

nº 41

Primer Trimestre. Año 2012



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

**La mediación en  
conflictos de  
Responsabilidad  
Civil**

---

**El lucro  
cesante  
causado por la  
incapacidad  
permanente y  
por la muerte**

---

**Implementación de  
I+D+i en la  
reconstrucción  
técnica de  
accidentes**

---

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)



ITRASA

INVESTIGACION TECNICA Y  
RECONSTRUCCION DE ACCIDENTES

ITRASA INVESTIGACIÓN S.L.

INVESTIGACION Y RECONSTRUCCION DE  
ACCIDENTES DE TRÁFICO Y LABORALES.

WWW.ITRASA.COM

ITRASA@ITRASA.COM



ITRASA **Vista del Testigo2**



Velocímetro del focus

Se produce una deceleración  
motivada por la  
deformación y arrastre



ITRASA



**“ LO INTELIGENTE NO ES POSEER EL CONOCIMIENTO  
ABSOLUTO, SINO SABER UTILIZAR LO QUE SE CONOCE”**



**94 641 24 12**


687 27 79 10 • 687 27 79 11

www.itrasa.com • itrasa@itrasa.com



**nº41**

Primer Trimestre. Año 2012



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

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

# SUMARIO REVISTA Nº 41

## EDITORIAL

Cádiz, liberal y mercantil

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

## DOCTRINA

- La mediación en conflictos de Responsabilidad Civil

*Gonzalo Iturmendi Morales*..... 9

- El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte

*Juan Antonio Xiol Ríos*..... 41

- Implementación de I+D+i en la reconstrucción técnica de accidentes

*Pedro Gutiérrez García-Diego*..... 69

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 6 de febrero de 2012.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Acción de subrogación de la entidad aseguradora del establecimiento perjudicado por el incendio ocasionado en un semirremolque frigorífico, que se encontraba parado mientras realizaba labores de descarga. Se determina la responsabilidad tanto del conductor como de la compañía aseguradora del semirremolque por considerar que los hechos estaban cubiertos por el seguro obligatorio, al entenderse que el estacionamiento de un vehículo tiene la consideración de hecho de la circulación..... 77

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 27 de febrero de 2012.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Reclamación de indemnización de daños y perjuicios al fabricante por los daños causados por la rotura de la prótesis implantada al demandante para el tratamiento de su enfermedad coronaria. Se condena a la entidad demandada al abono de la cantidad 92.455.20 euros al estimar la falta de prescripción de la acción, por considerar como pertinente el inicio del cómputo el momento en que se produjo la resolución de incapacidad dictada por el INSS, y no el momento del alta médica..... 91

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 26 de marzo de 2012.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada por el primo hermano de la víctima que convivía con ella en régimen de acogimiento familiar. Atribución de la condición de perjudicado al demandante por analogía con la situación legal de los hermanos menores de edad convivientes con la víctima (Grupo IV de la Tabla I del Anexo), al entender que dicha legitimación de los hermanos menores proviene de la necesaria convivencia de la víctima..... **99**
  
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 29 de marzo de 2012.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Intoxicación de las trabajadoras de un hotel que participaron en la limpieza del mismo tras su fumigación. Desestimación de la reclamación presentada por importe de 1.513.459,83 euros por la empresa hotelera contra la empresa fumigadora reclamándole las cantidades abonadas a las perjudicadas por diversos conceptos. Inexistencia de relación de causalidad entre la acción y el resultado lesivo, al no resultar procedente la aplicación de la doctrina del riesgo..... **111**

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia del Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de febrero de 2012.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Posibilidad del asegurado a compeler a la aseguradora para el sometimiento a arbitraje en relación a cualquier vicisitud que pudiera surgir en el contrato de seguro de defensa jurídica. Estimación de la acción declarativa del derecho del asegurado a someter la controversia surgida con su aseguradora al instituto del arbitraje, sin que pueda apreciarse la excepción de cosa juzgada por cuanto la solicitud de arbitraje no fue aceptada por la aseguradora..... **121**

## PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José Mª Hernández-Carrillo Fuentes..... **125**

## ENTREVISTA A...

José Miguel Castillo Calvín

Por Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán..... **133**

## NOTICIAS

- ➔ Jornada médico-jurídica. Sistema legal de valoración del Daño Corporal. Actuales deficiencias y propuestas de mejora. Málaga, 26 y 27 de enero de 2012..... **137**

**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.  
Tlf. 958 292 739 • info@aeroprint.es*

**IMPRIME:**

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

**D.L. GR-1228/02**

**ISSN 1887-7001**



[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

## Cádiz, liberal y mercantil

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

uno de los principales puertos de la Península y la puerta de entrada a las Españas de Ultramar.

En Cádiz se fue gestando una clase media al abrigo del comercio que no era ajena a las ideas de ilustración y libertad que desembarcaban en la ciudad y recorrían sus calles. Cádiz era un hervidero de gentes, de comercio y productos de ambos hemisferios, pero también de ideas que traían vientos de cambio.

Tras la jornada del 2 de mayo de 1808 en Madrid, el pueblo español, ya sin sus Reyes, se levanta en pie de guerra contra el ejército invasor y se constituyen las Juntas de Defensa en las ciudades que después pasan a unirse en una Junta Central que asume todos los poderes soberanos para establecer un gobierno unitario. Ante la amenaza de la guerra, la Junta Central se traslada a Cádiz, seguida de burgueses, liberales, funcionarios e intelectuales que se suman a la población de la ciudad. Es así como prende la mecha, como se gesta el genio de la nación, una Nación ofendida y ocupada que no se rinde, que se reconoce a sí misma como pueblo y que en Cádiz, con el apoyo de la burguesía y de las fuerzas liberales, se constituye en Cortes Generales y Extraordinarias, haciendo un llamamiento a los españoles de los dos hemisferios para comenzar una nueva andadura hacia el futuro.

Los diputados a Cortes hacen el juramento en el Teatro de la Isla de León (San Fernando) el 24 de septiembre de 1810. De un total de 305 diputados, 60 eran abogados, siendo más de la mitad de los diputados, profesionales liberales y funcionarios. Meses más tarde se nombraría una Comisión Constitucional, comenzando los trabajos para la redacción de la Carta Magna. Desde el inicio de los debates, se quiso definir la Nación Española, quedando consensuada en los tres primeros artículos del Título Primero: "1.-

**E**l 19 de marzo de 1812, día de San José, los ciudadanos de Cádiz congregados a las puertas de la iglesia de San Felipe Neri saludaban con júbilo la promulgación de la primera Constitución Española, conocida popularmente como "La Pepa". La situación era difícil para la Nación, las tropas napoleónicas ocupaban la Península Ibérica desde 1808, la mecha de la guerra había prendido en todas las poblaciones contra los invasores franceses, que pronto habían comprendido que esta no sería una campaña fácil como presuponían, España había sido invadida pero no se rendía.

Solo una ciudad se había mantenido inexpugnable, Cádiz, que al abrigo de su situación casi insular y bajo los continuos bombardeos franceses se había erigido en el bastión de los patriotas que trataban de consolidar la Nación Española, en torno a un texto que plasmase las libertades civiles de un pueblo, que se reconocía soberano y que no se sometía a ningún poder extranjero. No fue por casualidad que Cádiz ocupase una vez más, un papel protagonista en la historia. Esta ciudad de 4.000 años de antigüedad, que había albergado en su seno a todas las culturas, era a principios del siglo XIX

La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios. 2.- La Nación española es libre e independiente y no puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona. 3.- La soberanía reside esencialmente en la Nación". Se estableció así mismo de manera taxativa la igualdad jurídica de todos los españoles, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a un proceso público y la abolición de la tortura en los interrogatorios, quedando fijada también la libertad de imprenta.

El sistema del Antiguo Régimen fue desmontado y se fijó una nueva planta de cambio con la división de poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El poder legislativo fue atribuido a las Cortes, cuyos diputados eran elegidos por sufragio masculino indirecto. El poder ejecutivo se atribuía al Rey, cuyo poder era nominal ya que solo firmaba los decretos del Gobierno. El poder judicial fue convenientemente delimitado, para evitar la injerencia de los otros dos en éste causando arbitrariedades.

Las exigencias de este nuevo orden requerían una nueva Administración, que se organizó en torno a los Ayuntamientos, las Diputaciones Provinciales y la Administración Estatal, siendo nombrados nuevos funcionarios para todos los cargos. También se reorganizó el ejército cuya oficialidad debía estar compuesta por españoles, suprimiendo las pruebas de nobleza. Los ciudadanos tenían a su vez el deber del amor a la Patria, de contribuir para el sostenimiento del Estado y de la defensa de la Patria con las armas (aunque los hijos de los propietarios podían sustraerse de este deber pagando una cantidad).

La Constitución recogía también una serie de artículos que pretendían sentar las bases de un futuro Estado mercantil y burgués, aboliendo los señoríos y promoviendo la privatización del ingente patrimonio real, los bienes comunales y los eclesiásticos. Finalmente la cuestión religiosa quedó plasmada en la Carta Magna con la declaración de confesionalidad del Estado, siendo la religión católica la única permitida y quedando definitivamente abolida la Inquisición.

Los territorios de ultramar organizados en Capitanías y Virreinos tomaron gran importancia al producirse un vacío de poder con el inicio de la Guerra de la Independencia, La Junta Central ya en 1809 igualaba las provincias americanas con la metrópoli, con lo que dejaban de ser consideradas como meras colonias. La ocupación peninsular obligó a pedir ayuda, siendo indispensable la contribución de América a la hacienda peninsular. Una vez constituidas las



Cortes, se nombraron diputados por representación de las provincias de ultramar entre los indianos residentes en España como suplentes.

La Constitución de 1812, más que una constitución española ha sido reconocida como una constitución hispánica, y es esencial señalar que por primera vez en la historia se concedía la ciudadanía a todos los seres humanos sin distinción de raza. Pero toda esta obra quedó truncada por el decreto del 4 de mayo de 1814, donde el rey Fernando VII declara "nulos y de ningún valor y efecto" la Constitución y los demás decretos de dichas Cortes. La Constitución de Cádiz tuvo una corta vida (1812-1814), siendo rescatada nuevamente durante el Trienio Liberal (1820-1823), pero pese a las grandes esperanzas liberales su aplicación fue muy limitada. Las provincias de ultramar que habían cifrado sus esperanzas de autonomía en la Constitución de Cádiz y su desarrollo, estallaron en guerras civiles y movimientos





independentistas que terminaron con la creación de las diferentes Repúblicas americanas, que tomaron como modelo la Carta Magna de 1812, manteniéndose fieles a España las posesiones de Cuba, Puerto Rico y Filipinas. Pese a todo, la semilla progresista plantada por la Constitución de Cádiz de 1812 florecería en otros textos y en otras revoluciones, porque el proceso del cambio era ya impararable.

Por todo lo expuesto, este año era obligado aprovechar el bicentenario de esta efemérides para celebrar en Cádiz el esperado Congreso Nacional que anualmente organiza nuestra Asociación, que tendrá lugar durante los días **21, 22 y 23 de junio de 2012**. Y es que esta ciudad de origen fenicio, conocida por sus famosos carnavales, enriquecedora donde las haya no solo por ser una de las más antiguas de Europa, sino por la cantidad de personajes ilustres que han dado a conocer el nombre de esta bella provincia en

el resto del continente, que pueden ir desde el escritor Rafael Alberti, el músico y compositor Manuel de Falla, políticos como Emilio Castellar, presidente de la I República española, así como los innumerables artistas de todas las numerosas disciplinas relacionadas con el mundo del canto, baile, literatura, etc. Pero sin duda, lo que hace de esta ciudad una de las más hermosas de la geografía española son sus incomparables playas, lo cual acompañado de un centro histórico con encanto, su clima inigualable, así como la calidez y alegría de sus gentes, harán que éste sea un congreso sin duda inolvidable.

En este marco incomparable se desarrollará como decimos el XII Congreso de la Asociación, que otro año más acogerá a los más ilustres abogados, magistrados, catedráticos y especialistas en materia de responsabilidad civil, que nos ilustrarán con interesantísimas ponencias y debates sobre la materia, todo ello, combinado con un programa lúdico-festivo que nos dejará disfrutar de esta ciudad tan maravillosa, de sus gentes y su clima inmejorable para la fecha.

Como cada año, a los asistentes se les hará entrega del libro de ponencias del congreso, un clásico ya que actualmente se encuentra en fase de impresión, en el que se recopilan todos los trabajos que se desarrollarán a lo largo del “Congreso de Cádiz”, el cual comenzará con una materia que tanto debate está suscitando en los últimos tiempos, como es la Incapacidad Permanente así como la incompatibilidad de la misma con otros factores, y quién mejor para abordar este tema que nuestro presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, **Juan Antonio Xiol Ríos**, quien otro año más nos honrará con su presencia desarrollando su ponencia “**El concepto civil de la Incapacidad Permanente y el Sistema de Valoración de daños corporales. Compatibilidad con otros factores**”.

Al segundo ponente que tendremos el honor de escuchar será el presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz, **Manuel Estrella Ruiz**, quien para esta ocasión ha realizado un exhaustivo estudio acerca de las “**Novedades en materia de Delitos contra la Seguridad Vial**”, en el cual se analizan de manera magistral las grandes modificaciones que se introdujeron con la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, así como las últimas novedades abordadas en esta materia por la última reforma del Código Penal a través de la Ley Orgánica 15/2007.

En el tercer trabajo se aborda una materia de gran actualidad como es la modalidad de indemnización a través de la concesión de

una renta periódica a la víctima, la cual se está empezando a optar por la jurisprudencia más reciente en materia de lesiones permanentes. Esta ponencia viene de la mano del presidente de nuestra Asociación **Mariano Medina Crespo**, quien hace un gran estudio reflexivo sobre la aplicabilidad de la referida modalidad indemnizatoria en su ponencia **“Reflexiones iniciales sobre la renta como modalidad resarcitoria”**, en el que se analiza la naturaleza de esta renta vitalicia así como su aplicabilidad.

A continuación nos encontraremos con el estudio realizado por **Jose Manuel de Paúl Velasco**, presidente de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, quien a lo largo del mismo trata el siguiente tema: **“Las costas en el Juicio de Faltas: Honorarios de los profesionales intervinientes”**. En dicho trabajo se estudia la posibilidad y procedencia de incluir entre las costas que ha de abonar el condenado en un juicio de faltas el importe de los honorarios del abogado, y en su caso de los derechos del procurador, así como la postura acerca del tema de la doctrina como de la praxis judicial.

La quinta ponencia incluida en este libro recopilatorio trata sobre **“Prevención y reparación de los daños derivados del ruido”**, la cual ha sido desarrollada por **Eugenio Llamas Pombo**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, quien realiza un análisis de las distintas vicisitudes que plantea el ruido como figura antijurídica, presupuestos para su apreciación, medios de prueba, legislación aplicable, así como las distintos mecanismos de resarcimiento que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

El sexto trabajo es un interesante estudio de la figura del consentimiento informado en la práctica médica, que realiza el magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, **Miguel Pasquau Liaño**, en su ponencia **“Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio”**. Partiendo de los antecedentes jurisprudenciales más significativos, en este estudio se sientan las bases sobre los parámetros que actualmente se tienen en cuenta por los Tribunales para determinar la procedencia y cuantificación de la indemnización del daño ocasionado por la ausencia o la insuficiente información prestada a un paciente.

La séptima intervención corresponde a **Jose Luis Seoane Spiegelberg**, presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña, quien aborda

el estudio de uno de los principios fundamentales del procedimiento judicial como es: **“La carga de la prueba del daño y su cuantificación”**, abarcando los aspectos más controvertidos que sobre dicha práctica se suscitan diariamente en los tribunales.

La última de las ponencias que se incluyen en este libro es la realizada por **Antonio del Moral García**, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, quien de una manera pragmática aborda las modalidades o técnicas de reparación o indemnización que pueden anudarse a las lesiones al honor, haciendo un estudio sobre la configuración del referido derecho constitucional y las respuestas que suelen dar los tribunales ante la vulneración del mismo, que denomina: **“Reparaciones e indemnizaciones derivadas de lesiones al honor”**.

Además de las ponencias reflejadas en este libro, tendrá lugar una novedosa mesa redonda en cuanto a su planteamiento, en la que se analizarán diversas cuestiones en materia de Derecho de la Circulación, pero desde el punto de vista y la experiencia de los magistrados y fiscales de Audiencia Provincial Cádiz, pertenecientes tanto de la jurisdicción penal como a la civil. En la misma participarán **Antonio Marín Fernández**, Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz, **Pablo Sánchez Martín**, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Cádiz, **Carmen Castrillón González**, Magistrada de la Audiencia Provincial de Cádiz y **Ángel Núñez Sánchez**, Fiscal de la Audiencia Provincial de Cádiz, que intentarán crear un foro de debate que enriquezca aún más el desarrollo de las ponencias.

Por último, quisiera agradecer a todos los autores que han participado en este libro de ponencias que se entregará en el “Congreso de Cádiz”, el interés que han puesto para conseguir un gran nivel doctrinal en todos sus trabajos, como personalmente ya he podido comprobar al leer los mismos para poder hacer el prólogo del libro, que como siempre se convertirá en un instrumento de trabajo imprescindible para poder refrescar en cualquier momento las consideraciones y reflexiones expresadas por los distintos ponentes en la exposición de sus trabajos. Espero que en este XII Congreso Nacional de la Asociación aprendamos, como en los once anteriores, conviviendo y compartiendo con los compañeros nuestras experiencias profesionales de todo el año.

*Abril de 2012*

## La mediación en conflictos de Responsabilidad Civil



**Gonzalo Iturmendi Morales**  
Abogado

### Sumario

---

#### 1. Introducción.

#### 2. Fundamentos de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil.

- 2.1. Noción, ámbito de aplicación, conceptos básicos, objetivos y finalidad.
- 2.2. Justificación legal.
- 2.3. Las partes en la mediación de conflictos de responsabilidad civil.
- 2.4. El mediador, requisitos para ejercer el cargo, derechos y obligaciones del mediador y responsabilidad del mediador.
- 2.5. Organización de la mediación.
- 2.6. Coste de la mediación y cobertura del contrato de seguro de defensa jurídica.

#### 3. Los principios informadores de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil.

- 3.1. Principios que afectan a la voluntariedad y libre disposición.
- 3.2. Principios que afectan a las buenas prácticas de la mediación, respeto mutuo, buena fe, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, inmediatez y presencialidad.
- 3.3. Secreto profesional y principio de confidencialidad.

#### 4. Procedimiento de mediación de conflictos de responsabilidad civil.

- 4.1. Cuestiones procesales y posible declinatoria.
- 4.2. Inicio del procedimiento y sesiones informativas.
- 4.3. Sesión constitutiva.
- 4.4. Desarrollo de las actuaciones de mediación.
- 4.5. Terminación del procedimiento.
- 4.6. El acuerdo de mediación y su formalización.

#### 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

Abordaremos a continuación el papel de la mediación de conflictos de responsabilidad civil, como sistema alternativo de resolución de conflictos en los diferentes órdenes jurisdiccionales, ante la multiplicación de los litigios en los que se plantea la declaración de la responsabilidad civil y consiguiente determinación de los daños y perjuicios.

Partimos de la idea de la necesidad de potenciar los «Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos», sin entrar en la discusión sobre la procedencia estratégica o no de esta forma de resolver los conflictos entre las partes en el campo específico de la responsabilidad civil, ante la realidad de la normativa vigente surgida tras el proceso originado en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004 que tenía entre sus objetivos: asegurar un mejor acceso a la justicia, una relación dinámica entre la mediación y el proceso civil, promover el recurso de la mediación como obligación de los Estados miembros de permitir a los órganos jurisdiccionales sugerir la mediación a las partes, relación con la organización de los sistemas judiciales de los Estados miembros y evaluación del impacto<sup>1</sup>. Como consecuencia de la referida propuesta, se dictó la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>2</sup>, cuyo objetivo es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la

resolución amistosa de litigios, promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

Con independencia del indudable arraigo histórico de la mediación de conflictos en España<sup>3</sup> y de la realidad cotidiana del ingente número de acuerdos extrajudiciales sobre reclamaciones a raíz de la ocurrencia de siniestros en los que interviene el seguro de responsabilidad civil, asistimos en España durante los últimos años a una creciente atención por parte de los poderes públicos del empleo de la mediación en la solución de distintos conflictos tanto en el plano legislativo como en el social. Prueba de ello son las numerosas comunidades autónomas que a lo largo de los últimos años han ido aprobando normas que contemplan la mediación de conflictos como una solución eficiente a los mismos. La disolución de las Cortes Generales ha supuesto que muchos proyectos normativos no vean finalizada su tramitación parlamentaria en la anterior legislatura, entre ellos el Proyecto de Ley de mediación de conflictos. El plazo concedido a los Estados miembros para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE finalizó el 21 de mayo del 2011<sup>4</sup>.

El 6 de marzo de 2012 se publicó en el BOE la esperada norma mediante el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos

<sup>1</sup> Téngase en cuenta el marco normativo inmediatamente anterior configurado por las siguientes disposiciones:

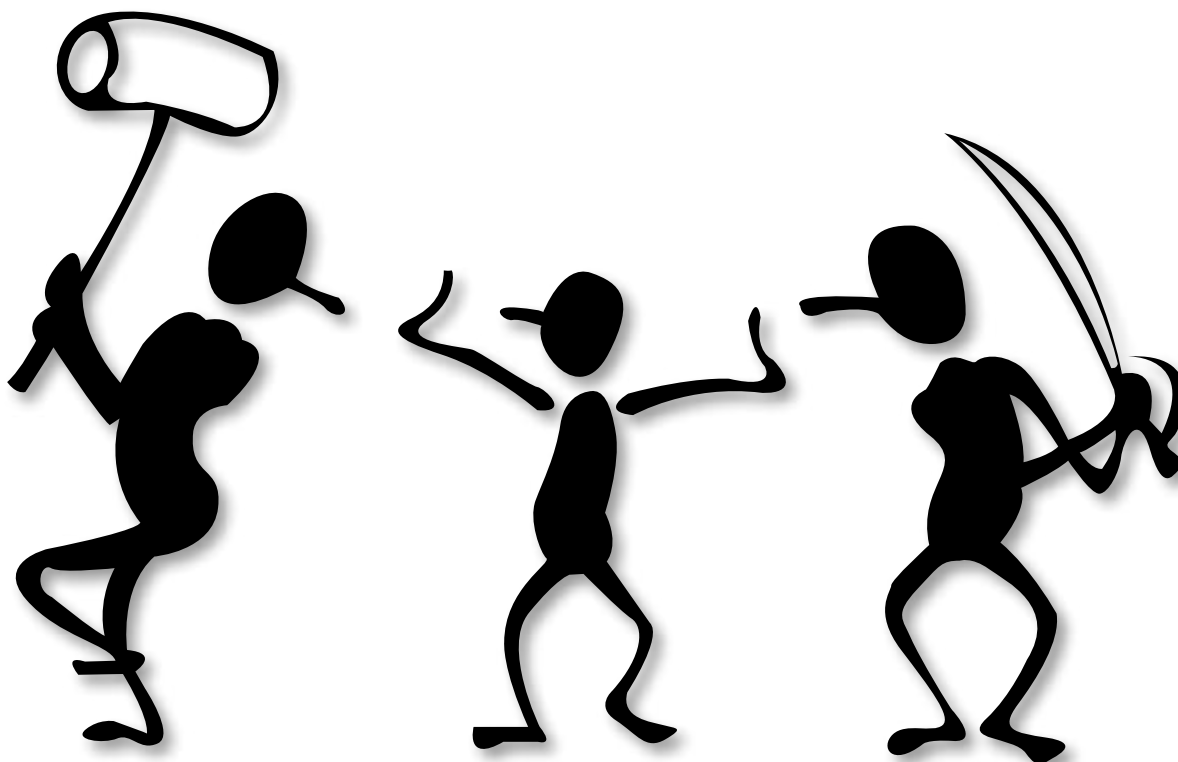
- Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985.
- Recomendación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.
- Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.
- Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
- Reglamento 44/2001/CE del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>2</sup> Sobre la emergencia europea de la mediación, v. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS y CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, *Derecho mercantil internacional: estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional*, Tecnos, 1995. ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, *Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Lex Nova, 2007. DEL CUVILLO CONTRERAS, IGNA CIO, *La Negociación y la Mediación*

como sistemas alternativos para la resolución de conflictos La Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Actualidad Civil*, N.º 1, Quincena del 1 al 15 Ene. 2010, pág. 3, tomo 1, Editorial LA LEY. CASO SEÑAL, MERCEDES. *Mediación*. Signo distintivo de Europa. La Directiva Comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Diario La Ley*, N.º 7046, Año XXIX, 31 Oct. 2008, Ref. D-309, Editorial LA LEY. ABOGADOS DE FAMILIA, N.º 51, Cuarto trimestre de 2008, Editorial LA LEY. CASADO ROMÁN, JAVIER. *La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho Comunitario*, *Diario La Ley*, N.º 7419, Año XXXI, 8 Jun. 2010, Ref. D-191, Editorial LA LEY. ORDOÑEZ SOLÍS, DAVID. *La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: «fuera de los tribunales también hay justicia»* *Diario La Ley*, N.º 7165, Año XXX, 30 Abr. 2009, Ref. D-154, Editorial LA LEY. DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN. *Presente y futuro del espacio judicial europeo en el ámbito civil y mercantil. El principio de reconocimiento mutuo*. *Práctica de Tribunales*, N.º 28, Junio 2006, Editorial LA LEY.

<sup>3</sup> V. GARCÍA GERBOLES/MUESMANN, “El entronque histórico-jurídico del concepto de mediación desde el Derecho Romano hasta la actualidad”, en CARABANTE MUNTADA (COORD.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, 2010, p. 23 y ss.

<sup>4</sup> Salvo lo dispuesto en su art. 10, sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes para la mediación, cuya fecha límite se cumplió el 21 de noviembre del 2010.



civiles y mercantiles<sup>5</sup> (en adelante RDL 5/2012) que incorpora al Derecho español<sup>6</sup> la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, norma que tiene previsto un desarrollo reglamentario para el control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos

<sup>5</sup> Corrección de errores del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE 16 Marzo 2012, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 56, de 6 de marzo de 2012, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones: En la página 18788, artículo 8, última línea, donde dice: «...lo dispuesto en el artículo 14.», debe decir: «...lo dispuesto en el artículo 13». En la página 18794, en el apartado 6 de la disposición final segunda, donde dice: «Se modifica la regla 2.ª del apartado 2 del artículo 206, ...», debe decir: «Se modifica la regla 2.ª del apartado 1 del artículo 206, ...».

<sup>6</sup> Mediante la Resolución de 29 de marzo de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

dos en el RDL 5/2012, para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en el RDL 5/2012 se podrá dar de baja a un mediador.

Esta norma se encuentra en el proceso de convalidación por el Congreso de los Diputa-

(BOE 11 Abril 2012), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución, el Congreso de los Diputados, acordó convalidar el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 56, de 6 de marzo de 2012, y corrección de errores publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 65, de 16 de marzo de 2012.

dos, pudiendo ser objeto de enmiendas que aclaren, completen o mejoren el actual texto. El marco normativo se ha de completar posteriormente con el desarrollo reglamentario en determinados aspectos que la propia norma ya anuncia, entre los que se encuentra la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir, así como el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores.

Posteriormente, antes del 21 de mayo de 2016, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva. El informe examinará el desarrollo de la mediación en la Unión Europea y el impacto de la Directiva en los Estados miembros. Si es necesario, el informe irá acompañado de propuestas de adaptación de la Directiva.

Analizaremos aspectos particulares de la mediación aplicados a la reclamación de responsabilidad civil y su aseguramiento, así como la incidencia de este sistema alternativo de conflictos del contrato de seguro y los principales problemas que surgen a raíz del ejercicio de la acción directa planteada por el tercero perjudicado frente a la entidad aseguradora del riesgo de responsabilidad civil, en base al art. 76 de la Ley de contrato de seguro. ¿Cómo encaja la mediación en reclamaciones de responsabilidad civil según los distintos órdenes jurisdiccionales? Al punto de partida de la necesaria predisposición de la víctima y del responsable causante del daño para alcanzar un acuerdo en la solución del conflicto, hemos de unir en este caso el papel que juega la entidad aseguradora que garantiza mediante un contrato de seguro de responsabilidad civil las consecuencias económicas de la reclamación y otras coberturas adicionales, como la cobertura de defensa jurídica.

## 2. Fundamentos de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil

La primera cuestión que debemos abordar se refiere a la procedencia o no del empleo de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil y en particular cuando exista un contrato de seguro que cubra este riesgo.

El ámbito de aplicación del RDL 5/2012 de mediación se extiende a las mediaciones en



asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito al RDL 5/2012, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

Se excluyen del ámbito de aplicación del RDL 5/2012, la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo.

La configuración del seguro de responsabilidad civil hace el asegurador quede obligado, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. El perjudicado o sus herederos pueden ejercer la



acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

Lo cierto es que las reclamaciones de responsabilidad civil se tramitan en todas las jurisdicciones. Sin embargo la exclusión del ámbito de aplicación del RDL 5/2012 la de la mediación penal, la laboral, la de consumo y con las Administraciones públicas, de acuerdo con el ámbito de aplicación de la Directiva comunitaria, no afecta a los conflictos que nazcan del ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la Ley de contrato de seguro formulado por el tercero perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil. Sabido es que la acción directa<sup>7</sup> del perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil supone la facultad que tiene el perjudicado por un siniestro para reclamar una indemnización directamente contra la entidad

<sup>7</sup> Direct action.

aseguradora de la persona que es responsable del daño.

Por lo tanto –a modo de ejemplo– es perfectamente factible un procedimiento de mediación de conflictos entre cualquier ciudadano que entienda que es acreedor a la exigencia de una indemnización frente a la Administración (por no tener el deber jurídico de soportar el daño) y la entidad aseguradora del seguro de responsabilidad civil/patrimonial que cubra los riesgos de una Administración asegurada por dicha aseguradora.

El empleo de la mediación de conflictos en la acción directa del perjudicado frente a la aseguradora supone la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal. Notemos que en la filosofía de los medios alternativos de solución de conflictos es más importante la flexibilidad del método de resolución y su eficacia para posibilitar soluciones útiles, ventajosas para las dos partes, que aseguren el mantenimiento de relaciones en el futuro y que pacifiquen los conflictos, que el efecto secundario de la reducción de la carga de trabajo para los tribunales.

Finalmente el RDL 5/2012 de mediación de conflictos en materia civil y mercantil resulta aplicable a los conflictos transfronterizos, cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable<sup>8</sup>. Sin embargo el texto legal resulta insuficiente en su actual redacción, ya que no contempla la problemática de los traslados de domicilio<sup>9</sup>; así, hubiera sido preferible que la norma contemplara también los supuestos de los cambios de domicilios sobrevenidos, en los casos en los que el proceso de mediación que se pactó en un primitivo contrato realizado cuando las dos partes tenían domicilio en el mismo Estado y en aquellos acuerdos alcanzados anteriormente.

<sup>8</sup> En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>9</sup> De hecho el art. 2.2. de la Directiva refleja el supuesto de traslado sobrevenido.



## 2.1. Noción, ámbito de aplicación, conceptos básicos, objetivos y finalidad

La resolución alternativa de disputas (ADR)<sup>10</sup> es la denominación comúnmente aceptada para referirse a las distintas formas de solución alternativa de conflictos, entre las que se incluyen figuras como la conciliación, la mediación, el ombudsman, la negociación o la transacción.

En el caso de la mediación se refiere a la resolución de conflictos y técnicas de los procesos que actúan como un medio para solucionar mediante acuerdo entre las partes y evitar los litigios en los órganos jurisdiccionales.

<sup>10</sup> Alternative Dispute Resolution.

Como indicaba el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, “en el presente Libro Verde, la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido. Por ello, las modalidades alternativas de solución de conflictos se designarán a continuación bajo el acrónimo que, en la práctica, tiende a imponerse universalmente: “ADR” por “Alternative Dispute Resolution”. No se incluían en el del ámbito de aplicación de aquel Libro Verde, los siguientes procedimientos:

- el arbitraje al ser un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial



que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia.

- el peritaje, que no es un sistema de resolución de conflictos, sino un procedimiento consistente en recurrir a un perito para apoyar un procedimiento judicial o de arbitraje, por ejemplo.

- los sistemas de procesamiento de demandas, puesto a la disposición de los consumidores por los profesionales. En tales procedimientos no intervienen terceros sino que se encarga de ellos una de las partes del conflicto.

- los «sistemas de negociación automática» sin intervención humana, propuestos por los prestarios de servicios de la sociedad de la información. Tales sistemas no son procedimientos de solución de conflictos con intervención de un tercero imparcial sino instrumentos técnicos destinados a facilitar la negociación directa entre las partes del conflicto<sup>11</sup>.

Por lo tanto los ADR, como señala el mencionado Libro Verde, se inscriben en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia. En este sentido los ADR desempeñan un papel complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo, los métodos aplicados en los ADR se adaptan mejor al carácter de los litigios. De esta manera las ADR pueden permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible entablar, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales<sup>12</sup>, un canal de comunicación entre las partes que se caracteriza por su flexibilidad, en el sentido de que,

<sup>11</sup> Libro Verde alternativas solución de conflictos civiles y mercantiles, en [http://www.mediacion10.org/Legislacion\\_files/LIBRO%20VERDE.pdf](http://www.mediacion10.org/Legislacion_files/LIBRO%20VERDE.pdf), última consulta 30 de abril de 2012. V. También el excelente trabajo “El libro blanco de la mediación en Cataluña” en <http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/libroBlancoDownloadCounter.php> y en [http://www.lLibreBlancDownloadCounter.php](http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/lLibreBlancDownloadCounter.php), en ambos casos última consulta 30 de abril de 2012.

<sup>12</sup> V. Libro Verde cit. pág 10, apartados 9 y 10: “Es particularmente conveniente hacer hincapié en el papel de las ADR como instrumentos al servicio de la paz social. En efecto, en las formas de ADR en que los terceros no toman ninguna decisión, las propias partes no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual incrementa para las partes la posibilidad de que las partes sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo”.

en principio, las partes son libres de recurrir a mediación, de decidir qué organización o qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que se vaya a seguir, de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y, por último, de decidir el resultado del procedimiento.

Los conceptos de mediación de conflictos y mediador se configuran por la Directiva 2008/52/CE, como un procedimiento llevado a cabo por un tercero neutral ajeno al conflicto, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador, alcanzando incluso el ámbito transfronterizo<sup>13</sup>:

“a) «mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio;

b) «mediador»: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”.

La finalidad de la mediación es facilitar el desarrollo de soluciones consensuadas entre las partes en disputa, mediante un proceso de mediación supervisado por un tercero neutral, cuya autoridad descansa en el consentimiento

<sup>13</sup> V. CASADO ROMÁN, JAVIER, La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho comunitario. Diario La Ley, Nº 7419, Sección Tribuna, 8 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-191, Editorial LA LEY FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS y CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, Derecho mercantil internacional: estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional, Tecnos, 1995. ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, Derecho Comunitario Europeo, Ed. Lex Nova, 2007. Finalmente, ROZENBLUM DE HOROWITZ, SARA, Mediación: convivencia y resolución de conflictos en la comunidad, Editorial Grao, 2007.

que las partes le dan para facilitar las negociaciones, sin que disponga de un poder de decisión independiente o legitimidad más allá del que las partes voluntariamente le otorgan.

La autonomía de la voluntad es decisiva en la mediación, así como la necesidad de hacer la mediación con calidad. En este sentido la directiva europea interpela a los Estados miembros para fomentar la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes. Exigencia de calidad que es compatible con los objetivos de flexibilidad y variedad procedimental a los que se refiere GARCÍA ÁLVAREZ con acierto y que a su vez pueden ser clasificados en sustantivos (en el caso que nos ocupa que se reparen los daños de forma adecuada), procesales (acabar la mediación en el tiempo previsto) y psicológicos (llegar a un acuerdo sin herir sin causar más sufrimiento y stress en las partes). “Los objetivos pueden ser establecidos por las partes, sus abogados, por una organización o por el mediador pero lo que se pretenda influirá en el proceso. Si, por el ejemplo, el objetivo es ahorrar tiempo y dinero, la mediación debe ser rápida y expeditiva, o al menos más rápida que sus posibles alternativas. Si el objetivo es realmente restablecer una relación, se requerirá más tiempo y se prestará más atención a los detalles personales de las partes. Si lo que se pretende es enseñar a las partes a cómo deben resolver sus disputas en el futuro, se deberán abordar tareas en el proceso que promuevan esta finalidad educativa. Los objetivos de la mediación dependen de muchos factores, y esta es una de las razones de su aceptación porque ofrece una diversidad de elección... La mediación no necesariamente tiene que tener unos objetivos delimitados y específicos, pero puede ser así: una empresa puede usar mediadores internos solo para conservar el ambiente laboral y ahorrarse el tiempo y el dinero asociado a una conflictividad prolongada y no resuelta. En una mediación penal, el mediador puede buscar reparación y reconciliación, no solo entre las partes, sino también en el seno de la comunidad. Los objetivos de las partes e incluso los profesionales del grupo que respalde la mediación se añadirán al espectro de resultados a perseguir”<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, ROSARIO. El juez como mediador. ¿Es conveniente? ¿Es posible? Diario La Ley, Nº 7721, Sección Doctrina, 24 Oct. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY. Menciona hasta ocho diferentes formas de conceptualizar la mediación: Puramente facilitadora, evaluativa, transformativa, burocrática, abierta o cerrada, activa o responsable, comunitaria y pragmática.

Podemos resumir los horizontes que configuran el marco normativo de la mediación de conflictos en los siguientes puntos. En primer lugar la obligación (sobradamente vencida en el tiempo en el caso de España), de los Estados miembros de desarrollar y en poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva europea, así como promover la formación de los mediadores y garantizar una mediación de calidad, con respeto por la confidencialidad en el proceso de mediación y garantía de que las partes no pierdan la posibilidad de acudir a juicio, quedando suspendidos los plazos para interponer una acción judicial durante el proceso de mediación. En segundo lugar la facultad de todo Juez para invitar a las partes en un conflicto para que intenten la mediación y si lo alcanzan, que los mismos adquieran carácter ejecutivo.

La aplicación de los elementos fundamentales de la mediación de conflictos –como patrón genérico– es perfectamente factible al campo específico de los conflictos de responsabilidad civil y su resarcimiento.

Notemos que el abanico de las modalidades de riesgos de responsabilidad civil es amplísimo: responsabilidad entre particulares, de empresas, por accidentes de trabajo, por accidentes de circulación, por daños causados por productos defectuosos, por daños al medio ambiente, por riegos del desarrollo, por errores u omisiones de profesionales y prestadores de servicios, por daños causados por el funcionamiento normal o anormal de las Administraciones, por incumplimientos contractuales, etc... Dado que el proceso de mediación debe adaptarse a la naturaleza de cada caso concreto y ante la indudable variedad de escenarios de responsabilidad civil y circunstancias fácticas de toda índole que pueden concurrir en cada conflicto, se impone un cierto grado de especialización por parte del mediador, así como el necesario auxilio pericial para esclarecer la identificación, análisis y evaluación de los conflictos planteados.

Por otro lado resulta imprescindible conocer los mecanismos básicos que subyacen en de la en todos los conflictos de responsabilidad civil. Así, encontraremos dos vectores que constituyen la estructura metodológica por la que debe discurrir el procedimiento de la mediación, por un lado la determinación de la existencia o no de responsabilidad (legal, precontractual, extracontractual, contractual, ex delicto, por hecho ajeno...) y por otro lado la determinación de

la cuantía indemnizatoria destinada a reparar el daño material o personal directo (incluso el moral), así como los perjuicios económicos derivados de dichos daños y en su caso el perjuicio económico patrimonial puro, que no precisa del previo daño material o personal.

## 2.2. Justificación legal

La mediación puede solucionar extrajudicialmente, de forma económica, rápida y sin causar daño a la reputación, gran cantidad de conflictos de responsabilidad civil que saturan los órganos jurisdiccionales, mediante procedimientos adaptados a cada modalidad de riesgo de responsabilidad civil y las necesidades de las partes.

El tomador del contrato de seguro de responsabilidad civil es consciente de que la contratación de un seguro es un sistema socialmente beneficioso para transferir financieramente este riesgo. Motivos económicos hacen ventajoso sustituir un riesgo incierto –el pago de una indemnización– por una cuantía previsible –la prima–; ello unido a el aumento del número de reclamaciones, así como de los necesaria especialización en materia de gestión de las mismas, hace recomendable la opción de solución de conflictos entre los reclamantes y la entidad aseguradora de responsabilidad civil en los distintos órdenes jurisdiccionales.

La Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 regula este contrato como un contrato de cobertura de riesgo, sin hacer distinción entre seguros civiles y mercantiles y sin atribuirle una u otra calificación jurídica, lo cual no ha impedido que tanto la doctrina como nuestros tribunales le hayan otorgado naturaleza mercantil en función de las circunstancias concurrentes. En el caso particular del seguro de responsabilidad civil resulta incuestionable su incidencia en los conflictos civiles y mercantiles, expandiéndose la disputa para la solución de los conflictos a todas las jurisdicciones.

El orden contencioso-administrativo es el competente en las reclamaciones que se dirijan conjuntamente contra la Administración Pública y su compañía aseguradora. No obstante –como ya señalamos– la posibilidad de ejercer la acción directa, prevista por el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, exclusivamente contra la compañía aseguradora de la Administración Pública, ante la jurisdicción civil.

La acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora de responsabilidad civil

de la Administración Pública es viable y se perfila como una opción eficiente. Así, el perjudicado puede acudir directamente contra el asegurador y cobrar la indemnización con mayor rapidez, reduce el riesgo de costas –el reclamante sólo se dirige contra un único demandado–, abarata los elevados costes de gestión de la tramitación de un procedimiento administrativo, disminuye el riesgo del fomento de los procedimientos penales contra el personal de las Administraciones Públicas por la mera expectativa de conseguir una indemnización en aquella vía jurisdiccional y el perjudicado puede conseguir una solución a su pretensión con mayor rapidez. La doctrina se ha manifestado partidaria de esta alternativa. “Entre las susceptibles de sometimiento a estos ADR, cita: las susceptibles de transacción, las encaminadas a la fijación de cuantías de indemnización, justiprecio, compensaciones o rescate, la determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminado, la interpretación de reglas de las prestaciones en las relaciones bilaterales, la concreción de magnitudes, parámetros en la legislación de medioambiente, urbanismo, ordenación del territorio y en general de planificación sectorial y cuando así lo prevea cualquier texto legal”<sup>15</sup>.

Con anterioridad a la publicación del RDL 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, numerosas comunidades autónomas han aprobado normas que contemplan la mediación de conflictos como una solución eficiente a los conflictos. Así la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, prevé, en su artículo 414, dentro de la regulación del procedimiento ordinario, que la audiencia previa al juicio se lleve a efecto «para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso» y en el 770, dentro de los procesos de separación y divorcio, que «las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso (...) para someterse a mediación». En esta misma línea, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, en un ámbito tan poco propicio al principio dispositivo de las partes, la institución de la conformidad, no sólo al inicio del juicio oral –artículo 787 de la Ley–, sino incluso durante la instrucción en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos –artículo 800 del mismo texto legal–, afectando el posible acuerdo no sólo a cuestiones civiles accesorias al delito sino también a la propia pena a imponer al condenado.

<sup>15</sup> AVILÉS NAVARRO, MARIA, La mediación en los diferentes órdenes jurisdiccionales, Diario La Ley, Nº 7704, Sección Tribuna, 28 Sep. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY.

Desde la perspectiva del derecho privado el artículo 1.809 del código civil se configura la transacción como un «contrato por el cual, las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado». La doctrina nos recuerda la necesidad de que la transacción concurren los elementos personales, reales y formales<sup>16</sup>. «Los personales, porque ambas partes poseen el derecho a obligarse, los reales porque debe de existir la cosa objeto del contrato y los formales, porque se realiza por escrito –o, su caso, en escritura pública– para dar mayor autenticidad al acto que pudiera invocarse ante un juzgado. Falta otro elemento para asimilarla al carácter de mediación, cual es la participación del mediador o la «tercera persona nombrada... de manera profesional, imparcial y competente» [artículo 3.b) Directiva]<sup>17</sup>.

Los defectos en la transacción pueden llevar aparejada la nulidad y rescisión de la misma conforme a lo regulado en los artículos 1817 a 1819 del código civil<sup>18</sup>.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son títulos que llevan aparejada ejecución y, por tanto en ellos podrá fundarse la acción ejecutiva, «las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su contenido, de los corres-

pondientes testimonios de actuaciones», y si fuera extrajudicial la transacción «las escrituras públicas, con tal que sean primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con conformidad de todas las partes».

En el ámbito social el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, también prevé esa posibilidad de finalización convencional del procedimiento cuando el artículo 84, dentro de la regulación del Procedimiento Ordinario, establece, como primera misión del acto de conciliación la de intentar la conciliación entre las partes, advirtiéndolas de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles y sin prejuzgar el contenido de la sentencia, añadiendo que dicho acuerdo se llevará a cabo por los trámites de ejecución de las sentencias. Y, aunque estemos ante una institución diferente, el artículo 63 del mismo cuerpo legal establece, como requisito previo para la tramitación del proceso, un intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones con las excepciones que señala el artículo 64.

En el ámbito administrativo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tampoco es ajena a esta posibilidad de finalización convencional del procedimiento y así, su artículo 88, bajo la rúbrica «terminación convencional» dispone que «las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los

<sup>16</sup> V. SANTOR SALCEDO, HELENA. La mediación en cuanto resultado. Naturaleza negocial, caracteres y límites de la mediación concluida con avenencia. Esta doctrina forma parte del libro «La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico», edición n.º 1, Editorial LA LEY, Madrid, Octubre 2006.

<sup>17</sup> ALVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO. Aproximación a la mediación prejudicial que viene. Diario La Ley, N.º 7088, Sección Tribuna, 8 Ene. 2009, Año XXX, Ref. D-5, Editorial LA LEY. «Hasta ahora, la jurisprudencia venía diciendo que en la transacción ni estaba prohibida ni regulada la intervención de un tercero, ni sujeta a formalidades especiales. Esta transacción contiene una prerrogativa de gran importancia –al objeto de asimilarla a la mediación– que es la cosa juzgada para las partes; ello quiere decir que «... ha de ser respetado con escrupuloso cumplimiento de las obligaciones asumidas, de forma que la exceptio pacti o excepción de transacción vincula al órgano jurisdiccional del posterior proceso cuando concurren los mismos elementos subjetivos y objetivos de la dicha cosa juzgada material...». La doctrina más reciente viene manteniendo que en la transacción «... habrán de respetarse escrupulosamente las obligaciones fijadas en el pacto transaccional, que deberán entenderse e interpretarse sin mengua de la naturaleza contractual».

<sup>18</sup> Así el artículo 1817 que: «la transacción en la que inter venga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, esta sujeta a lo dispuesto en el artículo 1265 de este Código», y en su párrafo segundo dispone que «sin embargo, no podrá

una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que esta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado». Por su parte, el artículo 1818 señala que «el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe», y el artículo 1819 que «si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebrare transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción. La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción».

procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

Así pues, tanto la legislación estatal, como el propio RDL 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dan pie al juego de esta institución que ya tiene un desarrollo normativo autonómico consolidado. Algunas Comunidades Autónomas como las del Principado de Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, País Vasco, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares o Canarias, han regulado esta institución desde un punto de vista familiar, otras como la Comunidad Autónoma de Cataluña y Cantabria, en una versión más integral, exceden del ámbito de la mediación familiar para dar cabida a la mediación en el ámbito del derecho privado en su conjunto<sup>19</sup>.

La mediación se configura como un procedimiento estructurado de gestión de conflictos en el que las partes enfrentadas acuerdan que una tercera persona cualificada, imparcial y neutral les ayude a alcanzar por sí mismas un acuerdo, que les permita resolver el conflicto que las enfrenta, sin necesidad de someterlo a una autoridad judicial. Por tanto, se realiza entre personas que consienten libremente su participación y de las que dependerá exclusivamente la solución final. El proceso debe llevarse a cabo con el apoyo de una tercera persona, que desempeña el papel de mediadora y está sujeta a principios como la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad.

### 2.3. Las partes en la mediación de conflictos de responsabilidad civil

La norma española de mediación de conflictos establece en su artículo 10.1, que la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

Las partes que pueden concurrir en un procedimiento de mediación de esta naturaleza son básicamente:

1º. El reclamante que insta el procedimiento.

2º. El reclamado frente a quien se formula la reclamación.

3º. La entidad aseguradora que cubre o total o parcialmente el riesgo de responsabilidad civil como consecuencia del contrato de seguro de responsabilidad civil.

#### Baleares

§ Decreto 66/2008, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar.

§ Ley 18 2006 de Mediación Familiar Islas Baleares.

#### Cantabria

§ Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

#### Canarias

§ Ley 15/2003, de 6 de mayo, de Mediación Familiar.

§ Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar.

§ Decreto 144/2007, de 24 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar (B.O.C. 114 de 8.6.2007).

#### Castilla la Mancha

§ Ley 4/2005, de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.

#### Castilla y León

§ Decreto 50/2007, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

§ Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar.

§ Orden FAM/1495/2007, de 14 de Septiembre, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar respecto a la Mediación Familiar gratuita (BOCL de 26 de Septiembre de 2007).

#### Cataluña

§ Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña.

§ Decreto 139/2002, de 14 mayo, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001.

§ Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña.

§ Resolución JUS/196/2010, de 28 de enero, de implantación del Programa piloto de mediación en ámbitos del derecho civil distintos del derecho de familia al amparo de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. DOGC 4 Febrero 2010

#### Galicia

§ Ley del Parlamento de Galicia, nº 12716 de 31 de Mayo 2001, reguladora de la Mediación Familiar.

#### Madrid

§ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la CC.MM.

#### País Vasco

§ Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.

#### Valencia

§ Ley de Mediación Familiar de Valencia. DOGV nº 4138. Jueves, 29 de noviembre de 2001.

<sup>19</sup> Andalucía

§ Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

#### Aragón

§ Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.

#### Asturias

§ Ley de Principado de Asturias 3/2007, de 23 de Marzo, de Mediación Familiar.

A partir de este esquema básico se pueden dar varias alternativas distintas en función del grado de complejidad procesal y material del conflicto.

A. Alternativa simple sin seguro, en la que el esquema procesal se limite a dos partes consistentes en la parte reclamante y el reclamado a quien se imputa la responsabilidad.

B. Alternativa simple con seguro, en la que el esquema procesal se ciña a dos partes consistentes en la parte reclamante que ejerce la acción directa del art. 76 de la Ley de contrato de seguro y la entidad aseguradora reclamada que cubra el riesgo de responsabilidad civil objeto de imputación.

C. Alternativa compleja con o sin seguro, en la que el esquema procesal se constituya por la parte reclamante por un lado y varias opciones en la parte reclamada, entre las que podemos encontrar:

\* Presencia en el procedimiento de otros participantes en la ocurrencia de los hechos que dan motivo a la reclamación, en la medida en que su actividad haya podido interrumpir el nexo de causalidad o bien puedan ser copartícipes en los hechos y responsables total o parcialmente frente al perjudicado.

\* Participación en el procedimiento de las entidades aseguradoras de responsabilidad civil de los anteriores.

Así, siguiendo el modelo B (alternativa simple con seguro de responsabilidad civil), se pueden establecer las siguientes normas reglamentarias.

1. Las partes en la mediación estarán constituidas, por un lado, por el reclamante y, por otro lado, por la entidad aseguradora de responsabilidad civil que cubre el riesgo del asegurado en aquel contrato de seguro.

2. Podrán instar el procedimiento de mediación las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación. Podrán ser objeto de la mediación, las reclamaciones que se encuentren garantizadas dentro de las coberturas de la póliza de seguro de responsabilidad civil-patrimonial suscrita entre el asegurado y la entidad aseguradora que cubre el riesgo.

3. Las partes en conflicto actuarán conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo.



Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí, ninguna acción judicial o extrajudicial de cualquier tipo, en relación con su objeto. En caso de que se hubiera interpuesto alguna acción con anterioridad al inicio de la mediación, la parte que lo hubiere hecho solicitará su suspensión durante el tiempo que dure la tramitación de la mediación.

4. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

importa a la satisfacción de su crédito; medio de protección del crédito más simple y eficaz que la acción subrogatoria, pues el acreedor recibe el pago directamente del «debitor debitoris»<sup>20</sup>.

Según el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que correspondan al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro.

Advertimos que la Ley utiliza el término «acción directa» para acentuar su ajenidad a la vía indirecta característica de la acción subrogatoria y reconoce al perjudicado un derecho sustantivo material propio susceptible de ser alegado como tal en juicio. El ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado frente al asegurador es un derecho nace del contrato y del artículo 76 de la Ley de contrato de seguro, en íntima conexión con el hecho ilícito modelado por el propio contrato y es la consecuencia de lo que la Jurisprudencia ha calificado como irrupción del interés del tercero en el esquema contractual típico, haciendo quebrar, con carácter de excepcionalidad, la regla tradicional «res inter alios acta» que incorpora el art. 1257 del Código Civil (STS de 10 de mayo de 1988).

Por lo tanto nos encontramos ante el derecho del perjudicado como un derecho propio frente al asegurador. “La STS de 18 de septiembre de 1986 y las que cita de 18 de febrero, 23 de abril y 22 de noviembre de 1982, 28 de junio y 14 de diciembre de 1983, proclaman que el contrato de seguro, cumpliendo las exigencias que le impone su naturaleza jurídica crea una situación de solidaridad pasiva entre asegurador y asegurado frente a la víctima a la que se legitima de acción directa contra la compañía aseguradora. Según la doctrina (RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, en su Tratado de responsabilidad civil, Civitas 1993, página 1.009 y siguientes),

La acción directa es el ejercicio del derecho del tercero perjudicado para exigir al asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Esta acción nació jurisprudencialmente, considerándola un caso de «solidaridad especial» y posteriormente se introdujo en la Ley de Contrato de Seguro; la función de la misma es proteger al tercero que ha sufrido el daño y evitar que tenga que reclamar al causante del mismo y éste, posteriormente, a su compañía de seguros. Con ella, se dirige aquél directamente contra ésta, satisfaciendo así la misión que tiene la acción directa, que es la reclamación que hace el acreedor al deudor de su deudor lo que

<sup>20</sup> V. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 25 Abr. 2002, rec. 3669/1996. Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. Nº de Sentencia: 391/2002. Nº de Recurso: 3669/1996.

la Ley de contrato de seguro ha querido postergar, en materia de daños, un principio jurídico de profunda raigambre en nuestro ordenamiento: el principio de relatividad de los contratos que veda la eficacia de lo pactado más allá de las partes contratantes<sup>21</sup>.

El mediador podrá proponer la presencia de otras personas en calidad de consultoras, peritos o expertos que deberán ser aceptadas por las partes.

En caso de personas con dificultades de expresión o comprensión, podrán acudir los intérpretes adecuados para que las sesiones de mediación sean inteligibles, cuyo coste será a cargo de la parte que lo solicite.

#### 2.4. El mediador, requisitos para ejercer el cargo, derechos y obligaciones del mediador y responsabilidad del mediador

El mediador es aquella persona designada por las partes, a quien se solicita que preste sus servicios para llevar a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial, neutral y competente, con respeto al principio de confidencialidad y que cumpla con las condiciones exigidas en el reglamento del procedimiento de mediación.

Su perfil debe caracterizarse por el libre ejercicio de la actividad mediadora, siendo necesaria y exigible una formación específica en las técnicas de negociación y mediación. En el campo de los conflictos de responsabilidad civil resulta coherente que sean personas que ejercen las profesiones jurídicas clásicas tales como abogados, notarios o procuradores. El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores<sup>22</sup>, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la ad-

hesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

El mediador debe ejercer su actividad con imparcialidad (sin incurrir en ningún conflicto de intereses con las partes), transparencia (permitiendo que las partes accedan a la información necesaria del proceso), eficacia (garantizando la accesibilidad al procedimiento y su coste moderado) y equidad<sup>23</sup>. Deberá cumplir unos requisitos mínimos para ejercer su actividad en el marco del procedimiento que regula la mediación.

La norma española de mediación permite la pluralidad de mediadores, de manera que la mediación pueda ser llevada a cabo por uno o varios mediadores. Si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada.

Podrán ejercer funciones de mediador las personas naturales que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad, que estén en posesión de el título universitario de grado superior de carácter oficial o extranjero convalidado y que atesoren los conocimientos jurídicos adecuados sobre el objeto de la mediación regulada por este Reglamento.

Así mismo, los mediadores vendrán obligados a la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en los términos que reglamentariamente se establezcan en la legislación que resulte de aplicación. Esta exigencia se recoge en la normativa autonómica sobre mediación y en el proyecto de Ley tramitado en la anterior legislatura.

Entre los derechos y obligaciones del mediador destacamos.

condiciones para ejercer de mediador: "2. El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico".

<sup>23</sup> V. los comentarios sobre la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 MARTÍN DÍZ, FERNANDO, Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias. Diario La Ley, Nº 6480, Sección Doctrina, 11 May. 2006, Ref. D-119, Editorial LA LEY.

<sup>21</sup> Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 30 May. 2007, rec. 2049/2000- Ponente: XIOI RÍOS, JUAN ANTONIO. Nº de Sentencia: 574/2007. Nº de Recurso: 2049/2000: "Cita la STS de 22 de diciembre de 1989, según la cual con anterioridad a la promulgación de la Ley del contrato de seguro, es doctrina pacífica y reiterada de esta Sala, la disponibilidad por el perjudicado de acción directa contra el asegurador causante del daño y es el precedente jurisprudencial determinante de su posterior acogida legislativa en el art. 76 de la citada Ley. Cita la STS de 1 de abril de 1966, según la cual la acción directa del art. 76 tiene su fundamento y su límite en el mismo contrato de seguro del que dimana la referida acción. En sentido similar, cita la STS de 10 de junio de 1991, que, a su vez, cita como precedentes las STS de 26 de octubre de 1984, 16 de abril de 1986, 24 de marzo de 1988 y 26 de mayo de 1989".

<sup>22</sup> El artículo 11 del Real Decreto-ley establece entre las



1. El mediador deberá facilitar la comunicación entre las partes y velará por que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. El mediador estará obligado a desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto al principio de legalidad así como a los principios recogidos en el reglamento de mediación y las normas deontológicas del Colegio o Asociación Profesional a la cual pertenecen y las que aprueben las partes en relación con las responsabilidades, deberes y actividad del mediador.

2. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación en los casos expresamente previstos en el reglamento de mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste aquélla.

3. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán:

a) Relación personal o empresarial directa, con alguna de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto, en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación a condición de que esté seguro de poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

4. Son causas de abstención del mediador:

a) Tener interés personal en el asunto objeto de mediación, o en cualquier otro que pueda influir directa o indirectamente en el mismo.

b) Tener cuestión litigiosa pendiente con alguna de las partes intervinientes en la mediación.

c) Tener vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo con alguna de las partes intervinien-

tes en la mediación, o con sus personas asesoras, representantes legales o personas mandatarias, así como compartir el despacho profesional o estar asociado con éstos o éstas para el asesoramiento, la representación o el mandato. A estos efectos, la unión de hecho inscrita en un Registro Público se equipara al matrimonio.

d) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas citadas en el apartado anterior.

e) Haber intervenido como perito o testigo en el proceso judicial previo a la mediación, de haber existido.

f) Tener relación de servicio con las partes intervinientes en la mediación o haberles prestado servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar, excepto servicios de mediación, en los dos años anteriores al inicio del procedimiento de mediación.

En el supuesto de que concurra alguna de las circunstancias anteriores y la persona mediadora no decline su designación, cualquiera de las partes puede, en cualquier momento del proceso, recusar su designación mediante escrito motivado en el que se haga constar la causa o causas de la recusación.

A propósito de la responsabilidad de los mediadores, la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad profesional por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, imprudencia grave o dolo. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución encargada de la organización de la mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

## 2.5. Organización de la mediación

La institución mediadora encargada de la organización de la mediación debe propiciar la resolución de conflictos de forma imparcial, confidencial y neutral mediante el establecimiento de las estructuras, procedimientos, medios humanos y materiales necesarios que faciliten la solución convencional de las controversias.

Su régimen jurídico se regirá por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación, en asuntos ci-



viles y mercantiles, así como por el RDL 5/2012 y las normas autonómicas ya referenciadas. Este marco legal establece que tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores.

Deberán garantizar la transparencia en la designación de mediadores y asumirán subsidiariamente la responsabilidad derivada de su actuación.

Si entre los fines de las instituciones de mediación figurase también el arbitraje, dichas organizaciones deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la separación entre ambas actividades.

Las instituciones de mediación darán publicidad de los mediadores que actúen en su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia.

Estas instituciones implantarán sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

Los poderes públicos velarán porque las instituciones de mediación respeten en el ámbito de sus competencias los principios de la mediación legalmente establecidos, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.

Desde el punto de vista operativo la organización de la mediación puede responder a dos modelos, en función de las necesidades de cada caso.

La mediación puntual para solución de conflictos concretos en los que las partes se ponen de acuerdo en la designación del mediador y el procedimiento a seguir para intentar la solución del problema. Este supuesto no tiene excesiva complejidad, si bien requerirá concretar, consensuar y documentar al inicio del procedimiento sus requisitos mínimos.

Sin embargo cuando exista la necesidad de establecer canales estables de mediación, capaces de atender un número elevado de asuntos caracterizados por la especialidad de los riesgos de responsabilidad civil generadores de conflictos de esta naturaleza, resulta altamente recomendable establecer una estructura capaz de dar salida a cuantos requerimientos de mediación se produzcan.

Este segundo patrón requiere una organización con los requisitos mínimos ya mencionados y adicionalmente otros a los que nos referimos a continuación.

En primer lugar resulta imprescindible la definición de los objetivos, que pueden resumirse en promover e impulsar la resolución de conflictos de responsabilidad civil, mediante un procedimiento de mediación, entre los reclamantes, el reclamado y la entidad aseguradora de responsabilidad civil. La organización que tutele la mediación debe tener una denominación, por ejemplo, "Oficina de mediación" debiendo constituirse una unidad operativa integrada dentro de la persona jurídica de la que forme parte. Si se opta por este modelo la "Oficina de mediación", carece de personalidad jurídica propia, dependiendo de persona jurídica a que esté adscrita, pudiendo llevar a cabo todos aquellos actos que sean necesarios para el cumplimiento de la finalidad para la que ha sido creada, con sujeción a lo establecido en el Ordenamiento Jurídico y e título constitutivo de la persona jurídica de la que dependa.

La persona jurídica que tutele la mediación debe disponer de un procedimiento en el que se regulen los aspectos fundamentales de la mediación y en el que se indiquen cuantos requisitos formales y materiales se precisen.

Podrán ser objeto de la mediación, las reclamaciones formuladas por los reclamantes que se encuentren garantizadas dentro de las coberturas de la póliza de seguro de responsabilidad civil suscrita entre el asegurado y la entidad aseguradora que cubra dicho riesgo.

La "Oficina de mediación" gozará de la infraestructura necesaria para su funcionamiento, dotación que provendrá de los recursos propios, asignados por la persona jurídica de la que dependa, que podrá establecer las tarifas económicas, que deberán sufragar las partes de la mediación, destinadas a abonar los honorarios de los mediadores.

La organización que tutele la mediación perseguirá las siguientes finalidades:

- a) Fomentar y difundir la mediación.
- b) Actuar como instrumento especializado en el ámbito de los conflictos relativos a la responsabilidad civil y su aseguramiento.
- c) Establecer los requisitos de conocimientos que garanticen la plena aptitud del mediador y promover la especialización de los mediadores dentro de los ámbitos específicos comprendidos en el objeto de la mediación.
- d) Velar por la salvaguarda de los principios de igualdad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad que deben presidir todo procedimiento de mediación.
- e) Hacer el seguimiento del procedimiento de mediación y arbitrar las cuestiones organizativas que se susciten y no formen parte del objeto sometido a mediación.
- f) Velar por el cumplimiento de los plazos del procedimiento de mediación y arbitrar en las actuaciones correspondientes para evitar dilaciones que perjudiquen a las partes.
- g) Promover el estudio de las materias generales de la mediación y de las específicas en función del ámbito de aplicación.
- h) Elaborar una memoria anual de actividades.
- i) Actuar como centro de análisis, seguimiento, estudio, debate y divulgación de la mediación, incluso en relación con otros organismos estatales e internacionales con finalidades equiparables.
- j) Promover la colaboración con colegios profesionales, administraciones locales y demás entidades públicas para facilitar que la información y el acceso a la mediación lleguen a todos los ciudadanos.
- k) Cumplir la función deontológica y disciplinaria respecto a las personas que ejercen la mediación.

## 2.6. Coste de la mediación y cobertura del contrato de seguro de defensa jurídica

Señalaba al respecto el Libro Verde de los ADR que el coste es un factor esencial que debe tenerse en cuenta. "Por regla general,

este coste es sufragado por las partes. Sin embargo, es posible que las partes no tengan que sufragar los gastos vinculados a la ADR. Puede ser, en efecto, que los terceros responsables de una ADR no perciban remuneración alguna, como también es posible que las autoridades públicas o las organizaciones profesionales tomen a su cargo los gastos de funcionamiento de los órganos responsables de la ADR o, también, que una de las partes, o ambas, disfrute del beneficio de justicia gratuita<sup>24</sup>. En consecuencia las mediaciones de conflictos de responsabilidad civil desarrolladas por las personas profesionales, se retribuirán por medio de las tarifas que fijen las organizaciones que tutelen los procedimientos de mediación, teniendo en cuenta las particularidades de cada mediación y su complejidad, especialmente de las mediaciones multipartes.

Parece evidente que las partes de un conflicto de la naturaleza que nos ocupa que esté amparado bajo un contrato de seguro de responsabilidad civil son básicamente tres, en primer lugar el tercero perjudicado que ejerce su derecho a la reclamación, en segundo lugar el responsable legal a quien se imputa la exigencia de la responsabilidad y finalmente la entidad aseguradora, en caso de que exista un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubra dicha reclamación.

La norma española establece en su artículo 15 que el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

<sup>24</sup> V. la Resolución JUS/196/2010, de 28 de enero, de implantación del Programa piloto de mediación en ámbitos del derecho civil distintos del derecho de familia al amparo de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado y la Orden JUS/484/2006, de 17 de octubre, por la que se fijan las tarifas en los procedimientos de mediación familiar. DOGC 24 Octubre

¿La realización de una mediación en reclamación de responsabilidad civil debe considerarse como actos previos o preparatorios del proceso, tendentes a evitar su prosecución pero directamente conectados con él y por tanto sujetos a la cobertura del seguro de defensa jurídica?

Para resolver esta cuestión debemos tener en cuenta el contenido del contrato de seguro y las prestaciones contratadas entre el asegurado y su entidad aseguradora.

Sabido es que el seguro de responsabilidad civil (third-party liability insurance) es aquel en el que el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado del daño que pueda experimentar su patrimonio a consecuencia de la reclamación que le efectúe un tercero, por la responsabilidad en que haya podido incurrir, tanto el propio asegurado como aquellas personas de quienes él deba responder civilmente. En resumen, mediante este seguro se garantiza, el pago de las cantidades de las que el asegurado resulte civilmente responsable, la constitución de las fianzas judiciales que puedan ser exigidas al asegurado y los gastos judiciales causados por la defensa de la responsabilidad civil del asegurado.

La Ley 50/1980, de 08 de octubre, de Contrato de Seguro, regula dos tipos de defensa del asegurado, la que nace de su 74, que se caracteriza por ser el asegurador quien asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, amén de los gastos de defensa que se ocasionen; y la que se regula en sus artículos 76 a) y siguientes, que se conoce como contrato de seguro de defensa jurídica.

El art. 76 a) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, establece: "Por el seguro de defensa jurídica<sup>25</sup>, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gas-

<sup>25</sup> Seguro de defensa jurídica (legal expenses insurance), definido en el Diccionario Mapfre del Seguro como: "Cobertura por la cual el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en el contrato, a hacerse cargo de los gastos que se le puedan causar al asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento judicial, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica, judicial y extrajudicial, derivados de la cobertura del seguro". Adicionalmente, a propósito del seguro de defensa criminal o penal (defence costs insurance) se define como: "Este seguro, normalmente complementario al de responsabilidad civil derivada de accidentes de automóviles, tiene por objeto consignar a favor del asegurado las fianzas penales que le sean exigidas por la autoridad judicial, y satisfacer los gastos procesales necesarios para la defensa del asegurado, dentro de los límites

tos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro”<sup>26</sup>.

El contrato de seguro de defensa jurídica regulado en los arts. 76 a) a 76 g), que –de acuerdo con el art. 76 c)– deberá ser objeto de un contrato independiente, y aunque en el párrafo siguiente del mismo art. prevé la posibilidad de incluirse en capítulo aparte en una póliza única, es preciso en este supuesto, se especifique el contenido de la defensa jurídica garantizada, y la prima que le corresponde (TS de 20 de abril de 2000).

Con respecto a esta modalidad contractual la SAP Almería de 22 de enero de 2001 señala que el art. 76,a) de la Ley de Contrato de Seguro, introducido por la Ley 21/90 de 19 de diciembre, para adaptar el derecho Español a la directiva 88/357/CEE, sobre libertad de Servicios en seguros distintos al de vida, regula el seguro de defensa jurídica como aquel en virtud del cual se obliga el asegurador, dentro de los límites establecidos en la Ley en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral a prestarle los servicios de asistencia jurídica, tanto judicial como extrajudicial con las exclusiones que prevé el art. 76, b). Dicha norma regula el derecho del asegurado a la libre elección de Procurador y Abogado que le representen y defiendan en cualquier clase de procedimiento, sin embargo debe señalarse que ello no supone, una liber-

tad absoluta del asegurado para obrar frente a la compañía aseguradora como tenga por conveniente, sino que al no extenderse la garantía de defensa jurídica más allá de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, el derecho a la libertad de elección de los profesionales que representen y defiendan al asegurado en cualquier clase de procedimiento, se encuentra condicionado a la oportunidad del mismo y a la existencia de desavenencias o conflicto de intereses entre asegurador y asegurado, tal como resulta, tanto del propio art. 76 a) de la Ley cuando dice que el asegurador se obliga a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento judicial y «a prestarle los servicios jurídicos judicial o extrajudicial», como del art. 76, f), que reconoce el derecho de información al asegurado en caso de conflicto o desavenencia<sup>27</sup>.

establecidos en la póliza”. [http://www.mapfre.com/wdiccionario/general/resultadosGoogleDic.shtm?q=seguro+defensa&entqr=3&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xm\\_l\\_no\\_dtd&client=CAN\\_wdiccionario&hl=es&ie=ISO-8859-1&oe=UTF-8&site=CAN\\_wdiccionario&site\\_actual=CAN\\_wdiccionario](http://www.mapfre.com/wdiccionario/general/resultadosGoogleDic.shtm?q=seguro+defensa&entqr=3&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xm_l_no_dtd&client=CAN_wdiccionario&hl=es&ie=ISO-8859-1&oe=UTF-8&site=CAN_wdiccionario&site_actual=CAN_wdiccionario), última consulta 30 de abril de 2012.

<sup>26</sup> Artículo 76.a) introducido por Ley 21/1990, 19 diciembre («B.O.E.» 20 diciembre), de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados. “El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro –artículo 76 a) LCS–, teniendo derecho dicho asegurado a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento –artículo 76 d) LCS (Sentencia Audiencia Provincial núm. 102/2005 Bizkaia (Sección 1), de 10 febrero. Recurso núm. 789/2003)”.

<sup>27</sup> V. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sentencia de 27 Mar. 2006, rec. 155/2006. Ponente: García del Pozo, Ildefonso. Nº de Sentencia: 159/2006. Nº de Recurso: 155/2006: “la cobertura de defensa jurídica contrata por el actor se encuentra insita en el Contrato de Seguro de Responsabilidad civil formando parte integrante del mismo, y, en concreto, a este supuesto alude el artículo 76 g). 1º, de la Ley de Contrato de Seguro, cuando establece que los preceptos contenidos en esta Sección no serán de aplicación a la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil de conformidad con lo previsto en el artículo 74. En el referido precepto se establece que “salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”. Es cierto que la “protección jurídica” comprendida en la póliza de seguro de responsabilidad civil concertada por el demandante con la entidad demandada tiene una mayor amplitud que la que resulta del mencionado artículo 74 de la Ley del Contrato de Seguro, por cuanto comprende la posibilidad de reclamaciones por parte del asegurado e incluso el nombramiento de profesionales de su libre elección. Es decir, la modalidad comprendida en la póliza amplía la cobertura de la aseguradora a determinados riesgos propios del seguro de defensa jurídica, pero, por las circunstancias anteriormente señaladas (ausencia de prima específica y falta de mención en el contrato de los derechos del asegurado) y según estableció la SAP. de Vizcaya (Sección 5ª) de 22 de mayo de 2.000, no por ello pierde su naturaleza de especialidad el seguro de responsabilidad civil ni su relación con el mismo, por lo que cabría acudir supletoriamente a las disposiciones de éste, es decir, al artículo 74 de la Ley del Contrato de Seguro, con preferencia a las normas de los

La Jurisprudencia estableció la línea divisoria que separa la dirección jurídica que el artículo 74 reconoce al asegurador de la responsabilidad civil, de lo que es propiamente seguro de defensa jurídica, resaltando que no puede trazarse con criterios formalistas, deteniéndose en la existencia o no de los requisitos previstos por el artículo 76c, reguladores de la autonomía formal, económica y objetiva del seguro de defensa jurídica, porque ello dejaría al arbitrio de la entidad aseguradora, redactora de la póliza, la naturaleza misma del contrato. "Para saber si nos encontramos ante una clase u otra de seguro, habrá de estarse a los intereses en juego, de modo que, si las consecuencias del proceso o conflicto jurídico a que se enfrenta el asegurado van a recaer directamente sobre el asegurador en atención a la cobertura de responsabilidad civil, estaremos dentro de los límites del artículo 74; caso contrario, estaremos ante un seguro de defensa jurídica"<sup>28</sup>.

Como indica el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de septiembre de 2006, invocando la doctrina contenida en las SSTs 2 de febrero de 2001, 14 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2006 y luego reiterada en la de, «deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada», insistiendo en la

artículos 76 a) y siguientes. Y, por consiguiente, ha de considerarse acertada la conclusión de la sentencia de instancia al afirmar que la protección jurídica concertada por el demandante no constituye un propio seguro de defensa jurídica, por lo que no se ha incurrido por la misma ni en el error de derecho en la calificación del contrato ni en la infracción legal por inaplicación de los artículos 76 a) y siguientes de la citada Ley del Contrato de Seguro. Y, por ello, como se señaló al principio, ha de ser rechazado este primer motivo de impugnación".

<sup>28</sup> Sentencia Audiencia Provincial núm. 187/2004 Álava (Sección 2), de 28 septiembre. Recurso de Apelación núm. 226/2004. Así pues, conforme la Sentencia Audiencia Provincial núm. 353/2002 Bizkaia (Sección 5), de 18 julio. Recurso de Apelación núm. 607/2001. " el artículo 76 se refiere a la intervención en un proceso judicial, arbitral o administrativo, y da derecho al Asegurado a "elegir" libremente Abogado y Procurador que le defienda y represente en cualquier clase de procedimiento, haya o no haya conflicto de intereses con el Asegurador, por lo que a nuestro entender sobre el párrafo segundo del art. 76.d." . Seguro que nace con la Ley 21/90 de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a las directivas comunitarias, (directiva 88/357/CEE), que, como señala el art. 76 c), ha de ser objeto de un contrato independiente, si bien podrá incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, pero entonces con la indicación del específico contenido de la defensa jurídica garantizada y de la prima que le corresponde."

de 15 de Julio de 2008 que «No tienen pues carácter limitativo de los derechos del asegurado las cláusulas delimitadoras del riesgo, que son, pues, aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva. Tienen esta naturaleza las que establecen «exclusiones objetivas» (STS de 9 de noviembre de 1990) de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido. No puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual (SSTS de 10 de febrero de 1998, 17 de abril de 2001, 29 de octubre de 2004, núm. 1055/2004, 11 de noviembre de 2004, rec. núm. 3136/1998, y 23 de noviembre de 2004, núm. 1136/2004)»<sup>29</sup>.

Como señala la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 19 de enero de 2.007, recurso 500/2.006, la realización de una reclamación extrajudicial debe considerarse como actos previos o preparatorios del proceso, tendentes a evitar su prosecución pero directamente conectados con él. Declara la sentencia citada, «debe tenerse en

<sup>29</sup> V. al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia de 24 Sep. 2008, rec. 643/2007. Ponente: HOZ DE LA ESCALERA, JAVIER DE LA. Nº de Sentencia: 564/2008- Nº de Recurso: 643/2007, en la que, a propósito de una delimitación de la cuantía de la cobertura de defensa jurídica: "la cláusula en cuestión no debe entenderse objetivamente limitativa de los derechos del asegurado en la medida en que define el riesgo para cada supuesto: la suma asegurada ilimitada en caso de que el asegurado utilice los servicios de profesionales acreditados por la aseguradora, y con un concreto límite económico -1.500 euros-, en caso de que el asegurado haga uso d su libertad de designación. Pero la cláusula no contempla el caso, especial y distinto, de la existencia de conflicto de intereses, supuesto en que la elección por el asegurado de profesionales no acreditados por la aseguradora no es fruto sin más del libre arbitrio del asegurado, sino que es una decisión adoptada en función de ese conflicto que hace razonablemente inviable la utilización de los profesionales de la misma compañía, y que, como se expuso, está especialmente previsto y reforzado en la LCS. Para este caso, entender aplicable la previsión del límite de la cobertura resulta una interpretación de la póliza lesiva para el asegurado y proscrita por el art. 3 de la LCS; y así entendida tal cláusula sí es desde luego una limitación de los derechos del asegurado sometida al régimen de especial aceptación impuesto en dicho precepto, con la consecuencia, en este caso en que no consta la misma, de su ineficacia frente a los asegurados."

cuenta, por un lado, que las dudas que suscite el alcance de las coberturas han de interpretarse en sentido favorable al asegurado (artículo 1288 del Código Civil y artículos 1 y 3 de la Ley de Contrato de Seguro), y por otro, porque la interpretación contraria conduciría al absurdo de obligar a los Letrados de libre designación a promover los juicios correspondientes sin intentar acuerdos previos, pues de no ser así su asegurado no podría reembolsar los honorarios que satisfaga; aparte de que para la propia Compañía que cubre este riesgo de defensa jurídica resulta más favorable que así sea, pues siempre serán menores los honorarios que tendrá que satisfacer que si el proceso continúa por todas sus fases».

En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, de 22 de febrero de 2006, recurso 641/2005 que declara que este seguro cubre no sólo los gastos de abogado en caso de juicio, sino también en caso de transacciones extrajudiciales.

Indica la sentencia referida de la Audiencia Provincial de Girona: «el letrado libremente designado por el asegurador no únicamente ha de ver abonadas por la compañía las minutas derivadas de un proceso judicial sino también las que lo han evitado («...recuperar el daño... de forma amistosa...») en la libre decisión del ejercicio de la profesión y que no puede estar condicionada parcialmente en su práctica por la voluntad de la aseguradora; sería el caso si ésta fuese la que tuviera que llevar a cabo las conversaciones extrajudiciales para tratar el litigio que afecta a su asegurado y cuando éstas fuesen inútiles autorizar la actuación profesional del letrado libremente designado por el asegurado. Esta interpretación es tan absurda como atentatoria contra la independencia en el ejercicio de la profesión de abogado que debe ser rechazada de manera categórica».

Esta segunda sentencia indica que «lo que quiere decir el artículo 76a) es que la compañía aseguradora de la defensa jurídica, o bien ha de prever en el contrato que el asegurado pueda designar los profesionales de su confianza o bien que, si lo desea el asegurado, la misma compañía le debe facilitar este asesoramiento, incluso en el ámbito extrajudicial. Pero esto no significa que si opta por la primera opción, ya no pueda ser defendido por el profesional designado en la esfera extrajudicial. Y es que llega al absurdo la interpretación de la compañía que incluso va en contra de sus propios intereses

porque la resolución extrajudicial de un caso siempre resulta menos gravosa que la judicial»<sup>30</sup>.

Así pues los actos previos o preparatorios del proceso, tendentes a evitar su prosecución, pero directamente conectados con él, entre los que se comprende el procedimiento de mediación, dado su carácter de intento de resolución extrajudicial del conflicto, están comprendidos en la cobertura del contrato de seguro de defensa jurídica.

Sin perjuicio del ello, cuando no exista seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo o bien cuando esté expresamente excluida total o parcialmente esta cobertura, el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, recaerá de manera proporcional sobre las partes, salvo pacto en contrario entre ellas. La cuantificación del citado coste corresponde a la organización encargada de tutelar la mediación. Los mediadores podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

### 3. Los principios informadores de la mediación en los conflictos de responsabilidad civil.

Los principios que informan la mediación afectan a la esencia misma de este tipo de solución de conflictos y se pueden agrupar en tres apartados.

<sup>30</sup> V. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, Sentencia de 28 Mar. 2008, rec. 470/2007. Ponente: RÍOS ENRICH, MIREIA. Nº de Sentencia: 154/2008. Nº de Recurso: 470/2007, que compartiendo íntegramente los argumentos expuestos en las dos sentencias arriba transcritas: "considera, frente a lo dispuesto en la resolución de primera instancia, que la aseguradora demandada debe abonar el importe de los honorarios devengados por el letrado Don Donato por tratarse de actos previos o preparatorios del proceso, tendentes a evitar su prosecución, pero directamente conectados con él, siendo que la interpretación realizada en sentido contrario, por un lado, carece de sentido, pues en efecto, la resolución extrajudicial de un caso siempre resulta menos gravosa que la judicial, tanto para los implicados como para la compañía aseguradora, y, por otro, es contraria a la libertad y a la independencia del letrado designado por el asegurado en el ejercicio de su profesión de abogado, cuya dirección técnica del asunto se vería limitada en el sentido de que para el reembolso de sus honorarios estaría obligado a llegar a juicio en todo caso, descartando un posible acuerdo extrajudicial".

En primer lugar los que inciden en la voluntariedad y libre disposición de las partes que intervienen en la solución del conflicto, en todas y cada una de las fases que componen el procedimiento de mediación, constitución, desarrollo y resolución. A continuación los principios que inciden en el comportamiento y buenas prácticas de las partes durante el proceso (buena fe, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, inmediatez y presencialidad). Y finalmente la confidencialidad, pieza clave de la mediación que por un lado aporta las ventajas de defensa de la reputación cuantos intervienen en el proceso, pero que, requiere una especial protección, en ausencia del desarrollo de una Ley Orgánica sobre el secreto profesional, a pesar de ser anunciada en nuestra Constitución<sup>31</sup>.

### 3.1. Principios que afectan a la voluntariedad y libre disposición.

La Mediación ha de entenderse como un proceso basado en la voluntariedad y estructurado bajo la premisa que el que dirige el trámite es un experto que colabora y ayuda a las partes a resolver los puntos en los cuales no hay acuerdo, creando un ambiente que dé facilidades a las personas involucradas, basándose en la negociación y el dialogo, para lograr la satisfacción de sus intereses y el cumplimiento de los compromisos pactados en la diligencia o reunión.

El proyecto de ley que propiciado por el Gobierno socialista obligaba a acudir a la mediación para asuntos de menos de 6.000 euros, sin embargo el vigente RDL 5/2012 de mediación ha renunciado a esa obligatoriedad<sup>32</sup>.

El régimen vigente se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad

<sup>31</sup> A estos principios nos referimos GUIJARRO BERNAL, ROSARIO; ITURMENDI MORALES, GONZALO, en "La reclamación patrimonial como instrumento de calidad y sostenibilidad del sistema sanitario. La mediación". Revista Derecho y Salud, de ñla Asociación de Juristas de la Salud, Volumen 22, Extraordinario XX Congreso Sostenibilidad del Sistema Sanitario, págs.: 186 y 187. Santiago de Compostela 2011.

<sup>32</sup> Téngase en cuenta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por el RDL 5/2012, respecto del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 414 por los siguientes: «En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma. La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste

de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública.

El poder de decisión recae en las partes, no siendo obligatoria la mediación, si bien se otorga más poderes al juez que deberá informar y recomendar la mediación en todo momento.

La mediación es voluntaria cuando el proceso es iniciado directamente por las partes. Se denomina convencional cuando se establece como cláusula de sumisión expresa en un contrato.

Veamos un ejemplo de cláusula de mediación vinculada a una institución de mediación: "Cualquier controversia que pueda suscitarse con motivo de la interpretación, cumplimiento, ejecución, validez, o cualquier otra contingencia que se relacione directa o indirectamente con el presente contrato se someterá a mediación por el Centro de Mediación... (nombre de la institución de mediación)... Salvo acuerdo previo de las partes en la elección del mediador entre los de su lista, el Centro de Mediación... (nombre de la institución de mediación)... designará a él mediador interviniente de acuerdo con el Reglamento de mediación del Centro de Mediación, que las partes declaran conocer y aceptar".

No obstante, la solicitud de la mediación puede realizarse por acuerdo de todas las par-

y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba. En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa.» Téngase igualmente en cuenta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por el RDL 5/2012, respecto de los apartados 1 y 3 del artículo 415 pasan a tener la siguiente redacción: «1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje. En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.» «3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes. Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia.»



tes implicadas en el conflicto. Con esta solicitud las partes reconocen estar de acuerdo en resolver la controversia surgida entre ellas a través de la institución de mediación. Este documento compromete a las partes, únicamente a la asistencia a la sesión informativa por todas partes, bien conjuntamente, bien por separado. A partir de este momento, dada la voluntariedad de la mediación, cualquiera de las partes podrá abandonar el proceso.

En cualquier caso, reiteramos, la mediación tiene un carácter voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal. Las partes son libres para optar por este procedimiento y acceder a él o desistir del mismo en cualquier momento, sin que pueda derivarse sanción alguna por esta circunstancia<sup>33</sup>.

Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

La voluntariedad alcanza también a la persona mediadora, quien puede declinar su designación, negarse a comenzar el procedimiento de mediación, suspenderlo o darlo por finalizado una vez comenzado si apreciara que no se dan las circunstancias adecuadas para su desarrollo. En los supuestos en que apreciara el incumplimiento de alguno de los principios rectores de la mediación, deberá negarse a actuar como persona mediadora.

### 3.2. Principios que afectan a las buenas prácticas de la mediación, respeto mutuo, buena fe, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, inmediatez y presencialidad.

Las partes en la mediación actuarán conforme a las exigencias de la buena fe<sup>34</sup> y el respeto mutuo, tanto en su vertiente material como

procesal, conforme contempla el artículo 7.1 del Código Civil, así como declara la exposición de motivos de la norma española de mediación, “a estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador” y su art. 10.2: “Las partes en conflicto actuarán conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo”. Se entiende la buena fe proyectada sobre la intención y actividad de los sujetos que intervienen en la mediación en sus relaciones con los demás, es decir, a su acomodación a las normas establecidas para esta relación jurídica. Por lo tanto las exigencias de la buena fe se refieren a un comportamiento socialmente esperado por parte de quienes intervienen en la mediación, en función no solo de la normativa aplicable sino del respeto mutuo y de la ética. Se vulnera este principio cuando el ejercicio de los derechos que nacen de la mediación se lleva a cabo sin el debido respeto mutuo o de forma desleal a los principios y reglas que la comunidad impone a las buenas prácticas de este sistema alternativo de solución de conflictos, pues no puede ser utilizado para contravenir la legislación o evitar fraudulentamente su aplicación<sup>35</sup>.

Dado que la buena fe es una obligación recíproca de ambos contratantes, tal como se desprende del artículo 1258 del Código Civil, las partes tendrán que mantener su compromiso de respeto a las actuaciones promovidas por el mediador, manteniendo una posición de colaboración y apoyo permanente a sus funciones.

La acreditación de la ausencia de buena fe de las partes producirá los efectos que le son propios en el ámbito de la libertad de los pactos, en todo caso habrá de tenerse en cuenta que a tenor del artículo 1258 del Código Civil, la buena fe en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones debe producirse conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios aunque no hayan sido formulados por el Legislador ni establecidos por el contrato.

<sup>33</sup> La autonomía de la voluntad privada presupone libertad que, en su formulación absoluta se encuentra consagrada en el art. 1.1 de la Constitución española. Como establecen sus arts. 9.2 y 10.1, los poderes públicos tienen que garantizar el libre desarrollo de la personalidad –o lo que es lo mismo, el respeto a la autonomía individual– y facilitar a los ciudadanos los medios necesarios para su intervención en condiciones de igualdad en la vida política, económica, cultural y social.

<sup>34</sup> Téngase en cuenta la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada en el RDL 5/2012 del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 395 pasa a tener la siguiente redacción: «Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación.»

<sup>35</sup> V. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1982: “... Que el principio de la buena fe, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, precisa la fijación de su significado y alcance y en este sentido se establecen una serie de supuestos típicos cuya concurrencia autoriza, en términos generales, a admitir que contradicen dicho principio, concretando que se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella”.

Imparcialidad significa falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud. En el procedimiento de mediación, se garantizará la intervención de las partes con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

La neutralidad significa la cualidad o actitud de neutral, es decir, que tanto las instituciones de la mediación, como el propio mediador, no participa ni se decanta por ninguna de las opciones en conflicto.

El mediador deberá abstenerse de proponer acuerdos, siendo su obligación respetar los puntos de vista de las partes y preservar su igualdad en la negociación.

Su labor consistirá en conseguir que las partes alcancen por sí mismas soluciones al asunto sometido a mediación, contribuyendo así no solo a resolver el asunto particular objeto de disputa, sino a tener una justicia más rápida, eficiente y menos onerosa.

Flexible es el que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas. Inflexible es el que por su firmeza y constancia no se conmueve ni se doblega, ni desiste de su propósito. Así, afirmamos que una parte del conflicto tiene el carácter flexible cuando en un enfrentamiento puede llegar a plegarse y transigir a la opinión, a la voluntad o a la actitud de otro o de otros.

El procedimiento de mediación es flexible, lo que permite adaptarlo a la situación concreta tratada, aunque siempre debe mantener las normas mínimas previstas en su procedimiento para asegurar su calidad, garantías y eficacia. Como afirma la exposición de motivos de la norma: "El marco flexible que procura el real decreto-ley pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes procesales posteriores ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes... es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales".

El proceso de mediación debe superar el principio clásico de contradicción acuñado a en el pensamiento jurídico procesal español,

garantizando que las partes puedan exponer sus posiciones mediante un debate constructivo que persiga el consenso en la solución del conflicto de responsabilidad civil. Visto así, este principio se sitúa lejos del concepto clásico de contradicción, en la medida que supera el plano tradicional del principio jurídico y constituye la formación de una novedosa estructura conceptual presidida por la finalidad misma de la mediación.

A lo largo del procedimiento de mediación, las partes deben tener la garantía de poder expresar libremente sus puntos de vista sobre la situación conflictiva. "En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas" (artículo 7). En suma, el mediador debe potenciar un trato equitativo entre las partes, garantizando una intervención equilibrada entre ellas en el transcurso de la mediación.

Finalmente, a propósito de la inmediatez y presencialidad, las partes deberán asistir personalmente cuando el conflicto afecte a derechos personalísimos, de «ius cogens» o deba ser fiscalizado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la representación necesaria de menores e incapaces.

Fuera de estos casos, las partes podrán acudir representadas mediante escrito acreditativo de la representación dirigido a la persona mediadora.

### 3.3. Secreto profesional y principio de confidencialidad.

El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

La confidencialidad, como principio esencial del procedimiento de mediación, adquiere una gran relevancia, tanto en los casos en los que se alcance el acuerdo entre las partes en conflicto, como en los que no se consiga, resultando necesario en cualquier caso establecer su alcance y límites con la mayor precisión. Tengamos en cuenta que la confidencialidad es una condición sine qua non para el buen funcionamiento de la mediación porque contribu-

ye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento<sup>36</sup>.

Entendida la confidencialidad en sentido positivo implica por un lado la obligación por parte del mediador de mantener la reserva sobre cuantos hechos conocidos en las sesiones de mediación y sobre el desarrollo del procedimiento negociador. Por otro lado implica un deber genérico de secreto sobre la información que se trate en dicho procedimiento. Desde el punto de vista negativo la confidencialidad consiste no divulgar o no revelar o utilizar ningún dato, hecho, prueba documental, pericial o de cualquier clase que se conozca por razón del procedimiento de la mediación. En suma, nos referimos a que las informaciones intercambiadas entre las partes durante el procedimiento no debería admitirse como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior. Sin embargo cabe considerar algunas excepciones, como por ejemplo que las partes puedan decidir de común acuerdo que la totalidad o parte del procedimiento no sea confidencial.

Para reforzar el carácter confidencial, se hace necesario establecer que las partes no puedan solicitar que la persona mediadora sea llamada a declarar como perito ni como testigo de cualquier procedimiento judicial relacionado con el conflicto objeto de la mediación practicada y, en correspondencia, el mediador puede renunciar a intervenir como testigo o perito a propuesta o solo solicitud de cualquiera de las partes en todo tipo de procedimiento o litigio que afecte al objeto de la mediación<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> V. al respecto BERTRÁN, J. M.; COLLAZO, E.; GERVÁS, J.; GONZÁLEZ SALINAS, P.; GRACIA, D.; JÚDEZ, J.; RODRÍGUEZ SENDÍN, J. J.; RUBÍ, J.; SÁNCHEZ, M. (2005). Intimidad, confidencialidad y secreto. Guías de ética en la práctica médica. Majadahonda: Ergon. MORETÓN TOQUERO, M. A. «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador». BELLOSO MARTÍN, NURIA (coord.). Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León. Castilla-Lleón: Junta de Castilla y León, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades. ORTUÑO MUÑOZ, P. «El Proyecto de Directiva Europea sobre la mediación». Cuadernos de Derecho Judicial. Núm. 5, pág. 249-272, en [http://cgae.iuriline.net/jmf/recursos/pdf/4\\_foro\\_jornadas\\_2.pdf](http://cgae.iuriline.net/jmf/recursos/pdf/4_foro_jornadas_2.pdf), última consulta 30 de abril de 2012. SÁNCHEZ-STEWART, N. La profesión de abogado. Deontología, valores y colegio de abogados. Barcelona: Difusión Jurídica. SERRANO ROMERO, J. F. «La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado». Actualidad Civil (núm. 4).

<sup>37</sup> VIOLA DEMESTRE, ISABEL, La confidencialitat en el procediment de mediació, Revista dels Estudis de Dret i Ciència Política de la Universitat Oberta de Catalunya, IDP Número 11 (2010), en <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola-cat>, última consulta 30 de abril de 2012.

El artículo 9 de la norma española viene a consagrar el principio de confidencialidad al que nos referimos, extendiendo la obligación de confidencialidad al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de esta obligación.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

Sin embargo la extensión del secreto profesional se queda corta en la legislación española, ya que existen otros intervinientes en la mediación (auxiliares de la mediación, peritos<sup>38</sup>, expertos y la propia institución encargada de la organización de la mediación) sin regular en este difícil problema del secreto profesional. Por ello, sería deseable que la obligación de confidencialidad se extendiera no solo al mediador, sino también a los auxiliares de la mediación, los peritos y expertos que intervengan, a las entidades instituciones o administraciones que administren los procesos de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

Los posibles efectos negativos de la mediación pueden manifestarse cuando la misma sea infructuosa, por ello resulta recomendable determinar con claridad y precisión el alcance del secreto profesional de todos los que intervengan en la mediación, con la finalidad de superar las reticencias que puedan tener las partes a la hora de la exhibición de los medios probatorios<sup>39</sup>.

Así pues en el procedimiento que regule la mediación deberá establecerse con claridad que ni los mediadores, ni las personas que parti-

<sup>38</sup> Se añade un apartado 3 nuevo al artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la siguiente redacción: «3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto.»

<sup>39</sup> A estos inconvenientes se refiere GARCÍA ÁLVAREZ, ROSARIO, Guía de mediación para abogados, Diario La Ley, N°

cipen en el procedimiento de mediación estarán obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación, excepto cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de esta obligación y cuando o en caso de que el propio tercero, sometido por su profesión al secreto profesional, se vea obligado a revelar parte de dichas informaciones en virtud de la legislación aplicable.

#### 4. Procedimiento de mediación de conflictos de responsabilidad civil.

##### 4.1. Cuestiones procesales y posible declinatoria.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto. Sin embargo las partes pueden acordar el inicio de un procedimiento de mediación en cualquier momento, con independencia de que exista o no una reclamación de responsabilidad civil tramitada ante órganos jurisdiccionales o en vía administrativa en reclamación de responsabilidad civil/patrimonial. Quedando siempre a salvo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en el supuesto de que las situaciones objeto de mediación conlleven un proceso judicial o de reclamación administrativa, podrá convenirse por las partes la mediación antes de su iniciación, en el curso del mismo, o una vez concluido.

7828, Sección Práctica Forense, 29 Mar. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY "Puede haber menos exhibición o práctica de prueba: por sus propias características, la mediación conlleva una menor práctica de prueba que un juicio. Este aspecto también puede suscitar ciertas preocupaciones especialmente relacionadas con la exhibición de prueba, por ejemplo, si alguna de las partes se reserva la aportación de prueba esencial o decisiva. La limitación probatoria también puede reducir las posibilidades de que se practique una adecuada «evaluación jurídica» del caso. De nuevo, el uso de la mediación es una cuestión de equilibrios y compensaciones: los participantes renuncian a la práctica de ciertas pruebas o a ciertos aspectos de ellas a cambio de obtener un proceso de resolución más rápido, eficiente y satisfactorio. El abogado y el cliente deben considerar detenidamente la compensación entre los riesgos y las ganancias y decidir si desean o es muy importante por cuestiones probatorias someterse a un juicio. En mediación, al igual que ocurre en un juicio, la cantidad y el tipo de pruebas que se necesitan para conseguir la adecuada información va a depender en gran medida de la información que cada parte posee y del tipo de disputa. Sin embargo, lo que es característico del proceso de mediación es compartir la información. Y, al igual que en un juicio, no hay garantía de que se vaya a aportar toda la prueba o información necesaria para resolver el asunto pero siempre se puede rechazar la solución o el acuerdo si se considera que alguna prueba o información esencial se ha ocultado por la otra parte".

Si las partes acuden voluntariamente al procedimiento de mediación una vez iniciado un proceso judicial o un procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial regulado en el RD 429/1993, terminado el procedimiento de mediación, corresponderá a las partes, en los términos previstos en la legislación estatal, comunicar al juzgado o al órgano administrativo que corresponda el resultado del mismo<sup>40</sup>.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria<sup>41</sup>.

La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones de mediación. De acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, al corresponder el conocimiento de ésta a los tribunales extranje-

<sup>40</sup> Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal (art. 16,3).

<sup>41</sup> Téngase en cuenta la Disposición final segunda del RDL 5/2012 que modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El apartado 1 del artículo 19 queda redactado en los siguientes términos: «1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.» 2. Se modifica el artículo 39, que pasa a tener la siguiente redacción: «Artículo 39 Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia.» 3. El párrafo primero del apartado 1 del artículo 63 queda redactado del siguiente modo: «1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores.» 4. Se da nueva redacción al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 65: «Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación.» 5. El artículo 66 queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 66 Recursos en materia de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje o mediación y competencia objetiva 1. Contra el auto absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional, por perte-

ros, o a órganos de otro orden jurisdiccional, a mediadores o árbitros.

En nuestra opinión la previsión de participar en una sesión informativa sobre la mediación con carácter previo a la interposición de una demanda que se imponga por vía reglamentaria y por autoridad competente, únicamente obliga a intervenir en la misma para ser informado y no altera el derecho de la parte a instar la protección jurisdiccional ni condiciona el principio de voluntariedad. De introducirse esta enmienda en el texto definitivo de la norma española de mediación se estaría respetando la opción de política legislativa de no imponer la mediación obligatoria en ningún caso (como hacía el proyecto anterior respecto de las reclamaciones de 6.000 euros), pero se posibilita que en algunos ámbitos se pueda establecer la sesión informativa previa. De esta manera se respetaría la opción de algunas leyes autonómicas, propiciando que en la administración de los casos que van por el turno de oficio, una parte de los asuntos puedan solucionarse sin necesidad de activar la costosa y compleja maquinaria judicial. Con ello se podría conseguir un notable ahorro de recursos para destinarlos a los casos que realmente requieren mayor dedicación.

#### 4.2. Inicio del procedimiento y sesiones informativas.

Con anterioridad al comienzo del procedimiento, el mediador informará a las partes, por un lado, de las posibles causas que puedan

necer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional, por haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación o por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación. 2. Contra el auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva. Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando el auto rechace la sumisión del asunto a arbitraje o a mediación.» Se modifica la regla 2.ª del apartado 1 del artículo 206, que pasa a tener la siguiente redacción: «2.ª Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvencción, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones. También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de éstas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto».

afectar a su imparcialidad y, por otro, de las características de la mediación, su reglamento o normas de funcionamiento, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias del acuerdo que se pudiera alcanzar.

Como ya indicamos el procedimiento de mediación podrá iniciarse o bien de común acuerdo entre las partes, en cuyo caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones; o bien por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas, debiéndose formular la solicitud ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

Tales son los dos casos previstos en la norma española de mediación, sin embargo en nuestra opinión debería añadirse un último supuesto no contemplado en el artículo 16.1, que es el acuerdo alcanzado para seguir un proceso de mediación tras la sesión informativa a la que, si resultara aconsejable a juicio del tribunal, hubieran sido invitadas las partes. Es este un supuesto frecuente que no está incluido en los párrafos a) y b) del mencionado artículo 16, 1, pero que tiene incidencia y sustantividad propia. El hecho de no contemplar el inicio de la mediación por esta vía contrasta con la previsión del ordinal 3 de este mismo artículo.

Resulta evidente la importancia de la inclusión de una cláusula genérica de mediación, ya que puede ser determinante para el inicio del procedimiento de mediación. Dicha cláusula a introducir en cualquier contrato entre varias partes, asegura que ante cualquier discrepancia el conflicto se someterá a mediación.

Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa.

En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.

En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las caracterís-

ticas de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado primero del artículo 17.

#### 4.3. Sesión constitutiva

El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia –como mínimo– de los siguientes aspectos:

- a) La identificación de las partes.
- b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.
- c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. Al tratarse
- d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.
- e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

Siempre la las partes muestren su conformidad y aunque el texto legal no lo contempla, parece recomendable incluir la posibilidad de la utilización en este acto y los sucesivos que estimen convenientes los medios de comunicación



tales como videoconferencia u potro medio análogo de transmisión de la voz y la imagen. Resulta evidente que existan sesiones de carácter estrictamente confidencial que deberán ser realizadas presencialmente, pero no hay obstáculos para que las partes puedan convenir este modo de actuar, adoptando las precauciones oportunas para salvaguardar los compromisos de confidencialidad. En estos casos se adoptarán adicionalmente las precauciones a las que se refiere el artículo 24 relativas a las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos, concretamente: “1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleve a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en este real decreto-ley. 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos no sea posible para alguna de las partes”.

#### 4.4. Desarrollo de las actuaciones de mediación.

Las sesiones se realizaran en el lugar convenido en el acta constitutiva, que pueden ser las instalaciones que destinen al efecto de la orga-



nización que tutele el procedimiento de mediación o, en su defecto, el mediador.

La lengua o idioma de las actuaciones será acordado por las partes, pudiendo ser cualquiera de las lenguas oficiales de España.

Si bien no existe un límite de tiempo de duración para el desarrollo de las actuaciones de la mediación, existe un mandato legal para que las mismas se desarrollen en el menor número posible de sesiones (artículo 20).

A nadie se escapa la importancia del cómputo del tiempo en materia de reclamaciones de responsabilidad civil y las consecuencias que el transcurso del mismo puede tener a la hora de determinar la prescripción y caducidad de las acciones, así como los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad.

La norma establece que el comienzo de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones. A estos efectos se considerará iniciada la mediación con la presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito, en su caso, ante la institución de mediación. La suspensión se prolongará durante el

tiempo que medie hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final o se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en este RDL 5/2012. Si no se firmara el acta de la sesión constitutiva en el plazo de quince días naturales a contar desde el día en que se entiende comenzada la mediación, se reanudará el cómputo de los plazos.

La Directiva de mediación establece que los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación.

Si en el procedimiento de mediación solamente participan la parte reclamante y la entidad aseguradora de responsabilidad civil que cubre el riesgo, el comienzo de la mediación suspenderá únicamente la prescripción y la caducidad de las acciones que correspondan al reclamante frente a la entidad aseguradora de responsabilidad civil, por aplicación del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro. El recurso a la mediación no tiene incidencia sobre el cómputo del resto de los plazos procesales y sustantivos, salvo que la legislación estatal así lo establezca.

La estructura de las actuaciones deberá configurarse en varias fases que posibiliten la sustanciación del procedimiento hasta sus últimas consecuencias. En este sentido se iniciará con una primera fase constitutiva de la relación mediadora o de apertura propiamente dicha, para continuar con la presentación de las posiciones de las partes, proseguir con la información sobre los elementos fundamentales de la controversia, seguidamente abordar la negociación en sí de cara al establecimiento de acuerdos y finalmente terminar con la fase de cierre del procedimiento, acuerdo y redacción del acta correspondiente.

En cualquier caso el mediador deberá cumplir unas exigencias legales mínimas durante el desarrollo de las actuaciones. Así, deberá convocar a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas. El mediador comunicará a todas las partes la cele-

bración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. Finalmente el mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de ésta.

De cada sesión que se celebre, además de la inicial y la final, se levantará acta sucinta en la que de modo sintético se hará constar su duración, referencia al asunto tratado, los participantes, la fecha de su celebración.

Corresponde al mediador redactar y firmar las actas. El mediador entregará una copia firmada de las actas a cada una de las partes, reservándose el ejemplar original para su conservación.

Con las actas de las sesiones y con los documentos aportados que no hayan de devolverse a las partes se formará un expediente que deberá conservar y custodiar la organización que tutele la mediación una vez terminado el procedimiento de mediación.

#### 4.5. Terminación del procedimiento.

El proceso de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque una de las partes ejerza su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

En lo relativo a la finalización de la mediación hemos de distinguir tres esferas, el acuerdo propiamente dicho, el contrato que recoge el acuerdo y la formalización en escritura pública o la convalidación judicial.

El RDL confunde las tres fases de las que consta el acuerdo de mediación. Quedó constancia de ello en la reunión del denominado "Punto Neutro para la promoción de la mediación civil y mercantil" celebrada el 25 de abril de 2012. En la misma [PASCUAL ORTUÑO](#) señaló que la principal diferencia con el contrato es que en el acuerdo de mediación no rige el principio contractual de perfección por el consentimiento, puesto que el objetivo no es el propio contrato, sino la solución del conflicto, por su carácter confidencial y voluntario desde su inicio hasta el final. En consecuencia, una vez que se ha alcanzado el "pacto"

en el sentido ideológico, es decir, la voluntad común de solucionar el asunto, se pasa a la fase de plasmarlo por escrito, es decir, de redactar "el acuerdo". Para ello las partes disponen de diez días (a los que pueden renunciar si es su voluntad), para hacer consultas con asesores fiscales, con los directivos de las empresas que representen o con quien tengan por conveniente. Es un periodo en el que los abogados de las partes han de trabajar colaborativamente para plasmar por escrito en el acuerdo lo que se ha pactado, pues la filosofía del sistema radica en que lo que se busca no es un contrato a cualquier precio, sino la mejor solución posible. La finalidad es que se dé cumplimiento a lo pactado sin necesidad de ejecución, y no que se inicie un nuevo litigio para anular el acuerdo. Por esta razón es común este plazo de revocabilidad que da una gran tranquilidad a las partes, pues pueden pensar y repensar lo que realmente les interesa. Por otra parte se garantiza con ello que los abogados de las partes incrementen la calidad del acuerdo con el valor añadido de las soluciones que den a los problemas técnicos que se planteen. Una vez que el pacto se ha depurado, se convierte técnicamente en "acuerdo" que ya tiene fuerza contractual y que, posteriormente, podrá ser dotado de fuerza ejecutiva trasladándolo a un título idóneo (escritura pública, transacción judicial y en su caso, homologación judicial).

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de seis meses.

La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador. Sin perjuicio de ello, el mediador podrá denunciar por escrito en el acta final que entregue a las partes, las causas que los términos de la mediación son incompatibles con la ley.

El acta final determinará la finalización del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos y pactos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.

El acta deberá ir firmada por todas las partes y se entregará un ejemplar a cada una de ellas al objeto de que dentro de los diez días



siguientes, si lo consideran necesario atendiendo la índole del asunto, puedan efectuar las consultas pertinentes a las entidades que representen o a sus letrados y asesores para perfilar técnicamente los términos del acuerdo concretos del acuerdo. Dentro de este plazo cualquiera de las partes puede requerir a la otra para las subsanaciones que procedieran o, en su caso, para revocar el pacto dejando libre la vía contenciosa.

#### 4.6. El acuerdo de mediación y su formalización.

En el acuerdo de mediación, que puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación, deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones del RDL, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. Deberá firmarse por las partes o sus representantes y presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma, entregándose un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador debe informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

Las partes pueden elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. En tal caso el acuerdo se presentará ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en el RDL, así como que su contenido no es contrario a Derecho. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento los requisitos que, en su caso, puedan exigir los Convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

El acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes al amparo de lo estipulado en el artículo 1.816 del Código Civil, y frente a él sólo cabrá solicitar la anulación o la revisión conforme a lo establecido en la

Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

Para el conocimiento de la acción de anulación del acuerdo de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del reclamante y se sustanciará por los cauces del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La efectividad voluntaria y la homologación judicial y la ejecutividad de los acuerdos adoptados durante la mediación y su ejecución son una de las parte decisiva de la mediación. Sólo con carácter excepcional tiene sentido recurrir a un procedimiento judicial que el art. 6 de la Directiva estructura en torno a dos fases: la que [ORDÓÑEZ SOLÍS](#) denomina homologación judicial de los acuerdos de mediación y la ejecución judicial forzosa de tales acuerdos de mediación. "Por lo que se refiere a la homologación judicial del acuerdo de mediación, el art. 6.1 de la Directiva ofrece datos sobre su finalidad y sobre sus límites. Por lo que se refiere a su finalidad, esta homologación judicial persigue que en cada Derecho nacional «las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación». El procedimiento judicial debe resultar automático con dos excepciones: que el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud o que la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo; es decir, el juez debe homologar el acuerdo de la mediación salvo que concurran razones de orden público y cuando no quepa la ejecución forzosa de tal acuerdo de mediación. Respecto de la ejecución judicial forzosa, el art. 6.2 de la Directiva dispone: «El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud».

Una vez formalizado el acuerdo de mediación, tendrá eficacia ejecutiva y será título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas inicial y final del procedimiento.

Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar

del tribunal su homologación judicial mediante auto.

Los acuerdos adoptados durante la mediación en los ámbitos civil, social y contencioso administrativo pueden, en su caso, ser homologados judicialmente como transaccionales, teniendo los demás efectos que las leyes establezcan, pudiendo igualmente ser elevados, en su caso, a escritura pública. La elevación a escritura pública en los casos legalmente previstos producirá los efectos inherentes a la misma que las leyes establecen.

Los acuerdos alcanzados en un procedimiento administrativo se insertarán en el mismo con carácter previo a la resolución que les ponga fin.

Los acuerdos alcanzados en el ámbito penal deberán ser trasladados al procedimiento penal en cuyo seno se adopten para surtir efectos, en caso de existir procedimiento en curso, en aquellos aspectos en que exista capacidad dispositiva de las partes afectadas<sup>42</sup>.

La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones

equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

## 5. Conclusiones

Se han señalado las principales ventajas de la mediación de conflictos de responsabilidad civil, destacando la rapidez, la economía y la protección de la reputación de las partes en conflicto, como las más significativas. Sin embargo en el fondo de todos los sistemas alternativos de solución de conflictos parece más importante la flexibilidad del método de resolución y su eficacia para posibilitar soluciones útiles, ventajosas para las dos partes, que el efecto secundario de la reducción de la carga de trabajo para los tribunales, que ya de por sí es un valor importante.

Pero como todo aprendizaje es continuo, con el paso del tiempo se irán manifestando las aristas de este sistema y también otras ventajas adicionales, como la delimitación del alcance real de la disputa cuando las partes no alcancen el acuerdo.

El procedimiento de mediación de conflictos de responsabilidad civil no solo se presenta como una solución para atender la solución de miles de asuntos que esperan pacientemente su tramitación en los distintos órdenes jurisdiccionales, sino también como una nueva forma pro activa de afrontar estos conflictos, mediante sistemas que promuevan el acuerdo amistoso fomentado por el uso de la mediación, con beneficios para todos los agentes implicados, reclamantes, aseguradores de responsabilidad civil y asegurados.

Todo ello constituye un argumento para defender la eficiencia del procedimiento de mediación de conflictos de responsabilidad civil, cuando el reclamante ejerza la acción directa contra la compañía aseguradora, dado que en las reclamaciones judiciales que se realizan en la práctica no tienen en cuenta esta opción, ni la existencia de un seguro de esta naturaleza que, por su especialidad, puede contribuir activamente a la solución amistosa del conflicto con los principios apuntados en esta ponencia.

<sup>42</sup> DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO, *Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona Julio 2011, en <http://www.indret.com/pdf/826.pdf>, última consulta 30 de abril de 2012. Constata el fomento de la mediación en el ámbito penal al amparo de lo establecido por la Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001 y la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la improbable promulgación a medio plazo una Ley de Mediación Penal y plantea dos propuestas para los delitos patrimoniales cometidos entre parientes y de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los cuales puede operar como una verdadera alternativa al proceso judicial.

# El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte\*

**Juan Antonio Xiol Ríos**  
Presidente de la Sala Primera del  
Tribunal Supremo

## Sumario

### 1. Daño emergente o lucro cesante futuros: planteamiento de la cuestión

- 1.1 Las lesiones permanentes y el lucro cesante actual y futuro
- 1.2 Principio general: reparación íntegra del daño
- 1.3 Inclusión del lucro cesante

### 2. El lucro cesante por incapacidad permanente

- 2.1 ¿Se indemniza el lucro cesante con el factor de corrección por perjuicios económicos?
- 2.2 ¿Se indemniza el lucro cesante con el factor de corrección por incapacidad permanente?
- 2.3 Conclusión: la existencia de una antinomia
- 2.4 Las soluciones establecidas por la doctrina científica y por los tribunales antes de la STS de 25 de marzo de 2010

### 3. La sentencia de 25 de marzo de 2010: análisis por el TS de las distintas soluciones propuestas

- 3.1 La solución pragmática
- 3.2 La solución realista
- 3.3 La solución positivista
- 3.4 La solución argumentativa

\* Ponencia impartida en las Jornadas sobre Valoración del Daño, conmemorativas del X Aniversario de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, celebradas en Madrid el 17 y 18 de noviembre de 2011.

#### 4. Requisitos para la indemnización del lucro cesante por incapacidad permanente

- 4.1 Prueba de un grave desajuste
- 4.2 No-compensación por la aplicación de otros factores
- 4.3 Porcentaje máximo sobre la indemnización básica
- 4.4 Compatibilidad de factores
- 4.5 Principio de compensación proporcional
- 4.6 No aplicación a la incapacidad temporal

#### 5. Otras sentencias del Tribunal Supremo

#### 6. El lucro cesante producido por el fallecimiento

#### 7. Daños emergente futuros: gastos sanitarios

#### 8. Posibles supuestos de enriquecimiento injusto

- 8.1 La analogía in malam partem
- 8.2 El fallecimiento prematuro del perjudicado

#### 1. Daño emergente o lucro cesante futuros: planteamiento de la cuestión

##### 1.1 Las lesiones permanentes y el lucro cesante actual y futuro

La vieja cuestión acerca de la valoración de lucro cesante en el SV no es privativa de la incapacidad permanente, sino que afecta también a los casos de fallecimiento y de incapacidades temporales y comprende también el daño emergente futuro. Puede decirse que la cuestión deriva de la existencia de una contraposición entre principios esenciales característicos de la reparación en el Derecho de daños, por una parte, y las limitaciones que impone el SV, por otra. Estas limitaciones en el caso de los daños morales son admisibles en calidad de valoraciones efectuadas por el legislador acerca del alcance de dichos daños, pero resultan más difícilmente asimilables en los casos en los cuales se trata de daños de carácter patrimonial (aunque sean consecuencia de daños no patrimoniales o morales, como son los corporales derivados de un accidente de circulación), pues en ellos no cabe más valoración que la que resulta de su medición con criterios económicos. Esta solo puede ser modificada mediante la aplicación de criterios de imputación establecidos por el legislador acordes con los principios constitucionales y no admite modulaciones derivadas de la aplicación de criterios de valoración de signo limitativo.

Los daños o perjuicios en que consiste el lucro cesante son, sin duda alguna, daños o perjuicios de carácter patrimonial. Sin embargo, existe en los tribunales españoles una tradición

muy restrictiva en orden a su reconocimiento. Esto se debe en gran parte a la dificultad de su prueba, que es especialmente intensa cuando se trata de lucro cesante futuro. Este solo puede ser calculado mediante apreciaciones de carácter prospectivo y no mediante mediciones efectuadas sobre situaciones económicas ya realizadas. Por ello existe una tendencia a considerar que los perjuicios invocados con el carácter de lucro cesante futuro tienen carácter hipotético y carecen por ello de efectividad.

La economía actual, mucho más compleja y dinámica que la de épocas anteriores, impone reconocer la importancia no solo de las realidades económicas consolidadas, sino también de las expectativas económicas de futuro, a las que se atribuye la misma efectividad que a aquellas. Hoy día constituye una afirmación incompatible con la función económica del Derecho afirmar el carácter hipotético e incierto de las expectativas económicas cuya existencia y alcance puede ser acreditada por los mecanismos de medición que ofrecen las ciencias económicas, como ocurre con el lucro cesante futuro. El lucro cesante futuro, desde el punto de vista de su efectividad, no puede diferenciarse del lucro cesante actual y por ello esta institución reclama para sí la aplicación de los criterios clásicos sobre reparación del lucro cesante que tienen su asiento en la más vieja legislación, doctrina y jurisprudencia. En suma, la distinción entre el lucro cesante ya producido y el lucro cesante futuro se compadece mal con una distinción de carácter sustantivo en el régimen jurídico de la responsabilidad, y tiende a residenciarse en las particularidades de los mecanismos económicos y jurídicos para su cálculo y demostración.

No es, pues, de extrañar que el carácter sumamente restrictivo con que el SV trata el lucro cesante haya planteado cuestiones de capital importancia, las cuales han sido objeto de discusión y tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

La STS de 25 de marzo de 2010, que examina el problema del lucro cesante producido como consecuencia de lesiones permanentes, centra la cuestión de lucro cesante en relación con el SV poniendo de manifiesto la existencia de una antinomia, la cual desencadenará la necesidad de una interpretación creadora por parte del TS. Los pasos mediante los cuales se reconoce la existencia de esta antinomia en la sentencia son los que se examinan en los siguientes epígrafes.

## 1.2 Principio general: reparación íntegra del daño

Comienza el TS registrando que la LRCSCVM y el SV que se contiene en el Anexo consagran un principio de reparación integral del daño, el cual se proyecta no solamente en el momento de la determinación de los daños que deben ser indemnizados como consecuencia de un accidente de circulación, sino también sobre la cuantificación de los mismos:

«El régimen legal de responsabilidad civil por daños causados en la circulación distingue conceptualmente entre la determinación del daño y su cuantificación. La determinación del daño se verifica al establecer la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la circulación. El artículo 1.1 LRCSCVM establece que “[e]l conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.” La cuantificación del daño, según el artículo 1.2 LRCSCVM, debe realizarse “en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley”, es decir, con arreglo al Sistema de valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación (llamado usualmente “baremo”).

»La determinación del daño se funda en el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados. Así se infiere del artículo 1.2 LRCSCVM, el cual define como daños y perjuicios determinantes de responsabilidad “[l]os daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se

deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales”.

»En la cuantificación del daño se aplica el mismo principio de reparación íntegra del daño causado. El criterio del apartado primero, número 7, del Anexo enumera las circunstancias que se tienen en cuenta “[p]ara asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados”. La Tabla II, según las reglas del Anexo segundo, sobre explicación del sistema, describe los criterios para ponderar los “restantes daños y perjuicios ocasionados” en el caso de fallecimiento, es decir, los que exceden de la indemnización básica que resulta de la aplicación de la Tabla I. Este principio es también aplicable a la Tabla IV, en el caso de lesiones permanentes, cuya explicación se remite a la de la Tabla II. De esta suerte, la Tabla IV describe los criterios para ponderar los “restantes daños y perjuicios ocasionados” en el caso de lesiones permanentes, es decir, los que exceden de la indemnización básica que resulta de la aplicación combinada de las Tablas III y VI».

## 1.3 Inclusión del lucro cesante

El segundo paso que da la STS de 25 de marzo de 2010 consiste en poner de relieve que tanto la LRCSCVM como el SV contenido en su Anexo incluyen expresamente el lucro cesante dentro de los conceptos que deben ser indemnizados como daños producidos por un accidente de circulación:

«Con arreglo a este principio de reparación integral del daño causado, el régimen de responsabilidad civil por daños a la persona en accidentes de circulación comprende el lucro cesante.

»En el ámbito de la determinación del daño, el artículo 1 LRCSCVM incluye en los daños y perjuicios causados a las personas “[e]l valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener”. Este sintagma se toma del artículo 1106 CC, el cual se admite pacíficamente que se refiere al lucro cesante.

»En el ámbito de la cuantificación del daño, el Anexo, primero, 7, establece como circunstancias que se tienen en cuenta para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados “las circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado”.



»A su vez, los aumentos resultantes de la aplicación de los factores de corrección comprendidos en la Tabla II, y consiguientemente, en la Tabla IV, se satisfacen separadamente y con carácter adicional a los que la LRCSCVM llama “gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral” (Anexo segundo, Tabla II). Con ello, a contrario sensu [por inversión lógica], debe admitirse que se contemplan criterios para la valoración del lucro cesante».

## 2. El lucro cesante por incapacidad permanente

### 2.1 ¿Se indemniza el lucro cesante con el factor de corrección por perjuicios económicos?

Hasta aquí el TS ha constatado la vigencia del principio de reparación integral del daño causado en accidente de circulación y la inclusión del lucro cesante entre los daños que deben ser objeto de indemnización. La sentencia no se refiere de manera específica, al menos en este momento, a la distinción entre el lucro cesante actual y el lucro cesante futuro. Ambos, sin embargo, deben ser equiparados por las razones a que anteriormente me he referido. Solo así se explican las afirmaciones que realiza el TS a continuación, para demostrar que el lucro cesante, el cual, en este caso, tiene el carácter de

lucro cesante futuro, no es suficientemente indemnizado en los casos de incapacidad permanente por el factor de corrección por perjuicios económicos contenido en la Tabla IV:

«En la Tabla IV, que es la aplicable en el caso enjuiciado, el factor de corrección por perjuicios económicos se integra con un porcentaje mínimo y máximo de aumento sobre la indemnización básica respecto de cada tramo en que se fijan los ingresos netos de la víctima calculados anualmente. Este factor aparece incluido, con estructura y contenido casi idénticos, en las tablas II (fallecimiento), IV (lesiones permanentes) y V (incapacidades temporales).

»Este factor de corrección está ordenado a la reparación del lucro cesante, como demuestra el hecho de que se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos. La regulación de este factor de corrección presenta, sin embargo, características singulares. Su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre la indemnización básica, es decir, sobre un valor económico orientado a resarcir un daño no patrimonial, y se funda en una presunción, puesto que no se exige que se pruebe la pérdida de ingresos, sino sólo la capacidad de ingresos de la víctima. De esta regulación

se infiere que, aunque el factor de corrección por perjuicios económicos facilita a favor del perjudicado la siempre difícil prueba de lucro cesante, las cantidades resultantes de aplicar los porcentajes de corrección sobre una cuantía cierta, pero correspondiente a un concepto ajeno al lucro cesante (la indemnización básica) no resultan proporcionales, y pueden dar lugar a notables insuficiencias».

## 2.2 ¿Se indemniza el lucro cesante con el factor de corrección por incapacidad permanente?

Acto seguido, el TS analiza si lucro cesante puede considerarse resarcido con el factor de corrección por incapacidad permanente también contenido en la Tabla IV y rechaza esta posibilidad. Sin embargo, como después se verá, el TS admite que, en atención a las circunstancias del caso, y a la falta de vertebración del sistema de resarcimiento previsto en el SV, cabe que los tribunales consideren que el factor de corrección por incapacidad permanente resarce parcialmente el lucro cesante. Dice así el TS:

«El factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta ha sido interpretado por algunos como un factor que tiene por objeto resarcir el perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral. Sin embargo, esta opinión es difícilmente admisible con carácter absoluto, pues la regulación de este factor demuestra que tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales. En efecto, en la enunciación del factor de corrección se utiliza el término “ocupación o actividad habitual” y no se contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado. Por otra parte, este factor de corrección es compatible con los demás de la Tabla (Anexo, segundo, Tabla II), entre los que se encuentra el factor de corrección por perjuicios económicos. La falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el Sistema de valoración impide afirmar que este factor de corrección sólo cubre daños morales y permite aceptar que en una proporción razonable pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima; pero no puede aceptarse esta como su finalidad única, ni siquiera principal (en este sentido se ha pronunciado la STS [Social] de 17 de julio de 2007, RCU 4367/2005)».

## 2.3 Conclusión: la existencia de una antinomia

La conclusión a que llega el TS es la de la existencia de una antinomia, es decir, de una

contradicción entre dos preceptos legales. Dado que esta antinomia se produce entre principios (reparación integral del daño en relación con la inclusión del lucro cesante como daño susceptible de ser indemnizado) y reglas de conducta (normas sobre la valoración del daño y sobre los conceptos que concretamente deben ser tenidos en cuenta para esta valoración) pudiera pensarse que no existe antinomia alguna, pues las reglas de conducta, como normas más concretas, deben prevalecer sobre los principios. Esta afirmación sería manifiestamente errónea, por cuanto la doctrina jurídica admite la posibilidad de una contradicción entre principios y normas concretas que puede traducirse en una antinomia cuando no puede conocerse con claridad un criterio de preferencia de las reglas sobre los principios o viceversa. La forma en que el TS establece la existencia de esta antinomia es la siguiente:

«En suma, se advierte la existencia de una antinomia entre la consagración del principio de la íntegra reparación para la determinación y la cuantificación de los daños causados a las personas en accidente de circulación, por una parte, y la cuantificación para la indemnización de lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima que resulta de la aplicación de los factores de corrección».

## 2.4 Las soluciones establecidas por la doctrina científica y por los tribunales antes de la STS de 25 de marzo de 2010

El reconocimiento de la existencia de una cuestión acerca de la valoración de lucro cesante, tal como aparece recogida en esta sentencia del TS, constituía un lugar común en la doctrina científica y en las sentencias de las audiencias provinciales. A continuación me propongo hacer un brevísimo resumen de las soluciones principales que se habían propuesto o aplicado en algunas sentencias. Me ha parecido también interesante, dado que, como he dicho, se trata de uno de los “casos difíciles” con los que tropezamos de vez en cuando los juristas, poner de manifiesto la perspectiva jurídica que, desde el punto de vista filosófico, envuelve implícitamente cada una de las distintas posiciones.

### A) La solución pragmática

A) El pragmatismo formalista constituye hoy una posición muy extendida en la práctica jurídica. Se caracteriza, entre otros extremos, por reconocer mucha importancia al texto de las normas y por resolver los conflictos jurídicos, incluso los casos difíciles, mediante la elabora-

ción de deducciones lógicas de carácter formal completadas mediante reglas interpretativas de contraste entre las diversas normas, complementadas con cláusulas implícitas o explícitas de cierre, tales como la interpretación restrictiva de los preceptos imperativos o limitativos de derechos, argumentos *inclusus/exclusus*, a *simile* o a contrario, prohibición/permisión, normas sobre carga de la prueba, presunciones, etc.

B) A mi juicio constituye una expresión del pragmatismo formalista la posición doctrinal que mantiene que el lucro cesante no puede ser indemnizado en ningún caso por encima de los límites que supone la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos.

La remisión que el artículo 1 LRCSCVM contiene a los criterios del Anexo que contiene el SV es interpretada por quienes defienden esta posición como una remisión a los límites de indemnización del Anexo y, en consecuencia, como una forma de la destacar su valor vinculante.

Para esta posición doctrinal, el artículo 1.2 LRCSCVM determina que no son resarcibles aquellos daños que no aparecen regulados en el Anexo y los contemplados en él solo pueden valorarse dentro de los límites cuantitativos fijados en las tablas.

La SAP Asturias 24 oct. 2005 constituye un ejemplo de esta posición al afirmar “compartir este Tribunal el criterio de la Juzgadora de primera instancia en orden a estimar que, en el sistema legal de baremación vinculante y de obligado cumplimiento, se incluyen tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales o morales de forma que la indemnización correspondiente en cada caso siempre tiene el límite establecido en el citado baremo. En definitiva en este aspecto el baremo [...] es completo en sí mismo y así resulta de lo dispuesto en la regla 1.7 del mismo”.

C) En esta posición, en definitiva, se acude como solución a la prevalencia de la cláusula de exclusión propia de todo SV fundado en reglas legales de tasación del daño, consistente en que la valoración no puede exceder de los límites cuantitativos fijados en las tablas ni incluir conceptos no comprendidos en ellas.

#### B) La solución realista

A) Las posiciones realistas consideran que la vinculación del juez al Derecho es solo aparente. En las versiones más amargas, el realismo

considera que los jueces aplican una especie de socio-legalidad (Kennedy), producto de su personalidad, de su formación y cultura, de la influencia que sobre ellos ejerce la sociedad y de sus prejuicios. Esta posición es poco exigente respecto a la sujeción a la literalidad de la ley y da gran importancia al juego de los intereses sociales y, en general, a la necesidad de hacer justicia por encima de las opciones de legislador, tan interesadas como pueden serlo las del juez. La verdadera decisión del juez no se produce en función de los argumentos utilizados en la sentencia, que tienen un valor de mera justificación (contexto de justificación), sino en el momento de seleccionar las premisas o razones jurídicas o extrajurídicas que realmente influirán en su ánimo (contexto de descubrimiento).

B) A mi juicio constituye una expresión de realismo jurídico la posición científica que mantiene la procedencia de considerar susceptible de ser indemnizado el lucro cesante en su totalidad, por encima de los límites establecidos en las tablas, aplicando lo que se ha llamado una indemnización fuera de las tablas, pero dentro del SV, consistente en entender que la concurrencia de circunstancias excepcionales, que no puede haber sido prevista por el legislador, determina la procedencia de establecer una indemnización independiente de las tablas al amparo del principio sentado en el anexo, primero, 7, que establece el principio de reparación integral del daño y menciona la concurrencia de circunstancias excepcionales ligadas, entre otros extremos, a la situación económica y laboral de la víctima.

Esta posición pone de relieve que el artículo 1.2 LRCSCVM se remite, en primer lugar, a los criterios del Anexo y, en segundo lugar, a los límites indemnizatorios fijados en él. Cabe, en consecuencia, valoraciones efectuadas de acuerdo con los criterios al margen de los límites indemnizatorios de carácter tabular, en la medida en que aquellas correspondan a daños no contemplados en las tablas, que son los únicos afectados por los expresados límites.

Según esta interpretación, solo mediante ella la aplicación del Sistema de valoración se acomoda al principio de reparación íntegra, pues, si no se admite, el principio de reparación íntegra aparece enunciado, para, después, resultar negado a través de los límites de las indemnizaciones.

Para esta posición doctrinal, el artículo 1.2 LRCSCVM es el que delimita los daños susceptibles de resarcimiento y su cuantificación. Las



limitaciones cuantitativas tabulares solamente afectan a la valoración del daño corporal en sí y de sus inmediatas consecuencias personales (daños morales), pero no afectan a los daños morales que no han sido tipificados en las tablas y, tampoco, a las consecuencias patrimoniales del daño corporal que no aparecen recogidas en los factores de corrección o lo son insuficientemente.

Esta interpretación se apoya no solo en el valor normativo del principio de la íntegra restitución del daño causado proclamado por el apartado primero, número 7, del Anexo, sino también en la consideración en el mismo de la concurrencia de ‘circunstancias excepcionales’, concepto que por su propia naturaleza implica la imposibilidad de su previsión específica en las tablas.

La SAP Madrid 21 sep. 2002 acoge esta tesis cuando afirma que “las circunstancias excepcionales, resarcibles a tenor de lo establecido en el inciso segundo de la Regla General 7.ª del Apartado primero del “Sistema”, están constituidas por los gastos contingentes o eventualmente necesarios (colaterales), la pérdida o limitación de la capacidad de trabajo y por el lucro cesante, concepto éste ontológicamente diverso al de “perjuicios económicos” tanto desde el punto de vista semántico cuanto material, habida cuenta que su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre un valor orientado a resarcir un daño estrictamente extrapatrimonial y las cantidades resultantes no alcanzan a satisfacer las pérdidas concretas de ingresos, cuando existen, por lo que únicamente sirven para compensar un perjuicio patrimonial básico, legalmente presumido y abstractamente tasado, compatible por tanto con la reparación del lucro cesante».

C) En esta interpretación, como puede verse, se prescinde de la aplicación de las tablas del SV fundándose en que el factor de corrección por perjuicios económicos (mediante el cual se indemniza en proporción a los ingresos que percibía la víctima) es “ontológicamente” distinto del lucro cesante, y en que cuando concurre una circunstancia excepcional no prevista en las tablas el principio de reparación íntegra del daño, establecido en el SV, autoriza a conceder una indemnización al margen de aquellas. A mi juicio, es predominante en esta posición la dicotomía entre el contexto de descubrimiento (la necesidad, impuesta por razones evidentes de justicia, de indemnizar el lucro cesante) y el contexto de justificación (que se funda en reconocer carácter de regla de conducta a un principio, incurriendo aparentemente en lo que en

ocasiones se ha llamado la falacia de los principios, y en negar que el factor de corrección por perjuicios económicos indemnice, como parece ser el propósito de legislador, el lucro cesante).

### C) La solución positivista

A) Las versiones más modernas del positivismo jurídico consideran que la contradicción entre los preceptos legales, o la franca contradicción entre un precepto legal y los principios que informan la vida social, es determinante de la existencia de una laguna (que será llamada laguna axiológica en el segundo de los casos). La existencia de una laguna determina que el juez que debe resolver el conflicto se encuentre en la posición propia del legislador: no puede realizar una aplicación de la ley, porque esta no contiene una solución para el caso, sino que debe crear, con criterios de oportunidad, una norma jurídica nueva (Bulygin), la cual, a partir de ese momento, tendrá el carácter vinculante inherente a la naturaleza propia de la sentencia que se dicte.

B) A mi juicio constituye una manifestación de esta tendencia la posición que propugna la aplicación al supuesto de lesiones permanentes de la solución que dio el TC, en la STC 181/2000, al supuesto de lesiones temporales contemplado en la Tabla V.

La STC 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la tabla V del Anexo de la LRCSCVM (factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias). Nos interesa destacar las siguientes declaraciones de la sentencia:

a) La LRCSCVM convierte “la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre opera en perjuicio de los legítimos derechos de la víctima”. “[R]esulta manifiestamente contradictorio con este esquema de imputación que, cuando concurre culpa exclusiva del conductor, la víctima tenga que asumir parte del daño que le ha sido causado por la conducta antijurídica de aquél”.

b) “[L]os denominados ‘perjuicios económicos’ presentan la suficiente entidad e identidad como para integrar y constituir un concepto indemnizatorio propio”. “[E]n lugar de asignarle su verdadero carácter de partida o componente autónomo, dotado de propia sustantividad, en tanto que dirigido a enjugar las pérdidas o disminuciones patrimoniales que la víctima del daño haya sufrido y pueda acreditar, el sistema trastoca este concepto indemnizatorio para re-

ducirlo a un simple factor de corrección que se calcula sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que obstaculiza la individualización del daño.

c) “[E]l apartado B) de la tabla V del Anexo, en la concreta configuración legal de los ‘perjuicios económicos’ allí contenida, establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al art. 9.3 de la Constitución”.

d) “La configuración normativa de la analizada tabla V, referida a la indemnización de las lesiones temporales, determina que la pretensión resarcitoria de las víctimas o perjudicados no pueda ser efectivamente satisfecha en el oportuno proceso, con la consiguiente vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”.

e) “[L]a inconstitucionalidad apreciada, por violación de los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución, ha de constreñirse a las concretas previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo, y ello no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, determinante de ‘incapacidad temporal’, tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo”.

En los votos particulares a esta sentencia se pone de manifiesto el carácter expansivo que tiene la doctrina sentada en la misma y se da por supuesta su aplicabilidad a las tablas de valoración que contienen un factor de corrección análogo por perjuicios económicos.

Se planteó, en este sentido, la duda de si los pronunciamientos de inconstitucionalidad que efectúa el Tribunal Constitucional, los cuales literalmente sólo afectan al apartado B) de la Tabla V del Anexo, pueden aplicarse a los factores de corrección por perjuicios económicos de las tablas II y IV, aparentemente idénticas. Como después veremos, en la STS de 25 de marzo de 2010 se pone de manifiesto cómo el TC ha negado en diversas resoluciones posteriores esta extensión, considerando la cuestión como una cuestión de legalidad ordinaria.

Parece, sin embargo, que, salvadas las diferencias notables que existen en cuanto a la posibilidad de prueba del lucro cesante en unos y en otros supuestos, y la distinta condición de los

perjudicados, el factor de corrección por perjuicios económicos tiene el mismo carácter en todas las tablas, por lo que resulta difícil rebatir que los argumentos que el Tribunal Constitucional utiliza respecto de la Tabla V son aplicables también, lo que aquí interesa, a la Tabla IV. La transposición de los argumentos utilizados por la sentencia al factor de corrección previsto en esta tabla puede hacerse casi automáticamente.

Fundándose en esas razones, la posición que ahora considero estima que mediante una interpretación conforme a la Constitución del factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla IV puede considerarse que los perjuicios probados por lucro cesante en los casos de culpa relevante del conductor “en su caso” declarada judicialmente (es decir, en la terminología del Tribunal Constitucional, ‘culpa exclusiva’ del conductor o ‘culpa concurrente’ de éste con la víctima) sean indemnizados en función de la prueba realizada ante el juzgador, por aplicación de los principios de interdicción de la arbitrariedad y reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y por encima del tenor literal de la ley.

C) Esta posición prescinde el hecho de que los tribunales ordinarios no pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley y establecer consecuencias de la misma sin una previa declaración de inconstitucionalidad por parte del TC. Sin embargo, como se ha visto, el TC afirma que, a diferencia de lo que ocurre con las lesiones permanentes (Tabla V), la cuestión relativa a la indemnización del lucro cesante en el caso de las lesiones permanentes es una cuestión de legalidad ordinaria, de donde se infiere que no cabe una declaración de inconstitucionalidad. Por consiguiente, propugnar esta solución es tanto como solicitar del tribunal ordinario, partiendo de la existencia de un vacío legal, la creación para las lesiones permanentes de una norma equivalente a la que el TC ha establecido para las lesiones temporales mediante el ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad de las leyes que lo habilitan para actuar como legislador negativo (pero sin disponer de ellas).

#### D) La solución argumentativa

A) Hoy ya predominan en los tribunales y la doctrina jurídica soluciones argumentativas, fundadas en la necesidad de integrar como premisas jurídicas principios y valores, paradigmáticamente establecidos en la Constitución, y de aplicar la ley de acuerdo con la realidad social. Según esta posición los casos difíciles no pueden resolverse aplicando la ley con criterios de

lógica formal; pero existen posibilidades de dar una solución jurídica argumentando dentro de la cultura jurídica con los principios que integran el sistema.

El método propugnado para ello consiste, por una parte, en combinar el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. El contexto de descubrimiento exige encontrar premisas positivas, es decir, razones para fundar una conclusión, y premisas negativas, es decir, razones que limitan las posibilidades de decidir, y valorar en cada caso su mayor o menor fuerza y, excepcionalmente, su carácter concluyente si alguna de ellas lo tiene. Por otra parte, este método debe tener en cuenta no solo la racionalidad estrictamente formal, sino aplicar la racionalidad que Peczenic ha denominado racionalidad LSD. Esta comprende, en primer lugar, la racionalidad lógica y lingüística, que exige que los distintos argumentos no contengan saltos lógicos ni prescindan el contexto gramatical, semántico y social del lenguaje utilizado por el legislador. En segundo lugar comprende la llamada racionalidad de la coherencia, que supone valorar la fuerza de las distintas premisas de acuerdo con los criterios comúnmente aceptados por la comunidad jurídica. Finalmente, comprende la racionalidad discursiva, que exige valorar la bondad de los razonamientos y de la conclusión obtenida en un contexto dialéctico de contraste con otras posibles soluciones según el criterio de un hipotético espectador imparcial.

B) A mi juicio responde a esta solución la solución dada por el TS, el cual entiende que cuando la Tabla IV se remite a los “elementos correctores” del apartado primero, número 7, del Anexo y establece un porcentaje de aumento o disminución que carece de límites, permite entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado son todos los comprendidos en él (por consiguiente, también los fundados en la consideración de perjuicios económicos, circunstancias personales y familiares y circunstancia excepcionales, en tanto no se incluyan en la Tabla) y no sólo los expresamente calificados como factores de corrección de ‘disminución’ o de ‘agravación’.

La SAP Valladolid, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2006, RA 246/2005 sigue esta tesis cuando afirma que:

«Disiente de la cantidad concedida por aplicación del factor de corrección de la Tabla IV referido a la regla 7.ª del Apartado primero del anexo del sistema. Nada debemos reprochar a su concesión pues tal apartado pretende llegar

a la total o máxima indemnidad de los perjuicios padecidos por el perjudicado para contemplar circunstancias no expresamente previstas en las Tablas y de difícil o compleja determinación. Por eso en tal factor de corrección la Tabla no señala su cuantía y deja su fijación a las circunstancias a apreciar por el Tribunal. La fijada en la sentencia es ponderada, razonable y motivada pues utiliza criterios de analogía de otros apartados del sistema como el porcentaje del 10% aplicado a la máxima indemnización por el concepto de gran invalidez por lo que está teniendo en cuenta las circunstancias personales a que se refiere la regla 7.ª, así como la económicas por la pérdida de su capacidad de trabajo que efectivamente desarrollaba como albañil empleado por el Ayuntamiento de Arévalo, como resulta del documento obrante al folio 357 de los autos. Se critica que puede haber una duplicidad con la citada indemnización pero es lo cierto que es una duplicidad que el sistema establece y permite pues los factores previstos en la Tabla IV es posible que concurren y no son excluyentes entre sí. Además no se indemnizan conceptos idénticos, pues el factor por perjuicios económicos aparece referido esencialmente al lucro cesante en ocasiones de difícil precisión por lo que el legislador establece tal factor como complemento de la indemnización básica, y el concedido a la pérdida de su capacidad para la actividad laboral que desempeñaba. A mayor abundamiento el actor presenta otras circunstancias que podrían encontrar encaje en este factor especial, como un estado psicológico afectado y alteraciones mentales, tal como resulta del informe psicológico aportado a los autos (folios 379 a 382). Con lo argumentado también damos respuesta al recurso del propio actor que cuestiona la sentencia en este apartado en pretensión de una indemnización mayor en su cuantía».

D) Esta posición es producto de un compromiso entre el principio de integración del daño y el del carácter limitativo de las valoraciones establecidas en el SV. A él se acoge la STS de 25 de marzo de 2010, expresando las razones en virtud de las cuales, después de analizar las premisas positivas y negativas que abogan en favor o en contra de cada una de ellas, esta solución es preferida a las restantes.

### 3. La sentencia de 25 de marzo de 2010: análisis por el TS de las distintas soluciones propuestas

#### 3.1 La solución pragmática

Esta solución no es ni siquiera analizada por el TS. Del contenido de la sentencia se des-

prende que el TS la rechaza por considerar que prescinde de manera absoluta de reconocer la existencia de un conflicto derivado de la antinomia u oposición entre las normas contenidas en la LRCSCVM y el SV contenido en el Anexo. En suma, en esta sentencia el TS parece alejarse de manera decidida de las soluciones propias del pragmatismo formalista.

### 3.2 La solución realista

Esta solución es analizada por el Tribunal Supremo reconociendo que en su favor concurren premisas de carácter positivo, pero la considera rechazable básicamente en virtud de fundarse en la que he llamado falacia de los principios, consistente en este caso en atribuir al principio de reparación integral del daño el carácter de una regla concreta de conducta. La técnica de aplicación de los principios exige detectar las normas que se encuentran en colisión, ponderar su respectiva naturaleza y fuerza y, en función del resultado obtenido a favor de una u otra, seleccionar o elaborar una regla de conducta aplicable al caso. El TS, en la consideración de las diversas premisas, tiene en consideración incluso razonamientos de tipo gramatical y la concurrencia de principios en tensión con el reparar integral del daño, como es el principio de limitación cuantitativa en la valoración de este:

«Una interpretación doctrinal trata de superar esta antinomia poniendo de relieve que el artículo 1.2 LRCSCVM se remite, en primer lugar, a los criterios del Anexo y, en segundo lugar, a los límites indemnizatorios fijados en él. Caben, en consecuencia –se sostiene–, dentro del sistema de cuantificación del daño valoraciones efectuadas de acuerdo con los criterios del Anexo, primero, 7 (entre los que figuran el principio de total indemnidad, pérdida de ingresos de la víctima y posible concurrencia de circunstancias excepcionales) al margen de los límites cuantitativos de las Tablas, en la medida en que se presenten daños no contemplados en ellas.

»Sin embargo, esta Sala, reconociendo su importancia, no puede aceptar plenamente esta interpretación. Por una parte, la utilización de presente de indicativo en el Anexo, primero, 7, a diferencia de lo que ocurre en relación con los criterios establecidos en los demás apartados del Anexo, primero, que aparecen redactados en tiempo futuro, impide atribuir a los criterios del Anexo, primero, 7, un valor normativo corrector de los límites establecidos en la Tablas. Por otra parte, el régimen de responsabilidad civil por daños a las personas causados a

la circulación descansa sobre la cuantificación del daño mediante la aplicación de los criterios y límites que componen el Sistema de valoración. Admitir que la insuficiencia de las Tablas o la concurrencia de circunstancias excepcionales permite la aplicación de criterios de indemnización prescindiendo de los límites establecidos en ellas equivaldría, en la práctica, a desconocer el valor vinculante del Sistema de valoración para la cuantificación del daño, consagrado en el artículo 1.2 LRCSCVM. En suma, es aceptable reconocer a los criterios del Anexo primero, 7, el valor de reglas de principio interpretativas y de cobertura de lagunas en las Tablas. Pero, por sí mismos, son insuficientes para mantener una interpretación que lleve el resarcimiento del daño más allá de los límites expresamente previstos en ellas».

### 3.3 La solución positivista

La solución consistente en aplicar la doctrina del TC sobre la Tabla V es rechazada por el TS, fundamentalmente por considerar que una premisa o razonamiento negativo, cual es la imposibilidad de obtener una declaración de inconstitucionalidad de la Tabla IV en relación con el lucro cesante, tiene carácter concluyente:

«La STC 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la LRCSCVM (factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias), entre otras razones, por no ser apto para atender la pretensión de resarcimiento por lucro cesante de las víctimas o perjudicados con arreglo a la prueba suministrada en el proceso e infringirse, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva.

»El TC, aceptando que los sistemas de responsabilidad objetiva cabe limitar la determinación del daño objeto de resarcimiento, considera que la inconstitucionalidad declarada afecta únicamente a los supuestos en los cuales se acredite que el conductor responde en virtud de culpa relevante. Con ello se sienta implícitamente que una valoración insuficiente del daño por la ley puede ser equivalente a una limitación de la indemnización. Esta limitación es admisible si la CE la permite y así ocurre si no hay culpa del causante del daño.

»En virtud de esta STC se ha incorporado al Anexo LRCSCVM una explicación para la Tabla V que exceptúa de su aplicación el caso en “que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.” Se entiende que en este caso el

importe de la indemnización vendrá determinado por los perjuicios efectivamente probados, si son superiores.

»Se ha planteado la duda de si los pronunciamientos de inconstitucionalidad que efectúa el TC, los cuales literalmente solo afectan al apartado B) de la Tabla V del Anexo, pueden aplicarse a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV, aparentemente idénticos.

»A juicio de esta Sala, la respuesta debe ser negativa, pues la jurisprudencia constitucional, en cuantas ocasiones se ha planteado por la vía del recurso de amparo la extensión de la doctrina formulada en relación con la Tabla V a las restantes tablas, ha considerado que la interpretación judicial contraria a la expresada extensión no incurre en error patente ni en arbitrariedad ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC, entre otras, 42/2003, 231/2005). La STC 258/2005 declara que “el evento generador de la responsabilidad civil, la muerte de una persona, como el sujeto acreedor al pago, los padres, son distintos a los dispuestos en aquella, donde el evento es la lesión corporal con efectos de incapacidad temporal y el sujeto acreedor el propio accidentado.”

»Esta jurisprudencia constitucional, según se desprende de la última cita, tiene una justificación en que la naturaleza del lucro cesante desde el punto de vista de la imputación objetiva al causante del daño es distinta en el supuesto de la Tabla V, pues se trata de un perjuicio ya producido, frente 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, y en que la Tabla II el perjudicado no es la víctima, sino un perjudicado secundario. Resulta, pues, que el TC rechaza que el resarcimiento de lucro cesante futuro constituya una exigencia constitucional en el ámbito del régimen de responsabilidad civil por daños a las personas producidos en la circulación de vehículos de motor.

»Asimismo, al menos en un caso no se ha admitido un recurso de amparo contra una sentencia en las que se incluía la indemnización del lucro cesante futuro (ATC de 26 de mayo de 2003 [en realidad, se trata de una providencia]). El TC ha considerado, en suma, que la cuestión acerca de la posibilidad de incluir o no el lucro cesante futuro en la reparación de daño corporal sufrido en accidentes de circulación de vehículos de motor es una cuestión de legalidad ordinaria».

«De esto se sigue la improcedencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por no admitir el Sistema de valoración la indemnización íntegra de lucro cesante futuro según la prueba practicada ante el tribunal en los casos de incapacidad permanente y la necesidad de que la antinomia planteada entre el principio de reparación integral del daño (que juega no sólo en el ámbito de su determinación, sino también en el de su cuantificación) y la cuantificación insuficiente de lucro cesante mediante la aplicación de los factores de corrección sea resuelta, en el ámbito de la legalidad ordinaria, en la medida en que lo permitan los límites tabulares establecidos en el Sistema de valoración. Este es el límite que se impone en la jurisdicción ordinaria, en virtud del principio de imperio de la ley, a la que consideramos lógica extensión de la doctrina sentada por el TC en relación con la indemnización por incapacidad temporal (Tabla V) a la indemnización por incapacidad permanente (Tabla IV)».

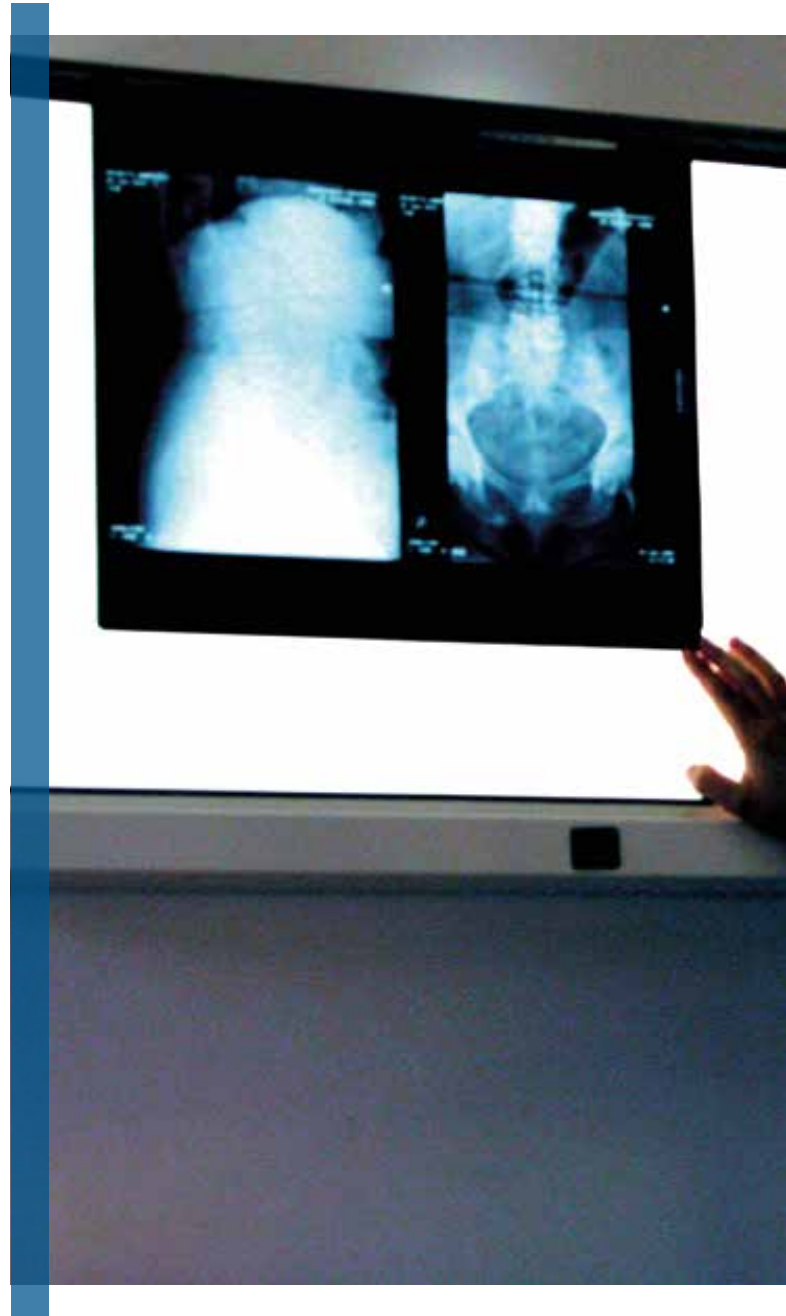
### 3.4 La solución argumentativa

Finalmente, el TS se inclina por aceptar la solución consistente en la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV por concurrencia de elementos correctores de aumento, fundándose de manera sustancial en argumentaciones de tipo dialéctico y salvando los posibles obstáculos que pueden plantearse en el terreno de la lógica lingüística y de la lógica de la coherencia:

«En relación con las situaciones de incapacidad permanente, la solución viene facilitada por el tenor literal de las reglas tabulares. La Tabla IV, en efecto, se remite a los “elementos correctores” del apartado primero, número 7, del Anexo y establece un porcentaje de aumento o de reducción “según circunstancias”. La intención original del legislador pudo ser la de referirse específicamente a los elementos calificados expresamente como correctores en el Anexo, primero, 7. Sin embargo, la literalidad del texto va mucho más allá, de tal suerte que una interpretación sistemática obliga a abandonar la mens legislatoris [intención de legislador] y entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser solo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño; por consiguiente, también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima.

»Concurren diversas razones para ello: (a) La remisión de la Tabla IV se hace en general a los elementos correctores del “apartado primero, 7, del Anexo”, cuyos conceptos figuran incluidos en un único apartado, el cual está dividido en tres incisos (separados por un punto y seguido), de los cuales el segundo y el tercero hacen referencia a circunstancias que tienen un sentido corrector, aunque solo las incluidas en el párrafo tercero son calificadas como elementos correctores de aumento o de disminución. (b) Las circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima, a las que se refiere el Anexo, primero, 7, en el segundo inciso, por definición no pueden haber sido previstas de modo específico en las Tablas, sino solo genérico, y tiene este carácter el factor de corrección que se refiere genéricamente a los elementos correctores. (c) El texto de la Tabla IV en que se contiene la remisión a los elementos correctores del “apartado primero, 7, del Anexo” contiene una ‘descripción’ de los criterios y elementos correctores (así lo explica el Anexo, segundo, Tabla II, aplicable a la Tabla IV), por lo que es lícito entender que no se trata de una mera cita sujeta a la calificación formal contenida en el texto objeto de la remisión, sino una descripción integrada por el conjunto de criterios contenidos en el texto que se invoca, de tal suerte que la naturaleza de elemento corrector puede predicarse de cualquiera de las circunstancias mencionadas en él, aunque no sea directamente calificado como ‘de aumento’ o ‘de disminución’. (d) La expresión ‘factores correctores’, que puede considerarse semánticamente equivalente a ‘elementos correctores’, aparece a lo largo de las tablas II, IV y V para referirse en general a circunstancias relacionadas con los diversos conceptos que se recogen en el Anexo primero 7, y no solo a los calificados como elementos correctores, por lo que es lícito concluir que todas aquellas circunstancias son susceptibles de ser consideradas como factores o elementos correctores.

»La singularidad de la Tabla IV de permitir no solo la disminución, sino también el aumento, y de no establecer limitación cuantitativa alguna en la ponderación del factor de corrección por concurrencia de elementos correctores del Anexo, primero, 7, en contraposición al principio seguido en las demás Tablas (donde sólo se admite la consideración de elementos de reducción de la indemnización con un límite cuantitativo), tiene su justificación sistemática en la aplicación del principio de indemnidad total de la víctima de secuelas permanentes, especialmente en los casos de gran invalidez, dada la gravedad de los supuestos y la dificultad de prever con exactitud todas las circunstancias.



La expresión ‘factores correctores’, que puede considerarse semánticamente equivalente a ‘elementos correctores’, aparece a lo largo de las tablas II, IV y V para referirse en general a circunstancias relacionadas con los diversos conceptos que se recogen en el Anexo primero 7, y no solo a los calificados como elementos correctores, por lo que es lícito concluir que todas aquellas circunstancias son susceptibles de ser consideradas como factores o elementos correctores



La solución adoptada en la sentencia puede encuadrarse dentro de las soluciones que he calificado como argumentativas, pues no solo se dan las razones que se acaba de recoger, las cuales se refieren primordialmente al contexto de justificación, sino que también se dan razones que deben encuadrarse en el contexto de descubrimiento

»En suma, el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor».

La solución adoptada en la sentencia puede encuadrarse dentro de las soluciones que he calificado como argumentativas, pues no solo se dan las razones que se acaba de recoger, las cuales se refieren primordialmente al contexto de justificación, sino que también se dan razones que deben encuadrarse en el contexto de descubrimiento: (i) la función del TS es la de establecer cuál es la correcta interpretación de la ley para unificar doctrina; (ii) el legislador podrá modificar el régimen si considera que el régimen legal, interpretado por el TS, no es el más adecuado a los intereses generales.

#### 4. Requisitos para la indemnización del lucro cesante por incapacidad permanente

La STS de 25 de mayo de 2010, en consonancia con las premisas tenidas en cuenta para establecer el criterio de indemnización de lucro cesante en el supuesto de lesiones permanentes, precisa los requisitos y los límites de la solución establecida. Para considerar adecuadamente estos requisitos y límites debe tenerse en cuenta no solamente la doctrina establecida con carácter general la sentencia, sino también, de manera muy especial, la solución que se da en el caso concreto planteado.

##### 4.1 Prueba de un grave desajuste

«De lo razonado se sigue 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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que:

»1) Se ha probado mediante informes actuariales la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos, que la Sala aplica en un 7,5% de la indemnización básica por lesiones permanentes (que arroja un total de 6.251,03 euros), y el lucro cesante realmente padecido.

»En el informe actuarial presentado por la parte el lucro cesante se cifra en 148.516,48 euros. El informe actuarial presentado por la aseguradora demandada, que es el que resulta menos favorable a la parte recurrente, niega la existencia de lucro cesante necesitado de ser compensado, pero se funda en que la suma en que puede cifrarse el lucro cesante resulta compensada, entre otros conceptos, por el factor de corrección por incapacidad permanente total, cosa que no puede ser admitida por esta Sala, al menos con carácter absoluto, según se ha razonado. De esto se sigue que el importe del lucro cesante quedaría fijado en 64.117,20 euros, teniendo en cuenta las deducciones que hace el perito por actualización del capital coste de la pensión de invalidez y (en un 15%) por probabilidad estadística de obtención de trabajo.

»De esto se infiere que la compensación del lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima, en relación con el factor de corrección por perjuicios económicos aplicado, en relación con los dos dictámenes obrantes en el proceso, se halla entre porcentajes que no alcanzan el 5% y el 10% respectivamente».

De estas afirmaciones se infiere que un porcentaje del 10% de cobertura del lucro cesante por parte del factor de corrección por perjuicios económicos se considera manifiestamente desproporcionado y en principio abre el camino a la aplicación del factor de corrección de elementos correctores de aumento de la tabla IV.

#### 4.2 No-compensación por la aplicación de otros factores

«De lo razonado se sigue 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: [...]

»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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que: [...]

»2) Este lucro cesante no resulta compensado de forma suficiente por otros factores, especialmente por el factor de corrección por incapacidad permanente. Dado que la sentencia recurrida no hace especiales consideraciones sobre este punto, pues se limita a manifestar que la indemnización concedida, según las circunstancias, está en la horquilla legal,





pero teniendo en cuenta que la prueba sobre la incapacidad permanente versó fundamentalmente sobre la actividad laboral del afectado, podría aceptarse como razonable que la indemnización concedida por incapacidad permanente total pueda imputarse en un 50% al lucro cesante, y el resto a daño no patrimonial. De aceptarse esta hipótesis, la proporción en que resultaría resarcido el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima apenas alcanzaría el 20% a tenor la cantidad que resulta del dictamen por ella presentado, y no alcanzaría el 40% según la cantidad que resulta del dictamen presentado por la aseguradora».

De estas afirmaciones de la sentencia se infiere que el porcentaje medio en el que resultaría compensado el lucro cesante teniendo en cuenta el factor de corrección por incapacidad permanente sería de un 30%, y que el TS sigue considerándolo manifiestamente insuficiente y, por ende, desproporcionado para estimar compensado el lucro cesante.

El porcentaje del 50% en que el TS considera que el factor de corrección por incapacidad permanente corrige el lucro cesante depende de las circunstancias del caso y, por ende, hay que entender que la sentencia considera que los tribunales pueden tomar en consideración un porcentaje distinto.

#### 4.3 Porcentaje máximo sobre la indemnización básica

«A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:

»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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que: [...]

»3) La Sala estima que, a la vista de estas proporciones y de la suma concedida como indemnización básica, debe aplicarse ponderadamente como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje intermedio de un 40% de incremento sobre la indemnización básica».

De estas afirmaciones se infiere que el TS, por razones sistemáticas de mantenimiento de los principios del SV, considera que el porcentaje máximo de incremento que puede aplicarse sobre la indemnización básica como elemento corrector de aumento para resarcir el lucro cesante no puede rebasar el 75%.

#### 4.4 Compatibilidad de factores

«A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios: [...]

»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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que:

»4) La suma que resulta de la aplicación de este factor de corrección es compatible con la concedida por el factor de corrección por perjuicios económicos».

#### 4.5 Principio de compensación proporcional

«A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios: [...]

»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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que:

»5) De esta forma el lucro cesante resulta compensado, en conjunto, en una proporción razonable, que se encuentra entre una cifra algo superior al 40%, según resulta del dictamen presentado por la parte recurrente, y algo superior al 90%, según resulta del dictamen presentado por la aseguradora».

De estas afirmaciones se infiere que el Tribunal Supremo considera que un porcentaje próximo al 70%, que resulta de la media de los dos porcentajes anteriores, se considera



El porcentaje de incremento de la indemnización 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».



ión básica debe ser suficiente para que el lucro porción razonable, teniendo en cuenta que ni ésta es exigible constitucionalmente. En laerse en cuenta la suma concedida aplicando elos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la

un porcentaje aceptable para la indemnización de lucro cesante teniendo en cuenta el factor de corrección por perjuicios económicos, el factor de corrección por incapacidad permanente, y el que aplique el tribunal como elemento corrector de aumento, todos ellos en conjunto.

#### 4.6 No aplicación a la incapacidad temporal

«A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:[...]

»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».

En aplicación al caso, la STS dice lo siguiente:

«En el caso examinado concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante ya que:

»6) El porcentaje fijado no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que, como ha quedado establecido, el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un porcentaje para compensar el lucro cesante más allá del factor de corrección por perjuicios económicos mediante una corrección por aumento de la indemnización básica cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicable la Tabla IV. Aplicando el factor de corrección en un porcentaje del 40% sobre la indemnización básica por incapacidad permanente (83.347,00 euros) se obtiene la suma de 33.338,80 euros».

Mediante estas afirmaciones el TS establece con claridad que la solución establecida para las lesiones permanentes es independiente de la indemnización de lucro cesante en el caso de las lesiones temporales, por lo que queda a salvo la solución introducida por el TC, recogida, como es bien sabido, en el texto refundido de la LRCSCVM.

## 5. Otras sentencias del Tribunal Supremo

- La STS de 31 de mayo de 2010, RC n.º 1221/2005, ratifica esta doctrina, declarando que los elementos correctores de apartado primero del número 7 de Anexo han de ser entendidos en sentido amplio a fin de comprender también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las personales y económicas de la víctima. En el caso, probada la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos, en su aplicación sobre la indemnización básica por lesiones permanentes, y el lucro cesante realmente padecido, como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado debe aplicarse

un porcentaje del 50% sobre la indemnización básica por lesiones permanentes:

«La decisión de la Audiencia Provincial de rechazar que el lucro cesante pueda ser objeto de indemnización independiente de aquella que, con arreglo a baremo, se concede al perjudicado por los demás conceptos indemnizatorios previstos legalmente con relación a los daños que fueron declarados probados (incapacidad temporal y secuelas), coincide con lo que ha sido la postura tradicional dentro de la jurisprudencia menor, que ha venido interpretando el artículo 1.2 de la LRCSCVM en el sentido de que, por tener el baremo carácter vinculante, la cuantificación de todos los daños personales ocasionados a la víctima, incluyendo la pérdida sufrida (daño emergente), la ganancia dejada de percibir (lucro cesante) y el daño moral, debía hacerse con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la citada Ley.

»Sin embargo, el Pleno de esta Sala, en sentencia de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010, 1987), aborda el tema de la posible compensación del lucro cesante sentando una doctrina que no se compadece con la que se plasma en la resolución impugnada, en la medida que posibilita que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente, aunque no sea susceptible con arreglo al baremo de ser resarcido íntegramente, sí pueda, al menos, ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente previstos en la Tabla IV, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

»Se dijo, y se reitera, que el régimen legal de responsabilidad civil por daños causados en la circulación distingue entre la determinación del daño y su cuantificación, lo que no es obstáculo para que rija respecto de ambas situaciones el principio de reparación íntegra del daño causado, de tal manera que, en lo que se refiere a su cuantificación, no basta estar, como entiende la Audiencia, al tenor literal del artículo 1.2 LRCSCVM (criterio seguido por la sentencia recurrida) sino que la

comprensión del sistema exige además valorar que el número 7 del apartado primero del Anexo enumera las circunstancias que se deben tomar en consideración, como factores de corrección de la indemnización básica, para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios ocasionados, lucro cesante incluido, criterios circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño que no son en sí mismos suficientes para admitir que puedan resarcirse los daños más allá de los límites expresamente previstos en ellas, pero que sí gozan del valor de reglas de principio interpretativas y de cobertura de las lagunas existentes en las Tablas.

»Partiendo entonces de que el principio de reparación íntegra del daño conlleva también la reparación del lucro cesante, la cuestión, en relación con el resarcimiento del quebranto que supone para la víctima la imposibilidad de volver a trabajar para cualquier profesión cualificada a resultas de haber sufrido lesiones permanentes, es si el derecho del perjudicado se satisface con los incrementos sobre la indemnización básica a percibir por tal concepto que resultan de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente para la ocupación o actividad habitual, previstos en la Tabla IV del baremo (apartados primero y tercero, respectivamente), o si, por el contrario, cabe una compensación mayor de esa ganancia dejada de percibir –aunque no sea de forma íntegra sí, al menos, de manera proporcional–, rebasando los límites que representan dichos factores.

»La sentencia se pronuncia favorablemente a ésta última posibilidad tras analizar la función de los diferentes factores de corrección de la indemnización básica por lesiones permanentes de la Tabla IV pues el contemplado por perjuicios económicos, aunque ciertamente está ordenado a la reparación del lucro cesante, porque se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos–presenta una singularidad (aplicación de porcentajes de corrección sobre una cantidad cierta, la indemnización básica, pero ajena al concepto de lucro cesante) que, aunque facilita la prueba del lucro (se basa en la presunción, no exige que se pruebe la

pérdida de ingresos sino solo la capacidad de ingresos de la víctima), posibilita que las cantidades resultantes no resulten proporcionales, dando lugar a notables insuficiencias que deben ser corregidas, mientras que el factor de corrección por incapacidad permanente también resulta insuficiente dado que su objeto principal es reparar el daño moral ligado a los impedimentos derivados de cualesquiera ocupaciones o actividades habituales, sin que en él se comprenda la reparación del perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral.

»Es por ello que, aún cuando no está justificado obviar el carácter vinculante y la propia constitucionalidad del sistema –en todo lo no comprendido en el apartado B) de la Tabla V del Anexo–, la evidente antinomia que existe entre el principio de resarcimiento íntegro de todos los daños causados a las personas en accidente de circulación y la cuantificación de la indemnización del lucro cesante por disminución de ingresos que resulta de la aplicación de los mencionados factores de corrección, justifica el acudir, a la hora de compensar más adecuadamente el citado lucro cesante, a los “elementos correctores” del apartado primero del número 7 del Anexo, que han de ser entendidos en sentido amplio a fin de comprender también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las personales y económicas de la víctima.

»En todo caso, la aplicación del factor corrector de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero 7, exige lo siguiente, conforme a la sentencia citada:

»1) Que 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) Que 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) Que 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) Que 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) Que 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) Que 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.

»B) Esta doctrina es de aplicación al caso examinado, en el que concurren los mencionados presupuestos para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante no compensado.

»En efecto, el informe actuarial que el actor adjunta como documento 30 de la demanda acredita la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por

perjuicios económicos (10%) de aplicación sobre la indemnización básica por lesiones permanentes, y el lucro cesante realmente padecido, que el informe cifra globalmente en la suma de 610.519,93 euros. Por otra parte, teniendo en cuenta que la indemnización básica por lesiones permanentes o secuelas se fija en 133.238,60 euros, y que la suma concedida en concepto de factor corrector por perjuicios económicos es el 10% de la citada cantidad, esto es, 13.323,86 euros, esta cifra solo compensaría algo más del 2% del total del lucro cesante acreditado. Con relación a la compensación de dicho lucro a través de otros factores, especialmente por el factor de corrección por la incapacidad permanente absoluta, la respuesta ha de ser negativa, pues la sentencia recurrida fija en 89.669,59 euros la cantidad a satisfacer por dicho concepto, de manera que imputando el 50% de dicha cantidad al lucro cesante y le resto al resarcimiento del daño no patrimonial, la proporción en que resultaría resarcido el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima no alcanzaría el 8%.

»Teniendo en cuenta estas proporciones y la suma concedida como indemnización básica por secuelas, debe aplicarse ponderadamente como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje de incremento de un 50%, sobre la indemnización básica por lesiones permanentes (no es aplicable respecto a la concedida por incapacidad temporal), lo que arroja la cantidad de 66.619,30 euros, siendo dicha suma resultante compatible con la concedida por factor de corrección por perjuicios económicos».

## 6. El lucro cesante producido por el fallecimiento

- La importante SAP de Álava (Sección 2.<sup>a</sup>, Penal) de 12 de abril de 2011, n.º 180, considera procedente la indemnización de lucro cesante en favor de la viuda por el desfase entre lo concedido por aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante real acreditado por medio de dictamen pericial. Concede un incremento de un 50% sobre la indemnización básica reconocida a la viuda. Para justificar esta solución, se invoca la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y el principio de analogía:

«Pues bien, recordando la jurisprudencia invocada, la sentencia número 228/2010 del

TS, Sala 1ª, 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 1ª, de 18-6-2009, nº 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 LRCSCVM) 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.

»[...]

»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. Mateo 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 contestar 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 beneficia-

rio 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 superviviente 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 deja-

das 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 aquélla, 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».

## 7. Daños emergentes futuros: gastos sanitarios<sup>1</sup>

- La STS de 22 de noviembre de 2010, RC n.º 400/2006, admite que el sistema de valoración permite la compensación proporcional de los gastos médicos futuros ocasionados por accidente de tráfico, los cuales, antes la reforma llevada a cabo en el año 2003, debían indemnizarse íntegramente:

«La sentencia recurrida descarta la posibilidad de indemnizar los gastos futuros por entender, que como venía siendo tradicional en la doctrina menor, que fuera de los supuestos de acreditación de culpa relevante del conductor, en relación a los conceptos incluidos en el apartado B) de la Tabla V del Anexo (afectada por la declaración de inconstitucionalidad) no cabe indemnizar la totalidad del daño acreditado. Esta concepción ha de entenderse superada a raíz de la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en STS de 25 de marzo de 2010, RC n.º 1741/2004, seguida por la STS de 29 de marzo de 2010, RC n.º 40/2005, para la cual, aún cuando el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, sí puede ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor, doctrina que parte de considerar que el Sistema legal de valoración del daño corporal está integrado por normas que deben interpretarse con arreglo a los princi-

<sup>1</sup> Para más información, artículo del mismo autor "Tratamiento jurisprudencial de gastos asistenciales futuros", publicado en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 40.



pios del ordenamiento, entre estos, el de la total indemnidad del perjuicio sufrido.

»En consecuencia, el criterio seguido por la Audiencia Provincial para rechazar la indemnización solicitada no se compadece con la doctrina expuesta.

»Además, sin necesidad de acudir a la doctrina sobre el lucro, existen razones que también apoyan la estimación de la pretensión de resarcimiento de los gastos reclamados, al margen del momento en que el perjudicado deba satisfacerlos, y por tanto, aun cuando se trate de gastos que hayan de abonarse después de alcanzarse la sanidad, una vez que no se ha puesto en duda lo esencial: su nexo causal con el siniestro.

»Así, resulta determinante a la hora de estimar este motivo que según el criterio o regla sexta del apartado Primero del Anexo, en redacción vigente a fecha en que sucedieron los hechos (la fecha del siniestro determina el régimen legal aplicable), los gastos

de asistencia médica y hospitalaria se han de satisfacer en todo caso, además, esto es, con independencia, de la indemnización que con arreglo a las tablas proceda conceder por el resto de conceptos indemnizatorios (muerte, lesiones permanentes, determinantes o no de invalidez e incapacidades temporales, regla 5ª del mismo apartado Primero), siendo también relevante que la regla 7ª señale que la indemnización de los daños psicofísicos ha de entenderse “en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud”. Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil consideran daño patrimonial resarcible toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, al referirse a la indemnización del dicho daño corporal, establecen (artículo 10:202) que dicho daño patrimonial incluye “la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica”.



»Este marco normativo ampara la posibilidad de indemnizar como perjuicio patrimonial los gastos sanitarios que traigan causa del accidente, entendidos en sentido amplio, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido».

- Esta doctrina se ratifica por la STS de 8 de junio de 2011, RC n.º 1067/2007.

## 8. Posibles supuestos de enriquecimiento injusto

### 8.1 La analogía *in malam partem*

- La SAP Girona, Penal, de 15 de mayo de 2006, Sección 3ª, declara que en el caso enjuiciado, y por lo que al hijo de la fallecida se refiere, la sola existencia del vínculo materno-filial determi-

na, en principio, su condición de beneficiario de la indemnización por la muerte de su madre, sin que la presunción legal de sufrir un perjuicio por tal fallecimiento quede desvirtuada por el hecho de que en los últimos tiempos la relación con su madre fuera escasa y no se hubiera ocupado de ella, pues las vicisitudes por las que hubiera podido pasar la relación en los últimos años carece de eficacia para anular el bagaje sentimental y afectivo propio entre un progenitor y su hijo.

- La SAP de A Coruña, Penal, Sección 2ª, n.º 51/2006, de 26 de mayo, rollo de apelación 58/2005, declara que la LRCSCVM establece unas personas que, de forma ordinaria, se consideran perjudicadas, pero esta consideración es únicamente una presunción *iuris tantum*, que correspondería destruir, en principio, a la parte que lo pretende. En el caso examinado admite que puede inferirse que el padre biológico no merecería la indemnización que le ha sido reconocida, por no haberse preocupado lo suficiente de su hija fallecida, pero mantiene la indemnización por no haber sido la cuestión objeto de controversia en la apelación.

### 8.2 El fallecimiento prematuro del perjudicado

- La STS de 10 de diciembre de 2009, RC n.º 1090/2005 sienta la doctrina de que las indemnizaciones por secuelas, factor de corrección por perjuicios económicos y por daños morales complementarios deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado. Este mismo principio se aplica a los actores de corrección por incapacidad permanente y daños morales a familiares. Respecto de estos últimos, sin embargo, el juez, en el momento de su fijación, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración. Las indemnizaciones por necesidad de ayuda de otra persona, por perjuicios morales a familiares, y por adecuación de la casa y vehículo no pueden dar lugar a enriquecimiento injusto por el fallecimiento prematuro del perjudicado, salvo si se prueba en el momento de su fijación que dicho fallecimiento determinó su carencia absoluta de objeto:

«A) Se plantea la cuestión de si el fallecimiento posterioridad al accidente de la víctima que ha sufrido daños personales debe determinar la disminución de la indemnización devengada en el mismo proceso en que se fija.

»a) Las indemnizaciones por daños fisiológicos en sentido estricto, y aquellas que,

aun cubriendo perjuicios de carácter patrimonial, se calculan en la LRCSCVM en función de la importancia de aquéllos (indemnizaciones por secuelas, factor de corrección por perjuicios económicos y por daños morales complementarios) deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado, si se trata de incapacidad permanente, desde el momento en que se consolidan mediante su determinación a través del alta médica. El fallecimiento prematuro del perjudicado no permite su modificación por el órgano jurisdiccional ni legitimaría una acción de enriquecimiento injusto en el caso de haber sido ya percibidas.

»La razón de ser de esta afirmación radica en que el enriquecimiento injusto exige que no exista una regla que justifique el desplazamiento patrimonial producido. En este caso, la regla de Derecho que justifica el desplazamiento patrimonial de la indemnización en su totalidad radica en que la determinación de los daños por estos conceptos se hace en la LRCSCVM sobre un sistema de presunciones establecido en función de unos parámetros temporales y personales considerados en abstracto, los cuales, salvo circunstancias excepcionales, no pueden ser alterados por circunstancias no previstas sin desvirtuar la técnica de presunciones a que se atiene en estos conceptos el sistema de valoración.

»b) Respecto de las indemnizaciones concedidas por daños no patrimoniales fijados mediante una horquilla establecida en relación con circunstancias concretas (factor de corrección por incapacidad permanente, daños morales a familiares) rige el mismo principio como regla general, pues la indemnización se fija por el legislador mediante criterios abstractos, vinculados en principio a las circunstancias de la víctima subsistentes en el momento del siniestro. Sin embargo, el juez, llamado en estos casos por la ley determinar la cuantía de la indemnización dentro de la horquilla legal atendiendo a la concurrencia de circunstancias determinadas, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración, pues los acontecimientos posteriores al accidente pueden influir, por su propia naturaleza, en las circunstancias a las que la LRCSCVM vincula la valoración por parte del órgano jurisdiccional (actividades habituales de la vícti-

ma, necesidad de ayuda de otra persona, alteración de la convivencia por cuidados continuados).

»c) Este mismo principio según el cual el juez, en el momento de fijación de la indemnización, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración debe entenderse aplicable en el caso de indemnizaciones concebidas por la ley como finalistas (en caso de gran invalidez, necesidad de ayuda de otra persona, perjuicios morales a familiares, adecuación de la casa y vehículo). El fallecimiento prematuro del perjudicado no es suficiente para excluir la indemnización en el momento de su fijación por el hecho de no haberse podido disponer de ella con la finalidad prevista, salvo que se pruebe que dicho fallecimiento determinó su carencia absoluta de objeto. En efecto, el carácter finalista de las indemnizaciones no impone, según la LRCSCVM, limitaciones sobre su empleo en beneficio del perjudicado ni permite control alguno sobre su destino, y, en términos generales, la falta de empleo de una indemnización por daños en la reparación de éstos no altera su fundamento causal como instrumento de compensación de los daños padecidos y, en consecuencia, no puede dar lugar por sí misma a enriquecimiento injusto si no se prevé expresamente en la ley o concurren circunstancias excepcionales.

»d) La acción por enriquecimiento injusto basada en el principio *condictio causa data causa non secuta* [reclamación por causa dada, pero no continuada], dada su naturaleza, sólo puede darse en supuestos excepcionales, y ese mismo requisito resulta la doctrina de la *perpetuatio iurisdictionis* [perpetuación de la jurisdicción], que sólo permite tener en cuenta hechos posteriores a la demanda en casos excepcionales o expresamente previstos por el legislador. Ésta es la interpretación que debe aplicarse a la cláusula contenida en el Anexo, primero, 9, LRCSCVM, en el cual se prevé la modificación de la indemnización por causa sobrevenidas, pero se exige que éstas sean “sustanciales”, es decir, que sean suficientemente importantes para afectar a la esencia de la indemnización, privándola de todo posible sentido de reparación o compensación del daño padecido, o consistan en la “aparición de daños sobrevenidos”».



## Implementación de I+D+i en la reconstrucción técnica de accidentes

**Pedro Gutiérrez García-Diego**

Ingeniero Técnico Industrial.  
Secretario de la Asociación Española de  
Investigación de Accidentes de Tráfico.

En los últimos años, se está realizando una tarea multidisciplinar en relación con los accidentes de tráfico y los fallecidos en nuestras carreteras. A las conocidas campañas de sensibilización y concienciación, se han unido numerosas modificaciones legislativas y cambios normativos (carnet por puntos, modificación del Código Penal...), que han generado un indudable descenso del número de fallecidos en las carreteras.

Se han cumplido gran parte de los objetivos que planes estratégicos de seguridad vial pretendían, descendiendo el número de fallecidos, pero la realidad es que todavía son demasiadas las vidas perdidas en la carretera y muchos más los lesionados gravemente en ellas. Concretamente casi 2.000 personas fallecieron el año 2010 (1.730 según DGT, a falta de contabilizar los fallecidos en las ciudades y los fallecidos a 30 días) y casi 8.000 los lesionados graves en los más de 1.500 accidentes mortales que se produjeron. El 35% de los fallecidos, correspondieron a accidentes laborales. En 2011, el número de fallecidos desciende un 14,5% (1.479 víctimas)

Siempre hay que aplaudir una mejora en este aspecto, pero hay que continuar siendo inconformista, buscar nuevas soluciones, mejorar las existentes a fin de conseguir la excelencia en esta materia que nos es otra que cero accidentes en carretera.

Desde el año 2000, punto de partida de la propuesta de la Comisión Europea recogida en su "Libro Blanco. La política europea de transportes de cara a 2010: la hora de la verdad", España es el tercer país europeo que más vidas ha salvado en sus carreteras. Desde el año 2000, punto de partida de la propuesta de la Comisión Europea recogida en su "Libro Blanco. La política europea de transportes de cara a 2010: la hora de la verdad".

España es el cuarto país de la UE que más ha progresado en reducir las muertes por accidente de tráfico y es una de las seis naciones que ha cumplido el objetivo marcado en 2001 de disminuirlas un 50% en diez años.

Es innegable, que las políticas desarrolladas en los últimos años, nos han llevado a esta evolución favorable en la siniestralidad vial, la indudable mejora técnica y tecnológica de los vehículos, han permitido que estos sean cada vez más seguros y eficaces ante situaciones de riesgo, con un desarrollo de la seguridad activa (aquella que evita que se produzca el accidente), de la seguridad pasiva, tanto la estática, como la dinámica (aquella que tras producirse un accidente, minimiza las consecuencias de las personas implicadas en él, ocupantes, peatones...) como un nuevo concepto que se establece en la seguridad de los vehículos, que es la seguridad preventiva (aquella, que mejora las condiciones de conducción de los vehículos y que mejoran la seguridad de los mismos (mejorando la visibilidad, ergonomía, climatización, señalización...).

Las campañas de sensibilización, concienciación e información, de la repercusión mediática, que ha facilitado que se conozca en verdadera magnitud el problema de la siniestralidad vial, así como el desarrollo normativo y legislativo.

- Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.
- Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgáni-

ca 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.

- Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en materia sancionadora Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en materia sancionadora.

Se ha conseguido que, ciertas conductas al volante presenten nuevas "tipificaciones penales", y la administración trata de garantizar la seguridad vial, castigando algunas conductas tendentes a quebrantarla.

En la actualidad, se está trabajando, aunque llevamos varios años de retraso, en mejorar nuestras infraestructuras, nuestras carreteras, también son causa de los accidentes de tráfico, una realidad que hasta ahora no se había tenido en cuenta.

Existe una normativa al respecto, en muchos casos desconocida hasta por los profesionales que actúan en los accidentes (investigadores de accidentes, cuerpos policiales, jueces ...) o al menos su referencia y aplicación en atestados, investigaciones o sentencias, no tiene la relevancia de otros factores, principalmente el factor humano.

- Ley de Carreteras 25/1988; Reglamento R.D. 1812/1994.
- Ley 8/1972 de autopistas de peaje, de la regulación de la construcción, conservación y explotación.
- P.G. 3 Pliego de Prescripciones Técnicas Generales para obras de carreteras.
- Órdenes Circulares 8/2001, 21/2007, 22/2007, 23/2008.
- Orden 27 diciembre de 1999, Norma 3.1 - IC. Trazado de instrucción de carreteras.

En muchos casos vemos que tratamos el problema de la vía, como únicamente un problema en "la señalización", que efectivamente existe y que debe ser mejorado, pero el factor VIA, y la seguridad en la vía requiere de un estudio integral de la misma, señalización tan solo es un factor en la seguridad de la vía, trazados, tipos de asfaltos (adherencia), barreras de se-



guridad, mantenimiento de la vía, diseño de la misma (arcenes, bermas, medianas, iluminación ...)

La DGT indica que, entre los años 2003-2008, ha aumentado en un 60% los accidentes en los que uno de los factores concurrentes en los accidentes es la vía o su estado, señalización.

Se transpone legislación procedente desde Europa en materia de auditorías de seguridad vial.

- Directiva 2008/96/CE del parlamento europeo y del consejo de 19 de noviembre de 2008 sobre gestión de la seguridad en las infraestructuras viarias.
- Decisión nº 1692/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 1996 sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la red transeuropea de transporte.

Y en el Estado, se genera un

- Real Decreto 345/2011, de 11 de marzo, sobre gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias en la Red de Carreteras del Estado.
- Normativa nueva, alentadora y que ha de ser desarrollada con el fin de mejorar la calidad de nuestras infraestructuras viarias, hacerlas más seguras, eficaces, cómodas y por ende disminuir la siniestralidad vial.

Por tanto un desarrollo y mejora en los tres factores clásicos que influyen en los accidentes:

- Factor humano.
- Vehículo.
- Vía.

Y la interacción que existe entre ellos (vehículo-vía, factor humano-vía, factor humano-vehículo...).

Por ello, con la evolución producida en estos últimos años, parece necesario, por no decir obligatorio, una evolución en la investigación de los accidentes de tráfico. Conocer las causas reales por las cual se producen los accidentes, permitirán no solo facilitar establecer las posibles responsabilidades en los mismos, sino que además permitirá en muchas ocasio-

nes, establecer las medidas correctoras que permitan evitar accidentes análogos en lugares similares.

El clásico atestado policial, realizado en muchos casos “con la buena fe” de los agentes, ha de dejar paso al informe técnico, que se define como “una exposición de datos o hechos dirigidos a alguien, sobre una cuestión o asunto, o sobre lo que conviene hacer del mismo”.

La norma UNE 50135:1996 lo define como “un documento que describe el progreso o resultados de una investigación científica o técnica, o el estado de un problema científico”. Se prepara a solicitud de una organización o persona y debe presentar, sistemática y/o cronológicamente, información suficiente para que un lector cualificado pueda juzgar, evaluar o proponer modificaciones a sus conclusiones o recomendaciones.

Estos informes técnicos, realizados por funcionarios o no, han de cumplir estrictamente con los principios de:

- Profesionalidad.
- Compromiso.
- Objetividad.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 457 establece que pueden existir peritos titulares y no, es decir son peritos titulares los que tienen título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio está reglamentado por la Administración. Por el contrario son peritos no titulares los que, careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimientos o práctica especiales en alguna ciencia o arte.

Esta redacción ambigua de la ley, ha permitido y permite un “intrusismo” profesional, que no es admitido en otras prácticas profesionales y que permite que “profesionales” con conocimientos indeterminados, tengan el atrevimiento de realizar informes técnicos y reconstrucciones de accidentes, desde la opinión y no desde el conocimiento y el criterio científico-técnico. Por ello, hemos de abogar por una profesionalización especializada y una titulación específica para los accidentes de tráfico.

A nadie se le ocurriría admitir, como valoración de daños corporales, la opinión de un voluntario de DYA o Cruz Roja, que desempeñan una función social muy importante, ayudan y apoyan en accidentes, dando soporte a los he-



ridos, para lo que se les forma en la materia de manera somera, pero no puede entenderse que “presentan conocimientos o práctica especial en el trato, traslado o cuidado de heridos de accidentes de tráfico”.

Se precisa que los investigadores, sean equipos multidisciplinares, especializados en materias como la física, la mecánica de accidentes, legislación, prevención de riesgos, auditorías de seguridad vial, psicología etc...

La evolución necesaria para una correcta investigación y reconstrucción de un accidente de tráfico requiere de un protocolo de actuación dividido en varias fases, de la siguiente forma:

1. Fase de campo.
2. Analisis de los datos obtenidos. Cálculos.
3. Creación de hipótesis-comprobación de las hipótesis con los datos obtenidos.
4. Informe de reconstrucción.

#### 1. FASE DE CAMPO

La más importante en la investigación de los accidentes, pues nos permitirá ver “in situ”, las condiciones reales en las que se produce el accidente, circunstancias objetivas y relativas a todos los agentes que influyen en el mismo.



Es necesario, realizar una labor exhaustiva en este punto, pues parte de las pruebas que posteriormente permitan reconstruir el accidente, pueden perderse en el tiempo, no ser percibidas por los investigadores o ser incorrectamente interpretadas al no considerar otras circunstancias del accidente. Por ello, se está trabajando en realizar protocolos de actuación en la investigación del accidente de tráfico, de manera que se consideren un número de parámetros mínimos imprescindibles en TODOS los accidentes de tráfico, generándose listas tipo check-list, a fin de que el investigador que realiza la toma de datos en el lugar del accidente, analice todos los parámetros que se le requiere en esas check-list.

Durante el año 2010 y 2011, el Gobierno Vasco, ha reunido a un grupo de expertos en tráfico, accidentes y protocolos, de manera que se está elaborando un protocolo de investigación de accidentes de tráfico común para todos los cuerpos policiales con competencia en tráfico del País Vasco (Ertzaintza y Policías Locales) que será publicada en los próximos meses. Como parte activa e integrante de este grupo de trabajo, junto con responsables de distintas áreas, hemos expuesto las necesidades y las limitaciones para realizar una investigación de un accidente de tráfico, generándose un primer protocolo, como un elemento “vivo” y que ha de ser analizado en su funcionamiento para posteriormente evolucionarlo y conseguir mejoras en su eficacia.

A nivel técnico, es imprescindible, contar con los adelantos técnicos y tecnológicos en la materia, así como de las herramientas tecnológicas desarrolladas para la investigación de los accidentes de tráfico.

Equipos que permitan la ubicación de todas las pruebas que existe en el lugar de un accidente, que permitan observar, analizar y medir las condiciones de los vehículos, las deformaciones, tanto en profundidad como en magnitud, etc...

El estado de la vía, de los vehículos, su carga, tanto en magnitud como en ubicación, uso habitual de la vía, su señalización, visibilidad, su adherencia y sus sistemas de seguridad, existentes o carentes pero necesarias, facilitan información fundamental que únicamente se puede conseguir, en muchos casos, en el lugar del accidente y con cierta inmediatez, puesto que pueden desaparecer o modificarse en función del tiempo, las condiciones del tráfico, etc..

Un protocolo de actuación en la fase de campo, permite tomar todos los datos necesarios en la fase de investigación y toma de datos en el lugar del accidente. Fotografiar la zona, ubicar los restos mediante croquis escalado con todos los restos, vestigios, marcas, señalización y ubicación de los implicados en el accidente.

Comprobar el estado de los vehículos, documentación, presión de los neumáticos, edad de éstos, profundidad de su dibujo, elementos de seguridad pasiva (si han actuado o no), velocímetro, caja de cambios...

De los ocupantes en los vehículos, ubicación en los vehículos, documentación y permisos necesarios, pruebas de alcohol y drogas (imprescindible, puesto que este dato se mo-

difica o elimina con el paso del tiempo y puede ser necesario para acreditar ciertos comportamientos punibles y recogidos por el Código Penal como delitos contra la seguridad vial).

De la vía, su estado, señalización, elementos de seguridad (barreras...), mantenimiento, adherencia (realizando varias medidas en el lugar), visibilidad, dato fundamental, puesto que definimos la visibilidad como la distancia a la que un riesgo o situación puede ser percibida, de manera que podamos establecer los PPP (punto de percepción posible) y PPR (punto de percepción real) de un conductor, para así poder establecer tiempos de reacción, atención del conductor, etc...

## 2. ANÁLISIS DE LOS DATOS OBTENIDOS, CÁLCULOS

Una vez obtenidos los datos necesarios e imprescindibles para considerar todas las circunstancias que rodean al accidente, habrá que relacionarlos, haciendo uso de los conocimientos técnicos de los investigadores, así como de la física, que ayuda a explicar la dinámica y cinemática de los actores implicados en un accidente.

Los investigadores y reconstructores de accidentes han de apoyarse no solo en los conocimientos técnicos y científicos que presentan, sino en nuevas herramientas informáticas especializadas en cálculo de deformaciones de estructuras, en cálculo de energías de absorción en huellas de derrape o frenada, distancias de proyección en la toma de medidas de la profundidad y magnitud de las deformaciones, permitirá calcular la energía absorbida en la deformación y facilitar un cálculo de velocidad de los vehículos antes de la colisión.

## 3. CREACIÓN DE HIPÓTESIS-COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS CON LOS DATOS OBTENIDOS

Una vez relacionados los datos y establecidas la hipótesis que puedan explicar las diversas pruebas recogidas en el lugar analizado, se ha de comprobar que los cálculos realizados y las hipótesis establecidas, coinciden plenamente con las pruebas obtenidas, estableciendo en este caso una evolución plausible del accidente analizado.

Unidades especializadas, como el ERAT de la Guardia Civil, utilizan tecnología adicional que permite no sólo calcular de manera empírica los datos obtenidos y compararlos con las hipóte-

Unidades especializadas como el ERAT de la Guardia Civil, utilizan tecnología adicional que permite no sólo calcular de manera empírica los datos obtenidos y compararlos con las hipótesis establecidas, con programas de reconstrucción especializada

sis establecidas, con programas de reconstrucción especializada.

Hemos de recordar que, estas unidades especializadas ERAT y GIRAT de la Guardia Civil, son únicamente 2 equipos que han de cubrir todos los accidentes del estado, sirva como ejemplo el archiconocido accidente del torero José Ortega Cano y Carlos Parra, donde la unidad especializada del ERAT de la Guardia Civil ha realizado un informe pericial de reconstrucción a petición de la Autoridad Judicial.

Parecen insuficientes 2 únicos equipos para todo el estado, en este momento, hay que acordarse de que tanto Mossos d'Esquadra, como Ertzaintza, están comenzando a formar unidades especializadas, puesto que tienen competencias plenas en materia de tráfico en sus Comunidades Autónomas, aún así y con todo, son insuficientes para los más de 90.000 accidentes con heridos que se producen en todo el estado (datos del balance de seguridad vial 2010 de la DGT).

Personalmente creo que el manejo de bases de datos de accidentes y de ensayos de colisiones, así como un software especializado PC Crash o Virtual Crash permite implementar circunstancias y datos obtenidos en la fase de toma de datos, enfrentándolos con los cálculos realizados, puesto que el software reproduce las condiciones de la vía, vehículos y personas, analizando los parámetros introducidos y generando una reproducción en 3D, que nos indica las fases del accidente pre-colisión, colisión y

post-colisión y los distintos hitos importantes en los accidentes, como son la ubicación de los puntos de percepción y reacción posibles y reales de los afectados en el accidente.

Para un caso hipotético de atropello a peatón tendríamos:

**Post-Colisión.** Donde se estudia la parte del accidente comprendida entre el momento y lugar en el que se produce el atropello, la posición final que adquiere el peatón y la dinámica que sigue el turismo, distancia de proyección, huellas y marcas.

**Colisión.** Es el momento en que se produce el contacto físico entre el turismo y el peatón, produciéndose las deformaciones en el turismo y las lesiones en el peatón, tras el cual, el turismo y el peatón adquieren sus posiciones finales.

**Pre-Colisión.** Es la fase anterior al momento de atropello comprendida entre el momento en el que el turismo circula por la vía y el peatón se dispone a cruzar, hasta el inicio de la colisión.

#### 4. INFORME DE RECONSTRUCCIÓN

Por último y no por ello menos importante, la redacción y presentación del informe definitivo de reconstrucción de accidentes, evitando opiniones, elementos subjetivos o NO acreditados de manera empírica y que desvían la atención de las causas reales de los accidentes.

Evitar en todo caso, buscar la culpabilidad de alguna de las partes, es común en muchos informes e incluso atestados policiales, diligencias que indican o atribuyen responsabilidades a alguna de las partes concurrentes en un accidente, quebrándose de esta manera un principio básico de la pericial o de la investigación policial que presenta el conocido "principio de veracidad", por la imparcialidad que presentan ante las partes los agentes de la autoridad que intervienen en un accidente de tráfico.

Evitar las conclusiones abiertas o que establecen responsabilidad única a un factor interviniente en un accidente, sin analizar o relacionar el resto de factores, muestran carencias de investigación y de conocimientos de reconstrucción de accidentes de tráfico, sirva como ejemplo que establecer como causa única de un accidente en el que fallecen varias personas las siguientes:

- **Velocidad inadecuada.** Esta afirmación por sí misma, no explica nada, puesto que al investigador o perito que indique esto, ha de preguntarle cual era la velocidad de circulación para poder concluir que era inadecuada, máxime si no presenta datos del vehículo como, presión, edad de los neumáticos, carga del vehículo, análisis de las medidas de seguridad activa y pasiva del vehículo y de la vía etc...

- **Distracción.** De manera análoga, no se puede establecer una relación directa entre distracción y resultado final (un fallecido), puesto que estaríamos admitiendo implícitamente que cada vez que nos despistamos al volante "tendríamos" que fallecer. Precisa seguir investigando la evolución espacio-temporal del accidente y precisa de manera inequívoca de la presentación de otros datos relacionados con el accidente (vehículos, vía...).

- **Falta de pericia.** Otra conclusión abierta y que por supuesto no se acredita con pruebas objetivas, puesto que la pericia o la habilidad al volante, no se acredita con la antigüedad de obtención del permiso de conducción, sino con la utilización real de vehículos a motor. Una persona que presenta 20 años de permiso de conducir, no acredita pericia alguna (o falta de ella), y una salida de calzada en un tramo recto, no puede justificarse por este hecho o por una distracción, exige analizar otras causas, estado del conductor (análisis médicos o de autopsia en caso de fallecimiento...).

Por último una presentación virtual en 3 dimensiones, facilita la comprensión de lo analizado y calculado en las fases de investigación, permitiendo visualizar los datos obtenidos, de manera clara, comprensible y eficaz el accidente reconstruido.

La ingeniería, con sus conocimientos técnicos y tecnológicos al servicio de la ley, pueden resultar una de las herramientas más útiles que permitan facilitar el esclarecimiento, la evolución y las causas que producen los accidentes.

Todos tenemos claro que los accidentes de tráfico durante la jornada laboral y aquellos que se producen al ir o venir del trabajo (*in itinere*), constituyen una de las principales causas de accidentabilidad, tanto a nivel laboral como extralaboral.

Asimismo, debemos ser conscientes que la seguridad vial nos afecta a todos por igual, tanto como profesionales como particulares, y que las consecuencias sociales, económicas y per-

sonales derivas de los accidentes, son una lacra que nos obligan, tanto a los profesionales como las administraciones públicas y ciudadanos a no relajarnos y a abordar, con planteamientos de conjunto la realidad que subyace en los datos de siniestralidad, el factor humano está presente en 9 de cada 10 accidentes de tráfico.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/95 y su desarrollo Reglamentario, obliga a los responsables de una empresa a:

- Evitar los riesgos.
- Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.
- Combatir los riesgos en su origen.
- Tener en cuenta la evolución de la técnica.
- Adaptar el trabajo a la persona.
- Planificar la prevención, integrando la tecnología, la organización y las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales.
- Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.
- Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.
- Dar las debidas instrucciones a los trabajadores (formar e informar a los trabajadores de los riesgos relativos a su puesto de trabajo).

Nuestra experiencia, y las cifras así lo avalan, indica que un gran número de accidentes de tráfico se producen en el entorno laboral, bien porque ocurren en el periodo de ir/volver al puesto de trabajo, accidentes "in itinere", o bien porque suceden como consecuencia de nuestra actividad profesional (profesionales de la conducción, transporte de mercancías, viajeros...) denominados accidente en servicio ("in labore").

Considero urgente y necesario reducir la siniestralidad laboral a través de una concienciación y una formación vial rigurosa.

Objetivo común y compartido por la DGT, (Plan Estratégico de Seguridad Vial 2010-2015 de la Dirección General de Tráfico del Ministerio de Interior) es concienciar a las empresas, formando un grupo de "empresas responsables", donde se pretende que la seguridad vial se incorpore a los

planes de formación de las empresas. Reducir el número de accidentes y con ello el de muertos y lesionados en el entorno laboral.

Hay que tener en cuenta que según la DGT:

- Adquisición de actitudes y conductas viales responsables que propicien la toma de decisiones adecuadas en diferentes situaciones viales.
- Dar a conocer la amplitud del drama y ser ellos el primer eslabón para transmitir mensajes.
- Sensibilizar y educar en conductas positivas y preventivas frente a la siniestralidad laboral y la seguridad vial.
- Identificar y analizar los diferentes factores de riesgo que intervienen en los accidentes de tráfico laborales (trabajador, vehículo, actividad, carga, terceros, ...).
- Saber qué accidentes de tráfico son considerados accidentes laborales y cuáles no.
- Conocer las obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales y en concreto en los accidentes de tráfico laborales.
- Adquirir conocimientos sobre seguridad activa, pasiva y preventiva en los vehículos.
- Conocer los riesgos específicos del puesto de trabajo de conductor, carga de trabajo, tiempo de descansos, estiba de mercancías...
- Debemos conocer el marco normativo que regula nuestro comportamiento con respecto a la seguridad vial.

En la investigación, el desarrollo y la innovación, se centran los pilares esenciales en la mejora de la seguridad vial en los próximos años. En relación con la investigación y reconstrucción de accidentes, es recomendable, entre otras, bibliografía al respecto como:

- LUQUE RODRÍGUEZ PABLO y ÁLVAREZ MANTARAS DANIEL. *Investigación de accidentes de tráfico-Manual de reconstrucción*. Oviedo, Netbiblo 2007
- GONZÁLEZ-CARBAJAL GARCÍA JUAN MANUEL. *Investigación de Accidentes de Tráfico-La toma de datos*. Madrid Thomson 2005
- RODRÍGUEZ GETINO JOSÉ ÁNGEL y OTROS. *Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales*. Lex Nova 2008



# jurisprudencia

## Tribunal Supremo RESPONSABILIDAD CIVIL

**Acción de subrogación de la entidad aseguradora del establecimiento perjudicado por el incendio ocasionado en un semirremolque frigorífico, que se encontraba parado mientras realizaba labores de descarga. Se determina la responsabilidad tanto del conductor como de la compañía aseguradora del semirremolque por considerar que los hechos estaban cubiertos por el seguro obligatorio, al entenderse que el estacionamiento de un vehículo tiene la consideración de hecho de la circulación**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 6 de febrero de 2012.

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

### Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.**- Resumen de antecedentes.

1. Sobre las 0.15 horas del 1 de julio de 2004, mientras el remolque frigorífico matrícula F... FFL se encontraba realizando labores de carga en el establecimiento Supersol, sito en la plataforma baja de Mercamadrid, sufrió un incendio, por cortocircuito en el compresor frigorífico, que afectó tanto a la mercancía como al edificio e instalaciones del supermercado.

2. En esa fecha el remolque era propiedad de Carrocerías Lucas y su uso correspondía a D.

Eusebio en virtud de contrato de préstamo de uso celebrado el 11 de febrero de 2004. La responsabilidad civil del remolque (obligatoria y suplementaria hasta 50 millones de euros) estaba asegurada con Mapfre mediante póliza suscrita el 17 de febrero de 2004. Con anterioridad (30 de diciembre de 2003) se había asegurado con la misma entidad la cabeza tractora. Ambas pólizas estaban en vigor al ocurrir el siniestro.

3. La mercantil Dinosol Supermercados S.L. (antes Ahold supermercados S.L.) era arrendataria del establecimiento Supersol al tiempo de ocurrir el incendio. En ese tiempo tenía en vigor la póliza de seguros suscrita bajo su antigua denominación con Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. que, en esencia y en los términos pactados, cubría los daños materiales, la pérdida de beneficios, la avería de maquinaria y el robo.

4. De acuerdo con esta última póliza, Allianz abonó a Dinosol Supermercados S.L. la cantidad de 101 390,10 euros en concepto de indemnización por los daños sufridos objeto de cobertura.

5. Dinosol Supermercados S.L. y Allianz formularon demanda contra D. Eusebio y su aseguradora, Mapfre, en la que, acumuladamente, reclamaron, en el caso de Allianz, la indemnización asumida con cargo a la póliza (101.390,10 euros), y, por lo que respecta a Dinosol Supermercados, la indemnización correspondiente a los daños no cubiertos por aquella (82.322,90 euros), más intereses legales (del artículo 20 LCS respecto de Mapfre) en ambos supuestos y costas.

6. El Juzgado desestimó la demanda al entender que el incendio se había debido a caso fortuito.

7. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de los demandantes, estimó la impugnación de Mapfre y confirmó, aunque con distintos razonamientos, el fallo absolutorio de primera instancia. Esencialmente, sustentó su decisión en los siguientes argumentos:

a) falta de legitimación pasiva de Mapfre al entender que el siniestro no puede ser considerado "hecho de la circulación", y que esta circunstancia lo sitúa fuera del ámbito de cobertura del seguro de responsabilidad civil suscrito por D. Eusebio.

b) ausencia de responsabilidad de este último, por no haberse acreditado que el incendio se debiera a su conducta negligente. Al no



tratarse de un "hecho de la circulación", la responsabilidad del Sr. Eusebio no puede ser juzgada desde la óptica objetiva que contempla la legislación específica en materia de accidentes de tráfico sino desde la perspectiva subjetiva del CC, donde la culpa no se presume sino que tiene que ser acreditada en supuestos como el de autos en que no cabe apreciar la asunción por el agente de un riesgo extraordinario.

Al no tratarse de un "hecho de la circulación", la  
juzgada desde la óptica objetiva que contempla  
de tráfico sino desde la perspectiva subjetiva  
tiene que ser acreditada en supuestos como el d  
el agente de un rie





8. Los demandantes formulan recurso de casación al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, en asunto tramitado por razón de la cuantía, siendo ésta superior al límite legal.

**SEGUNDO.-** Enunciación del motivo primero de casación. El motivo se introduce con la fórmula:

«V.1. Infracción del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y

Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en relación con el artículo 3 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor».

Este motivo combate la decisión de la AP de considerar que el incendio no podía calificarse como "hecho de la circulación" a los efectos de juzgar la responsabilidad civil reclamada conforme a la legislación específica y de entenderlo cubierto por el seguro obligatorio, por la doble circunstancia de encontrarse el vehículo estacionado cuando se produjo el incendio y de quedar excluidos de aquella consideración los siniestros derivados de tareas industriales, todo lo cual, según la tesis que se defiende, llevó erróneamente a la AP a considerar que Mapfre no se encontraba pasivamente legitimada en este pleito. Así, con la pretensión de que se declare la responsabilidad de Mapfre y en cuanto a la primera razón aducida por la AP para negarla, se defiende, en síntesis, que el criterio mayoritario en los tribunales viene siendo considerar que un vehículo no puede quedar excluido de la consideración de vehículo a motor

la responsabilidad del Sr. Eusebio no puede ser la legislación específica en materia de accidentes del CC, donde la culpa no se presume sino que se exige en autos en que no cabe apreciar la asunción por riesgo extraordinario



por el hecho de encontrarse parado o estacionado, siendo por ello que los siniestros que le afecten en ese estado han de ser considerados también como hechos de la circulación al objeto de considerarlos comprendidos en la normativa específica, pues tanto la LRCSCVM como el reglamento que la desarrolla (RRCSCVM) comprenden en su ámbito de aplicación tanto a vehículos en funcionamiento como los que están parados, dada la potencial peligrosidad que el vehículo representa para terceros en ambos casos. En cuanto a la segunda razón en que se amparó la AP, se argumenta, en esencia, que la exclusión contenida en el artículo 3.2 RRCSCVM solo afecta a vehículos especiales y no a vehículos articulados destinados a labores de carga y descarga de mercancías, y que, incluso en el caso de tener aquel carácter, la exclusión regiría únicamente cuando no se encontraran en una vía o terreno apto para circular como es la zona de carga y descarga de Mercamadrid donde se hallaba el remolque frigorífico cuando sobrevino el incendio.

El motivo deber ser estimado.

**TERCERO.-** Incendio de vehículo parado como hecho de la circulación.

A) Con respecto a lo que debe entenderse por hecho de la circulación, de lo afirmado por esta Sala en STS de 2 de diciembre de 2008, RC n.º 4017/2001 (en un intento de fijar doctrina uniforme ante la casuística existente en esta materia), se desprende que, si la regla general es considerar como tal las situaciones en las que el vehículo se encuentra en movimiento, no obstante lo anterior, ningún obstáculo legal ni –como veremos jurisprudencial existe– para calificar también como hechos de la circulación los siniestros que acontezcan durante paradas ocasionales en la ruta seguida por el vehículo –ya sea por exigencias del propio trayecto, ya sea por exigencias legales, para facilitar el debido descanso del conductor–, ni para considerarlos incluidos en el ámbito del seguro obligatorio de responsabilidad civil (como acontecería de haberse producido con el vehículo en marcha y circulando).

Según esta interpretación, no cabe deducir automáticamente la inexistencia de riesgo derivado de su conducción de la simple constatación de que el vehículo se encuentre parado. Este razonamiento se explica por el propio espíritu y finalidad protectora de la víctima o perjudicado del artículo 1.1 LRCSCVM 1995 (en vigor cuando ocurrió el accidente), según el cual "el conductor de

vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación", en la medida que la eficacia del precepto se hace depender de que los daños personales o materiales se ocasionen "con motivo de la circulación", en el sentido, no de que se produzcan estando el vehículo a motor en movimiento, -aun cuando esto sea lo más común-, sino incluso cuando no lo esté, por ser suficiente con que tales daños o lesiones deriven del riesgo creado con su conducción, situación que, por la razones que seguidamente se expondrán, también comprende la del vehículo estacionado al constituir el aparcamiento o la simple parada una maniobra más de la conducción. En esta misma línea interpretativa se encuentra la circunstancia, puesta de manifiesto por algunas Audiencias Provinciales, de que, aunque la reforma del RD de 1968 llevada a efecto por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, eliminó de su denominación el término "Uso", sin embargo se mantuvo el mismo espíritu de protección global de la víctima frente a los riesgos derivados tanto de la conducción en sentido estricto como del uso de los vehículos a motor.

Las disposiciones reglamentarias definitivas, por remisión legal (artículo 1.4 LRCSCVM), de los conceptos de vehículo a motor y hecho de la circulación, deben interpretarse en consonancia con la perspectiva expuesta.

En virtud del artículo 2.1 RRCSCVM (RD 7/2001, de 7 de enero, en vigor cuando ocurrió el accidente) son vehículos a motor "a los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y de la obligación de estar asegurados" -por ser susceptibles de crear un riesgo para personas o bienes con su conducción-, "todo vehículo, especial o no, idóneo para circular por la superficie terrestre e impulsado por motor, incluidos los ciclomotores, así como los remolques y semirremolques, estén o no enganchados, con exclusión de los ferrocarriles, tranvías y otros que circulen por vías que les sean propias". Por tanto, según esta norma, los semirremolques tienen la consideración de vehículos a motor y deben contar con aseguramiento obligatorio de responsabilidad civil.

Por lo que se refiere a la definición de hecho de la circulación, del artículo 3 RRCSCVM se desprende que se tiene por tal el derivado "del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos

para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común". Puesto que solo se excluyen expresamente de tal consideración (artículo 3.2 RRCSCVM) los derivados [del riesgo] "de la celebración de pruebas deportivas con vehículos a motor en circuitos especialmente destinados al efecto o habilitados para dichas pruebas, sin perjuicio de la obligación de suscripción del seguro especial previsto en el apartado 2 del art. 16" y "los derivados de la realización de tareas industriales o agrícolas por vehículos a motor especialmente destinados para ello, sin perjuicio de la aplicación del apartado 1 en caso de circulación por las vías o terrenos mencionados en dicho apartado", la conclusión que se desprende de todo ello es que los semirremolques tienen la consideración de vehículos a motor por venir definidos como tales en el anterior precepto, y que incurrir en la situación de hecho de la circulación cuando son conducidos por las vías o terrenos mencionados, incluyendo garajes y aparcamientos.

La duda que pudiera subsistir tras la lectura de los anteriores preceptos acerca de la posibilidad de compatibilizar la situación de aparcamiento o estacionamiento del vehículo con el concepto de hecho de la circulación se resuelve acudiendo a las previsiones del RDL 339/1990, de 2 marzo, que aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, habida cuenta que la situación de aparcamiento o estacionamiento está expresamente regulada en la Sección 7.ª, Capítulo II del Título II, artículos 38 y siguientes.

En virtud de los razonamientos expuestos resulta razonable concluir que el estacionamiento o aparcamiento de un vehículo merece la consideración de hecho de la circulación, por extenderse esta situación a cualquiera que derive del uso del vehículo. De esta forma, el riesgo objeto de aseguramiento obligatorio debe comprender, además del ligado a su desplazamiento, también el eventual riesgo que para terceros puede derivar de su incendio, por razón del empleo de sustancias inflamables y de elementos eléctricos para su normal funcionamiento. Esta conclusión se alinea con el criterio seguido mayoritariamente por las Audiencias Provinciales (entre las más recientes, SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 10 de mayo de 2011 y Barcelona, Sección 14.ª, de 18 de marzo de 2011).

De ahí que la jurisprudencia existente en sentido contrario no constituya un precedente, merezca ser objeto de una interpretación muy restrictiva y resulte inhábil para resolver correc-

tamente supuestos distintos de los enjuiciados, caracterizados, como común denominador, por contemplar a un vehículo que se hallaba definitivamente fuera de la circulación. Ejemplo de ello es la STS de 10 de octubre de 2000, recaída en un caso en que el vehículo se encontraba estacionado de forma permanente (así lo afirma expresamente la STS de 2 de diciembre de 2008, RC n.º 4017/2001), y las SSTS de 4 de julio de 2002 y 29 de noviembre de 2007, dictadas en supuestos en que estaba siendo usado de forma distinta a lo que ha de considerarse el uso normal de un vehículo.

B) En aplicación de esta doctrina, no existen razones para no calificar como hecho de la circulación el incendio que afectó al semirremolque asegurado de responsabilidad civil obligatoria y suplementaria en Mapfre, entidad que, consecuentemente, por tratarse de un siniestro no excluido de cobertura, sí se encuentra pasivamente legitimada frente a la reclamación efectuada de contrario. Cuestión distinta –que debe dilucidarse a continuación, dando respuesta al segundo motivo de casación planteado– es la de determinar si concurren los presupuestos necesarios para declararla civilmente responsable de los daños causados por el siniestro (como consecuencia de declararse la de su asegurado).

A esta conclusión se llega valorando que el causante de los daños por los que se reclama es un semirremolque, mencionado expresamente como vehículo a motor en el artículo 2.1 RRCSCVM; que dicho vehículo no se encuentra comprendido en la exclusión del artículo 3.3 RRCSCVM, y que el incendio sobrevino cuando se encontraba estacionado en el lugar destinado a la realización de operaciones de carga y descarga del mismo, consustanciales a su condición de vehículo de transporte de mercancías, situación en que habría de mantenerse, no con vocación de permanencia, sino tan solo por el tiempo necesario para su finalización (lo que, como señaló el Juzgado al aludir a una situación de tránsito, da cuenta de la existencia de una situación de continuidad entre el hecho indudable de la circulación que representa la conducción del vehículo hasta ese lugar y el constituido por el abandono del mismo hasta el de entrega de la mercancía).

**CUARTO.-** Enunciación del segundo motivo de casación. El segundo motivo se introduce con la fórmula:

«V.2. Infracción del artículo 1105 del Código Civil, en relación con los artículos 1902 y 1903 del mismo cuerpo legal».

En este segundo motivo, sobre la base de considerar el supuesto enjuiciado como un hecho de la circulación cubierto por el seguro obligatorio que permite hacer responsable a Mapfre una vez que se pruebe la responsabilidad civil de su asegurado, se defiende, con apoyo en la modulación del criterio subjetivista imperante en la vigente jurisprudencia de esta Sala, que la culpa del conductor del remolque, legítimo poseedor de la cosa al tiempo del siniestro, no debe ser probada por los demandantes como indicó la AP, sino que ha de presumirse, recayendo en dicho demandado-poseedor, en virtud del mecanismo de la inversión de la carga probatoria, el deber de acreditar que el incendio tuvo su causa en fuerza mayor ajena al funcionamiento del vehículo y que actuó con la diligencia exigible para su prevención y evitación, a cuyo efecto no es suficiente el cumplimiento de normas reglamentarias (esto es, el contar con autorización para el transporte de mercancías, en cuanto se trata de un documento que no acredita el buen estado de conservación o mantenimiento del sistema eléctrico que fue la causa del incendio).

El motivo debe ser estimado.

**QUINTO.-** Responsabilidad civil del propietario o poseedor en caso de incendio de vehículo a motor.

A) Según el artículo 1.1. LRCSCVM 1995, el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

En su interpretación, esta Sala viene afirmando, desde la STS de 12 de diciembre de 2008, RC n.º 2479/2002, que el art. 1.1 I y II LRCSCVM establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción.

Puesto que el artículo 1.1 LRCSCVM no distingue entre daños personales y materiales, subsiste para estos últimos también la objetivación de la responsabilidad por el riesgo creado, de modo que el hecho de que en el caso de daños en los bienes la responsabilidad frente a terceros se articule a través de los artículos 1.902 CC y siguientes CC (artículo 1.2 LRCSCVM), se traduce en la técnica de la inversión de la carga probatoria, que ya estaba presente en la tradicional doctrina del riesgo.

En atención al riesgo creado y al deber de extremar su cuidado que incumbe al que tiene

u ostenta el control de la fuente que lo origina o incrementa (en este caso, el vehículo a motor), se ha dicho que no todo incendio es por caso fortuito y que no basta para llegar a tal conclusión que el siniestro se hubiera producido por causas desconocidas (SSTS de 9 noviembre de 1993, 29 de enero de 1996, 13 de junio de 1998, 11 de febrero de 2000, 12 de febrero de 2001), de modo que si se produce un incendio dentro del ámbito de control del poseedor de la cosa -sea el propietario o quien está en contacto con ella- hay que presumir que le es imputable, salvo que pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso.

En el supuesto particular de incendio de vehículo a motor, del que no derivan daños personales sino únicamente daños materiales para terceros, la responsabilidad civil, sea del conductor o del propietario, se rige igualmente por esos mismos criterios de exigencia de mayor cuidado y de atribución de la carga de acreditarlo a quien ostenta el control de la situación de riesgo inherente a la conducción y funcionamiento del vehículo. En el caso del propietario no conductor (y también del legítimo poseedor) de conformidad con lo previsto en el párrafo quinto, del artículo 1.1 LRCSCVM, su responsabilidad, por los daños a personas o bienes ocasionados por el conductor, precisa de una vinculación entre ambos comprendida en alguna de las relaciones a las que se refiere el artículo 1903 CC (y 22 del Código Penal). Dicha responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. La diligencia exigible será, en cada caso, la necesaria para evitar el resultado a tenor de las circunstancias de personas, tiempo y lugar y del mayor o menor riesgo creado, pues un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta.

También desde la perspectiva causal, de la imputación objetiva del daño al comportamiento negligente del agente, la existencia de un riesgo superior al normal se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una diligencia extrema adecuada a las circunstancias, y por ende, en la necesidad de que se adopten las medias necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico. En efecto, tiene dicho esta Sala que la imputación objetiva, entendida como una *quaestio iuris* [cuestión jurídica] susceptible por ende de ser revisada en casación (SSTS 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de

abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007, RC n.º 1007/2007 y 21 de abril de 2008, RC n.º 442/2001), comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias.

B) En aplicación de esta doctrina debe estimarse este motivo de impugnación pues, sentado que se trató de un hecho de la circulación, la responsabilidad del propietario o poseedor debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por la conducción de un vehículo a motor, que, contrariamente a lo señalado por la AP, sí se trata de una situación de especial riesgo, que comporta una presunción de culpa que corresponde destruir al agente, por encontrarse cercano a la fuente de peligro, y que hace que el problema se contraiga en este caso a valorar, desde el punto de vista de la causalidad, su relevancia causal, es decir, si su actuación negligente pudo ser causalmente determinante del resultado dañoso, entendida esa relación de causalidad, no solo desde el plano fenomenológico (causalidad física) sino también desde el plano jurídico, como posibilidad de que se le pueda imputar objetivamente (causalidad jurídica). Y aunque la AP descarta tanto una como otra, se observa que lo hace desde la consideración de que el uso de un vehículo no es una actividad de riesgo, lo que ya se ha descartado, de manera que al propietario y al conductor sí les correspondía velar por la seguridad del mismo, incluyendo la de todos sus mecanismos, entre ellos, el sistema de refrigeración, en cuanto estaba íntimamente relacionado con la actividad a la que estaba principalmente destinado el vehículo. No cabe, como hace la AP, desvincular la causa física del incendio (cortocircuito en el grupo frigorífico) con los deberes exigibles de adecuado mantenimiento y conservación del vehículo, pues, por más que este hubiera sido cedido escasamente cinco meses antes y dispusiera de certificado oficial sobre su aptitud para ser usado para la finalidad con que estaba siéndolo en el momento del siniestro, su uso continuado durante este tiempo -y por tanto, con posterioridad a dicha inspección- situaba al agente en una situación de control de la fuente de peligro que le obligaba a extremar su diligencia a fin de detectar posibles incidencias, averías o defectuosos funcionamientos, con objeto de prevenir daños como los ocasionados.

**SEXTO.-** Estimación del recurso y nueva sentencia.

Consecuencia de lo anterior es la estimación del recurso de apelación de los demandantes, y que esta Sala, en funciones de instancia, una vez apreciada la responsabilidad de los demandados, deba concretar la indemnización objeto de condena.

En este sentido, por razones de congruencia, debe partirse de las acciones acumuladas en la demanda, donde concurren, a instancia de Allianz, la acción subrogatoria del artículo 43 LCS, en reclamación de la indemnización satisfecha a su asegurado por consecuencia del siniestro, y, a instancia de Dinosol, una acción de reclamación de daños y perjuicios por importe igual a los daños y perjuicios no cubiertos por su seguro, con base en la responsabilidad civil de los demandados, principalmente extracontractual. Por la primera Allianz pretende la condena a la suma de 101 390 euros, mientras que Dinosol reclama además otros 82 322,90 euros no indemnizados con cargo a su seguro, por razón de la franquicia pactada y además, según aduce, por haberse indemnizado los daños según presupuesto, sin atender al superior importe acreditado mediante factura posterior.

Las anteriores pretensiones se apoyan, fundamentalmente, en la pericial aportada con la demanda, donde se cuantifican los daños derivados del siniestro en la suma total de 173.629,55 euros, a razón de 151.390,10 euros por daños emergentes (de los que 70.816,44 euros correspondían a edificio e instalaciones; 4.325,22 euros al contenido; 74.263,64 euros a mercancías y 1.985,20 al coste de reparación de una báscula de peso de carnes situada en la zona de incendio –que inicialmente no fue incluida en la tasación–) y 22.239,45 euros por daños consecuenciales o lucro cesante –pérdida de ingresos por la mercancía destruida, destinada a su venta inmediata en la zona de Albacete–. De dicha suma, por razón de las franquicias existentes (50.000 euros respecto de los primeros), Allianz solo satisfizo 101.390,10 euros, cantidad que constituiría el límite al que se refiere el primer párrafo del artículo 43 LCS.

A estas razones opusieron los demandados la excepción material de pluspetición. En el caso del Sr. Eusebio, adujo discrepancias entre presupuestos, facturas y valoración final, y cuantificó en 71.666,04 euros los daños al edificio e instalaciones, en 5.364,92 el daño a contenido, en 72.933,65 euros los daños a mercancías, y en 3.290,75 euros el valor de la ganancia no obtenida. Mapfre, por su parte, alegó que no se ha-



Las anteriores pretensiones se apoyan, fundamentalmente, en la demanda, donde se cuantifican los daños derivados del siniestro en la suma total de 173.629,55 euros, a razón de 151.390,10 euros por daños emergentes (de los que 70.816,44 euros correspondían a edificio e instalaciones; 4.325,22 euros al contenido; 74.263,64 euros a mercancías y 1.985,20 al coste de reparación de una báscula de peso de carnes situada en la zona de incendio –que inicialmente no fue incluida en la tasación–) y 22.239,45 euros por daños consecuenciales o lucro cesante –pérdida de ingresos por la mercancía destruida, destinada a su venta inmediata en la zona de Albacete–. De dicha suma, por razón de las franquicias existentes (50.000 euros respecto de los primeros), Allianz solo satisfizo 101.390,10 euros, cantidad que constituiría el límite al que se refiere el primer párrafo del artículo 43 LCS.



fundamentalmente, en la pericial aportada con los derivados del siniestro en la suma total de los daños emergentes (de los que 70.816,44 euros correspondían al contenido; 74.263,64 euros a la reparación de una báscula de peso de carnes situada en la zona de Albaladejo en la tasación-) y 22.239,45 euros por daños emergentes o lucro cesante

bía tomado en cuenta la depreciación por uso de los equipos informáticos e impresora Láser, que tampoco procedía indemnizar la reparación de la báscula, al no haberse acreditado el vínculo causal con el incendio, y que el lucro cesante se correspondía con las pérdidas de los establecimientos que no fueron surtidos de mercancías y no con las sufridas por el demandante.

Los argumentos de Mapfre carecen de suficiente entidad para desvirtuar los formulados de contrario. En cuanto al lucro cesante, porque no cabe confundir la pérdida que pudieran haber sufrido los comerciantes de Albacete que no fueron abastecidos, con la que sufrió el perjudicado, por no haber podido suministrar su mercancía, que es el perjuicio que se reclama. En cuanto a la no inclusión del valor de reparación de la báscula de carne, porque se limita a negar una vinculación causal con el siniestro que se tiene por acreditada por la pericial. Y en cuanto a los daños a los equipos informáticos, porque no se justifica el enriquecimiento injusto que se imputa. De los argumentos del demandado Sr. Eusebio, carecen igualmente de justificación los que se refieren al menor valor de los daños causados al edificio e instalaciones -pues la circunstancia de que se firmara el finiquito con Allianz no puede equipararse a una renuncia del perjudicado a reclamar la diferencia si, como ocurrió, las facturas posteriores demostraban que su valor era superior al cuantificado según presupuestos-, así como las relativas al menor valor de las mercancías, y, consecuentemente, al menor importe del lucro cesante derivado del hecho de no haberlas vendido, dado que no se aprecia de la documental obrante el supuesto error aritmético que se aduce en cuanto a las primeras, ni que únicamente estuvieran destinadas a su venta en la zona de Albacete las mercancías ubicadas en el remolque -motivo por el cual la pericial calcula el lucro cesante sobre el valor total de las mercancías dañadas-. Por el contrario sí se aprecia una pequeña diferencia en la cuantificación de los daños ocasionados a equipos informáticos, pues si bien no resulta desacertado alcanzar la cifra de 899 euros como resultado de incrementar el valor del equipo con los 40 euros de coste de los portes, ninguna razón ampara cuantificar el valor de reposición de la impresora en la suma de 336 euros, cuando, según factura, costó 325,64 euros, IVA incluido, siendo esta decisión de estar al valor real facturado coherente con la propia postura del perjudicado, que justificó en parte su reclamación, por la diferencia entre el valor presupuestado, que se tuvo en cuenta por Allianz, y el verdaderamente satisfecho según factura. En consecuencia, debe accederse en parte a lo

interesado y rebajar la suma correspondiente a los daños al contenido en 10,36 euros.

En atención a lo expuesto, se fija la indemnización correspondiente al total de los daños y perjuicios derivados del siniestro en la suma de 173.619,19 euros. De esta cantidad, los demandados deberán indemnizar solidariamente a la demandante Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., con la suma por esta satisfecha a su asegurado, de 101.390,10 euros. Y la diferencia, 72.229,09 euros, deberá ser abonada al perjudicado Dinosol Supermercados S.L.

La indemnización a favor de la aseguradora Allianz deberá incrementarse con los intereses de demora de los artículos 1100 CC y 1108 CC, computados desde la fecha del requerimiento extrajudicial efectuado el 20 de junio de 2005 por burofax con acuse de recibo, cuya recepción consta en autos en dicha fecha. No ha lugar a imponer a la aseguradora Mapfre el recargo por mora del artículo 20 LCS, al constituir doctrina de esta Sala, fijada en SSTs de 5 de febrero 2009, RC n.º 2352/2003; 30 de marzo de 2010, RC n.º 199/2006 y 24 de marzo de 2011, RC n.º 1476/2006, que el recargo por demora de la aseguradora en el pago de la indemnización que contempla el artículo 20 LCS no es aplicable a la aseguradora del causante del daño cuando se dirige contra ella la aseguradora del perjudicado por el siniestro ejercitando la acción de subrogación que prevé el artículo 43 LCS.

La indemnización a favor del perjudicado, Dinosol Supermercados, se incrementará también con los intereses del artículo 1100 CC, con respecto a ambos demandados, los cuales deberán computarse desde la fecha en que fueron requeridos extrajudicialmente de pago, 25 de junio de 2005. No ha lugar a imponer a la aseguradora Mapfre los intereses del artículo 20 LCS, en este caso, por apreciarse causa justificada (artículo 20.8º LCS), dada la auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar, en tanto que ha sido preciso agotar este recurso para descartar su falta de legitimación –apreciada en apelación– así como para declarar su responsabilidad a consecuencia de considerarse el siniestro cubierto por la póliza suscrita, como hecho de la circulación.

#### SÉPTIMO.- Costas.

No ha lugar a imponer las costas devengadas en casación, por aplicación del artículo

398.2 LEC. Respecto de las de segunda instancia, se imponen a Mapfre las devengadas en su impugnación, pero no se hace condena respecto de las costas causadas por el recurso de apelación de las demandantes, Allianz S.A., Seguros y Reaseguros a Prima Fija y Dinosol Supermercados, S.L. En cuanto a las de primera instancia, la estimación sustancial de la demanda determina su imposición a los demandados.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Allianz S.A., Seguros y Reaseguros a Prima Fija y Dinosol Supermercados, S.L., contra la sentencia de 20 de febrero de 2008, dictada en grado de apelación por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo n.º 247/07, dimanante del juicio ordinario n.º 453/05, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Majadahonda, cuyo fallo dice:

«Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. y Dinosol supermercados S.L. y estimar la impugnación también deducida por Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija contra la sentencia dictada el 6 de junio de 2006 en los autos de juicio ordinario n.º 453/05, seguidos a instancias de los apelantes contra Mapfre y D. Eusebio, resolución que confirma, aunque con fundamentación jurídica parcialmente distinta a resultados del acogimiento de la impugnación».

2. Casamos y anulamos la anterior sentencia que declaramos sin valor ni efecto alguno, con el resultado de rechazar la impugnación de Mapfre, cuya legitimación pasiva en este pleito se estima, al estar incluido el siniestro en su aseguramiento y de estimar íntegramente los recursos de apelación de los demandantes, con el resultado de apreciar la responsabilidad civil de los demandados, y, en consecuencia, de condenar solidariamente a ambos, D. Eusebio y Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, a que indemnizen a Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. con la suma de 101.390,10 euros, y a Dinosol Supermercados, S.L. con la suma de 72.229,09 euros. Estas cantidades se incrementarán con los intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial, 20 de junio de 2005.



3. No se hace condena en cuanto a las costas de este recurso. Respecto de las de segunda instancia, se imponen a Mapfre las devengadas en su impugnación, pero no se hace condena respecto de las costas causadas por el recurso de apelación de las demandantes, Allianz S.A., Seguros y Reaseguros a Prima Fija y Dinosol Supermercados, S.L. Las de primera instancia se imponen a los demandados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Jesús Corbal Fernández. José Ramón Ferrándiz. Gabriel Antonio Salas Carceller. Encarnación Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Rubricado.

### VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia nº 816/2011, de 6 de febrero de 2012 (Recurso nº 977/2008).

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La referida sentencia, de cuya fundamentación y fallo discrepo en parte con absoluto respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, resuelve en el sentido de declarar que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Allianz S.A., Seguros y Reaseguros a Prima Fija y Dinosol Supermercados S.L., contra la sentencia de 20 de febrero de 2008, dictada en grado de apelación por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo nº 247/07, dimanante del juicio ordinario nº 453/05 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Majadahonda; sentencia que confirmó la dictada en primera instancia en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por la representación procesal de las recurrentes y absolver a los demandados, don Eusebio y Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, de las pretensiones formuladas en su contra, con imposición de costas a las demandantes.

La Sala casa y anula la sentencia de apelación, estimando -al contrario que la Audiencia Provincial- que el siniestro está incluido en el aseguramiento contratado con la demandada

Mapfre, por lo cual condena solidariamente a dicha aseguradora y a don Eusebio a indemnizar a Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. en la cantidad de 101.390,10 euros, y a Dinosol Supermercados S.L. en la suma de 72.229,09 euros; importes que habrán de incrementarse con los intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial, 20 de junio de 2005, haciendo además los oportunos pronunciamientos sobre costas.

**SEGUNDO.-** La "ratio decidendi" de la sentencia viene dada por la consideración como "hecho de la circulación" -a efectos de generar la responsabilidad asegurada por Mapfre- de lo sucedido sobre las 0,15 horas del día 1 de julio de 2004 cuando, hallándose el remolque frigorífico matrícula F... FFL, sobre el que se había concertado seguro con dicha entidad, en labores de carga en el establecimiento Supersol, sito en la plataforma baja de Mercamadrid, sufrió un incendio -por cortocircuito en el compresor frigorífico- que afectó tanto a la mercancía como al edificio e instalaciones del supermercado, siendo usuario de dicho remolque en tal fecha don Eusebio.

**TERCERO.-** Mi discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala se concreta en la consideración de que ello no puede integrar un "hecho de la circulación" y, en consecuencia, no puede dar lugar a responsabilidad de la entidad aseguradora en virtud del seguro concertado.

El artículo 2.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, según texto vigente en la fecha del siniestro, establecía la obligación de todo propietario de vehículo de motor que tenga su estacionamiento habitual en España "a suscribir un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 1 anterior".

El artículo 1.1 disponía, como ahora, que "el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación".

En consecuencia la responsabilidad cubierta por el seguro es la del conductor del vehículo derivada del riesgo que crea mediante la conducción del mismo, y no la de otras personas -a las que se refiere el fundamento de derecho quinto de la sentencia- como pueden ser



"el propietario o el poseedor", pues la que pudiera ser imputada a estos últimos, en un caso como el presente de incendio de un remolque frigorífico por causas absolutamente ajenas a su conducción y a la circulación, es una responsabilidad civil de carácter general que tiene su propio régimen de exigencia y de aseguramiento, distinto del propio de los vehículos de motor.

Cuando el artículo 3 del Reglamento entonces vigente (Real Decreto 7/2001, de 12 de enero) establecía el concepto de "hechos de la circulación" lo hacía, como el actual, "a los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria" y, en consecuencia, únicamente en relación con la responsabilidad del conductor del vehículo nacida de su actuación en la conducción del mismo, sin amparar la posible responsabilidad de otras personas distintas.

**CUARTO.-** Por ello, entiendo que el primero de los motivos del recurso debió ser desestimado y, como consecuencia, procedía mantener la absolución de la aseguradora Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, según lo resuelto por la Audiencia Provincial, condenando a los recurrentes al pago de las costas causadas por su defensa en el recurso de casación.

Como consecuencia, la parte dispositiva habría de ser la siguiente:

### FALLAMOS

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Allianz S.A., Seguros y Reaseguros a Prima Fija y Dinosol Supermercados S.L. contra la sentencia de 20 de febrero de 2008, dictada en grado de apelación por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo nº 247/07, dimanante del juicio ordinario nº 453/05, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Majadahonda, la que casamos y anulamos y, en su lugar, con estimación parcial de la demanda condenamos a don Eusebio a indemnizar a Allianz S.A. en la suma de 101.390,10 euros, y a Dinosol Supermercados S.L., en la de 72.229,09 euros, más intereses legales, con los correspondientes pronunciamientos sobre costas causadas en ambas instancias; condenando a las recurrentes al pago de las causadas por Mapfre, Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, con ocasión del recurso de casación.

Dado en Madrid, a seis de febrero de 2012.

**E**n esta resolución se vuelve a tratar por la Sala 1ª del TS la cuestión relativa a la consideración o no de hecho de la circulación del incendio de un vehículo parado que ocasiona daños a terceros. La última vez que se pronunció la Sala sobre este asunto, fue en la STS de 2 de diciembre de 2008, a la que hace referencia la sentencia que comentamos. En aquélla sentencia, la Sala sentó la doctrina de que si la regla general es considerar como hechos de la circulación las situaciones en las que el vehículo se encuentra en movimiento, ningún obstáculo legal ni jurisprudencial existe, para calificar también como hechos de la circulación los siniestros que acontezcan durante paradas ocasionales en la ruta seguida por el vehículo –ya sea por exigencias del propio trayecto, ya sea por exigencias legales, para facilitar el debido descanso del conductor–, ni para considerarlos incluidos en el ámbito del seguro obligatorio de responsabilidad civil (como acontecería de haberse producido con el vehículo en marcha y circulando).

No obstante, en la sentencia de 2008, los hechos son distintos a los que han dado lugar a la sentencia que comentamos. En aquélla, el incendio del autobús se produjo como consecuencia de un fallo en el circuito de la calefacción del vehículo. Por lo tanto, aunque la sentencia no fundamentó su decisión en esta circunstancia, es evidente que se trató de un hecho endógeno al propio vehículo, imputable, además, a su conductor, que conocía con anterioridad los problemas que tenía el circuito de la calefacción. En esta sentencia, los hechos son los siguientes: sobre las 0:15 horas del 1 de julio de 2004, mientras el remolque frigorífico se encontraba realizando labores de carga en el establecimiento Supersol, sito en la plataforma baja de Mercamadrid, sufrió un incendio, por cortocircuito en el compresor frigorífico, que afectó tanto a la mercancía como al edificio e instalaciones del supermercado.

Dinosol Supermercados S.L. y Allianz formularon demanda contra D. Eusebio y su aseguradora, Mapfre, aseguradora de la responsabilidad circulatoria del camión y remolque que provocó el incendio, en la que, acumuladamente, reclamaron, en el caso de Allianz, la indemnización asumida con cargo a una póliza de daños (101 390,10 euros), y, por lo que respecta a Dinosol Supermercados, la indemnización correspondiente a los daños no cubiertos por aquella (82 322,90 euros), más intereses y costas, al entender que se trataba de un hecho de la circulación.

El Juzgado desestimó la demanda al entender que el incendio se había debido a caso fortuito. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de los demandantes, estimó

la impugnación de Mapfre y confirmó, aunque con distintos razonamientos, el fallo absolutorio de primera instancia, por cuanto que el siniestro no puede ser considerado «hecho de la circulación», y que esta circunstancia lo sitúa fuera del ámbito de cobertura del seguro de responsabilidad civil suscrito por D. Eusebio.

**El Juzgado desestimó la demanda al entender que el incendio se había debido a caso fortuito. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de los demandantes, estimó la impugnación de Mapfre y confirmó, aunque con distintos razonamientos, el fallo absolutorio de primera instancia, por cuanto que el siniestro no puede ser considerado «hecho de la circulación»**

Los demandantes recurrieron en casación, alegando, entre otros motivos, infracción del art. 1 LRCSCVM, al entender que los siniestros

## COMENTARIO

que le afecten en ese estado –vehículos parados– han de ser considerados también como hechos de la circulación al objeto de considerarlos comprendidos en la normativa específica, pues tanto la LRCSCVM como el reglamento que la desarrolla (RRCSCVM) comprenden en su ámbito de aplicación tanto a vehículos en funcionamiento como los que están parados, dada la potencial peligrosidad que el vehículo representa para terceros en ambos casos.

La Sala estima el recurso de casación de los demandantes, basándose, esencialmente, en la doctrina de la STS de 2 de diciembre de 2008, pese a que, como hemos indicado el origen del incendio es distinto. En este sentido, indica que resulta razonable concluir que el estacionamiento o aparcamiento de un vehículo merece la consideración de hecho de la circulación, por extenderse esta situación a cualquiera que derive del uso del vehículo. De esta forma, el riesgo objeto de aseguramiento obligatorio debe comprender, además del ligado a su desplazamiento, también el eventual riesgo que para terceros puede derivar de su incendio, por razón del empleo de sustancias inflamables y de elementos eléctricos para su normal funcionamiento.

Una vez aclarado por la sentencia que estamos ante un hecho de la circulación, lo que se plantea es si en este caso, en el que se produce un incendio en el remolque frigorífico, cabe imputar responsabilidad civil a su conductor y al propietario del mismo.

Para el alto tribunal, la responsabilidad del propietario o poseedor debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por la conducción de un vehículo a motor, que, contrariamente a lo señalado por la Audiencia Provincial, sí se trata de una situación de especial riesgo, que comporta una presunción de culpa que corresponde destruir al agente, por encontrarse cercano a la fuente de peligro, y que hace que el problema se contraiga en este caso a valorar, desde el punto de vista de la causalidad, su relevancia causal, es decir, si su actuación negligente pudo ser causalmente determinante del resultado dañoso, entendida esa relación de causalidad, no solo desde el plano fenomenológico (causalidad física) sino también desde el plano jurídico, como posibilidad de que se le pueda imputar objetivamente (causalidad jurídica).

No podemos compartir los razonamientos del alto tribunal, en un supuesto en el que el incendio se produce por motivos totalmente ajenos a la conducción. No se trata solo de que el vehículo esté parado o de que esté haciendo una maniobra de carga en un muelle, sino que, además, el origen del incendio es debido a un fallo en el compresor del frigorífico.

En consecuencia, una cosa es que pueda haber responsabilidad civil del poseedor o el propietario del vehículo y otra distinta es que esa responsabilidad sea derivada de la conducción de vehículos a motor. Por este motivo, compartimos el voto particular emitido en esta sentencia por el magistrado D. Antonio Salas Carceller.

Para el magistrado disidente, los hechos objeto de esta resolución no pueden ser considerados como “hecho de la circulación” y, en consecuencia no cabe imputar responsabilidad alguna a la entidad aseguradora demandada. En este sentido, matiza que la responsabilidad cubierta por el SOA es la del conductor del vehículo derivada del riesgo que crea mediante la conducción del mismo, y no la de otras personas -a las que se refiere el fundamento de derecho quinto de la sentencia- como pueden ser “el propietario o el poseedor”, pues la que pudiera ser imputada a estos últimos, en un caso como el presente de incendio de un remolque frigorífico por causas absolutamente ajenas a su conducción y a la circulación, es una responsabilidad civil de carácter general que tiene su propio régimen de exigencia y de aseguramiento, distinto del propio de los vehículos de motor.

# Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Reclamación de indemnización de daños y perjuicios al fabricante por los daños causados por la rotura de la prótesis implantada al demandante para el tratamiento de su enfermedad coronaria. Se condena a la entidad demandada al abono de la cantidad 92.455.20 euros al estimar la falta de prescripción de la acción, por considerar como pertinente el inicio del cómputo el momento en que se produjo la resolución de incapacidad dictada por el INSS, y no el momento del alta médica**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 27 de febrero de 2012.

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

## Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.-** D. Antonio formuló demanda en reclamación de los daños y perjuicios sufridos (240.404,34 euros) a consecuencia de la rotura de la prótesis implantada en la vena subclavia izquierda -stent-, para el tratamiento de su enfermedad, trombosis subclavia y síndrome del desfiladero. La demanda la formula contra Boston Scientific España S.A, distribuidora del producto, fundando su pretensión en la doctrina general del incumplimiento de obligaciones -artículos 1101 y ss del CC-; normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual -artículos 1902 y 1903 CC- y Ley de Consumidores y Usuarios -artículos 25 y siguientes-.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la demandada al abono de la suma 240.404,34 euros. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la del Juzgado en el sentido de absolver a la demandada de los pedimentos contra ella formulados, al entender que la acción ejercitada estaba prescrita. En concreto considera que el dies a quo del plazo prescriptivo viene determinado por el informe del alta médica del paciente aunque con posterioridad se declarara su incapacidad permanente mediante resolución del INSS, por ser aquel momento en el que la parte actora tuvo conocimiento del alcance de sus lesiones.

La parte actora interpuso recurso de casación.

**SEGUNDO.-** El escrito de interposición de la recurrente se articula en cinco motivos, de los cuales no ha sido admitido el quinto. En los tres primeros se alega la infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil, argumentando que la resolución recurrida vulnera los citados preceptos, así como la jurisprudencia que los desarrolla, al declarar prescrita la acción ejercitada. Como fecha para iniciar el cómputo del plazo prescriptivo estableció el momento del alta médica, cuando lo pertinente es iniciar el cómputo en el momento en que se produjo la resolución dictada por el INSS en la que se declara al lesionado en situación de incapacidad permanente absoluta, además de que no es posible iniciar con anterioridad dicho plazo al encontrarnos ante un supuesto de daños continuados.

Se estiman.

Sostiene el recurrido que no es admisible el motivo que impugna la apreciación de la prescripción porque la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción es una cuestión de hecho confiada a la apreciación de los órganos de instancia en función de la valoración de las pruebas practicadas, de suerte que la vía adecuada para impugnar esta apreciación no sería el recurso de casación sino el extraordinario por infracción procesal.

No es lo que sucede en este caso. Dice la sentencia de 11 de febrero 2011 que "aunque la prescripción, como otras muchas materias, tenga componentes puramente de hecho, como por ejemplo la fecha en que se interpuso la demanda o la fecha del día inicial del plazo si éste se determina en función de cuándo fue conocido el hecho dañoso por el luego demandante, también



tiene componentes puramente jurídicos como es, en este caso, si la determinación invalidante de las secuelas, en cuanto día inicial del cómputo del plazo, debe hacerse coincidir con una fecha concreta entre varias posibles que hayan sido objeto de debate por las partes litigantes en función de la jurisprudencia de esta Sala sobre el efectivo conocimiento por el perjudicado del alcance o grado del quebranto sufrido. Así lo entendió la sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 2009 (rec. 1207/05, FJ 2º) y así lo entiende también su sentencia de 25 de mayo de 2010 (rec. 2036/05, FJ 3º) cuando señala que "junto al aspecto fáctico, la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción presenta una dimensión eminentemente jurídica, relacionada con la correcta aplicación e interpretación normativa y jurisprudencia aplicables".

La sentencia valora dos fechas: una, la de 17 de junio de 1999 en que se produce la situación de incapacidad permanente; otra, la de 28 de marzo de 2000 en que terminó el expediente del INSS con la declaración de incapacidad permanente y total. Sin embargo, atiende a aquella y no a esta



fecha para declarar prescrita la acción. Este planteamiento no puede ser acogido. Es doctrina reiterada esta sala que, cuando, como aquí sucede, se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador, el día inicial del computo coincide con la terminación del expediente, pues sólo entonces se dispone de un dato -incapacidad- que afecta esencialmente al daño padecido (SSTS 24 y 25-5-2010; 20 de septiembre 2011), lo que le permitirá detallar en su demanda el definitivo quebranto sufrido (STS 7 de octubre de 2009).

**TERCERO.-** La estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada determina que la Sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda. Los hechos son los siguientes:

D. Antonio, que tiene el síndrome de salida torácica bilateral ó síndrome de desfiladero torácico, aunque es más relevante en el lado izquierdo que en el derecho, sufrió en el mes de abril de 1995 una trombosis venosa del miembro su-

perior izquierdo por afectación de la vena subclavia, consecuencia de dicho síndrome y debido a la presión que sobre ella ejercía la primera costilla con fibrosis y estenosis de la referida vena, y dada la edad del paciente (29 años), se tomó la decisión de seguir un tratamiento que le permitiera incorporarse a su actividad habitual, para lo cual se le efectuó resección de la referida costilla a fin de evitar la presión sobre el citado vaso sanguíneo y, posteriormente, a fin de reconducir la estenosis y restaurar la luz del vaso citado y prevenir futuras trombosis, se le implantó una prótesis denominada stent fabricada por la entidad demandada Boston Scientific España S.A. en una aleación de cromo, cobalto y acero de forma helicoidal y que mantenía la vena operativa, lo que se llevó a cabo con éxito por el Servicio de Radiología Intervencionista del Hospital Universitario San Cecilio de Granada, recomendándosele al paciente evitar hacer esfuerzos con el brazo hasta la próxima revisión que se efectuó el día 11 de septiembre de dicho año, observándose buena evolución aunque con un leve síndrome postrombótico, y citándolo para nueva revisión dentro de 4/5 meses.

El actor se incorporó a su vida normal y trabajo habitual como peón de obra, pasando en el año 1997 a trabajar como encofrador de carreteras hasta que en marzo de 1998 sufrió una nueva trombosis en el brazo izquierdo, motivada por el esfuerzo habitual que desempeñaba en su trabajo en concurrencia con la fatiga del material con que estaba fabricado el stent, lo que provocó la fractura de este y la aparición de la trombosis, la cual fue tratada dándosele de alta el 1 de abril de 1998 con revisión a los tres meses. En marzo de 1999 la situación se estabilizó aunque persistía un síndrome postflebitico con edema moderado y desarrollo de colateralidad y la aparición de una nueva secuela consistente en la afectación del plexo braquial por el stent, habiéndose valorado la retirada del material fracturado presentando más riesgos que beneficios por lo que se rechazó por el servicio dicha retirada. En junio de 1999 sufrió un fuerte hematoma en el brazo derecho, motivado por el uso de anticoagulantes a los que estaba sometido indefinidamente, evaluándose la extirpación de la costilla derecha para evitar posible trombosis, si bien se desechó, dándosele de alta el 17 de junio de dicho año y emitiéndose informe a su instancia en el que se hacía constar que se encuentra mermado en su capacidad física por presentar dolor e hinchazón en el miembro superior izquierdo que aumenta al realizar esfuerzos lo que le impide realizar sus actividades cotidianas. Como su baja laboral se mantenía desde febrero de 1998, dado que no había podido trabajar desde entonces, reclamó

nuevos informes a fin de solicitar su incapacidad, informes que se emitieron en octubre y noviembre de 1999, terminando el expediente del INSS con la declaración de incapacidad permanente y total el 28 de marzo de 2000, por "síndrome de salida torácica bilateral. Trombosis venosa profunda axilsubclavia izquierda. Sinopatía maxilar crónica. Hiperreactividad bronquial y con las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Esfuerzos físicos intensos realizados con miembro superior síndrome posttrombótico y en Miembro superior izquierdo irritación de plexo braquial por restos de Stent metálico".

El 19 de julio de 2000 el actor se dirigió a la entidad Isaza S.A. distribuidora del stent al tiempo de su implantación, la que le comunicó que se debía dirigir a la actual distribuidora, la hoy demandada Boston Scientific, a quien remitió telegrama el 7 de febrero de 2001 reclamándole los años derivados de la rotura del stent, telegrama remitido igualmente al Servicio Andaluz de Salud el 5 de abril de dicho año, y posteriormente acto de conciliación frente a la entidad Boston Scientific España S.A. el 7 de febrero de 2002, que se celebró el 25 de abril de dicho año, sin avenencia, formulándose la demanda el 20 de septiembre de 2002.

Para hacer valer estos hechos frente a la ahora recurrida (inicialmente se formuló también demandas frente el Servicio Andaluz de Salud y la aseguradora St. Paul Insurance), en la demanda se ejercitaron las acciones que resultan de los artículos 1101, 1902 y 1902, reguladores de la culpa contractual y extracontractual, además de las propias de la Ley de Consumidores y Usuarios 26/1984 (artículos 2, 25, 26 y 28), sobre las cuales debe precisarse lo siguiente:

En primer lugar, un stent no es un medicamento, ni una especialidad farmacéutica, sino un "producto sanitario" dirigido a los profesionales sanitarios para su implantación con fines paliativos en cuanto disminuye la posibilidad de que se produzcan nuevas acumulaciones de placas en la arteria, sin excluirlas permanentemente. Como tal lo define el artículo 8 de la Ley 25/1990 de 20 de diciembre, del Medicamento, como "cualquier instrumento, dispositivo, equipo, material u otro artículo, incluidos los accesorios y programas lógicos que intervengan en su buen funcionamiento, destinados por el fabricante a ser utilizados en seres humanos, sólo o en combinación con otros, con fines de: -Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad o lesión. -Investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico. -Regulación de una

concepción, cuya acción principal no se alcance por medios farmacológicos, químicos o inmunológicos, ni por el metabolismo, pero a cuya función puedan concurrir tales medios".

La regulación específica de productos sanitarios se encuentra en el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, sobre Regulación de Productos Sanitarios (vigente hasta el 21 de diciembre de 2010 -Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre-), de acuerdo con lo previsto en la Directiva 93/42 CEE del Consejo sobre Productos Farmacéuticos, que lo define del mismo modo en su artículo 3.

En segundo lugar, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no resulta de aplicación en el presente caso. La Disposición Final Primera de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos dispone que "los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, incluidos en el artículo 2 de la presente Ley", mientras que el artículo 2 de la misma, modificado por la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, sobre Política Económica. Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, señala que "a los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble. También se considerarán productos el gas y la electricidad". En lo que aquí interesa supone que, tratándose el stent de un producto incluido en el artículo 2 de la Ley, no es de aplicación la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, que se invoca en la demanda, y sí las acciones propias de la responsabilidad civil extracontractual, sobre las que se resuelve la prescripción, a partir de la concurrencia de un daño causalmente vinculado a una acción o omisión culpable, en este caso del fabricante del producto; requisitos que han de ser objeto de prueba suficiente.

Pues bien, en el caso hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones del demandante están vinculadas a la rotura del stent, y también causalidad jurídica. No se niega que había un riesgo de que el stent se pudiera romper debido a ejercicios continuados durante el trabajo, y que este riesgo priva al producto de la seguridad que legítimamente cabría esperar cuando se implanta, y lo que no es posible es poner a cargo del paciente las dudas sobre la resistencia del material con el que está fabricado cuando es el fabricante el que dispone de los datos sobre la fatigabilidad. El juicio de reproche subjetivo recae sobre



la entidad demandada –fabricante del producto–, y, por consiguiente, la que incurrió en la falta de diligencia, conforme resulta de los hechos probados de la sentencia del Juzgado, puesto que la colocación del stent se hizo para que el actor pudiera seguir con su vida normal, sin que en ningún momento se le prohibiera continuar con el trabajo habitual porque el mecanismo de rotura por compresión muscular no está descrito en la literatura médica –Dr. Eusebio– y la posibilidad de rotura por sobre esfuerzo se habría materializado mucho antes de cuando ocurrió, como precisó el Dr. Jacobo. Se trataba, en suma, de valorar la edad del paciente y devolverlo a su trabajo habitual, desde la idea de que como portador de un stent, el ejercicio físico no sólo podía realizarlo sino que debía realizarlo, con o sin la supervisión médica correspondiente, y, sin embargo, se rompió tres años después de haberse colocado.

**CUARTO.-** La rotura del stent originó daños al demandante que deben ser objeto de indemnización si bien de forma distinta a como se cuantificaron en la sentencia del Juzgado (240.404,34 euros), sin más justificación que “las circunstancias concurrentes” de edad, trastornos síquicos, necesidad de tomar medicamentos toda su vida, dificultad para encontrar trabajo y el lucro cesante que va a dejar de percibir durante toda su vida laboral al no poder volver a desempeñar el mismo puesto de trabajo que antes desempeñaba.

Desde que le fue diagnosticada la rotura del stent, Don Antonio, tuvo que ser ingresado en varias ocasiones. Si bien las secuelas de la rotura coinciden con las ya apreciadas en un principio, a efectos de fijar el momento del alta definitiva se puede valorar a favor del paciente que durante los meses que siguieron a la rotura estuvo pendiente de un tratamiento que permitiera la curación o al menos, que posibilitara una mejoría (se llegó a valorar la sustitución del stent, lo que finalmente se rechazó por comportar más riesgos que ventajas), de forma que la fecha del alta definitiva, momento en que las secuelas quedaron definitivamente consolidadas sin posibilidad de tratamiento, fue en el momento en que se le reconoció la incapacidad laboral (29 de marzo de 2000) por el equipo de valoración de incapacidades. De ahí que proceda aplicar la actualización de las cuantías publicada por DGS para el año 2000, con base en lo siguiente;

(i) El siniestro tiene lugar el día 9 de marzo de 1998 (cuando se le diagnosticó la ruptura del stent endovenoso implantado en vena axiloclavicular izquierda); dato que resulta de la pericial de parte –Dr. Samuel–, en atención a la docu-

mentación clínica acreditativa de que el paciente ingresó el 9 de marzo de 1998 en Hospital Universitario San Cecilio de Granada, donde permaneció hasta el 1 de abril. De conformidad con la jurisprudencia sentada por las SSTS de 17 de abril de 2007 y siguientes, esta fecha determina el régimen aplicable para la determinación del daño, que ha de ser el contemplado en la Ley 30/95, en su redacción original.

(ii) En el momento del siniestro el Sr. Antonio tenía 29 años de edad, como resulta de la documental obrante, informe de ingreso hospitalario de 9 de marzo de 1998.

(iii) El alta definitiva se produjo el 29 de marzo de 2000, con lo que ha estado de baja desde el 9 de marzo de 1998 al 29 de marzo de 2000 (750 días, de los cuales 77 impeditivos y 23 con hospitalización).

Si bien el perito señala 100 días, todos impeditivos, de ellos 23 hospitalarios, resulta procedente fijar la incapacidad temporal hasta el momento en que se concretaron definitivamente las secuelas (año 2000) al valorarse la incapacidad, porque el hecho de que pudiera haber estado trabajando mientras recibía tratamiento solo implica que estuvo de baja no impeditiva, pero no que estuviera curado. Es posible, como dice el perito, que a los 100 días se reanudase la circulación colateral, pero eso no implica que no siguiera sometiéndose a tratamiento para ver si era posible solucionar o paliar su problema con un nuevo stent.

En aplicación de las cuantías del año 2000 (Resolución 2-3-2000, BOE 24 de marzo), resultan las siguientes cantidades:

A) Indemnización básica: Días de hospitalización:  $23 \times 49,475$  euros = 1.137,925 euros.

Sin hospitalización: - Impeditivos:  $77 \times 40,195$  = 3.095,015 euros.

- No impeditivos:  $650 \times 21,648$  = 14.071,2 euros. Total: 18.304,14 euros. B) Factor corrector por perjuicios económicos: Dado que la víctima está en edad laboral, pero no acredita ingresos, hasta el 10% (por analogía de lo previsto para las lesiones permanentes), STS de 18 de junio de 2009 (RC n.º 2775/2004], se le indemniza conforme al máximo de la escala (10% = 1.830,414 euros). Indemnización total: 20.134,554 euros. En cuanto a las lesiones permanentes o secuelas. Según pericial de parte e informe de invalidez, las secuelas exclusivamente ligadas a la rotura del stent serán los siguientes:

1. Restos metálicos en vena subclavia izquierda-equiparable a material de osteosíntesis húmero -(2-4 puntos)-. El perito adjudica 4 puntos.
2. Irritación de plexo braquial-equiparable a parestesias partes acras en extremidades superiores -(3-7 puntos)-. El perito da 5 puntos.

Es evidente que las patologías previas que dieron lugar a la implantación del stent (trombosis, insuficiencia venosa axilsubclavia izquierda, tratamiento anticoagulante oral), no pueden valorarse como secuelas derivadas de la rotura, pues existían antes y hubieran existido sin su colocación. Se acepta la prueba pericial para solo dar una puntuación intermedia respecto de la irritación del plexo braquial (su escasa proximidad con la vena subclavia puede comportar unas molestias no tan graves como para darle la puntuación máxima de la horquilla):

A) Indemnización básica por lesiones permanentes:  $[(100-5) \times 4 / 100] + 5 = 8,8$  se redondea a 9 puntos.  $9 \text{px} 637,337 \text{ euros (para víctima de 29 años)} = 5.736,033$

B) Factor corrector de invalidez

Invalidez permanente total (impiden totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado). Su determinación parte de considerar que el paciente trabajó después de que se le implantó el stent y dejó de hacerlo después, porque no pudo darse solución al problema derivado de su extracción, o lo que es igual, no pudo recuperar la situación anterior, recuperando también la capacidad laboral que perdió. Se le indemniza por la suma máxima para este factor de 66.011,016 euros.

C) Factor corrector de perjuicios económicos.

Hasta 10% de la indemnización básica, para víctima en edad laboral que no justifica ingresos 573,60 euros. Total  $(5.736,033 + 66.011,016 + 573,60) = 72.320,649$

Todo lo cual hace una indemnización de 92.455,203 euros. Esta cantidad devengará los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia de primera instancia puesto que en la misma ya había sido condenado al pago de una cantidad líquida superior, soluciones todas ellas acordes tanto con la naturaleza procesal o sancionadora de los intereses en cuestión como con las facultades que al tribunal del recurso le atribuye el párrafo segundo del artículo 576

LEC para el caso de revocación parcial de la condena.

**QUINTO.-** En aplicación del artículo 394.1, en relación con el artículo 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede la imposición de costas de este recurso ni de las de ninguna de ambas instancias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Antonio contra la sentencia de 14 de noviembre del 2008, dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada.

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3.- En su lugar, estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Boston Scientific España S.A contra la sentencia dictada con fecha 16 de noviembre de 2002, en el procedimiento de juicio ordinario núm. 745/2002 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Granada. Revocamos esta sentencia y confirmamos en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de fijar en 92.455,203 euros la indemnización que Boston Scientific España S.A hará efectiva a Don Antonio, con más los intereses legales del artículo 576 desde la sentencia de 1ª Instancia.

4.- No se hace especial declaración en cuanto a las costas de la 1ª y 2ª instancia, como tampoco de las del recurso de casación.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Román García Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

A la hora de comentar esta Sentencia merece la pena hacer mención a sus antecedentes de hecho, pues se trata de uno de esos supuestos en los que antes de llegar a la casación ha existido un sinfín de avatares procesales que han supuesto la dilatación en la resolución del asunto durante casi diez años.

Así, interpuesta demanda en reclamación de cantidad contra unos laboratorios farmacéuticos y la aseguradora del SAS, debido a los daños sufridos por un paciente a quien tras serle implantado un

*stent* en la vena subclavia sufrió un tromboembolismo provocado a raíz de la fractura del citado *stent*, siendo finalmente declarado en situación de incapacidad permanente, se opuso de contrario tanto la prescripción de la acción, por entender no interrumpido el plazo de prescripción de un año desde el conocimiento de los daños causados al actor, como la existencia de incompetencia jurisdiccional, al considerar que al ser demandada la aseguradora de una administración ésta debería haberse demandado ante la jurisdicción contencioso-contenciosa y no la civil. Ante dicha excepción procesal y a la vista de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal se dictó Auto por el que se desestimaba la alegada falta de jurisdicción, entendiendo competente a la jurisdicción civil para conocer de las reclamaciones ejercitadas por acción directa frente a la aseguradora de una administración siempre que no demanda conjuntamente a dicha administración, y ello en atención a la línea seguida en sus resoluciones por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

Tras dicha resolución, se celebró el correspondiente acto de juicio, dictándose Sentencia por la que se estimaba la prescripción de la acción, desestimando de este modo la demanda planteada. Frente a dicha resolución la parte actora interpuso Recurso de Apelación, ante el cual la Audiencia Provincial de Granada dictó Sentencia por la que anulaba el juicio tramitado, al entender que el Juzgado de 1<sup>ª</sup> Instancia no era competente para conocer del asunto pues al haberse acumulado dos acciones, una frente a la aseguradora de una administración y otra frente a un particular (laboratorios farmacéuticos) la jurisdicción civil no podía conocer de ambas, pues es a la jurisdicción contencioso-administrativa a la que le corresponde conocer de las demandas dirigidas contra la administración y también frente a su aseguradora.

Así, ante esta nueva resolución y al objeto de intentar conseguir una sentencia sobre el fondo del asunto, la parte actora optó por seguir el criterio de la Audiencia Provincial de Granada, aunque en modo alguno lo compartiera, interponiendo nueva demanda pero tan sólo frente a los laboratorios farmacéuticos, planteando a su vez reclamación previa en vía contencioso-administrativa frente a la administración y su aseguradora.

Esta nueva demanda si fue estimada en primera instancia, condenando el Juzgado de Instancia a los laboratorios farmacéuticos a indemnizar al actor por los daños y per-

Así, interpuesta demanda en reclamación de cantidad contra unos laboratorios farmacéuticos y la aseguradora del SAS, debido a los daños sufridos por un paciente a quien tras serle implantado un *stent* en la vena subclavia sufrió un tromboembolismo provocado a raíz de la fractura del citado *stent*, siendo finalmente declarado en situación de incapacidad permanente, se opuso de contrario tanto la prescripción de la acción, por entender no interrumpido el plazo de prescripción de un año desde el conocimiento de los daños causados al actor, como la existencia de incompetencia jurisdiccional, al considerar que al ser demandada la aseguradora de una administración ésta debería haberse demandado por la vía contencioso-contenciosa y no la civil

## COMENTARIO

juicios sufridos, apreciando la negligencia de dichos laboratorios al no cumplir con la *lex artis* en la fabricación y distribución de sus productos, pues el stent que fue implantado al paciente no reunía las condiciones de seguridad necesarias, siendo la causa de su fractura el desgaste del propio material, circunstancia esta que no había sido advertida ni a los profesionales que implantaban el citado stent, ni lo que es más importante, al propio paciente a quien le iba a ser implantado.

Pues bien, el trascurso de los acontecimientos dio lugar a que la citada sentencia fuera recurrida por la demandada, con tal suerte que la Audiencia Provincial de Granada esta vez estimó la prescripción de la acción, entendiendo que el inicio del cómputo para el plazo de prescripción de la acción ejercitada no podía estimarse desde la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, si no desde la emisión del informe donde por primera vez se determinaban las secuelas o daños definitivos causados por la ruptura del stent. Y fue finalmente esta Sentencia la que dio lugar al Recurso de Casación que ha sido estimado por la que ahora nos ocupa.

Así, tras el accidentado proceso que ha precedido a esta Sentencia, nos encontramos con una resolución que viene a asentar la Jurisprudencia marcada por la Sala Primera en esta materia, por cuanto establece que en supuestos de daños personales el inicio del cómputo para el plazo de prescripción de la acción no puede determinarse hasta el momento en que se conozca definitivamente el alcance de los daños sufridos por el actor. En este sentido, y ante supuestos donde como consecuencia de las lesiones sufridas por el demandante se haya tramitado el correspondiente expediente para la concesión de una incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, no podrá iniciarse el cómputo del plazo para la prescripción de la acción si no hasta que se haya dictado la resolución correspondiente, pues será en este momento donde el lesionado conozca realmente el alcance de los daños sufridos.

Esta doctrina jurisprudencial aporta gran seguridad jurídica en un asunto tan delicado y trascendental como es el de la prescripción de las acciones, pues de la interpretación de los plazos legalmente previstos para el ejercicio de las acciones y el cómputo de los mismos, depende en muchas ocasiones la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Así, el Tribunal Supremo vuelve a dejar claro el hecho de que va a ser la resolución del INSS o el correspondiente órgano administrativo encargado en cada caso de resolver sobre la incapacidad permanente del lesionado, la que determine el inicio del cómputo en el plazo previsto para el ejercicio de la acción.

Mención aparte merece también el pronunciamiento sobre el fondo del asunto que hace la Sentencia de casación, la cual una vez desestimada la prescripción estimada por la Audiencia Provincial de Granada, entra a conocer del fondo del asunto, algo que ya había hecho el Juzgado de Instancia, y revocando aquella sentencia dicta otra por la que apreciando igualmente la negligencia de la parte demandada, rebaja considerablemente la cuantía objeto de indemnización, y ello haciendo una aplicación vertebrada del sistema de valoración del daño corporal, a pesar de que en el presente asunto no se trataba de un accidente de circulación.

Frente a tal argumentación quizás echamos en falta la concesión de un plus indemnizatorio fuera de los conceptos previstos en el citado sistema de valoración, y ello por cuanto precisamente al encontrarnos ante un supuesto donde no es de obligada aplicación dicho sistema, había fundamentos de hecho suficientes para incrementar la indemnización con base a la entidad de la negligencia cometida por los laboratorios farmacéuticos demandados y la entidad del daño causado.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada por el primo hermano de la víctima que convivía con ella en régimen de acogimiento familiar. Atribución de la condición de perjudicado al demandante por analogía con la situación legal de los hermanos menores de edad convivientes con la víctima (Grupo IV de la Tabla I del Anexo), al entender que dicha legitimación de los hermanos menores proviene de la necesaria convivencia de la víctima.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 26 de marzo de 2012

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

### Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.**- Resumen de antecedentes.

1. El 9 de febrero de 2001 ocurrió un accidente de circulación, al colisionar una motocicleta con un camión trailer, que ocasionó el fallecimiento de los dos jóvenes que viajaban en el primer vehículo como conductor (Carlos María) y ocupante (Eliseo).

2. Por dichos hechos se siguió juicio de faltas en el que resultó absuelto el conductor del camión implicado. En este procedimiento se dictó auto de cuantía máxima (de 5 de febrero de 2004) a favor de los familiares del ocupante fallecido (Eliseo) según el cual podían reclamar las sumas de 80.657,77 euros (padres) y 14.665,04 euros (hermanos y menor acogido). Estas canti-

dades se fijaron según la actualización vigente a fecha de la expresada resolución (2004).

3. Los familiares del ocupante fallecido instaron acción ejecutiva del referido auto contra el Consorcio de Compensación de Seguros, que no prosperó al acogerse el motivo de oposición formulado por la entidad ejecutada, consistente en la existencia de seguro en el momento del siniestro a favor de Seguros Vitalicio. Por auto de 3 de abril de 2006, confirmado en apelación por otro de 9 de octubre de 2006, se acordó no seguir adelante con la ejecución despachada.

4. El 8 de octubre de 2007 se registró la demanda origen del presente pleito, formulada, en concepto de perjudicados, por los padres y hermanos del fallecido Eliseo, y además, por su primo menor de edad (Anselmo), que desde tiempo antes del accidente convivía con el fallecido sometido a tutela y en régimen de acogimiento familiar. La indemnización reclamada, según actualización vigente en el momento de la demanda, se fijó en la suma total de 157.102,58 euros de principal (90.954,14 euros para los padres y 16.537,11 euros para cada uno de los hermanos y el menor acogido), más intereses del artículo 20 LCS y costas.

5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. De las tres excepciones esgrimidas por la aseguradora demandada, el Juzgado rechazó la de prescripción de la acción (al considerar que el procedimiento penal había operado con efectos interruptores del plazo anual civil), estimó la excepción de falta de legitimación pasiva y, consecuentemente, no examinó la referida a la supuesta falta de legitimación activa del menor en situación de acogimiento familiar. Para apreciar la falta de legitimación pasiva de la demandada se fundó, en síntesis, en que el impago de la prima por parte del tomador, determinante de la suspensión temporal de la cobertura, constituye una excepción personal frente al asegurado que, en el presente supuesto, resulta oponible a los demandantes como familia directa de quien, aunque no conducía la moto, no puede ser considerado tercero, por cuanto ostentaba en el momento del accidente la condición de propietario del vehículo, y asegurado.

6. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso formulado por los demandantes y revocó la sentencia apelada en el único sentido de estimar parcialmente la demanda y condenar a la entidad demandada a indemnizar conjuntamente a los padres del fallecido con la cantidad de 37.758 euros, y a su hermana con la de 6.865 euros.



7. En relación con las cuestiones controvertidas en casación, sus principales razonamientos fueron: a) no puede tenerse el seguro ni por suspendido ni por resuelto a fecha del siniestro; no existe prueba de que estuviera en suspenso por impago de la prima pues, en sentido contrario, goza de presunción de veracidad el contenido de los datos incluidos en el FIVA, según el cual, la baja en el seguro se comunicó con posterioridad a aquella fecha, además de que tampoco consta que el impago fuera voluntario y no debido a la propia inactividad de la aseguradora en la gestión de cobro de la prima, sin que ante un incumplimiento consentido por el asegurador le sea posible a este dar por resuelto el contrato de forma automática sin notificar dicha decisión resolutoria al tomador; b) la legitimación activa de los demandantes ha de examinarse de conformidad con la Tabla I del Anexo LRCSCVM, grupo IV -víctima sin cónyuge ni



hijos-, disposición según la cual, solo los padres y hermanos menores de edad que convivan con la víctima ostentan derecho a ser indemnizados por su fallecimiento, lo que excluye a los dos hermanos mayores de edad (Cipriano y Eleuterio) y al primo en situación de acogimiento (Anselmo); c) en la cuantificación del daño ha de estarse a la jurisprudencia del TS y aplicar el sistema y la valoración económica vigente en el momento del accidente (2001); d) la circunstancia de que la víctima no usara casco fue determinante de su muerte, dado que las pruebas practicadas sitúan la causa de la muerte en un impacto en la cabeza, lo que justifica aplicar el elemento corrector del apartado Primero 7 del Anexo, de concurrencia de la culpa de la propia víctima y reducir la indemnización en un porcentaje de un 50%; e) no ha lugar a imponer al asegurador intereses especiales de demora, por aparecer justificada, vistas las circunstancias del

caso, la falta de pago de la indemnización o del importe mínimo (artículo 20.8 LCS).

8. Contra dicha sentencia ha formulado recurso de casación la parte actora y apelante, al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, el cual ha sido admitido por superar el procedimiento la cuantía legalmente exigida.

**SEGUNDO.-** Enunciación del motivo primero de casación.

El motivo primero se introduce con la fórmula:

«Primero. Al amparo del art. 477 de la LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al no haberse producido una aplicación del art. 14 de la Constitución y arts. 172 y 173 del Código Civil, y oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en torno a los mismos».

La parte recurrente insiste en atribuir a D. Anselmo, primo hermano de la víctima, que con ella convivía en unidad familiar en régimen de acogimiento, legitimación activa para reclamar la pertinente indemnización prevista en la Tabla I, Grupo IV de la LRCSCVM, por su condición de perjudicado por el fallecimiento de aquella, al entender que su exclusión constituye un trato discriminatorio, vulnerador del artículo 14 CE y no justificado dada la equiparación legal de los acogidos y demás hermanos convivientes.

El motivo debe ser estimado.

**TERCERO.-** Perjudicados extra tabulares: atribución por vía analógica de la condición de perjudicado al primo hermano de la víctima que con ella convivía en régimen de acogimiento familiar permanente.

A) El artículo 1.2 LRCSCVM 1995 -aplicable por razones temporales- establece que «los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificará en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley». Este carácter vinculante del sistema ha sido proclamado constantemente por la jurisprudencia de esta Sala respecto de la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación (salvo que sean consecuencia de delito doloso; apartado Primero, punto 1 del

Anexo), exista o no seguro y con independencia de si el aseguramiento es obligatorio o voluntario.

El apartado Primero, punto 4 del Anexo declara que «tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la Tabla I y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente». Por tanto, en caso de fallecimiento, la Tabla I es la que contiene las categorías excluyentes de perjudicados que pueden reclamar la indemnización (daño moral ligado a la pérdida dolorosa de un ser querido), la cual se hace depender en cada caso de la edad del fallecido al momento del accidente, siendo principio rector en la materia la limitación legal de las cuantías en caso de concurrencia de determinados familiares. El Grupo IV alude al supuesto aplicable en este caso, en que la víctima fallece sin cónyuge ni hijos, pero con ascendientes, en cuyo caso tienen derecho a indemnización los padres, los abuelos -siempre que no concurren con los padres- y cada hermano menor de edad en convivencia con la víctima. Nada se dice de otros parientes.

La cuestión jurídica que ahora se plantea es si el expresado carácter vinculante del SV se extiende a todos los aspectos de la relación jurídica derivada del acontecimiento dañoso, entre ellos, en lo que ahora importa, los subjetivos o personales (esto es, en cuanto a la pre-determinación legal de la legitimación para reclamar una indemnización como perjudicado), de manera que la vinculación afecte tanto a los conceptos susceptibles de indemnización y su cuantificación como además a la determinación de los perjudicados. Y en consecuencia, si solo cabe atribuir legitimación activa como perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, a las personas enumeradas en la mencionada Tabla I, (y, dentro de esta, a las incluidas en el Grupo correspondiente), o, por el contrario, si es admisible extender tal consideración a perjudicados distintos o atípicos (en el caso que nos ocupa, a un primo hermano en régimen de acogimiento familiar).

Para no excluir del derecho a recibir indemnización a los perjudicados no comprendidos en las tablas, doctrina y jurisprudencia han resuelto amparar la reclamación de tales perjudicados atípicos en atención a diversos criterios que van, desde considerar que el SV solo vincula en la cuantificación pero no contiene una lista cerrada o enumeración exhaustiva de todos los posibles perjudicados con derecho a indemnización, a entender que cabe tomar en consideración circunstancias excepcionales para acor-

**El apartado Primero, punto 4 del Anexo declara que «tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la tabla I y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente». Por tanto, en caso de fallecimiento, la Tabla I es la que contiene las categorías excluyentes de perjudicados que pueden reclamar la indemnización**

dar indemnizaciones a su favor, a considerar que cabe eludir la preterición de perjudicados a través de una interpretación sistemática o incluso analógica, del SV.

En relación a la posible interpretación analógica del SV, pese a que este omite cualquier referencia a los criterios clásicos de interpretación entre los que se encuentra el analógico, no puede obviarse que el propio texto legal contiene dos referencias indirectas a la analogía, en un caso para prohibirla y en otro para admitirla. Así en la Tabla IV se prohíbe aplicar analógicamente el factor corrector de daños morales complementarios a toda secuela o conjunto de secuelas concurrentes que, sin alcanzar la puntuación exigida, tengan una importancia tal que permita apreciar identidad de razón. Por el contrario, en la nota 2 de la Tabla I se afirma que «las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho». De ambos preceptos cabe extraer la conclusión de que, como toda norma jurídica, el SV es susceptible de interpretación acudiendo a los criterios que suministra el artículo 3 CC y en su caso, a la integración analógica de las normas que admite el artículo 4.1 CC. Por tanto, lejos de no ser posible, la interpretación analógica de las normas del SV -el cual se encuentra integrado en una norma legal-, resulta obligada, siempre que no se trate de normas prohibitivas o imperativas, pues sin dicha aplicación analógica resultaría ineficaz el principio de total indemnidad que constituye la base del SV y que el mismo programa en el Anexo, primero, 7 LRCSCVM.

Esta interpretación analógica permite reconocer derecho a indemnización a los perjudicados en situación funcional idéntica a la de determinados parientes sí incluidos en las Tablas. En el caso de la Tabla I, podrán ser merecedores de una indemnización por la muerte de su pariente, ya en defecto de beneficiarios de la in-



demnización legalmente establecidos o, incluso, concurriendo con ellos, siempre que se trate de perjudicados que hayan mantenido con el fallecido una relación de afectividad equiparable o análoga a la que se presume por su concreto parentesco en cualquier de los beneficiarios legales.

En el caso que nos ocupa (Grupo IV de la Tabla I, víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes), la expresada interpretación analógica abre la posibilidad de equiparar, por identidad de razón, la situación legal de los hermanos menores de edad convivientes con la del primo hermano que convivía con la víctima en régimen de acogimiento. La analogía debe partir del hecho de que legitimación de los hermanos menores de edad comprendidos en el Grupo IV de la Tabla I no resulta únicamente de la existencia de una relación de afectividad, que se presume, sino de la necesaria convivencia con la víctima -pues si no existe convivencia carecen de aquella-, razón por la cual, la atribución a un tercero de esta misma legitimación, por vía de analogía (en el caso que nos ocupa, a un primo hermano en régimen de acogimiento), exige que se demuestre o no se cuestione tal convivencia. Puesto que la analogía exige identidad de razón entre el supuesto objeto de regulación legal y aquel al que se pretende aplicar la norma, son argumentos para apreciarla los siguientes:

(i) Constituye doctrina de esta Sala (entre otras, STS de 31 de julio de 2009, RC n.º 247/2007) que entre las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, el CC contempla la asunción por la Administración de la tutela del menor (artículo 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (artículo 173.3 II y 173 bis.1.º CC) y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres se oponen (artículo 173 bis.2.º y 3.º CC). De conformidad con el artículo 173.1º CC, el acogimiento familiar «produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Por su parte, el artículo 172.4 CC establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que «se buscará siempre el interés del menor», sintagma de carácter absoluto que refleja la superior jerarquía que el ordenamiento, tanto constitucional como internacional, atribuye al principio favor minoris o interés del menor, como principio superior que debe

presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (artículo 39 CE, Convenios Internacionales Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989). En consecuencia, ha de estarse a ese fin protector, que se predica de todo menor por igual y sin distinción, como factor a considerar para apreciar la identidad de razón que permita equiparar la situación del hijo menor de edad con la del menor acogido en orden a reconocerle una indemnización por el fallecimiento de un familiar.

(ii) Los vínculos afectivos, lejos de poderse poner en cuestión, resultan aun más acusados cuando de menores de edad se trata, por la importancia que para el desarrollo de su personalidad tienen los referentes paternos y familiares, y esos vínculos, en particular con los hermanos, resultan más estrechos cuando se trata de alguien que ha perdido a sus padres biológicos. No existen razones objetivas para considerar que tales vínculos, que la ley presume respecto de la víctima para los hermanos menores de edad, no se traben con la misma intensidad por quien vive en régimen de acogimiento en análoga relación de afectividad, lo que permite asimismo presumir su condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida del ser querido.

Las circunstancias expuestas determinan que, en el caso analizado, proceda incluir en el Grupo IV de la Tabla I por vía analógica a los menores acogidos siempre que no resulte discutida o esté probada su convivencia con el hermano fallecido, en la medida que se presume al mismo tiempo su condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida de ese ser querido y que faltan razones objetivas que impidan, en perjuicio del interés del menor reclamante, no apreciar identidad de razón con respecto a la situación legalmente prevista y el derecho reconocido para los hermanos menores de edad. Entre las circunstancias que deben valorarse para apreciar la existencia de una situación de convivencia afectiva equiparable a la relación fraternal de la Tabla I debe tenerse en cuenta la relación de parentesco entre los afectados y cualquiera otra circunstancia de naturaleza análoga que haga referencia a su respectiva situación.

B) En atención a este conjunto normativo y jurisprudencial y a los datos y circunstancias de hecho que han resultado probadas o no controvertidas, no existen razones objetivas para no equiparar analógicamente al citado demandante Anselmo, con la hermana menor del fallecido (María del Pilar) a la que, por su inclusión en el

Grupo IV de la Tabla I, se le vino a reconocer legitimación como perjudicada y derecho a ser indemnizada con arreglo al sistema por el daño moral ligado a la muerte de su hermano. A esta conclusión se llega valorando, en cuanto hechos no cuestionados y, en todo caso, suficientemente acreditados por la documental aportada, que el reclamante, D. Anselmo, era menor de edad en el momento de fallecer su primo hermano, que desde que nació (20 de enero de 1995) se encontró sometido a la guarda de hecho de sus tíos, que en el momento del accidente figuraba en régimen de acogimiento familiar permanente (administrativamente formalizado, según resolución de desamparo, asunción de tutela y acogimiento familiar, FD Cuarto) y que, en virtud de dicha situación jurídica, convivía en unidad familiar con sus tíos acogedores y todos sus primos, entre los que se encontraba el fallecido. Consta acreditada también una convivencia continuada con su primo fallecido desde el momento del nacimiento, tampoco interrumpida en los casi cuatro años transcurridos desde la resolución administrativa de la Junta de Andalucía hasta la fecha del siniestro (de 21 de agosto de 1997, cuando el accidente tuvo lugar el 9 de febrero de 2001), que por tanto subsistía al tiempo del mismo. A estos datos cabe añadir una relación de afectividad equiparable analógicamente a la que surge entre hermanos, que por esta razón se presume, y que fue alimentada por la propia convivencia continuada durante largo tiempo, por la situación de desamparo, por la necesaria búsqueda de referentes familiares que suplan la ausencia de padres biológicos, y, en suma, por la dependencia del menor desde los puntos de vista afectivo y material. Todos estos factores determinan que se tenga por existente el perjuicio moral del reclamante derivado de la muerte de su primo hermano, y que, por mor de su convivencia y vinculación afectiva more fraterno [como un hermano] con la víctima del accidente de circulación, no exista obstáculo para reconocerle, por vía de interpretación analógica, idéntica legitimación activa como perjudicado que la que se reconoce a los hermanos menores de edad que convivan con la víctima en el Grupo IV de la Tabla I respecto de víctimas fallecidas sin cónyuge ni hijos pero con ascendientes.

En orden a fijar la indemnización a la que tiene derecho, procede reconocerle una suma idéntica a la que la sentencia recurrida reconoció a la hija menor, María del Pilar, de conformidad con las cuantías vigentes al tiempo del siniestro (es decir, 13.730,28 euros como suma básica, que, por aplicación del factor reductor del 50% por culpa de la víctima, queda fijada en la mitad, 6.865,14 euros).

**CUARTO.-** Enunciación del motivo segundo de casación.

El motivo segundo se introduce con la fórmula:

«Segundo. Al amparo del art. 477 de la LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haberse producido una aplicación incorrecta del art. 1902 del Código Civil, en relación con el art. 1103 del mismo y Anexo a la Ley 30/95, que introdujo el Sistema para la Valoración del daño (Baremo), y oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en torno a los mismos».

Mediante el presente motivo se cuestiona la decisión de atribuir a la víctima un porcentaje de culpa del 50% por no hacer uso del casco reglamentario y, consecuentemente, la de rebajar la indemnización básica en aplicación del factor de corrección previsto en el apartado Primero 7 del Anexo LRCSCVNM. Para la parte recurrente, que acepta la posibilidad de revisar en casación la compensación de culpas al ser cuestión jurídica y no de mero hecho, la verdadera causa del fallecimiento del ocupante estuvo en la negligencia del conductor de la moto, sin cuya conducta no se habría producido el impacto con el camión que ocasionó las graves lesiones que determinaron el fatal resultado. Y subsidiariamente, defiende que de apreciarse una concurrencia de comportamientos imprudentes, no cabe atribuir igual participación culposa a la víctima que al conductor de la moto.

El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO.-** Concurrencia de culpas. Alcance de la moderación de la indemnización por negligencia de la víctima.

A) Constituye jurisprudencia reiterada que corresponde al tribunal de instancia fijar el grado de participación de los distintos agentes en la producción del resultado dañoso a los efectos de determinar las cuotas de responsabilidad por concurrencia de culpas, estando constreñida su revisión en casación a los supuestos de grave desproporción o defectuosa apreciación del nexo causal (entre las más recientes, SSTS de 25 de marzo de 2010, RC n.º 1262/2004; 20 de mayo de 2008, RC n.º 1394/2001 y 11 de noviembre de 2010, RC n.º 645/2007). En dicha labor el tribunal debe partir de los hechos probados, los cuales no pueden ser alterados en casación (SSTS de 25 de marzo de 2010 RC n.º 1262/2004; 10 de diciembre de 2010, RCIP

n.º 1963/2006; 13 de octubre de 2011, RC n.º 1354/2007 y 17 de noviembre de 2011, RCIP n.º 981/2008, entre muchísimas más).

B) En atención a esta doctrina, el motivo no puede prosperar pues la parte recurrente, lejos de demostrar el error cometido por la AP al apreciar el nexo de causalidad o de probar el carácter gravemente desproporcionado del porcentaje de responsabilidad atribuido a cada una de las conductas culposas concurrentes, se limita a mostrar su discrepancia con la decisión adoptada desde su particular contemplación de los hechos, enfrentándola a soluciones tomadas por otros tribunales en situaciones de hecho diferentes a la que ha sido declarada probada que, por tal motivo, carecen de utilidad en casación en orden a comprobar si concurre o no la infracción normativa y jurisprudencial que se denuncia. Así, frente a una argumentación sostenida en particulares apreciaciones de la parte recurrente en torno a la incidencia del no uso del casco en el resultado, debe prevalecer la valoración jurídica efectuada por la AP fundada en los hechos probados fijados por dicho órgano judicial en ejercicio de su facultad soberana de valorar la prueba obrante. Según esos hechos probados, las lesiones que desencadenaron el fatal desenlace fueron las que incidieron en la cabeza (traumatismo craneo-encefálico abierto), siendo las restantes lesiones en otras partes del cuerpo, aunque gravísimas, no causalmente determinantes del fallecimiento, en opinión del médico forense. De esta base fáctica, de la que debe partirse en casación, no se desprende ni que la AP se equivocase a la hora de vincular el fallecimiento con el no uso del casco -en la medida que su uso podría haber evitado las lesiones que lo determinaron desde el punto de vista médico-, ni que, en tales circunstancias, la distribución por mitad de la responsabilidad entre conductor y ocupante incurra en una desproporción tan grave que justifique su revisión por esta Sala.

De ahí que resulte correcta la aplicación del mismo porcentaje reductor respecto de la indemnización que en la presente sentencia se ha venido a reconocer al menor acogido.

**SEXTO.-** Enunciación del motivo tercero de casación.

El motivo tercero del recurso se introduce con la fórmula:

«Al amparo del art. 477 de la LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, y en concre-

to, se ha producido una vulneración del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en torno al mismo».

Considera la parte recurrente que, con su conducta posterior al siniestro, la aseguradora se hizo merecedora del recargo por mora que contempla el artículo 20 LCS toda vez que tuvo perfecto conocimiento del accidente y su resultado desde un principio en atención a una serie de actos y documentos que menciona de modo expreso, pese a lo cual abocó a los perjudicados a un proceso, de otra manera innecesario, para cobrar la indemnización a que tenían derecho.

El motivo debe ser desestimado.

**SÉPTIMO.-** Intereses de demora. Causa justificada para no imponerlos.

A) A la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de la aplicación de la regla octava del artículo 20 LCS, en la redacción dada por la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, esta Sala (entre otras, SSTS de 17 de octubre de 2007, RC n.º 3398/2000; 18 de octubre de 2007, RC n.º 3806/2000; 6 de noviembre de 2008, RC n.º 332/2004; 16 de marzo de 2010, RC n.º 504/2006; 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1314/2005; 17 de diciembre de 2010, RC n.º 2307/2006, 11 de abril de 2011, RC n.º 1950/2007 y 20 de julio de 2011, RC n.º 1615/2008) ha seguido una línea interpretativa que ha llevado a excluir su apreciación cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para aquellos deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación, sin que lo expuesto impida que la aseguradora pueda obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el pleito, que, de prosperar su oposición, conllevará la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida.

En esta línea, viene declarando esta Sala que si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para vencer la oposición de la aseguradora se hace necesario examinar

la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por la AP, a quien, como declara reiteradamente la jurisprudencia según ha quedado dicho, corresponde la fijación de los hechos probados y las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada, siendo criterio de esta Sala al respecto, que ni la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituye causa en sí misma justificada del retraso, ni es óbice para imponer a la aseguradora los intereses cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar (SSTS 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005; 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007; 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006; 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006 y 20 de julio de 2011, RC n.º 1615/2008).

En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al asegurado o perjudicado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en cuanto hechos determinantes del nacimiento de su obligación, si bien la jurisprudencia más reciente es incluso aún más restrictiva y niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora cuando la discusión es consecuencia de una oscuridad de las cláusulas imputable a la propia aseguradora con su confusa redacción (SSTS de 7 de enero de 2010, RC n.º 1188/2005 y de 8 de abril de 2010, RC n.º 545/2006).

En todo caso y a pesar de la casuística existente al respecto, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas (STS 12 de julio de 2010, RC n.º 694/2006 y STS de, RC n.º 2307/2006), del mismo modo que no merece tampoco para la doctrina la consideración de causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización, cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasa-



ción del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido (SSTS de 1 de julio de 2008, RC n.º 372/2002, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007), sin perjuicio, como se ha dicho, de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado. En relación con esta argumentación, es preciso traer a colación la jurisprudencia ha precisado que la iliquidez inicial



de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla *in illiquidis non fit mora* [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora], y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago

de intereses y concreción del dies a quo [día inicial] del devengo, habida cuenta que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado (SSTS de 4 de junio de 2006, 9 de febrero de 2007, 14 de junio de 2007, 2 de julio de 2007, 16 de noviembre de 2007, RC n.º 4267/2000, 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005, 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006 y 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006).

B) En aplicación de la anterior doctrina fue correcta la decisión de la AP de no imponer el recargo por mora del artículo 20 LCS, ante la existencia de razones que permiten reputar justificada la negativa de la aseguradora a cumplir su deber de satisfacer la prestación en plazo.

(i) Incluso de entenderse que el pleito civil no ha resultado imprescindible para eliminar una incertidumbre racional sobre la verdadera causa del siniestro -en tanto que desde un primer momento se apreció la incidencia en el resultado de la conducción negligente del conductor de la motocicleta asegurada-, no puede obviarse que al fallecer éste por el accidente, y extinguirse con su muerte su posible responsabilidad criminal, el procedimiento penal no se dirigió contra dicho conductor sino únicamente contra el del camión contrario, de forma que Vitalicio no se personó en las actuaciones penales, ni, consecuentemente, tampoco se dictó título ejecutivo contra dicha entidad sino contra el Consorcio de Compensación de Seguros, al creerse, equivocadamente, que la moto carecía de seguro en el momento del siniestro por encontrarse suspendida la cobertura debido al impago de la prima.

(ii) Esta última cuestión resultó igualmente controvertida en el pleito civil en el que se dirigió por vez primera demanda contra la aquí recurrida, cuya tramitación, en consecuencia, y en vista de las razones esgrimidas, debe reputarse asimismo necesaria para acabar con la incertidumbre suscitada respecto del derecho de los familiares del ocupante a reclamar la indemnización que legalmente les correspondía de ser considerados perjudicados, pues solo con la sentencia de apelación quedó descartado el impago de la prima, y pudo descartarse la excepción personal determinante de la suspensión de cobertura, que la aseguradora entendía oponible al asegurado fallecido y a sus familiares.

Todo lo anteriormente dicho permite concluir que si la aseguradora se negó a cumplir o demoró en exceso el cumplimiento de sus obligaciones no fue únicamente por considerar excesiva la indemnización solicitada, o por discrepar del grado de culpabilidad atribuido -circunstancias como se dijo que, por sí solas, no constituyen razón bastante para no apreciar mora ni para exonerar del consiguiente recargo, ni siquiera tras la menor cantidad concedida, dado el carácter meramente declarativo del derecho del perjudicado que tiene la sentencia que la concreta- sino que puede afirmarse que su negativa se asentó en una duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar, que lejos de derivar de una confusa u oscura redacción de las cláusulas de la póliza -pues de ser así tampoco habría razón para justificar su conducta- trae causa directa del cuestionamiento mantenido en la instancia respecto de la vigencia de la prima suscrita al tiempo de ocurrir el accidente.

**OCTAVO.-** Estimación parcial del recurso y costas.

Según el artículo 487.2.º LEC, si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1.º y 2.º del apartado 2 del art. 477 LEC, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Estimándose fundado el recurso en cuanto a la infracción denunciada en el motivo primero, procede su estimación parcial y, de conformidad con el artículo 398.2 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no ha lugar a imponer las costas devengadas en el mismo, manteniéndose los pronunciamientos sobre costas de primera y segunda instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Baltasar, D.ª Serafina, D. Cipriano, D. Eleuterio y D.ª María del Pilar, contra la sentencia de 23 de febrero de 2009, dictada en grado de apelación por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, rollo n.º 290/08, dimanante del juicio ordinario n.º 514/07, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Lucena, cuyo fallo dice:

«Fallamos:» Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la

procuradora Sra. Guiote Álvarez-Manzaneda, en representación de don Baltasar, doña Serafina, don Cipriano, don Eleuterio y doña María del Pilar, actuando además doña Serafina, en nombre del menor Anselmo frente a la sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. Dos de Lucena, en fecha 26 de mayo de 2008, revocamos dicha sentencia.

»En su virtud, con estimación parcial de la demanda deducida por los citados apelantes, condenamos a Banco Vitalicio de España S.A. de Seguros y Reaseguros, a que indemnice conjuntamente a don Baltasar y doña Serafina en la cantidad de 37.758 euros, y a doña María del Pilar en la cantidad de 6.865,14 euros.

»Tales cantidades, desde la fecha de esta resolución, devengará el interés legal del dinero incrementado en un 50%.

»No procede la expresa imposición de las costas causadas en ninguna de ambas instancias».

2. Casamos y anulamos la referida sentencia en el particular relativo a la indemnización a percibir por D. Anselmo, en concepto de perjudicado por el fallecimiento de su primo hermano, con el que convivía en régimen de acogimiento familiar, manteniendo el resto de pronunciamientos.

3. En su lugar, estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Baltasar, D.ª Serafina, D. Cipriano, D. Eleuterio y D.ª María del Pilar, y revocamos la sentencia de primera instancia en el único sentido de condenar a la aseguradora demandada a indemnizar a D. Anselmo con la cantidad de 6.865 euros.

4. Declaramos no haber lugar a imponer las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. José Ramón Ferrandiz Gabriel. Encarnación Roca Trías. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Por **Mariano Medina Crespo**  
Abogado y Doctor en Derecho

**R**ebasado ya el quindenio desde que se aplica el sistema valorativo de la Ley 30/1995, puede afirmarse, como gran conclusión general, que ha servido para que la seguridad jurídica se haya impuesto sobre la justicia resarcitoria. Ello ha sido así porque, de modo sorprendente y, desde luego, contra pronóstico, prima en la práctica judicial la idea de que *quod non est in tabularum litteris non est in*

*systema*, con lo que se ha marginado la proclama teleológica de la total indemnidad. Si hubiera sido de otro modo y no se hubiera sacrificado de modo permanente la conmutatividad del resarcimiento, no tendríamos que celebrar hoy como un logro (tardío) de progreso judicial esta excelente sentencia que, estupendamente escrita, admirablemente ilustrada y perfectamente razonada, acude al instrumento integrativo de la analogía para aplicar la última regla del grupo IV de la tabla I a un menor que resulta resarcido por la muerte de su primo hermano, pero “hermano de hecho”, dado que vivía con él y con los padres de éste bajo un régimen de acogimiento permanente. De esta forma, se proporciona estricto rango jurisprudencial a un criterio al que, de modo bastante insular, se han atendido algunos Tribunales. Así, la SAP de Sevilla (Sección 4ª, Penal) de 26 de diciembre de 1997 (Ilmo. Sr. Paúl Velasco), que consideró perjudicada a la sobrina del fallecido que se dedicaba a tratarlo y cuidarlo como hubiera hecho con su padre. También puede citarse la STS (Sala 2ª) de 17 de septiembre de 2001 (Pte. Excmo. Sr. Ramos Gancedo) que, con cierta ambigüedad, asimiló como padre al padrastro de hecho de la menor fallecida. También es digna de particular encomio la SAP de Vizcaya (Sección 1ª, Penal) de 5 de febrero de 1999 (Ilmo. Sr. Escanilla Pallas), que adjudicó rango resarcible al perjuicio personal sufrido por los entenados, al asimilarlos a la condición de hijos. De igual modo, es de invocar la muy reciente SAP de Córdoba (Sección 3ª, Penal) de 23 de abril de 2012 (Pte. Ilmo. Sr. Moreno Gómez) que ha aplicado el factor de corrección del doble fallecimiento de los padres al perjudicado que en el accidente perdió a su esposa y a su único hijo y que, a su vez, ha aplicado el factor de corrección de víctima hijo único a quien previamente se había reconocido la condición de padres de hecho de la fallecida.

Resaltada la progresividad de la sentencia reseñada, que corresponde a un juicio de cal, no

puede dejar de resaltarse el juicio de arena que merece la congelación de que fue objeto la indemnización reconocida. Producido el fallecimiento en 2001, la Sala aplica el criterio neominal que implantaron las sentencias plenas de 17 de julio de 2007 y su efecto es que se ha reconocido en 2012 al menor perjudicado una indemnización de 6.865 euros, que es la que correspondía en 2001 (Resolución de 12 de enero de 2001) a la mitad del importe

La SAP de Sevilla (Sección 4ª, Penal) de 26 de diciembre de 1997 (Ilmo. Sr. Paúl Velasco), que consideró perjudicada a la sobrina del fallecido que se dedicaba a tratarlo y cuidarlo como hubiera hecho con su padre. También puede citarse la STS (Sala 2ª) de 17 de septiembre de 2001 (Pte. Excmo. Sr. Ramos Gancedo) que, con cierta ambigüedad, asimiló como padre al padrastro de hecho de la menor fallecida

## COMENTARIO

previsto en la regla correspondiente por haberse apreciado la coparticipación de la víctima en la producción del resultado lesivo al no llevar acoplado en la moto que pilotaba el preceptivo casco de protección. Pero el porcentaje acumulado de inflación habida desde 2001 hasta 2012, ha sido del 35,31%. Esto quiere decir que, al reconocerse al perjudicado en 2012 el nominal previsto en 2001,

se le ha reconocido una suma enormemente devaluada. Si, por mor del valorismo, se hubiera actualizado el nominal originario con la aplicación del IPC, la suma a percibir en 2012 habría quedado cifrada en 9.289,03 euros (6.865+2.424,03). Dicho en pesetas, para la mejor comprensión mental del despojo padecido: La suma prevista en 2001, ascendente a 1.142.240,- Ptas. se habría incrementado en 403.324,66 Ptas. Con el reconocimiento de esa cantidad, el perjudicado habría recibido en 2012 la suma equivalente a la que se le tendría que haber entregado once años atrás.

Téngase en cuenta que, en este caso, las indemnizaciones establecidas no fueron mejoradas con los intereses moratorios especiales del art. 20 LCS; ni con los ordinarios del art. 1108 que, en mi concepto, tendrían que haberse reconocido desde la fecha del siniestro, según he razonado de forma cumplida en mi obra "Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil". De haberse reconocido la mora ordinaria, con devengo de los intereses desde la fecha del siniestro, que es lo que verdaderamente exigen los ilícitos dañosos extracontractuales por trasposición sustancial de la vieja doctrina de la mora del ladrón, no tendría que haberse realizado la actualización valorista del crédito nominal de 2001, precisamente porque el tipo del interés legal del dinero incorpora la tasa de inflación. Pero, no actualizado el crédito resarcitorio desde 2001 y no mejorado con los intereses moratorios (ni ordinarios ni especiales), estamos ante un supuesto en el que la aseguradora se habrá felicitado de no haber indemnizado al perjudicado por las buenas, pues le ha salido muy bien tener que hacerlo, por las malas, once años después. Porque si en 2001, de acuerdo con una recta interpretación de la regulación legal, debía al perjudicado 6.865 euros, es muy gustoso para ella tener que abonar su (crionizado) importe en 2012. El estropicio del nominalismo valorativo en que incurrieron las sentencias de 17 de julio de 2007 quedó atemperado porque se reconocieron a los perjudicados los intereses moratorios ordinarios desde la fecha del emplazamiento. El estropicio en que ahora se ha incurrido como consecuencia de la aplicación de la doctrina de aquellas sentencias queda sin mitigar, porque no se han reconocido esos intereses al perjudicado, pese a que tendrían que haberse impuesto.

El estropicio del nominalismo valorativo en que incurrieron las sentencias de 17 de julio de 2007 quedó atemperado porque se reconocieron a los perjudicados los intereses moratorios ordinarios desde la fecha del emplazamiento. El estropicio en que ahora se ha incurrido como consecuencia de la aplicación de la doctrina de aquellas sentencias queda sin mitigar, porque no se han reconocido esos intereses al perjudicado, pese a que tendrían que haberse impuesto



# Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Intoxicación de las trabajadoras de un hotel que participaron en la limpieza del mismo tras su fumigación. Desestimación de la reclamación presentada por importe de 1.513.459,83 euros por la empresa hotelera contra la empresa fumigadora reclamándole las cantidades abonadas a las perjudicadas por diversos conceptos. Inexistencia de relación de causalidad entre la acción y el resultado lesivo, al no resultar procedente la aplicación de la doctrina del riesgo.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 29 de marzo de 2012.

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

## Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.-** Hotelera Diagonal, S.A, hoy recurrente, formuló demandada de juicio ordinario frente a Rentokil Initial España en reclamación de la cantidad total de 1.513.459,83 euros, como consecuencia de la intoxicación de las trabajadoras que participaron en la limpieza de las plantas 8, 9 y 10 del Hotel Hilton de Barcelona, tras la fumigación extraordinaria realizada por la entidad demandada; cantidad que se corresponde a los recargos de prestaciones que la entidad actora abonó a la Seguridad Social en relación a las declaraciones de invalidez por dicha intoxicación, los gastos de defensa letrada

en los diversos expedientes administrativos y judiciales abiertos con ocasión de los hechos y a los perjuicios morales ocasionados.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y absolvió a Rentokil Initial España con los siguientes argumentos: a) los días 8 y 9 de marzo de 1999 se procedió por la demandada a una desinsectación extraordinaria de las plantas 8, 9 y 10 (salvo el pasillo de ésta última) del Hotel; b) la desinsectación se realizó con Solfac-WP-10, cuyo principio activo es el ciflutrín, insecticida de toxicidad baja o moderada para las personas; c) por parte de la demandada se informó a la empresa hotelera del producto a utilizar y de las precauciones a adoptar, destacando entre éstas la prohibición de acceso a la zona hasta transcurridas 48 horas desde el fin de la fumigación, ventilación adecuada antes de entrar sin protección, y prohibición de usar lejías, detergentes y máquinas de vapor en la primera limpieza; d) en las muestras recogidas en tres habitaciones del hotel se encuentran rastros de ciflutrín y otros compuestos, así como diazinón, insecticida organofosforado de alta toxicidad; e) el período de aislamiento recomendado por Rentokil tras la aplicación del diazinón es inferior al recomendado en la utilización del Solfac; f) diversas trabajadoras resultaron gravemente afectadas por efectos de los organofosforados; g) el acceso de las trabajadoras a la zona tratada se produjo antes de que hubieran transcurrido las 48 horas recomendadas por Rentokil y sin haber procedido previamente a una ventilación suficiente, y h) se emplearon máquinas de vapor en la primera limpieza.

Frente a dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el mismo y revocó dicha sentencia en el sentido de condenar a la parte demandada a abonar a la actora la suma de 1.320.112,03 euros, con los intereses legales desde la interpelación judicial. La sentencia parte del hecho de que la intoxicación de las trabajadoras se produjo a partir del momento de la fumigación extraordinaria efectuada los días 8 y 9 de marzo de 2009 por la entidad demandada Rentokil en las plantas 8, 9 y 10 del hotel, y, en consecuencia, el diazinón (sustancia que provocó dicha intoxicación) fue introducido en las plantas indicadas del hotel a través de esa la fumigación extraordinaria, sin que quepa entender que dicha sustancia fuera introducida por las propias trabajadoras del hotel en una actuación previa a la intervención de la entidad demandada encaminada a conseguir una eliminación "casera" de los insectos que se habían detectado. La sentencia de



la Audiencia no comparte las conclusiones de la sentencia apelada y parte de la premisa de que la actividad profesionalmente desarrollada por la entidad demandada es de alto riesgo por cuanto comporta la manipulación y utilización de materiales tóxicos y potencialmente nocivos para la salud. Indica, además, que era la entidad demandada a la que correspondía demostrar que su acción no fue inocua y en el caso de no lograrlo soportar las consecuencias de esa falta de prueba. En este sentido, indica que la



entidad Rentokil no ha probado que no hubo culpa por su parte y que, de acuerdo con las teorías sobre inversión de carga de la prueba y responsabilidad por riesgo, la responsabilidad de lo ocurrido debe recaer sobre ella. Probada la intoxicación y su relación temporal con la fumigación llevada a cabo surge el vínculo causal que cierra el silogismo probatorio, salvo que se acredite que ha existido alguna interferencia en ese vínculo o que ha habido alguna actuación subsiguiente de otro sujeto que ha determinado

la producción del resultado dañoso, circunstancias que no se producen.

Rentokil Initial España formaliza recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 de la LEC.

### RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

**SEGUNDO.-** Se articula en cinco motivos. Los dos primeros van analizarse conjuntamente. Ambos refieren la infracción del artículo 217, apartados 2º y 5º de la LEC, así como de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1985, en punto a los efectos que la apreciación de los hechos por un orden jurisdiccional debe desplegar sobre el enjuiciamiento que sobre los mismos hechos deba acometer otro orden jurisdiccional distinto. Se dice lo siguiente:

a) Se atribuye a la demandada la carga de probar que no causó los daños reclamados sobre la base de la aplicación de las teorías sobre inversión de la carga de la prueba y responsabilidad por riesgos.

b) Existe una evidente contradicción en la valoración de los antecedentes fácticos realizada por la sentencia recurrida y las valoraciones que de tales hechos realizan las distintas sentencias dictadas en la jurisdicción social que están en los antecedentes de la reclamación instada por la parte actora y que es lo que permite a la sentencia entender acreditada la existencia de nexo causal entre la actuación de la demandada y las dolencias de las empleadas del hotel.

Ambos se estiman.

Las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria.

La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por

sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero, 4 de marzo de 2009; 11 de diciembre de 2009; 31 de mayo de 2011). Pero al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta (SSTS 9 de febrero y 14 de mayo 2011).

Pues bien, la sentencia recurrida entiende que concurren dos de los tres requisitos que requiere la aplicación del artículo 1902 del Código Civil: existencia de un daño y existencia de una actuación negligente por parte del demandado, referida a la introducción de diazinón en los trabajos de desinsectación, y para decidir si concurre el tercero, es decir, si entre esa acción y la intoxicación que se produce tras la fumigación llevada a cabo por Rentokil se da el necesario vínculo de causalidad para apreciar responsabilidad, utiliza la doctrina del riesgo para, de conformidad con el artículo 217 de la LEC, invertir la carga de la prueba y declarar que "ante la falta de una prueba concluyente y absolutamente cierta sobre los hechos controvertidos, el daño se produjo tras la fumigación llevada a cabo por la demandada a cuyo cargo pone el riesgo puesto que no aparece comprometida la intervención de terceras empresas o de las propias trabajadoras en la introducción de la sustancia diazinón en la zona del hotel objeto de este proceso".

Parece claro, dice la sentencia, que "era a Rentokil a quien correspondía demostrar que su acción fue inocua, y, en caso de no lograrlo, soportar las consecuencias de esa falta de prueba", lo que no es así:

En primer lugar, el riesgo que deriva de la manipulación de productos tóxicos no tiene la relevancia suficiente para alterar las reglas sobre la carga de la prueba. Quien fumiga sin duda expone a terceros a una situación de riesgo y basta para comprobarlo los efectos nocivos que tuvo para la salud de las trabajadoras del Hotel. Ahora bien, en operaciones de tanto riesgo, este no se materializa si se adoptan las medidas de seguridad y estándares de cuidado normativamente impuestos a quien la promueve o encarga a una empresa especializada, como aquí sucede. A la demandante se le dijo que debía adoptar unas concretas medidas de

seguridad que no se cumplieron, y su incumplimiento, según reiteradas sentencias dictadas en el orden jurisdiccional social, permitió que este riesgo llegara a materializarse mediante la intoxicación de las trabajadoras. Lo realmente cierto es que, de haberse observado, el daño no se habría producido por más que el material utilizado fuera peligroso.

En segundo lugar, la regla de aplicación en materia de prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impide una generalización de criterios mantenida hasta ahora sobre inversión de la carga de la prueba en sentido procesal, especialmente relacionados con el riesgo, para objetivarlos en función de que una norma lo autorice, puesto que no existe ninguna norma concreta que, en relación a este supuesto, y por el simple hecho del riesgo, autorice a los jueces a alterar la carga de la prueba de la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo.

Pues bien, pese al contenido evidentemente didáctico de la sentencia recurrida, esta equivoca su planteamiento. Atribuir a la demandada las dudas sobre extremos tan relevantes, no solo contraviene las reglas de la carga de la prueba, sino que no resulta lo más adecuado ante los antecedentes judiciales ventilados en la vía jurisdiccional social, que por el contrario ninguna duda tuvieron para establecer la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquéllas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos o lugares de trabajo, algo que, además, resultó fundamental para poner a cargo del empleador el recargo de prestaciones de la Seguridad Social impuesto por el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, que en este procedimiento se pretende repercutir sobre la demandada.

El hecho que ha originado el daño es el mismo que se ha planteado y se ha resuelto en ambas jurisdicciones, social y civil, y aunque es posible hacer en vía civil una valoración jurídica distinta a partir de normas de aplicación también distintas en unión de los demás elementos de convicción aportados, lo que no es posible es que, admitidas las evidentes dificultades probatorias que presenta el caso enjuiciado, se resuelva este prescindiendo, por una simple e injustificada diferencia de criterio, de las conclusiones obtenidas en los numero-



esos procesos tramitados ante dicha jurisdicción, en los que fueron parte actora y demandada, puesto que ningún dato fáctico distinto lo justificaba, incluido el informe del Centre de Seguretat i Condicions de Salut en el Treball, emitido a instancia de la Inspección de Trabajo con fecha de 16 de noviembre de 1999, que también se tuvo en cuenta en aquella jurisdicción, respecto del cumplimiento del plazo de seguridad, ventilación y limpieza inadecuada de las habitaciones fumigadas. Se ha vulnerado, en suma, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en orden a la relevancia jurídica de estas resoluciones judiciales y, en definitiva, el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y, al cabo también, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, pues es evidente que unos mismos hechos no pueden existir, y dejar de existir de forma tan simple para los órganos del Estado.

**TERCERO.-** Dice la sentencia que "por el contrario, se ha probado, de acuerdo con el artículo 386 Lec (prueba de presunciones) que fue Rentokil el que, en forma no determinada (alguna de las hipótesis que hemos venido barajando a

lo largo de esta resolución: sustitución del producto previsto por otro conteniendo diazinón, mezcla inadvertida de productos, falta de limpieza de las máquinas, o cualquier otro) introdujo el diazinón en las plantas 8, 9 y 10 del hotel Hilton de Barcelona"; presunción que se combate en el sexto motivo en el que se alega la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, al haberse aplicado de forma manifiestamente errónea las normas que regulan esta prueba en el artículo 386 de la LEC.

Se estima.

Las presunciones judiciales, a las que se refiere el artículo 386 LEC, permiten deducir, a partir de un hecho admitido o probado, la certeza de otro hecho siempre que entre el primero y el segundo exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Solo cuando declarada la realidad del hecho-base el tribunal se aparta de tales reglas para llegar a conclusiones ilógicas en su proceso deductivo, puede entenderse que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por tanto lo que se somete al control casacio-

nal es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre los diversos resultados posibles (SSTS de 14 de mayo de 2010, 4 de noviembre de 2010, 9 de mayo y 3 de octubre de 2011).

Sin duda, acudir, primero, a la inversión de la carga de la prueba y, después, a la utilización del expediente probatorio de las presunciones judiciales, no parece lo más correcto para anular aquellas resoluciones previas del orden social, especialmente si estas presunciones se establecen a partir de simples conjeturas o de los datos resultantes de una indebida inversión de la carga de la prueba para elevar de forma artificiosa a la condición de hechos probados lo que se plantea directamente como simples hipótesis, sin precisar, además, cuál ha sido el razonamiento seguido para inferir la realidad del resultado que se da por probado desde los hechos indiciarios desde el momento en que la sentencia se ha limitado a considerar para establecer sus conclusiones "los hechos que hemos considerado acreditados a lo largo de las páginas anteriores de esta resolución", que son los que la sala ha referido en el fundamento jurídico anterior.

**CUARTO.-** La estimación de los tres motivos anteriores hace innecesario el análisis y resolución de los demás también formulados y, en lo que aquí interesa, supone asumir la instancia en cuanto a la pretensión de la parte actora de repercutir sobre la demandada los recargos de prestaciones satisfechos a la Seguridad Social en relación a las declaraciones de invalidez de las trabajadoras intoxicadas; los gastos de defensa letrada en diversos procedimientos y el daño moral ocasionado, teniendo en cuenta lo que se ha alegado como fundamento del recurso de casación, tal y como establece la Disposición Final Decimosexta, apartado uno, regla séptima de la LEC. Y que, en lo que aquí interesa, supone aceptar en su integridad la sentencia de la 1ª Instancia, desestimatoria de la demanda, que ha sido dictada con absoluto respeto a las declaraciones previas en el ámbito social, tras el seguimiento de los correspondientes procesos contradictorios, que no han quedado desvirtuados en este pleito, sobre la causa de la intoxicación sufrida por las trabajadoras, y que tuvo su origen en alguna actividad realizada con posterioridad, sin nexo de causalidad, por tanto, con una acción u omisión reprochable causalmente a la demandada.

**QUINTO.-** La estimación del recurso en los términos expuestos supone lo siguiente:

1º) La casación de la Sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 18 de febrero de 2009 y consiguiente desestimación del recuso de apelación sostenido contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 39 de Barcelona, en el juicio ordinario nº 624/07, desestimatoria de la demanda formulada por Hotelera Diagonal, SA contra Rentokil Initial España, SA.

2º) La imposición a la parte actora de las costas causadas en ambas instancias, sin hacer especial declaración de las causadas por ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

Estimar los recursos formulados por la representación procesal de Rentokil Initial España, SA. contra la Sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 18 de febrero de 2009, y acordar lo siguiente:

Primero.- La casación de la Sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 18 de febrero de 2009 y consiguiente desestimación del recuso de apelación sostenido contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 39 de Barcelona, en el juicio ordinario nº 624/07, desestimatoria de la demanda formulada por Hotelera Diagonal, SA contra Rentokil Initial España, SA, a la que se absolvemos de la misma.

Segundo.- La imposición a la parte actora de las costas causadas en ambas instancias, sin hacer especial declaración de las originadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Román García Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Interesantísima sentencia sobre la responsabilidad civil de una empresa especializada en erradicación de insectos, que utiliza productos tóxicos en un Hotel de Barcelona, y que con posterioridad, varias empleadas de la limpieza resultan intoxicadas.

La reclamación que efectuaba la Entidad Hotelera iba dirigida a que la Empresa de erradicación de insectos le compensara en todas las cantidades que tenía que pagar a su vez por diversos conceptos y para resarcir los salarios de la defensa, procedimientos administrativos y daño moral

En realidad el análisis de las cuestiones que resuelve esta resolución, mezclan el fondo del asunto, con la carga de la prueba y la valoración de los hechos probados en otras sentencias, que sobre este mismo asunto, han recaído en otro Orden Jurisdiccional (social). La sentencia es muy importante y vamos a detallar los apartados más destacados.

#### 1º.- LA PETICIÓN.

La reclamación que efectuaba la Entidad Hotelera iba dirigida a que la Empresa de erradicación de insectos le compensara en todas las cantidades que tenía que pagar a su vez, por RECARGOS DE PRESTACIONES satisfechas a la Seguridad Social en relación a las declaraciones de invalidez de las trabajadoras intoxicadas, así como los gastos de la defensa letrada en los diversos expedientes administrativos y procedimientos judiciales, y además una cantidad en compensación por el daño moral.

#### 2º.- LAS RESOLUCIONES JUDICIALES PREVIAS AL RECURSO DEL SUPREMO.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la solicitud.

Por su parte la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el Recurso de Apelación y concedió en estimación parcial una serie de partidas indemnizatorias.

Partía esta última sentencia (objeto de este recurso) de la premisa, de que la actividad de la Empresa de Fumigación es de alto riesgo, por la utilización de productos tóxicos par la salud. Y que además, era a esta Empresa a quién le correspondía demostrar que su actuación fue inocua para los trabajadores del Hotel, y en caso de no lograrlo, debería soportar su falta de prueba. Y que de acuerdo con las teorías de la inversión de la carga de la prueba y de responsabilidad por riesgo, recaía sobre ella la responsabilidad de lo ocurrido.

Y que por tanto, probada la intoxicación y su relación temporal con la fumigación surgía el vínculo causal que cerraba el silogismo probatorio.

#### 3º.- PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE INFRACCIÓN PROCESAL.

Se alegaba la infracción del artículo 217-2º-5º de la LEC porque correspondía a la actora la carga de probar la certeza de los hechos y que sólo cuando el legislador así lo hubiese dispuesto expresamente procedería alterar la prueba sobre la culpa o falta de diligencia del demandado (y no atribuir a la demandada la carga de probar que no causó los daños reclamados sobre la base de la aplicación de las teorías de la inversión de la carga de la prueba y de responsabilidad por riesgos).

## COMENTARIO

Se vulneraba también la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de noviembre de 1985 relativa a los efectos que la apreciación de los hechos probados, por un orden jurisdiccional, debe desplegar sobre el enjuiciamiento que sobre los mismos hechos debe de acometer otro orden jurisdiccional distinto.

Por último, se alegaba la falta de alteración de los hechos no controvertidos por la prueba pericial, aplicando de forma manifiestamente errónea las normas que regulan la prueba de presunciones.

#### 4º.- PUNTO DE PARTIDA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

El Alto Tribunal parte de los argumentos del Juzgado de Primera Instancia, que a grandes rasgos supone, a) que la fumigación se realizó los días 8 y 9 de marzo de 1999, b) que se trató con CIFLUTRÍN, insecticida de baja o moderada toxicidad, c) que se informó a la Empresa Hotelera de las precauciones posteriores a adoptar, como prohibir el acceso a las zonas hasta transcurridas 48 horas, ventilación adecuada antes de entrar sin protección, y prohibición de usar lejías, detergentes y máquinas de vapor en la primera limpieza; d) en las muestras recogidas en 3 habitaciones se encuentran rastros de CIFLUTRÍN, y además de otros compuestos como el DIAZINÓN insecticida de alta toxicidad; e) el acceso de las trabajadoras a la zona tratada se produjo antes de que hubieran transcurrido 48 horas recomendadas, sin que se hubiera procedido a la ventilación suficiente, además de haber empleado máquinas de vapor para la primera limpieza.

Sin embargo, la Audiencia Provincial, descartaba que la sustancia con DIAZINÓN, fuese introducida por las propias trabajadoras del hotel en una actuación de previa intervención a la Empresa Demandada, encaminada a conseguir una eliminación “casera” de los insectos que había detectado (por eso llegó a las conclusiones apuntadas anteriormente).



# Rentokil Initial

encaminada a conseguir una eliminación “casera” de los insectos que había detectado (por eso llegó a las conclusiones apuntadas anteriormente).



## COMENTARIO

## 5º.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Dice textualmente la sentencia:

“... La Jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero, 4 de marzo de 2009; 11 de diciembre de 2009; 31 de mayo de 2011). Pero al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culpable a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quién lo crea o aumenta (SSTS 9 de febrero y 14 de mayo 2011)...”.

Y continúa diciendo la Sala:

“..... el riesgo que deriva de la manipulación de productos tóxicos no tiene la relevancia suficiente para alterar las reglas sobre la carga de la prueba. Quien fumiga sin duda expone a terceros a una situación del riesgo y basta para comprobarlo los efectos nocivos que tuvo para la salud de las trabajadoras del Hotel. Ahora bien, en operaciones de tanto riesgo, este no se materializa si se adoptan las medidas de seguridad y estándares de cuidado normativamente impuestos a quién la promueve o encarga a una empresa especializada, como aquí sucede. A la demandante se le dijo que debía adoptar unas concretas medidas de seguridad que no se cumplieron, y su incumplimiento, según reiteradas sentencias dictadas en el orden jurisdiccional social, permitió que éste riesgo llegara a materializarse mediante la intoxicación de las trabajadoras. Lo realmente cierto es que, de haberse observado, el daño no se habría producido por más que el material utilizado fuera peligroso...”.

Terminaba concluyendo el Tribunal, que el hecho que había originado el daño era el mismo, que se había planteado y resuelto, en ambas Jurisdicciones social y civil, y que ya aquel



## COMENTARIO

Terminaba concluyendo el Tribunal, que el hecho que había originado el daño era el mismo, que se había planteado y resuelto, en ambas Jurisdicciones social y civil, y que ya aquel había establecido la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias que fundamentó el recargo de prestaciones

había establecido la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias que fundamentó el recargo de prestaciones. Y de no seguirse esa unidad de criterio de Jurisdicciones, se vulneraría la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en orden a la relevancia jurídica de las resoluciones judiciales y, en definitiva, el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y también el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, pues es evidente que unos mismos hechos no pueden existir, y dejar de existir de forma tan simple para los órganos del estado. Nos parece un razonamiento jurídico importante por las consecuencias prácticas que deriva de la valoración de la prueba.

#### 6º.- ESTUDIO DE LA PRUEBA DE PRESUNCIONES.

En este punto el Tribunal Supremo, después de remitirse a lo establecido en el art. 386 LEC, le atiza un varapalo sin contemplaciones a la sentencia recurrida, diciendo que "... no parece lo más correcto para anular aquellas resoluciones previas del orden social, especialmente se establecen a partir de simples conjeturas o de los datos resultantes de una indebida inversión de la carga de la prueba para elevar de forma artificiosa a la condición de hechos probados lo que se plantea directamente como simples hipótesis, sin precisar, además, cuál ha sido el razonamiento seguido para inferir la realidad del resultado que se da por probado desde los hechos indiciarios...".

En pocas ocasiones hemos constatado que nuestro Supremo Tribunal Civil sea tan rotundo contra una resolución de una Audiencia Provincial. Sin embargo, tenemos que apoyar que no faltan razones para establecer esta crítica, pues no se puede primero invertir la carga de la prueba, y segundo, de esa conclusión hipotética dar un hecho como probado, para del mismo deducir un enlace preciso y directo para una conclusión racional. Era excesivo. Es encomiable la certera reprimenda del Tribunal.

"... no parece lo más correcto para anular aquellas resoluciones previas del orden social, especialmente se establecen a partir de simples conjeturas o de los datos resultantes de una indebida inversión de la carga de la prueba para elevar de forma artificiosa a la condición de hechos probados lo que se plantea directamente como simples hipótesis, sin precisar, además, cuál ha sido el razonamiento seguido para inferir la realidad del resultado que se da por probado desde los hechos indiciarios..."

# Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Posibilidad del asegurado a compeler a la aseguradora para el sometimiento a arbitraje en relación a cualquier vicisitud que pudiera surgir en el contrato de seguro de defensa jurídica. Estimación de la acción declarativa del derecho del asegurado a someter la controversia surgida con su aseguradora al instituto del arbitraje, sin que pueda apreciarse la excepción de cosa juzgada por cuanto la solicitud de arbitraje no fue aceptada por la aseguradora**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de febrero de 2012.

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

## Fundamentos de Derecho

No sé aceptan los fundamentos jurídicos contenidos en la resolución recurrida, y

**PRIMERO.**- Por la Sra, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona se dictó Sentencia en fecha 14 de abril de 2010 mediante la que se desestimó la demanda relativa a una obligación de hacer. Frente a dicha resolución se alza ahora el asegurado demandante aduciendo la existencia de su derecho a que sea sometida a arbitraje conforme a lo preceptuado en el art. 76.e de la Ley de Contrato de Seguro, su controversia con la aseguradora. La aseguradora demandada se opone a ello e interesa la íntegra confirmación de la resolución recurrida, con una expresa imposición al apelante de las costas procesales de la presente alzada.

**SEGUNDO.-** Se alega por la recurrente infracción de la Sentencia del primer grado de lo preceptuado en el art. 76 e de la Ley del Contrato de Seguro, En dicho precepto se establece que "el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraré cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada". El tenor literal de este precepto de la Ley establece y define un verdadero, derecho subjetivo de naturaleza privada que el asegurado ostenta frente a la compañía aseguradora. Se desprende ello del uso en el precepto del vocablo derecho, que por definición, se tiene siempre frente a alguien, en este caso frente la otra parte contratante es decir la aseguradora. Este derecho subjetivo no puede ser desconocido por la jurisdicción. La consecuencia de ello es que el asegurado puede compeler a la aseguradora para someter a arbitraje cualquier vicisitud que pudiera surgir en el contrato de seguro celebrado interpartes, como es él caso que nos ocupa, con independencia de cuál sea el fondo del asunto enjuiciar por el arbitro, que no puede ser examinado en la presente, resolución en la que tan solo cabe reconocer al recurrente su derecho, a esta particular actio mediante la que se somete a la heterocomposición de un tercero imparcial que es él arbitro. En el caso enjuiciado no cabe apreciar la existencia de cosa juzgada, toda vez que la actio hasta este momento ha quedado imprejuizada y no ha existido ninguna decisión sobre el fondo del asunto, ni en sede jurisdiccional ni en la circunstancia de haber acudido el asegurado con anterioridad al arbitraje, toda vez que dicho arbitraje no fue aceptado por la aseguradora. Consecuentemente el presente, recurso deberá ser acogido, aunque no cabe proceder en esta alzada a la designación que asimismo se solicita por el recurrente del arbitro que haya de resolver el conflicto sobre el fondo del asunto, toda vez que la reciente reforma de la Ley de Arbitraje atribuye esta cuestión a los Tribunales Superiores de Justicia, ante quien tendrá que acudir este, justificable para proceder a la designación del arbitro.

Consecuentemente, el recurso solo se acoge de una manera parcial.

**TERCERO.-** El acogimiento parcial de este recurso de apelación hace que no deban serle im-



# Reale

SEGUROS

puestas a ninguno de los litigantes las costas procesales de este proceso con arreglo a lo preceptuado en el art. 398.2 de la LEC.

VISTOS los mencionados preceptos y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los tribunales Doña Silvia Zamora Batllori, en nombre y representación de Don Bernardino debemos revocar y revocamos con igual carácter parcial la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia núm. 26 de Barcelona, en fecha 14 de abril de 2010, en el sentido de reconocer al demandante su derecho a someter la controversia a arbitraje, para lo cual deberá proceder a instar ante el órgano competente la acción necesaria para la designación del arbitro; todo lo que se pronuncia sin una expresa imposición de las costas procesales en ninguna de las instancias y la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y recurso extraordinario por infracción procesal éste último si se presentará conjuntamente con el primero. Deberán ser interpuestos, en su caso, ante esta Sección, en el plazo de veinte días, constituyendo él depósito correspondiente. Firmé esta, resolución expídase testimonio de la misma que con los autos originales se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por ésta nuestra resolución de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La conclusión que se extrae de la lectura de la Sentencia de la Audiencia de Barcelona, no es otra que efectivamente el asegurado tiene derecho, como posibilidad u opción, a acudir al arbitraje, en lugar de la jurisdicción ordinaria para aquellos conflictos surgidos en relación al contrato de seguro. Impedir ese derecho/opción/posibilidad del asegurado es ir tanto contra una norma imperativa nacional (art. 76.e Ley Contrato de Seguro), como de la Comunidad Europea; concretamente la Directiva 87/344/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica:

#### Artículo 6

*Los Estados miembros adoptarán todas las disposiciones útiles a fin de que, sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, se prevea un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad, que permita decidir, en caso de divergencia de opiniones entre el asegurador de la defensa jurídica y su asegurado, respecto a la actitud que deba adoptarse para la solución del desacuerdo.*

Si bien esta directiva estará en vigor hasta 1.11.12, al derogarse en dicha fecha por la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, ésta última sigue con el mismo criterio pro-arbitraje de su predecesora. Así el apartado 83, dice:

*(83) Los conflictos entre las empresas y los asegurados relativos a la cobertura de defensa jurídica deben resolverse de la forma más rápida y justa posible. Conviene, por tanto, que los Estados miembros prevean un procedimiento de arbitraje u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables.*

Y en esa línea, la Directiva 2009/138/CE, recoge:

#### Artículo 203

##### *Arbitraje*

*Los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica y el asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad.*

*El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado a recurrir a tales procedimientos.*

El art. 76 a) de la Ley de Contrato de Seguro, dice:

*Por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro.*

Ahora bien la gran mayoría de pólizas utilizan distintos conceptos para el mismo contenido; tenemos: reclamación daños; defensa penal y fianzas: asistencia jurídica... cubriendo, no obstante, en todas ellas el coste que pueda suponer al asegurado su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral.

Conforme la Sentencia de la Audiencia, el asegurado tiene derecho a someter a arbitraje en todos esos supuestos, ya que no debe estarse tanto a al título de seguro, sino a su contenido. Así, obsérvese que el artículo 76 a) inicia su redactado utilizando la preposición “por”

## COMENTARIO

(“Por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga...”), es decir, y en mi opinión, no es tanto una definición del seguro de defensa jurídica, sino que lo que nos dice el artículo es cual es el ámbito de lo que asegura, y de ahí que, cualesquiera que sea la terminología que se pueda utilizar en la póliza en ese sentido, lo que es relevante es ver que es lo que es objeto del seguro, y si lo que se asegura es garantizar el coste que pueda suponer al asegurado su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, se estará dentro del ámbito de seguro que regula la Ley de Contrato de Seguro, al TÍTULO II. SEGUROS CONTRA DAÑOS, SECCIÓN IX. SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA

Las aseguradoras esgrimen que no se está ante una “defensa jurídica” estricta, sino ante otro tipo de seguro, por utilizar un nombre distinto, aunque, a la postre, lo que aseguran es, como se ha dicho, el coste que le puede suponer al asegurado la intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral.

En consecuencia, si en la póliza consta, bajo el título que sea, la cobertura a los costes que se producen a consecuencia de la intervención en procedimientos judiciales/administrativos/arbitrales; la libre elección de abogado y procurador, y que estos no estarán sujetos a las instrucciones del asegurador, estamos ante un contrato de seguro de defensa jurídica y, en consecuencia, el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir con la aseguradora.

Ese derecho TIENE que constar en la póliza (art. Artículo 76 f. LCS so pena de nulidad por ir contra un mandato imperativo legal

Para finalizar, comentar el contenido del segundo párrafo del art. 76.e): “La designación de árbitro no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”.

La razón de esa prohibición radica, a mi modo de ver, en impedir a las aseguradoras que incorporen en los contratos de seguro un sistema arbitral determinado y favorable a sus intereses, de tal suerte que quedaría sin efecto el derecho del asegurado al arbitraje, si ya se le impusiera uno determinado en la póliza, y a instancia del asegurador(\*).

CONCLUSIÓN. De todo lo anterior se puede concluir sin duda alguna, que:

- La aseguradora queda vinculada al arbitraje si así lo solicita el asegurado en los conflictos que pudieran surgir entre ambos, y sobretodo respecto la defensa jurídica.

- Si la aseguradora no contesta la petición de arbitraje, se sigue el procedimiento sin citarla más ni oírla.

- Si bien el asegurador no puede oponerse al arbitraje, si se opusiere habrá que acudir al nombramiento judicial de árbitro ante el TSJ, a través del procedimiento de juicio verbal.

- Caso de discrepancia respecto el nombramiento de un árbitro determinado, también se tendrá que acudir al TSJ para que éste lo nombre a través del juicio verbal.

- La aseguradora tiene la obligación (“deberá” pone la Ley) de informar al asegurado, en caso de conflicto de intereses o desavenencia sobre el modo de tratar una cuestión litigiosa, de la facultad de elegir Abogado y Procurador, así como acudir a arbitraje como mecanismo solucionador de conflictos entre ambos.

(\*) Véase artículo en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro nº 39



# perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

Que todas las jurisdicciones –civil, penal, social, contenciosa, y militar– acuden al Sistema para la valoración de los daños personales derivados de hechos de la circulación –“Baremo”– para la cuantificación de perjuicios personales no derivados –o sí, pero dolosos– de hechos circulatorios es algo conocido; pero no es en absoluto frecuente su incorporación a una Ley como referente. Ello no excedería de consolidar la implantación del sistema –“Baremo”– fuera del ámbito circulatorio, si no fuese porque en este lo es por obligación legal ineludible, aunque solo repare parcial, y no íntegramente, como expresa en modo magistral Mariano Medina Crespo en el nº 4 de abril de 2012 de la revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, “Reflexiones críticas sobre la aplicación del sistema fuera del tránsito motorizado”. Nos referimos a la Ley 12/2011, de 27 de mayo sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (BOE 25/5/2011), art. 22 reclamaciones por daños a las personas, a los bienes y pérdidas económicas”:

“2.a) Primero se pagarán las indemnizaciones por muerte y daños físicos causados a personas que haya sido reclamados dentro de los 3 primeros años... Estos daños se podrán cuantificar, en la medida en que ello sea posible y en ausencia de trasl.... específicas, con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el «sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» que se contiene en el anexo al texto refundido de

la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre –a la par, se señala que el consorcio asume la cobertura de los riesgos asegurables por las entidades aseguradoras de la responsabilidad civil por accidentes nucleares, o en que intervengan materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares, en el caso de que aquellas no alcancen el límite mínimo previsto por la ley 12/2011–.

Especialmente atinada, rigurosa y respetuosa con una situación, que no por conocida resulta menos discutible es la sentencia nº 29/2012, de 24 de enero de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2ª: “La transcripción que la recurrente realiza de lo que se dijo en esos breves momentos es fiel reflejo de lo sucedido. Así, tras urgir, de alguna manera, al letrado de la recurrente, para que abandonase la sala de vistas, ya solos en ella el Juzgador, la representante del Ministerio Fiscal y la Secretaria judicial, el primero dice, en tono coloquial, «de verdad... que una cosa,... qué juicio..., a mí me agotan estas cosas... a mí me agotan... la sentencia la pongo esta tarde, porque si no, de pensar en ver esto otra vez...». A continuación, la representante del Ministerio Fiscal observa «y a mí, a mí me desespera... uno en contra de todos», interviniendo la Secretaria Judicial, con el comentario «ay, ay, ay,... ¿y la última testigo?...». El juez, en este momento, interviene de nuevo: «¿Y la testigo? La última, era camionera total, camionera... pero bueno, ¿no ha venido un poco borracha, no habéis visto vosotros un punto raro?» La Secretaria añade «como si fuera a lo suyo». El Juez, nuevamente, interviene, con el comentario «pero claro, si se han contradicho éstos, porque yo no me estudiado las declaraciones a ese límite, y ésta viene ratificando lo que han dicho después, es mentira todo... vamos no venía a defenderlos... dice bueno uno o el otro o el otro alguno le había dicho que estaba como de aquí a aquí, uno de esos testigos elaborados... pero qué mala pinta me ha causado ella y, cuando la he visto entrar con esos pantalones...». A continuación, se suceden determinados comentarios referidos a los letrados. En palabras del juez, en referencia a uno de los abogados, afirma que es correctísimo, «pero éste... (al parecer en referencia al letrado de los recurrentes)... éste se extiende... éste lo temo ya yo un poco», añadiendo (lo que omite el recurrente) «y es muy agradable y todo...», a lo que añade la Secretaria «sí, éste es más peligroso, a mí me parece éste está más en su sitio».

“SÉPTIMO.- Y, con todo, el aspecto más preocupante, en términos de apariencia de parcialidad, que revela el visionado de este pequeño segmento, se refiere a la posible interferencia, en una decisión todavía no formalizada, de lo que las recurrentes denominan comentarios de otras personas, ya sean secretarios, fiscales etc.,... sucede que, precisamente, esta posible interferencia, provocada al entrar en conversación, por distendida e informal que sea, inmediatamente después del juicio, con quien era todavía parte en el mismo, esto es, con la representante del Ministerio Fiscal que acababa de tomar parte en él, vulnera el derecho a la igualdad de armas y genera, a la vez, para el observador, y, en este caso, para los enjuiciados, una importante apariencia de parcialidad. En la conversación, el juez se dirige, fundamentalmente, en sus reflexiones, a la representante del Ministerio Fiscal, que, además de hacer visibles gestos de asentimiento, introduce algún comenta-



rio, valorando el resultado de la práctica de la prueba, considerando que se trataba de un caso de «todos contra uno». El juzgador, al permitir, sin atisbo de mala voluntad, sin apartarse de lo que, con toda probabilidad, es manifestación de un hábito forense arraigado, que una de las partes, en ausencia de la otra, concluidos los informes que tienen por objeto la valoración de la prueba, está concediendo a una de las partes, a la acusación, una posición de ventaja, una

capacidad de influir, eventualmente, en su convicción, de la que carece la otra parte. Y lo permite en un momento todavía «sensible» en términos de imparcialidad, esto es, con carácter previo a la redacción de una sentencia, que concluye el juicio, sólo cuando es suscrita por la firma del juzgador, sin que importe, a estos efectos, que aparentemente la íntima convicción esté formada ya al concluir el acto del juicio oral, en cuanto cabe siempre la posibilidad de modificarla, tras



proceder al examen de toda la causa e, incluso al hilo de la redacción, de la argumentación escrita, que puede revelar, por ejemplo, que la convicción alcanzada no resiste el contraste con el proceso de motivación de la prueba. Si esta oportunidad concedida sólo a una de las partes afecta al principio de igualdad, a la vez, para el espectador medio, la confianza y el privilegio para una de las partes que esta conversación aparenta, compromete, desde el punto de vista, relevante, de las apariencias, la imparcialidad del juzgador. No desconoce la Sala que la reiterada coincidencia de jueces y fiscales en la celebración de juicios, en especial en localidades relativamente pequeñas, así como, desde un punto de

vista orgánico y constitucional, la propia función de defensa de la legalidad que atribuye el ordenamiento al Ministerio Fiscal, propicia relaciones de mayor confianza y proximidad entre aquéllos, que las que, en la mayoría de los casos, establecen los jueces con los profesionales de la Abogacía, más numerosos, y comprometidos siempre en la defensa de su cliente. Esta evidencia no permite ignorar, sin embargo, que cuando un justiciable, como es el caso, tiene acceso directo, mediante el visionado de una grabación, al modo en que esa relación de confianza se extiende al tratamiento de lo sucedido en juicio, antes de ser juzgado y en ausencia de su propio letrado, es razonable que cuestione la imparcialidad

de quien todavía no ha emitido un juicio sobre los hechos que le han sido sometidos y del que depende su absolución o condena. Este involuntario acceso a lo que de ordinario se tolera por jueces, fiscales y hasta por los propios letrados, revela una apariencia que, para el ciudadano, en cuya confianza en la imparcialidad de los jueces descansa, en buena medida, la fiabilidad del sistema de justicia, pone en tela de juicio esa imparcialidad. Una apariencia que, una vez revelada, ha de ser objeto de tan lamentable como enérgica y necesaria reacción como la representada por la declaración de nulidad del juicio y su necesaria repetición ante juez distinto, sin entrar, obviamente, a considerar otros motivos de los recursos”.

**¿Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal de síndrome de Down y el daño moral y económico de privar a los padres decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo? Lo decide el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Sección 4ª, en sentencia veintiocho de marzo de dos mil doce:**

“No es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down.

Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). En aquellas dos primeras sentencias, referidas a supuestos de nacimientos con síndrome de Down, concluimos afirmando que además del daño moral “procede también la indemnización

por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las

circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”. Y que “los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida... “procede establecer la cuantía de 280.000 euros. ... corresponde al daño moral al entorno familiar la cantidad de OCHENTA MIL EUROS (80.000 EUROS) y para la menor, entendiéndose que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades,... la partida de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros) por todos los conceptos”.

Los dictámenes de los consejos consultivos, obligados a partir de determinada cantidad reclamada, son una fuente interesante de conocimiento jurídico, sirva como muestra, el nº 788/2011, de 12 de diciembre, de la Comunidad Autónoma Andaluza:

“Este Consejo Consultivo ha venido subrayando que el legislador –consciente de los altos índices de siniestrabilidad y del elevado coste social que éstos representan– ordena la intervención activa de los poderes públicos en el mantenimiento de la seguridad de la circulación vial, asumiendo que la Administración ha de abandonar “la primitiva concepción, puramente policial de su actuación, para pasar a un planteamiento activo de la misma, orientada a promover la seguridad de la circulación y la prevención de accidentes, tanto en carretera como en zonas urbanas” (Exposición de Motivos de la Ley 18/1989, de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico y Circulación de Vehículos

a Motor y Seguridad Vial). Así, el artículo 57.1 del citado Texto Articulado impone al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales.

En definitiva, como ha reiterado este Consejo Consultivo (dictámenes 77/2000 y 225/2006), la configuración del servicio público de carreteras y la necesidad compartida por todos de extremar las precauciones para evitar la siniestrabilidad o paliar sus altos costes no equivale a proclamar que la Administración

titular del dominio público viario es responsable de todos los daños que acaezcan en él con independencia de su origen y abstracción hechas de las concretas obligaciones que pesan sobre aquélla. En caso contrario, la Administración asumiría un papel de aseguradora universal de todos los riesgos acaecidos las carreteras, como bien se afirma en la propuesta de resolución dictaminada.

En coherencia con lo anterior, el dictamen 77/2000 de este Consejo Consultivo señala que la relación causal expresa un concepto jurídico indeterminado de difícil intelección, sólo precisable caso por caso”.

Muestra cierta de lo que el maestro Medina Crespo denomina nomofilaxis invertida –y de la “buena salud” de nuestros tribunales en la instancia– es una reciente sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Granada, en el Juicio de Faltas nº 509/2011, en la que enjuiciando el supuesto hecho de un accidente de tráfico en el que, en un puerto de montaña, y adversas circunstancias de nieve colisiona contra un camión un vehículo en el que dos de sus ocupantes resultaron fallecidos, una novicia boliviana y una sra. que desde 30 años antes vivía acogida en una conocida institución religiosa.

Pues bien, tiene de particular la sentencia que acoge la petición de la Congregación Religiosa indemnizándola por el fallecimiento de quien funcionalmente durante 30 años había sido recíprocamente tratada como integrante del núcleo familiar: “residido de forma estable e ininterrumpida, sin que durante todo ese tiempo la familia se haya ocupado de ella estando perfec-

tamente integrada en la Institución, habiéndose generado unos lazos de convivencia, afecto y cariño análogos a los familiares, con relación a las personas encargadas de su cuidado y atención, que han sufrido el dolor de su pérdida y el consiguiente perjuicio personal”.

La sentencia –que se halla en curso de resolver en

apelación– se anticipa, o es refrendada, por la sentencia nº 200/2012, de 26 de marzo de la Sala 1ª del Tribunal Supremo –que comenta en este número Mariano M. C.– que aboga por “la interpretación analógica de las normas del SV” sin la cual “resultaría ineficaz el principio de total indemnidad que constituye la base del SV y que el mismo programa en el Anexo, primero 7 LRCSCVM” interpretación que “permite reconocer derecho a indemnización a los perjudicados en situación funcional idéntica a la de determinados parientes si incluidos en las tablas”. “... que hayan mantenido con el fallecido una relación de afectividad equiparable o análoga a la que se presume por su concreto parentesco en cualquier de los beneficiarios legales”.

“... Una disputa que surge entre un taxista y su cliente, con motivo de pedirle ésta que le esperase un momento para realizar una rápida gestión, a la altura del número 12 de la calle O´Donell de Madrid, y tras regresar tal cliente, le dice que a unos 50 metros hay un cajero automático, indicándole que pare para que pueda sacar dinero, y a partir de ahí el taxista reacciona de forma violenta, y tras expresarle: “ni cajero, ni nada, ahora iremos donde a mí me dé la gana”, el recurrente acelera su vehículo, invade determinada zona del carril contrario, y sin respetar el semáforo, se introduce por la calle Narvéez a gran velocidad, mientras la pasajera le pedía que se detuviera para bajarse, continuando la marcha a gran velocidad, momento en que abrió la portezuela trasera con objeto de apearse en cuanto hubiera oportunidad, continuando circulando 17 minutos por diferentes calles de la zona con una de las puertas traseras abiertas, y finalmente, ante una detención, pudo salir del taxi y solicitar ayuda a unos ciudadanos que por allí se encontraban. El testigo (Eusebio), cuando se encontraba en su automóvil, detectó “un golpe por detrás”, comprobando que se trataba de un taxi, y al pasar a su altura vio en el interior

Caso atípico -menos mal- de delito contra la seguridad del tráfico y detención ilegal, es el resuelto en sentencia nº 187/2012, de 20 de marzo, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:



de referido taxi a una mujer tumbada en el asiento trasero que intentaba salir del coche con la puerta abierta y que al verle le dijo algo similar a “este cabrón me tiene secuestrada”,

mientras el taxista contestaba: “no, es que esta zorra no quiere pagar”, observando cómo la estaba sujetando por un brazo, de manera que aceleró y se marchó”.

Culpa de las víctimas, culpas compartidas, “caballistas”, y desatención, se unen en la sentencia nº 63/2012, de 9 de febrero, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo:

“la limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima obedece a una ausencia total o parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, y, en consecuencia, afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla,

cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla el conductor del vehículo conducía de forma desatenta y a una velocidad inadecuada, como viene recogido en dicho atestado, y que los caballistas van por vía insuficientemente

iluminada, cuando ya se había puesto el sol, sin señalización alguna que sirviera para advertir su presencia al resto de los usuarios. La circulación ofrece, sin duda, circunstancias complejas, especialmente en algunas carreteras, a partir de una presencia combinada de vehículos de distinta naturaleza, potencial y riesgo: ciclistas, motoristas, motociclistas, peatones y, como en este caso, personas montadas a caballo. Todos ellos crean un riesgo previsible de daño y aunque

en la LRCSVM este riesgo se impute exclusivamente al conductor de vehículos a motor, ello no supone desconocer la conducta desarrollada por la víctima. En un sistema de responsabilidad como el previsto en la LRCSVM, se debe limitar necesariamente la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima en razón a una ausencia, sino total, si parcial de relación causal entre su conducta y el resultado

producido, con evidente reflejo en cuanto al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, como hicieron las sentencias de ambas instancias, cuyas conclusiones se admiten.

La demandante, desde el momento en que se incorpora a la carretera, asume en parte y de forma consciente el riesgo creado por la conducción de un caballo. Este riesgo final-

mente se materializó mediante su atropello, estando a su alcance evitarlo de haber circulado por el arcén, que lo había en el tramo en que el accidente ocurre, y con algún dispositivo de iluminación o reflectante, como también pudo evitarlo el conductor del turismo, de haber sido más cauteloso a la hora de descubrir la presencia de los jinetes dado que no era un factor sorpresivo, ya que era romería”.

Reunido en el día en que se cumplen doscientos años de la promulgación de la Constitución Española de 1812, el Pleno del Tribunal Constitucional dicta la sentencia 37/2012, de 19 de marzo de 2012 (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2012). En opinión del Juzgado promotor de la cuestión, el sancionado queda en una situación de absoluta “indefinición jurídica” por causa únicamente imputable a la Administración, cuando ésta no resuelve el recurso de alzada, no ya dentro del plazo de tres meses legalmente establecido al efecto, sino ni siquiera dentro del plazo de prescripción –de un año, en el art. 81 LSV, (RDL 339/1990)–. Por una parte, la infracción no prescribe porque ya ha sido sancionada y, por otra, tampoco prescribe la sanción porque no es ejecutiva y no corren los plazos de prescripción. De suerte que la prescripción queda absolutamente al albur de que la Administración autora del acto cumpla o no con su obligación de resolver (y notificar su resolución) el recurso de alzada. Ante esta situación, el derecho a formular un recurso contencioso-administrativo contra una desestimación presunta (que supone un incumplimiento del plazo para resolver y notificar) se convertiría en una carga para el interesado, que éste debe asumir, con todo su coste económico y temporal, para enervar esa situación de indefinición jurídica que sólo a la Administración es imputable:

“Debe declararse que no cabe apreciar aquí incidencia en la vertiente objetiva –certeza– ni en la subjetiva –previsibilidad– del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) este Tribunal tiene reiteradamente declarado que la figura del silencio es una mera “ficción legal, que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración. La demora en

la resolución expresa del recurso de alzada contra una resolución sancionadora no produce la prescripción de la infracción (ya sancionada), ni tampoco supone “que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción” (sentencia de 22 de septiembre de 2008) sino que únicamente da lugar a la ficción del silencio negativo o desestimatorio, que permite la im-

pugnación en vía jurisdiccional del acto presunto, no es ocioso señalar, en este sentido, que el propio Tribunal Supremo, de manera prudencial, advierte expresamente en su Sentencia en interés de la ley de 22 de septiembre de 2008 (fundamento de Derecho quinto) que de la conjunción de la doctrina legal sentada en esta sentencia con la formulada en la anterior Sentencia en interés de la ley de 15 de diciembre de 2004 pudieran derivarse “consecuencias indeseables, como sería la pervivencia indefinida de una resolución sancionadora que estuviese pendiente de recurso de alzada y de la que no pudiese predicarse la prescripción de la infracción ni de la sanción”. Para conjurar este riesgo, el Tribunal Supremo continúa advirtiendo que “no se descarta por ello que la cuestión abordada en la sentencia de 15 de diciembre de 2004 pueda ser objeto de un nuevo examen cuando haya ocasión para ello, pero no es ahora momento de hacerlo, pues en el caso que nos ocupa ningún debate se ha suscitado en torno a la prescripción de la infracción y sí únicamente en lo que se refiere a la sanción”, que es justamente lo que ocurre en el proceso a quo del que trae causa la presente cuestión.

Pues bien, esta precaución del Tribunal Supremo, en lugar de debilitar la legitimidad cons-

titucional de la doctrina legal sentada en la referida Sentencia en interés de ley, la refuerza, toda vez que deja abierta la puerta a sucesivas reconsideraciones cuando el caso así lo precisare. La pertinencia de aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional a la que acabamos de aludir en el párrafo anterior, referida a que no puede ser pretensión nuestra la de exigir la mejor solución o la más justa, de entre las posibles, cuando hay otras que, aún sin llegar a esos extremos, no obstante son constitucionalmente suficientes, resulta, a la vista de la aludida precaución del Tribunal Supremo, especialmente apropiada”.



En materia de condiciones limitativas, delimitadoras, de exclusión... nos hallamos cada vez más en terreno firme, muestra de ello la sentencia nº 168/2012, de 27 de marzo, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo:



“Sin embargo, la recurrente, desde el principio, funda su argumentación en las pro-

pias condiciones particulares en las que figura literalmente “CAPITAL MÁXIMO

DE INDEMNIZACIÓN POR SINIESTRO, PARA EL CONJUNTO DE COBERTURAS 25.000.000”.

El problema no es de interpretación del contrato sino de no aplicación de las condiciones particulares, las cuales por su claridad no pueden inducir a confusión, debiendo considerarse la limitación un hecho delimitador del riesgo y no una cláusula limitativa, de acuerdo con lo declarado en sentencias de esta Sala del 15 de Julio de 2008 Recurso: 1839/2001 y de 11 de septiembre de 2006, recurso número 3260/1999 .

Por lo tanto de acuerdo con el art. 73 de la LCS, debemos declarar que la aseguradora solo deberá responder por el capital máximo por siniestro que es de 25.000.000 de ptas. o su contravalor de 150.253,03 euros”.

Nuevamente las biondas en la carretera, como instrumento lesivo para los usuarios de motos, son objeto de atención en la sentencia de 27 de febrero de 2012, de la Sección 8ª, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional:

“Otra testifical..., al principio de su declaración expresó tener, en el resultado favorable del litigio, el «interés común de todos los moteros», premisa tendencial reconocida bajo cuyo tamiz deben ser evaluadas sus declaraciones.

Afirma el recurrente... que la falta de protección de la bionda en aquel lugar, en modo diferente a lo ocurrido en otros puntos de la misma carretera, al colisionar con el poste de sujeción, sufriera una muy importante agravación de sus lesiones con respecto a las que racionalmente hubiera experimentado en caso de no colisionar con obstáculo alguno.

Para resolver esta nueva cuestión debe quedar sentado un hecho previo, con carácter de probado, que para el Tribunal adquiere especial significación jurídica... es el uso lúdico (o si se quiere deportivo) de la vía que estaba haciendo el lesionado cuando sufrió su accidente y para el cual la búsqueda de una carrera con curvas -y por ende- de mayor riesgo fue determinante en la ruta seguida en aquel día festivo (domingo)... es objeto de especial uso y del interés de los aficionados al motociclismo por contar con muchas curvas y por ser, por esta misma sinuosidad..., una vía de mayor diversión que otras.

Este propio testigo indicó..., haber transitado por ella varias veces en aquel mismo día (en algunas ocasiones habría pasado hasta tres veces), cosa que justificó por aquel mismo uso deportivo (con especial asunción de riesgo, añá-

dimos nosotros, distinto del que un usuario ordinario de la vía realiza en sus desplazamientos entre dos puntos).

También indicó que se integró, junto con el ahora recurrente, en un grupo de aficionados que circulaban junto por aquella zona de curvas, y que en otros trayectos se integró en grupos diferentes.

Pues bien, a juicio del Tribunal (ya decimos que desde la perspectiva de la concurrencia de títulos de imputación), la utilización lúdica o deportiva de la infraestructura, con una especial, consciente y a veces hasta reiterada (así lo dijo el testigo) búsqueda de puntos en los que hay mayor riesgo (curvas), coloca al usuario en una posición distinta o cualificada, en la que habrá hacer frente, también de modo especialmente intenso, a las consecuencias que para sí mismo puedan derivarse de aquel riesgo conscientemente asumido.

También esta asunción obliga a modular las normales dinámicas de resarcimiento por parte de las Administraciones Públicas o de redistribución social de contingencias dañosas.

La Sala estima por ello que la posición del recurrente en el presente litigio era cualitativamente diferente del resuelto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de diciembre de 2009.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009 ha declarado: ... en el ám-



bito de las prestaciones médicas..., la Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el solo hecho de la producción de un resultado dañoso.

... La Sala aprecia concurrir un leve factor de imputación del daño al servicio...

Si, pese a todo, la Administración conocía el uso frecuente de la vía por los aficionados al motociclismo y por ende las situaciones de riesgo creadas, bien pudo, en este concreto lugar, haber desplegado una diligencia especial en orden a proteger aquellos lugares de la vía, dotando de protección (o doble bionda) a los postes de sujeción.

En suma, prudencialmente, en atención a todas las circunstancias concurrentes y descritas hasta aquí, la Sala considera que la Administración debe responder de los daños producidos en un 10% ya que el resto, esto es, el 90%, le ha de corresponder al propio actor”.



# entrevista a...

**JOSÉ MIGUEL CASTILLO CALVÍN**



por M<sup>a</sup> Carmen Ruiz-Matas Roldán

---

**En este número de nuestra Revista hemos querido dedicar la entrevista a Don José Miguel Castillo Calvín, abogado, profesión que viene ejerciendo desde hace veinte años y que le ha permitido contar con un merecido reconocimiento como experto en responsabilidad civil de la Administración y en bioética sanitaria; además es miembro de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Titulares Mercantiles y Empresariales de Granada. Actualmente es Portavoz de Justicia del Partido Popular en el Congreso de los Diputados**

---

En noviembre de 2011 fue elegido Diputado a Cortes, siendo actualmente miembro de la X Legislatura, donde desempeña su función como Portavoz de Justicia del Grupo Parlamentario Popular, además de pertenecer a las Comisiones de Sanidad y Economía, labor que compatibiliza con su actividad profesional.

En primer lugar quiero aprovechar la ocasión para felicitarle por su reciente elección, la cual entiendo que supone un importante giro en su carrera profesional y nos gustaría saber cómo piensa afrontar el nuevo reto.

Muchas gracias M<sup>a</sup> Carmen. Me resulta muy grato poder compartir contigo este rato de charla. Lo cierto es que, como bien dices, me encuentro ante un importante reto personal y profesional, pues ser el portavoz del grupo parlamentario en el Gobierno en una Comisión tan importante, a la que corresponde la tramitación de todas las iniciativas legislativas relativas a la

Justicia, supone para mí una gran responsabilidad, además de requerir bastante dedicación. La altura de quienes me han precedido, como Federico Trillo, Ignacio Astarloa o Andrés Olle-ro, me han dejado el listón muy alto. Pero en todo caso, la misión encomendada es un auténtico privilegio para cualquier abogado, por lo que la afronto con mucha ilusión.

Me consta que conoce de cerca nuestra Asociación como compañero especializado en la responsabilidad civil, por lo que, como solemos hacer con todos nuestros entrevistados, debemos preguntarle qué opinión le merece la labor desempeñada por la misma.

La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, ha sabido convertirse desde sus inicios, en un referente nacional para todos aquellos que, en nuestra profesión, hemos enfocado nuestra especialidad en esta materia tan compleja y tan cambiante, pero a la vez tan atractiva. Tanto sus congresos, como su revista, con participación de los especialistas más destacados de nuestro país, nos ofrecen un material obligado de consulta, para quienes pretendemos estar al día en este campo profesional.

Como sobradamente sabrá, actualmente se está trabajando sobre la tan ansiada reforma del sistema de valoración del daño corporal, comúnmente llamado baremo, y quisiéramos que nos explicara cuáles son los principales objetivos que se pretenden con dicha reforma

Desde que se introdujo en nuestro ordenamiento, mediante la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguro Privado, la experiencia acumulada en su aplicación, los avances en la política de seguridad vial y su incidencia en la evolución de la siniestralidad –con una disminución de más del 50% de fallecimientos y heridos graves, con el consiguiente ahorro en indemnizaciones–, justifican la necesidad de reformar el baremo.

En este sentido, y con la finalidad de reforzar su finalidad protectora, entiendo que debería adecuarse la valoración de las pérdidas y los perjuicios derivados del accidente y su impacto en familiares y terceros; pues si bien el sistema actual cubre suficientemente las lesiones leves, no ocurre así con las graves, y mucho menos con los fallecimientos, donde la indemnización prevista, resulta muy inferior a la contemplada en la mayoría de los países europeos.



A principios del año 2010 se constituyó en la Dirección General de Seguros un grupo de trabajo con el encargo de elaborar una propuesta de actualización del baremo de indemnizaciones en el que participan, entre otros expertos, los representantes del Ministerio de Justicia, de la Fiscalía, del sector de las aseguradoras y de las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico, que vienen trabajando para elaborar una propuesta consensuada de actualización del baremo de indemnizaciones para las víctimas de los accidentes de tráfico, que permitirá elaborar un primer texto con el que iniciar su tramitación parlamentaria.

Otra de las esperadas reformas legislativas que más afecta a nuestra especialización es la de la Ley del Contrato de Seguro y en cuanto a la misma ¿podría informarnos si en breve se continuará con la misma y para cuándo se prevé que ésta salga a la luz?

Dentro de las reformas procesales básicas anunciadas por el Ministro para la modernización la Justicia, hemos podido conocer que los trabajos desarrollados en el seno de la Comisión de Codificación nos van a permitir aprobar un nuevo código mercantil, cuyo primer texto se pretende que esté listo para su tramitación en el tercer trimestre de este año.





La idea es actuar en la revisión conjunta de numerosas normas, no solo del actual Código de Comercio de 1885, sino también de otros textos como la ley de Patentes de Invención y Modelos de utilidad, Propiedad Industrial, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Defensa de la Competencia, Ley del Mercado de Valores, Ley General de Publicidad, la reciente Ley de Sociedades de Capital y, por supuesto, la Ley de Contrato de Seguro; a todo lo cual habrá que añadir legislación relacionada con los diferentes servicios financieros y la referida a los contratos de transportes.

El proyecto pretende pues integrar la legislación mercantil, que afecta a diferentes sectores. Este nuevo código mercantil es, por tanto, una norma que no es exclusiva del Ministerio de Justicia, sino que concierne igualmente a otros departamentos ministeriales con los que ya se está trabajando estrechamente.

Así pues, el Código Mercantil forma parte del primer grupo de medidas que el Gobierno va a impulsar, con carácter inmediato o muy próximo, para agilizar la acción de la justicia y, en consecuencia, ayudar a nuestro aparato productivo -del que depende la creación de empleo- a que pueda desenvolverse en un entorno jurídico más seguro y más eficiente.

Dado que conocemos su amplia trayectoria como abogado especialista en responsabilidad patrimonial de la Administración por negligencia médica, ¿qué opinión le merece el cambio de criterio del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía acerca de la competencia jurisdiccional en las reclamaciones planteadas frente al SAS?

A diferencia de lo que acontece en el orden civil, donde deviene relativamente sencillo determinar qué órgano judicial resulta competente para conocer de un determinado asunto, al reducir por un lado los criterios para su fijación a la materia o a la cuantía del asunto litigioso, y al conocer por otro los Juzgados de Primera Instancia de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen encomendados a otros tribunales, en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo esta atribución puede resultar más compleja, pues no existe una regla única para atribuir la competencia a los diferentes Juzgados y Tribunales, sino que se contempla conjuntamente el criterio de la materia y el del órgano del que proviene la actuación administrativa, mientras que acoge el de la cuantía para excluir asuntos.

Respecto a la atribución competencial de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, ésta se realiza mediante un sistema de lista tasada, pues exige atribución expresa por parte de la Ley, precisando el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los supuestos de los que conocen dichos órganos jurisdiccionales, que no ostentan en consecuencia una competencia de carácter general, sino aquellas que les vengán expresamente encomendadas.

A pesar de ello, la actual redacción de la Ley, al delimitar las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en aquellos recursos que se deduzcan tanto frente a actos administrativos que tienen por objeto reclamaciones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, viene propiciando interpretaciones contradictorias que conviene resolver.

Concretamente, la redacción del punto 3 del artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ofrece una solución armónica, congruente y sistemática con el apartado c) del número 2 del artículo 8, pues no exceptúa del conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en única o primera instancia aquellos recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las comunidades autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de

derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, cuando tienen por objeto reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía exceda de 30.050 euros.

Ello provoca que, cuando la resolución impugnada –desestimación de una reclamación–, emana de un organismo autónomo de una Comunidad Autónoma –Administración instrumental de una Administración territorial–, la atribución competencial para conocer del recurso se vea sometida a diversas soluciones, entendiéndose por algunos juzgados y tribunales que el criterio aplicable debe ser el del artículo 8.2 c) de la LJCA de 13 de julio de 1998, y por tanto corresponder la competencia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, por considerar que conforme al artículo 13 c) de la LJCA la atribución competencial por razón de la materia debe prevalecer sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto; mientras que otros órganos jurisdiccionales consideran que debe primar el criterio fijado en el artículo 8.3 de la LJCA, y por tanto atribuir su conocimiento a los juzgados de lo Contencioso-Administrativo. En fin, un auténtico lío.

Las consecuencias prácticas son importantes, pues afectan al régimen de recursos y acceso a la casación, introduciendo soluciones distintas según la comunidad autónoma en la que se dicte la resolución impugnada.

No puede por tanto extrañarnos que, amparados en la evidente indefinición de la norma competencial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración –deficiencia tan antigua como silenciada–, la Sala pretenda ahora legítimamente cambiar su postura en esta materia en función de reglas procesales no siempre claras ante la imprevisión del legislador. Y ello explica que desde el pasado mes de Septiembre, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA con sede en Granada, haya decidido suscitar de oficio cuestiones de competencia en todos los recursos de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Andaluz de Salud que en la misma se tramitan, con la posible consecuencia, –de estimarse definitivamente un cambio de criterio al sustentado hasta ahora–, de que la resolución de los muy numerosos recursos que se tramitan ante esa Sala, tendrían que pasar ahora a ser resueltos por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Pero tal cambio tan sólo sería justificable y no controvertido si se aplicara a aquellos asuntos que se inician ahora. Pero lo que resultaría injusto –en cuanto ocasionaría un evidente perjuicio al recurrente–, es que este cambio de criterio se aplicara a aquellos recursos en los que ya se ha

examinado previamente de oficio la competencia; en aquellos que llevan años tramitándose en la Sala, en aquellos que también llevan años esperando sentencia y, por supuesto, y muy especialmente por tratarse de cosa ya juzgada, en aquellos recursos en los que la cuestión de competencia fue ya resuelta en su día mediante Auto.

En estos casos, “cambiar las reglas de juego a mitad o final de la partida” constituiría una vulneración del derecho a un procedimiento sin dilaciones, provocando verdaderas situaciones de indefensión, además de condenar a los ciudadanos a un estéril peregrinaje jurisdiccional, proscrito por nuestro Alto Tribunal, por lo que entiendo que una pretensión de este tipo, en casos como los expuestos, la decisión debería calificarse de extemporánea y, como poco, desafortunada, por cuanto debería primar el principio de conservación de los actos procesales de los artículos 241 y 242 de la LOPJ, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

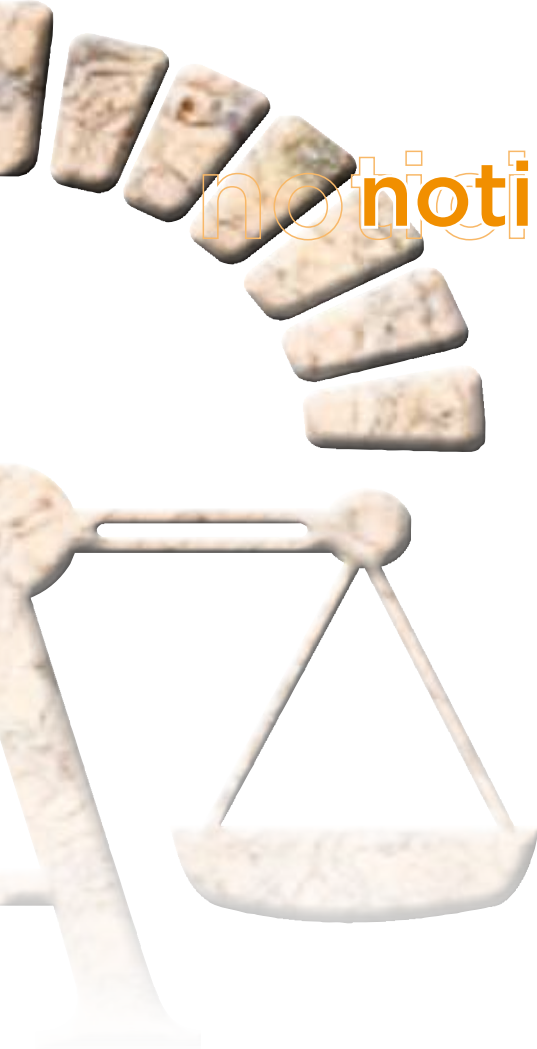
**Siguiendo con el citado cambio de criterio, ¿cómo podría resolverse definitivamente esta cuestión competencial, desde el punto de vista legislativo?**

Ya señalaba la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su epígrafe III, que “Nada impide, antes al contrario, que tras un primer período de rodaje la lista de competencias se revise a la vista de esa experiencia”.

La necesidad real de que se revise –tal como pronosticaba la propia Ley–, el listado de competencias atribuidas a los juzgados de lo Contencioso-Administrativo, con la finalidad de evitar estas interpretaciones contradictorias que pueden provocar inseguridad jurídica, entiendo que permitirá resolver este problema.

Así que habiendo anunciado el Gobierno su intención de impulsar una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, con la finalidad de modificar en profundidad el actual modelo de organización, habiendo constituido al efecto una comisión de expertos destinada a elaborar un primer texto que permita iniciar la tramitación de la norma, es por lo que la nueva Ley tendrá la oportunidad de introducir aquellas previsiones en materia de competencia y correspondientes modificaciones en la Ley jurisdiccional, que permitan establecer con claridad las competencias de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

# noticias y actividades



→ **JORNADA MÉDICO-JURÍDICA. SISTEMA LEGAL DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL. ACTUALES DEFICIENCIAS Y PROPUESTAS DE MEJORA. MÁLAGA, 26 Y 27 DE ENERO DE 2012**



**icamalaga.es**

Málaga acogió durante los días 26 y 27 del pasado mes de enero la jornada médico-jurídica dedicada al sistema legal de valoración del Daño Corporal, organizada por Adevi y el Colegio de Abogados de dicha localidad.

La jornada se inició la tarde del jueves 26 con la ponencia desarrollada por la abogada **María Medina Alcoz**, bajo el epígrafe "El riesgo general de la vida y su proyección jurisprudencial", que tuvo su continuación con el trabajo "Lagigazo cervical en colisiones

a baja velocidad e impactos menores", que se encargó de exponer el médico especialista **Miguel Rodríguez Jouvencel** y que dio por concluida la primera sesión de trabajo.

El viernes, las sesiones de trabajo se iniciaron con la ponencia "Carencias del actual sistema valorativo y propuestas para su mejora", que fue impartida por el abogado **José Pérez Tirado**. A renglón seguido correspondió el turno a la fiscal **Elena Agüero Ramón-Llín**, cuyo trabajo versó sobre

la "Posición de la Fiscalía ante la reforma del sistema de valoración". La quinta de las ponencias fue "Estudio y reconstrucción de accidentes de tráfico", desarrollada por el secretario de la Asociación Española de Investigación de Accidentes de Tráfico, **Pedro Gutiérrez García-Diego**. La sesión matinal finalizó con la intervención de la magistrada de la Audiencia Provincial de Málaga, **María Teresa**

**Sáez Martínez**, cuya exposición se centró en "Criterios de la AP de Málaga en relación a la aplicación del sistema valorativo del Daño Corporal".

La jornada finalizó con dos nuevas exposiciones, la primera de ellas titulada "Cuestiones procesales relacionadas con siniestros derivados de la circulación de vehículos y examinadas desde el punto de vista

práctico", desarrollada por el magistrado de la AP de Málaga, **Manuel Ramos Villalta**, mientras que la segunda, con la que se daba por clausurada la jornada, fue expuesta por el presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, **Juan Antonio Xiol Ríos**, con el título "El lucro cesante en el sistema valorativo del Daño Corporal: Interpretación de la Sala 1ª del Tribunal Supremo".



Diversos momentos de la "Jornada Médico-Jurídica" celebrada en el Colegio de Abogados de Málaga.



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

# RECIBA TODA LA INFORMACIÓN SOBRE LA ESPECIALIDAD INSCRIBIÉNDOSE EN LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

D. ....

N.I.F.: ..... Fecha de nacimiento .....

Colegio ejerciente nº ..... año ..... del Ilustre Colegio de Abogados de .....

Con domicilio en ..... Provincia .....

Calle/Plaza ..... nº ..... C.P. ....

Teléfono ..... Fax ..... e-mail .....

**Solicita:** su admisión como socio en la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, declarando no estar incurso/a en ninguna de las prohibiciones e incompatibilidades establecidas en el Estatuto General de la Abogacía o en los Estatutos de la Asociación, comprometiéndose a satisfacer la cuota anual que fije la Asamblea General, así como a respetar en su integridad las normas reguladoras de la Asociación.

En ..... a ..... de ..... de 20 .....

Fdo.:

**CUOTA DE INSCRIPCIÓN (sólo una vez): 90,15 €; CUOTA TRIMESTRAL: 39,00 €**

## VENTAJAS PARA LOS ASOCIADOS

1. Inclusión en el Listado Provincial de Asociados que se publica en la web.
2. Acceso ilimitado y gratuito a la mayor Base de Datos de Jurisprudencia en materia de Responsabilidad Civil y Seguro a través de acceso on-line o CD interactivo.
3. Suscripción gratuita trimestral a esta Revista.
4. Consultas especializadas en el Foro de Debate abierto en la web.
5. Dto. 25% en el Congreso Nacional anual.
6. Dtos. del 5% en distintas Editoriales.

Domiciliación Bancaria

Por Banco/Caja

DATOS BANCARIOS (les ruego se sirvan atender los recibos presentados para su cobro por Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro).

Titular de la cuenta .....

Banco o Caja .....

Dirección .....

C.P. .... Población .....

Cuenta Corriente / Libreta de Ahorro:

<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------

Fecha: / /

Firma (imprescindible):

**Remitir este boletín de inscripción al nº de Fax: 958 201 697 de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Asimismo puede inscribirse llamando al teléfono 902 361 350 o a través de la página web [www.asociacionabogadosrcs.org](http://www.asociacionabogadosrcs.org)**

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, se informa que sus datos personales se incorporaran en una base de datos informatizada de la que es responsable la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO con el fin de mantener un listado de sus socios. Ud. como titular podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO a través del correo postal a, C/ Trajano, no 8 - 1ª Planta - 18002 Granada, indicando como referencia Protección de Datos. En dicho correo deberá especificar qué derecho o derechos desea ejercitar y adjuntar una fotocopia del DNI para comprobar que es el propio interesado quien ejerce el derecho.

Patrocinadores del XII Congreso Nacional de  
la Asociación Española de Abogados Especializados  
en Responsabilidad Civil y Seguro



**Los mayores especialistas  
en el aseguramiento de  
la responsabilidad civil  
profesional de los Abogados**

**Infórmese**

**902 157 874**

**[www.aon.es](http://www.aon.es)**

**[www.dualiberica.com](http://www.dualiberica.com)**

# XII



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

21, 22 y 23  
junio | 2012

Palacio de Congresos de Cádiz  
C/ Plocia, s/n - 18006 Cádiz

CONGRESO NACIONAL

www.asociacionabogadosrcs.org

Inscripción:

902 361 350



**21** junio  
lunes

- 13.00 h.** Asamblea General de la Asociación en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz.
- 16.00 h.** Entrega de acreditaciones y documentación.
- 16.15 h.** PRESENTACIÓN DEL CONGRESO.
- 17.00 h. 1ª PONENCIA**  
"El concepto civil de la Incapacidad Permanente, compatibilidad con otros factores".  
*Don Juan Antonio Xiol Rios, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.*
- 18.00 a 18.30 h.** Pausa - Café.
- 18.30 h. 2ª PONENCIA**  
"Novedades en el procedimiento Penal en Materia de Seguridad Vial".  
*Don Manuel Estrella Ruiz, Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz.*
- 19.30 h. 3ª PONENCIA.**  
"La Renta Vitalicia: razón de ser, ámbito material, mecánica y funciones".  
*Don Mariano Medina Crespo, Abogado. Presidente de la Asociación de Abogados Especializados en RC y Seguro.*
- 21.00 h. RECEPCIÓN** por parte de la Ilma. Alcaldesa de Cádiz en el Ayuntamiento de Cádiz. Copa de Bienvenida.

**24.00 h.** FIESTA en el Pub Off Side con actuación de los Romanceros de Carnaval.

**22** junio  
viernes

- 10.00 h. 4ª PONENCIA**  
"Las costas en el Juicio de Faltas y posterior Recurso de Apelación: inclusión de honorarios del letrado".  
*Don José Manuel de Paul Velasco, Presidente de la Sec. 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.*
- 11.00 a 11.30 h.** Pausa - Café.
- 11.30 h. 5ª PONENCIA**  
"La Reparación del daño derivado del ruido".  
*Don Eugenio Llamas Pombo, Abogado. Catedrático de Derecho Civil.*
- 12.30 h. MESA REDONDA**  
Cuestiones sobre Responsabilidad Penal y Civil en materia de Derecho de Circulación.  
*Don Antonio Marín Fernández, Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz. Don Pablo Sánchez Martín, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Cádiz. Doña Carmen Castrillón González, Magistrada de la Audiencia Provincial de Cádiz. Don Angel Núñez Sánchez, Fiscal de la Audiencia Provincial de Cádiz.*

**14.00 h. RECEPCIÓN** por parte del Ilmo. Presidente de la Diputación de Cádiz en la Sede Plaza de España. Copa de vino Español.

- 16.30 h. 6ª PONENCIA**  
"La Responsabilidad por falta o defecto en el consentimiento informado".  
*Don Miguel Pasquau Liaño, Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía.*

**17.30 h. 7ª PONENCIA**  
"Justificación de la RC ante los Tribunales: la carga de la prueba del daño y de su cuantificación".  
*Don José Luis Seoane Spiegelberg, Presidente de la Audiencia Provincial de La Coruña.*

**18.30 h. 8ª PONENCIA**  
"Indemnizaciones y reparaciones por lesiones al honor".  
*Don Antonio del Moral García, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

**19.30 h. CLAUSURA DEL CONGRESO.**  
**21.30 h.** Recogida en los Hoteles por los autobuses para traslado a la Cena de Gala.

**22.30 h. CENA DE GALA** con actuación de "La Chirigota ¡Viva La Pepil!" y amenizada por la Orquesta Planeta 80. Lugar: Bodegas Williamms Humbert (Jerez de la Frontera). (Vuelta de autobuses desde 02.00 h hasta 05.00 h).

**23** junio  
sábado



- 11.00 h.** Recogida en los Hoteles por los autobuses.
- 12.00 h. ESPECTÁCULO** "Cómo bailan los caballos Andaluces" en Jerez de la Frontera y posterior almuerzo.
- 17.30 h.** Regreso a los Hoteles.

ORGANIZA:



PATROCINA:

