esta situación provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia del lamentable resultado final, que no es imputable a dicha falta de información, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención, que

debe ser indemnizado siguiendo las pautas marcadas ya por la jurisprudencia, es decir, acudiendo de forma analógica y orientativa al baremo de la Ley 30/95, que contempla indemnización por daños morales complementarios en caso de secuelas de especial gravedad. La cuantía que la Sala estima aplicable, ponderando las circunstancias del caso concreto, y teniendo en cuenta las cuantías otorgadas en las sentencias del Tribunal Supremo citadas, es de 160.000 euros, calculada ya al momento de la presente resolución”.



En orden a la competencia para la práctica de la tasación de costas en la jurisdicción civil, entre quien sentencia en primera, o en segunda instancia, en Granada –al igual que en otras demarcaciones judiciales– se planteó el conflicto, estimulado, por el acuerdo adoptado por los secretarios de los juzgados de primera instancia (resolución 12/11/2010) de negarse a incluir en las tasaciones de costas correspondientes al escrito de oposición al recurso de apelación; es relevante el auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, de 17 de junio de 2011:



“- Que no puede contemplarse al Secretario Judicial aislado del Órgano donde presta sus funciones y que las facultades que actualmente se les atribuye en cuanto a la tasaciones de costas y decisión, solo inicial, respecto de las impugnaciones de estas, queda perfectamente delimitado en la LEC en relación al posible carácter de indebidos o excesivos de determinados honorarios y a los conceptos, supuestos y tramites que se contemplan en los artículos 242 y siguientes de la misma, y desde luego, a ello es a lo que deberá referirse la resolución final que en su caso dicte el Juez poniendo fin al tramite de impugnación, contra la que no cabe recurso.

- Que la decisión de si corresponde a los Juzgados de 1ª Instancia o a la Audiencia tasar determinadas actuacio-

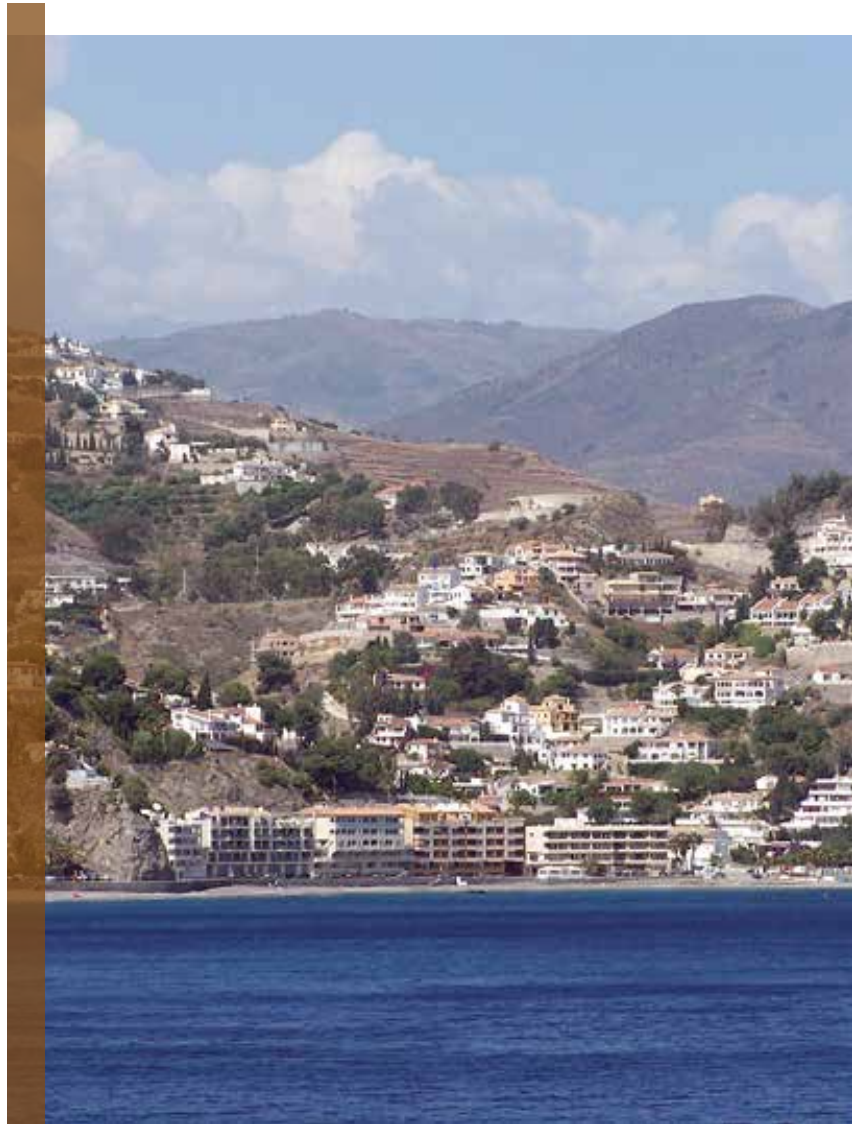
nes, supera el ámbito decisorio del procedimiento impugnatorio de tasación de costas, constituyendo una verdadera cuestión de competencia.

- Que dicha cuestión ha sido resuelta, invariable y unánimemente, desde hace años, por todas las Secciones civiles de ésta Audiencia en actuación plenamente jurisdiccional, interpretando el artículo 243 de la LEC en el sentido expresado en el anterior fundamento.

- Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 de la LOPJ, los Juzgados no podrán suscitar cuestiones de competencia a la Audiencia, correspondiendo a ésta sin ulterior recurso fijarla y recabar las actuaciones del Juez inferior o remitirle en su caso las que se hallare conociendo.

- Que la resolución absteiniéndose de conocer por falta de competencia objetiva o, en su caso, funcional, corresponderá dictarla siempre al Juez y revestirá forma de auto contra el que cabe recurso de apelación (arts. 48, 62 Y 66 de la LEC).

Por lo demás, la reforma de la LEC efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, no introduce modificación alguna respecto de las facultades y órganos a quienes corresponde decidir la competencia, y desde luego no se las atribuye a los Secretarios Judiciales. No debemos olvidar que dicha decisión tiene un carácter estrictamente jurisdiccional y son los Juzgados y Tribunales quienes, de acuerdo con las previsiones de la Constitución y artículos 1 y 2 de la LOPJ, ostentan dicho poder, lo que, obviamente, es respetado por la LEC y por la norma antes citada, que en su exposición de motivos lo deja claro.



TERCERO.- Por lo tanto, las expresadas facultades de los Secretarios y la posterior resolución del Juez que finalmente decida una impugnación de tasación de costas, no podrá extenderse y, en definitiva, encubrir una cuestión de competencia cuya determinación en última instancia corresponde al órgano superior. Por ello entendemos que un acuerdo que niegue la competencia objetiva o funcional, atribuyéndosela a la Audiencia, siempre será susceptible de recurso, y en cualquier caso, tratándose de materia de orden público, no disponible, una vez puesto de manifiesto ante este Tribunal, es ineludible adoptar las me-

didias legalmente previstas para resolver cuanto antes la cuestión, de acuerdo con lo dispuesto en el 52 de la LOPJ, de manera que se cumplan las previsiones legales y queden debidamente tutelados los intereses de las partes, con la efectiva ejecución de lo acordado en sentencia sobre el pronunciamiento de costas.

Por otro lado, decidida en cada caso la competencia, el titular del Juzgado tendrá el deber de controlarla de oficio de manera que ni directa ni indirectamente se pueda llegar a plantear cuestión sobre la misma, prohibida por la Ley”.

entrevista a...



SANTIAGO HURTADO IGLESIAS

por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Santiago Hurtado Iglesias, actual Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, nació en Madrid el 24 de octubre de 1974. Se licenció en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y desde el año 2002 es abogado del Estado. Entre los años 2006 y 2007 desempeñó el cargo de abogado del Estado-jefe en el Ministerio de la Presidencia, con responsabilidad sobre la asesoría jurídica de la Vicepresidencia del Gobierno y del Ministerio de la Presidencia, así como de sus organismos autónomos. Elaboró numerosos informes sobre la normativa aprobada después por el Consejo de Ministros. Entre 2004 y 2005 fue vocal-asesor jurídico del Departamento de Asuntos Institucionales del Gabinete del presidente del Gobierno. Durante esta etapa participó en la elaboración de importantes Acuerdos, Reales Decretos y Proyectos de Ley presentados al Consejo de Ministros. Ejerció como abogado del Estado para la Delegación del Gobierno en Madrid (2002-2004) y para el Tribunal Superior de Justicia y Juzgados de Madrid (2002-2007).

¿Conoce usted nuestra Asociación y qué opinión le merece?

Por supuesto, la conozco como uno de los referentes en este sector. Sobre todo a través de su magnífica revista que nos sirve para tener conocimiento de los aspectos más relevantes en este mundo y de los problemas que preocupan a los operadores desde una perspectiva jurídica y profesional. Además, algunos de sus miembros participan en grupos de trabajo que actualmente están en funcionamiento de manera activa, aportando ideas y propuestas con rigor y muy estudiadas.


Podría decirnos cuáles son los aspectos más importantes que se están teniendo en cuenta en la Reforma de la Ley del Contrato de Seguro?

El anteproyecto de nueva Ley de contrato de Seguro trata de actualizar una legislación que

salvo por pequeñas modificaciones derivadas de la transposición de directivas, permanece estable desde hace más de treinta años. Para la reforma se ha partido de trabajos previos elaborados para una actualización que se han considerado suficientemente fundados y que nos han llevado a acometer no una mera reforma parcial, sino una nueva regulación completa. El proyecto mantiene la estructura y grandes principios de la Ley de 1980, sin embargo la entidad de las reformas aconsejan no parchear la Ley, sino redactar una nueva. Uno de los ejes esenciales es la incorporación de la protección al usuario y consumidor. La Ley de Contrato de Seguro fue pionera en este campo, pero hoy se ha visto superada y es necesario integrar ambos sistemas para que no se produzcan desajustes. El avance tecnológico también debe ser tenido en cuenta para evolucionar hacia un sistema menos formalista. Hoy día tenemos sistemas que nos permiten garantizar y dotar de seguridad jurídica a este contrato sin recurrir exclusivamente a la formalización por escrito. Este cambio reducirá costes, sin mermar en absoluto las garantías para los contratantes. Igualmente debíamos dar cobertura legislativa a nuevos tipos de contratos que no estaban recogidos y que son ampliamente demandados. La introducción como regla general del sistema de oferta y respuesta motivada, que tan buenos resultados está dando en el seguro del automóvil, es también una de las grandes novedades del proyecto que, con los necesarios ajustes, mejorará la satisfacción de los usuarios. A nuestro juicio, todo ello, junto con la necesaria adaptación a los criterios jurisprudenciales, justifica una nueva ley del contrato de seguro.

¿Qué objetivo principal busca satisfacer dicha Reforma?

Como he dicho, la actualización y una mayor protección al asegurado sin alteración de las reglas básicas vigentes. El sector del seguro es clave en nuestra economía y la alteración de la normativa que lo rige debe hacerse con prudencia y con el máximo consenso posible. Los trabajos del proyecto nos están permitiendo valorar las preocupaciones jurídicas del sector y creo que la dilatada fase de trabajos prelegislativos ha dado como fruto la convicción de la necesidad de la reforma. Todos los sectores implicados son conscientes de la necesidad de mejorar algunos aspectos de la ley y asumen que la actualización en sí misma es un valor añadido para el Seguro. La reforma tiene como objetivo básico esa actualización y el avance en las garantías para los asegurados.



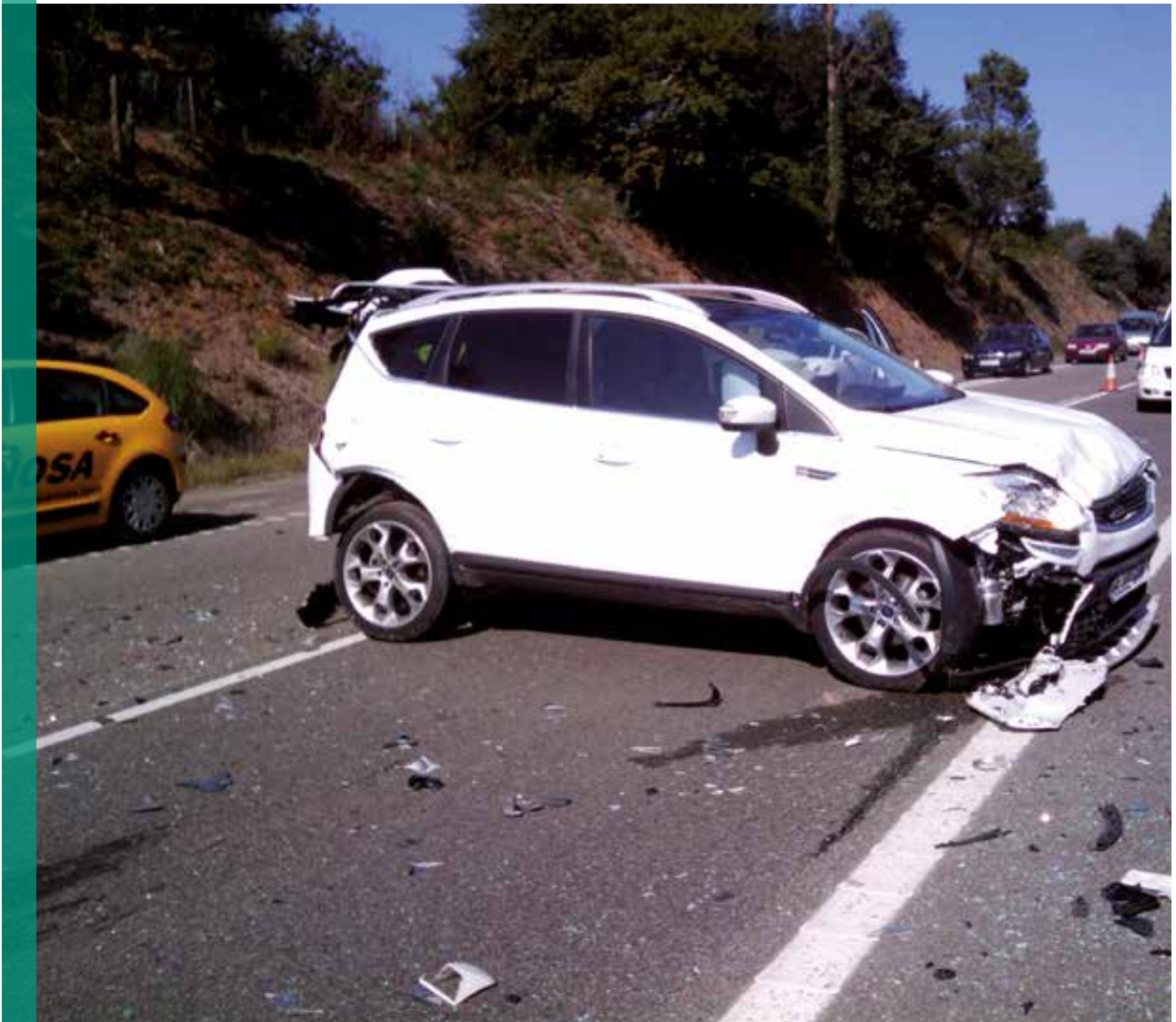
«El proyecto de Ley de Contrato de Seguro mantiene la Ley de 1980, sin embargo la entidad de las reformas aconsejan no parchear la Ley, sino redactar una nueva. Uno de los ejes esenciales es la incorporación de la protección al usuario y consumidor. La Ley de Contrato de Seguro fue pionera en este campo, pero hoy se ha visto superada y es necesario integrar ambos sistemas»



«Mantiene la estructura y grandes principios de las reformas aconsejan no parchear la ley, sino la incorporación de la protección al usuario que es pionera en este campo, pero hoy se ha visto temas para que no se produzcan desajustes»

¿Se va a dar más protagonismo al Arbitraje en el sector del seguro?

El Ministerio de Justicia tiene entre sus objetivos esenciales la potenciación de los sistemas alternativos o complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos o controversias. La cuestión básica es que estos medios parten de la voluntariedad en su asunción. No cabe arbitraje obligatorio, sino que debe ser asumido voluntariamente por las partes. En el caso de la mediación se permite su imposición, pero no para conseguir el acuerdo, sino su intento; es decir, la idea es la misma, sólo se puede mantener una mediación en cuanto las partes lo quieran. Creemos que en el ámbito del seguro, estas instituciones tiene mucho recorrido por lo que debemos trabajar en su fomento y conocimien-



to por el sector. Los beneficios, en cuanto a ahorro de costes económicos y de tiempo, justifican el desarrollo de ambas instituciones en los últimos tiempos. Por supuesto, el sector del seguro es idóneo para que el arbitraje y la mediación cobren mayor protagonismo.

¿Cree que se van a adoptar soluciones a través de la citada Reforma que refuercen la situación del asegurado?

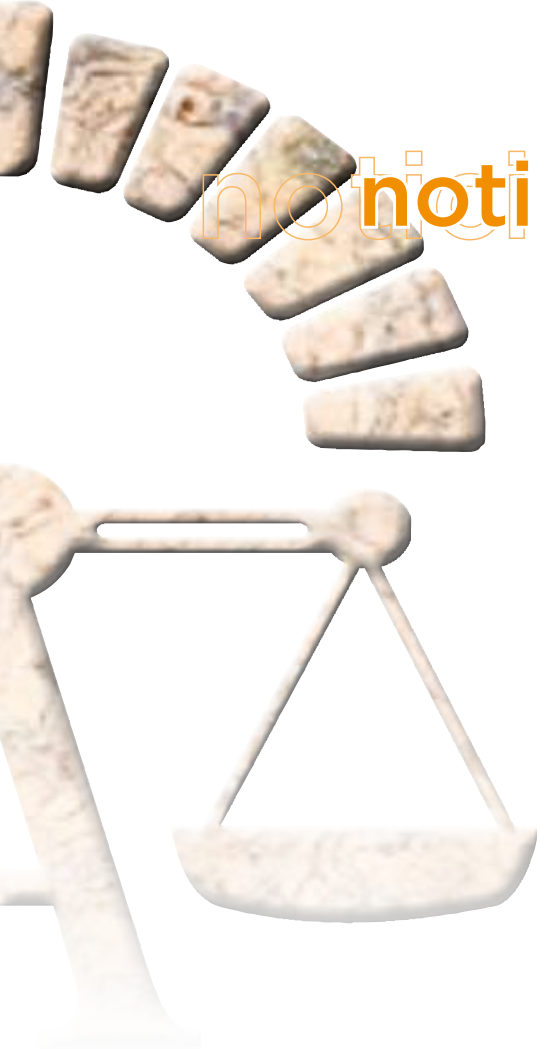
El régimen de oferta y respuesta motivada es un elemento clave para reforzar la situación del asegurado. Así mismo, la introducción de la normativa de protección a los usuarios y consumidores con carácter supletorio cubre las posibles lagunas de las que pudiera adolecer la normativa del seguro. No obstante, creo que la actualización normativa y la clarificación normativa de algunas cuestiones mejora la situación del asegurado en general, pues ofrece un marco más

sencillo y previsible en sus relaciones con las aseguradoras.

Por último, ¿qué otras modificaciones legislativas deberían acompañar a ésta para conseguir de forma efectiva los objetivos de la misma?

Son dos las que acompañan esta reforma. Por un lado, la nueva Ley de supervisión de los seguros privados, que ya está en el Congreso de los Diputados. Por otro, la reforma del sistema de Baremo incluido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Sobre éste último, saben que existe un grupo trabajando desde hace casi un año y en el que, por primera vez, se cuenta directamente con los representantes de las víctimas, así como con vuestra Asociación. Creo que la necesaria actualización del sistema concluirá la actualización y modernización global y completa de un sector estratégico como es el de seguro.

noticias y actividades



→ XI CONGRESO NACIONAL. CÓRDOBA, MAYO 2011



Andrés Cid Luque, vicepresidente de nuestra Asociación, junto al presidente de la AP de Córdoba, Eduardo Baena Ruiz, el decano del Colegio de Abogados de Córdoba, José Luis Garrido Jiménez, el fiscal jefe de la AP de Córdoba, Juan Antonio Martín Caro, y nuestro compañero Enrique Montero, justo antes de la inauguración del Congreso.

La decimoprimer edición de nuestro Congreso Nacional, celebrada el pasado mes de mayo en Córdoba, fue todo un éxito tanto desde el punto de

vista organizativo, como de los contenidos que se desarrollaron a lo largo de las diferentes ponencias. El Congreso se inició con la ponencia sobre “Se-

lección de aspectos problemáticos acerca de las diferencias y últimos acercamientos entre las jurisprudencias civil y social en materia de accidentes labo-



rales”, un trabajo realizado por nuestro miembro de honor **Mariano Yzquierdo Tolsada**.

La segunda de las ponencias estuvo desarrollada por **Pedro José Vela Torres**, magistrado de la Audiencia Provincial de Córdoba, quien abordó el tema de *“La culpa extracontractual en la Responsabilidad civil de los Administradores de Sociedades Mercantiles”*.

El tercer trabajo fue expuesto por **Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que realizó un gran análisis de la *“Responsabilidad civil de los delitos dolosos”*.

A continuación tuvo lugar un estudio completo sobre *“La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad*





civil del abogado”, que desarrolló **Juan Antonio Xiol Ríos**, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

La quinta de las ponencias trató sobre “*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*”, y estuvo a cargo de **Fernando Pantaleón Prieto**, catedrático de Derecho Civil.

La penúltima ponencia presentada se tituló “*El lucro cesante causado por la lesión permanente en el sistema valorativo de la Ley 30/1995: un paso abierto, con enorme estrechez, para reparar solo una fracción del lucro cesante por venir. Análisis de la STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 2010*”, y la expuso el presidente de nuestra Asociación **Mariano Medina Crespo**.

La última de las exposiciones versó sobre “*La responsabilidad del prestador de servi-*

cios en la legislación de consumidores y usuarios”, estando realizada por **Manuel Rebollo Puig**, catedrático de Derecho Administrativo.

Sin duda, este congreso de la Asociación ha servido para incrementar nuestros conocimientos, conviviendo y compartiendo nuestras experiencias profesionales de todo el año en un marco incomparable, gracias a la magnífica labor que han llevado a cabo los compañeros de Córdoba, **Andrés Cid Luque**, vicepresidente de nuestra Asociación, **José Luis Garrido Jiménez**, decano del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, **José M.ª Sánchez Aroca**, **Ignacio Martín Sánchez-Palencia**, **Raquel del Moral Cejas**, **Enrique Montero Fuentes-Guerra**, **Alfonso Carbonell Porras**, **Lourdes Cano García**, **Mariano del Rey Alamillo** y **José Carlos de los Ríos Romero**, a quienes le agradecemos su esfuerzo y dedicación



→ **ACTA DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, CELEBRADA EN CÓRDOBA EL DÍA 5 DE MAYO DE 2011.**

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 2 de Octubre de 2010, correspondiente al X Congreso.

A continuación por José María Hernández-Carrillo Fuentes, Secretario de Actas-Tesorero de la A.E.A.E.R.C y S, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en Alcudia (Palma de Mallorca) el pasado 2 de octubre de 2010, que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º.- Informe de actividades y gestión.

Por el Secretario General de la A.E.A.E.R.C.y S, Sr. López y García de la Serrana, se informa de la presencia formal y activa de la Asociación en el "Comité de Reforma del Baremo" al par que tanto él como Mariano Medina Crespo nos trasladan el trabajo ya hecho y perspectivas de progreso, resultando de auténtico interés, y constatando la importancia de formar parte de la génesis de esta Ley.

Se da cuenta asimismo de la asistencia a mediados del mes de marzo al Congreso de Responsabilidad Civil celebrado en Ciudad Real; la tradicional -y esperada- jornada anual en Málaga, se postpone para el mes de noviembre.

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la revista ya en el número 37, y su alta valoración por la comunidad doctrinal, jurisdiccional, y en general de juristas, de España.

Se pone de relieve asimismo el acceso a la jurisprudencia desde la página Web, y su utilidad, y finalmente, la Jornada celebrada en Granada el 1 de Abril de 2011 con motivo del acto de entrega de la Cruz de San Raimundo de Peñafort a Don Javier López y García de la Serrana, que éste interpreta y acepta como una distinción que se hace a la Asociación, más que a su persona.

Se da la enhorabuena unánime al compañero Don Andrés Cid Luque y sus colaboradores por la labor meritoria realizada en el Congreso de Córdoba en 2011 -que de antemano prometía ser un éxito en respuesta al esfuerzo realizado-.

3º.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año de materialización in situ de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta Don José María Hernández-Carrillo Fuentes, es de un año a otro delegada por este en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente entregadas por Doña Celia Pita Piñon, constan detalladas en la zona privativa de los socios en la página Web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general. Son no obstante detalladas por el Secretario General, y aprobadas por unanimidad.

4º.- Presupuesto de 2012.

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

5º.- Congreso del próximo año y años venideros.

6º.- Renovación de Cargos.

En orden a las vocalías se faculta al Presidente para la elección del vocal de Baleares.

7º.- Ruegos y preguntas.

El asociado Sr. Pérez Tirado plantea si el colectivo de Asociaciones de Víctimas -que representaría introducir links a la web de la Asociación con preguntas, autorizándose la propuesta.

El próximo Congreso, el XII, tendrá lugar en Cádiz del 21 al 23 de Junio de 2012 exponiéndolo el compañero Fernando Estrella.

Se aprueba la postulación -provisional- de Valencia para 2013, mencionándose a continuación la posibilidad de Las Palmas.

Terminado lo cual, por el Sr. Presidente se da por concluida la XI Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad y Seguros.

→ **MARIANO MEDINA CRESPO, MIEMBRO DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA ELABORACIÓN DEL INFORME SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN**



MINISTERIO
DE ECONOMÍA Y HACIENDA
MINISTERIO DE JUSTICIA

Orden comunicada de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia por la que se constituye una Comisión de Expertos a fin de informar sobre la modificación del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación recogido en el Anexo del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor en 1995 del sistema legal de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que figura actualmente como anexo en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, así como el conjunto de reformas que en el ámbito comunitario se han emprendido en relación con el seguro del automóvil, tendentes todas ellas a incrementar la protección a las víctimas mediante la garantía de una indemnización suficiente, justifican la conveniencia de estudiar la revisión del sistema legal valorativo a fin de introducir, si procediera, las modificaciones pertinentes.

El sistema legal valorativo requiere un reforzamiento de sus normas de aplicación que permitan superar las dudas y dificultades interpretativas que se han venido planteando. La reforma debe inspirarse y respetar los principios básicos de la indemnización del daño corporal; básicamente el de la integridad de la reparación para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente; y el de la integración que consiste en la necesidad de separar la valoración de los daños extrapatrimoniales de la valoración de los daños patrimoniales, y dentro de cada clase separar los diferentes subconceptos de daño, sin solapamientos ni lagunas, superando el recurso a la valoración global del daño moral y los perjuicios económicos. En todo caso, el sistema legal valorativo debe ser un instrumento eficaz para facilitar una cuantificación ágil y cierta de la indemnización y una consecución rápida de acuerdos entre las partes.

Atendiendo a estas cuestiones, los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia han venido trabajando conjuntamente con representantes de los sectores afectados, concluyendo en la necesidad de un análisis sistemático sobre la reforma del sistema legal valorativo. De esta primera aproximación, ha surgido la conveniencia de constituir un grupo de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, integrado por un número reducido de expertos en la materia y representantes de los sectores afectados.



Por todo ello, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda en uso de las facultades previstas en el artículo 40 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado,

DISPONGO:

Artículo 1. *Constitución de la Comisión de expertos.*

Se constituye una Comisión de expertos con el objeto de elaborar un informe sobre la modificación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que figura como anexo en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Artículo 2. *Composición de la Comisión de expertos.*

1. La Comisión de expertos estará integrada por los siguientes miembros:

Presidente:

D. Miquel Martín Casals, Catedrático de Derecho Civil.

Vocales:

Dña. Elena Agüero Ramon-Llín, Fiscal Adjunta al Fiscal Especial de Seguridad Vial, quién ejercerá las funciones de Secretaría de la Comisión.

D. Alejandro Izuzquiza Ibáñez de Aldecoa, Director de Operaciones del Consorcio de Compensación de Seguros.

D. Manuel Mascaraque Montagut, en interés de la Asociación Empresarial del Seguro (UNESPA).

D. Mariano Medina Crespo, Abogado, Presidente del grupo de trabajo de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguro (SEAIDA) y de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

D. José Pérez Tirado, Abogado, en interés de las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico.

D. Agustín Gómez Salcedo, Magistrado.



2. Por Resolución conjunta del Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia y del Director General de Seguros y Fondos de Pensiones, se podrá sustituir a los expertos integrantes de la Comisión en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad de los mismos.

3. A propuesta del Presidente de la Comisión, en función de la índole de los temas a tratar, podrán asistir otras personas que actúen como asesores.

Artículo 3. *Funcionamiento.*

1. La Comisión actuará en pleno, constituyéndose por mayoría de sus miembros.

2. La Comisión aprobará las normas por las que ha de regirse su funcionamiento.

En todo lo no previsto en sus normas de funcionamiento, ajustará su actuación a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en materia de actuación de órganos colegiados.

3. Para el adecuado funcionamiento de la comisión, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, podrá prestar las tareas de apoyo. La Comisión podrá reunirse cuantas veces considere conveniente en las instalaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

4. Los miembros de la Comisión no percibirán retribuciones como consecuencia de la asistencia a reuniones, o por la realización de trabajos para aquéllas.

Artículo 4. *Informe sobre el avance de los trabajos de la Comisión.*

La Comisión de expertos facilitará a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda con la periodicidad que estime conveniente y al menos una vez al trimestre información sobre el grado de avance de su trabajo y las conclusiones preliminares.

Artículo 5. *Informe final de la Comisión de expertos.*

La Comisión de expertos hará entrega de su informe final a los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia en el plazo máximo de un año desde la fecha de esta orden.



Artículo 6. *Finalización de los trabajos de la Comisión.*

La Comisión creada por esta orden finalizará sus actuaciones y se extinguirá una vez elaborado el informe al que se refiere el apartado anterior.

Lo que comunico para su conocimiento y efectos.

Madrid, 12 de julio de 2011.

LA MINISTRA DE ECONOMIA Y HACIENDA

Elena Salgado Méndez

EL MINISTRO DE JUSTICIA

Francisco Caamaño Domínguez

Sres. Director General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia y Presidente de la Comisión de expertos.



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

