

nº 45

Primer Trimestre. Año 2013



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**Tipología de los
intereses del
acreedor e
instrumentos para su
satisfacción**

**El paciente ante las
infecciones
intrahospitalarias.
Virtualidad del
régimen de
responsabilidad del
artículo 148 del Real
Decreto Legislativo
1/2007**

**La diatriba y el
negocio de culpas
disperso en las
responsabilidades
civiles,
administrativas y
penales dimanantes
del accidente de
trabajo**

**Responsabilidad
civil del asesor
fiscal. Quantum de
la indemnización**



MANUAL DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL

GUÍA DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE BAREMACIÓN PARA ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN



INCLUYE CD CON PROGRAMA
DE CÁLCULO DE INDEMNIZACIONES

"Este manual eficaz es un instrumento de trabajo y un poderoso estímulo para la reflexión. Una guía, ciertamente, rigurosa y amplia. La colaboración en la obra de autores prestigiosos de distintas procedencias y cometidos profesionales, profesores de Universidad, abogados y médicos, permite, en efecto, un tratamiento completo y equilibrado de la materia"

Juan Antonio Xiol Rios,
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

2ª edición

DIRECTOR: Javier López y García de la Serrana

AUTOR/ES: Juan Miguel Ossorio Serrano, Concepción Rodríguez Marín, Mariano Medina Crespo, Laura Gázquez Serrano, Antonio Olivares Espigares, José M^º Hernández Carrillo Fuentes, M^º Carmen Ruiz - Matas Roldán, Antonio Mir Ruiz, Norberto Gallardo San Salvador, Javier López y García de la Serrana.

PRÓLOGO: Juan Antonio Xiol Rios

MARCA: Aranzadi

FECHA: Abril de 2013

COLECCIÓN: Grandes Tratados

PÁGINAS: 640

ENCUADERNACIÓN: Tapa dura al cromó

CM: 10520 **ISBN:** 978-84-9014-517-3

PVP s/IVA: 134,62€ - **PVP c/IVA:** 140,00€

T. 902 444 144


www.aranzadi.es

www.tienda.aranzadi.es



nº45

Primer Trimestre. Año 2013



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 45

EDITORIAL

El perdón a la víctima en supuestos de negligencia médica

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción
Eugenio Llamas Pombo 9
- *Estafilococos* y otros intrusos. El paciente ante las infecciones intrahospitalarias. Virtualidad del régimen de responsabilidad del artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007
Eugenio Moure González 25
- La diatriba y el negocio de culpas disperso en las responsabilidades civiles, administrativas y penales dimanantes del accidente de trabajo en el ordenamiento jurídico español. Hacia el estatuto único del accidente de trabajo
Juan Manuel Rozas Bravo 47
- Responsabilidad civil del asesor fiscal. *Quantum* de la indemnización en caso de siniestro
Pedro Genové Pascual 59

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 9 de enero de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se concede una indemnización a un joven de 19 años en concepto de incapacidad permanente total en la cantidad de 20.000 euros, al entender que a pesar de que llevara poco tiempo trabajando como agente comercial, no era impedimento para calificar ese trabajo como su actividad profesional habitual. Asimismo, se valora la cuantía en la horquilla inferior (a pesar de su edad), dado que no se trataba de un trabajo para el que se hubiera tenido que preparar especialmente 69
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 9 de enero de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Cuando de las lesiones sufridas se derivan secuelas determinantes de incapacidad permanente, cuya fijación no se concreta en el momento del alta definitiva, el plazo anual de prescripción no comienza a computarse hasta que recae resolución firme (ya sea en vía administrativa, si no se impugna, o en vía judicial, si fue necesario agotar esta para dilucidar definitivamente la contienda al respecto) concretando tal situación de invalidez, en el grado que corresponda, por ser entonces, y no en la fecha del alta, cuando el perjudicado tiene perfecto conocimiento del daño sufrido 77

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 11 de febrero de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se concede una indemnización de 24.879 euros en concepto de lucro cesante a una empresa de transporte como consecuencia de la paralización de unos de sus camiones por un accidente, a pesar de que la demandante no aportara elementos de prueba que permitieran establecer de forma objetiva un detrimento ponderado de ingresos-gastos, o de perjuicios concretos que justificaran la procedencia del acogimiento de su pretensión..... **85**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 8 de marzo de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Como consecuencia de la negligencia médica profesional se condena a un médico por un delito de intrusismo y a indemnizar al paciente afectado en la cuantía de 156.263,15 euros. Tras recurrir en amparo la sentencia penal, el médico reclama a su compañía de seguros la cantidad abonada por la responsabilidad civil, entendiéndose nuestro Alto Tribunal que el *dies a quo* para ejercitar la acción será desde que se notifique la sentencia del Tribunal Constitucional, y no la fecha en la que hizo efectivo el pago, dado que de la referida resolución va a depender la cobertura o no de la póliza suscrita..... **91**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 14 de marzo de 2013.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se indemniza a una madre en la cantidad de 300.506,06 euros en concepto de los daños y perjuicios sufridos así como por los daños morales como consecuencia del nacimiento de su hijo con graves malformaciones, al entender que existió durante el embarazo un actuación sanitaria evidentemente deficiente al no detectarse a tiempo unas anomalías en el feto y que de haberlo hecho hubiera provocado soluciones distintas, al margen de un posible aborto, que no resulta sustancial..... **97**

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes..... **105**

ENTREVISTA A...

Alfredo Prada Presa

Por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán..... **115**

NOTICIAS

- ➔ I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños. 14, 15 y 16 de marzo 2013. Granada..... **117**
- ➔ Presentación del nuevo Manual de Valoración de Daño Corporal..... **120**
- ➔ XV congreso de Responsabilidad Civil y Seguro. 13 y 14 junio 2013. Madrid..... **121**

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:

M^ª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

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 Masségú, Carmelo Cascón Merino, Isidro Tormos Martínez, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti, Susana Sucunza Toticagüena 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 Paúl 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

El perdón a la víctima en supuestos de negligencia médica

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

Hay quien señala que “denunciar una negligencia médica hoy, es salvar una vida mañana”, afirmación que yo no comparto con respecto a los profesionales de la medicina, sobre todo porque los conozco de primera mano y sé que no van a actuar mejor porque tengan miedo a la denuncia, sino que lo hacen por el amor que sienten a su profesión, que es la más bonita del mundo. Sin embargo, puedo compartirlo con respecto a los centros hospitalarios, públicos o privados, dado que en ese caso los intereses cambian y una denuncia puede ayudar a revisar y mejorar los protocolos de actuación, así como los medios materiales y humanos puestos a disposición de los pacientes.

Hace solo unos días un periódico local publicaba la siguiente noticia, <<El SAS indemniza con 100.000 euros a la familia de una niña que murió tras un diagnóstico tardío. Ciega desde los cuatro años por una hidrocefalia no detectada, murió a los ocho por un cáncer localizado demasiado tarde>>. Continuaba explicando el diario que <<La administración sanitaria desestimó en su día la reclamación por responsabilidad patrimonial que presentó la familia y ahora ha sido un juzgado de lo contencioso adminis-

trativo el que finalmente le ha dado la razón, ordenando al SAS a abonar una indemnización de 100.000 euros en concepto de daños morales, una cantidad de dinero inservible para resumir y menos para explicar una historia llena de un sufrimiento intolerable, pero también de infinita bondad y agradecimiento. Los jueces no pueden devolver la vida de un hijo pero sí hacer más llevadero el drama. “Antes de la sentencia, lloraba a diario, ahora mucho menos”, confiesa su madre cuya entereza se resquebraja cada vez que recuerda el infortunado final de su niña. “La sentencia es reparadora pero no por el dinero sino porque se hace justicia. El dinero siempre es lo de menos”, subrayaba. La pequeña Ana murió con apenas ocho años pero fue inmensamente feliz. “Empujaba a la familia y a los niños de su clase. Pese a su deficiencia visual, era capaz de montar en bici e incluso enseñó a sus amigos a saltar a la comba. Siempre fue independiente y autónoma”, recuerda su madre. “Era pura alegría. Te hacía feliz con solo verla” Según recoge la sentencia, la menor empezó a sufrir una serie de dolores y molestias en enero de 2002 cuando tenía tres años de edad. Síntomas como cefaleas, desviación de la cabeza hacia un lado, vómitos o coordinación deficiente en la marcha motivaron constantes visitas al centro de salud y a las urgencias del hospital comarcal. Allí se le diagnosticó sucesivamente de otitis, contractura muscular cervical, tortícolis de larga evolución, dispepsia... hasta que un TAC craneal levantó la liebre. Ana padecía una hidrocefalia obstructiva que motivó una intervención quirúrgica de urgencia para la colocación de una válvula. Ahí comenzó el tormento. Un mes después, se le detectó una afección del nervio óptico de carácter permanente e irreversible. La pequeña perdió el 80% de visión en el ojo izquierdo y un 70% en el derecho. En septiembre de ese mismo año, una resonancia localizó un tumor en el cerebro de Ana, que fue devastando los tejidos a toda ve-



localidad según se apreció en nuevas resonancias e informes radiológicos, el último practicado en noviembre de 2003.

Pese a la gravedad de la dolencia, el SAS no sometió a la pequeña a ninguna prueba a lo largo de todo el año 2004. En enero de 2005, una nueva resonancia apreció un aumento de tamaño de la lesión, convertida ya en un tumor de troncoencéfalo. Ingresada primero en el hospital bastetano, fue trasladada al Materno de Granada, donde se descartó el tratamiento quirúrgico del tumor por su localización y se indicó un tratamiento de radioterapia. Sus padres, desesperados por la situación de su hija, decidieron llevársela un mes después a la Clínica de Navarra, donde fue operada del tumor en abril de 2005. La niña recibió radioterapia y quimioterapia y en diciembre fue de nuevo intervenida en Navarra para desobstruir una de las válvulas implantadas. Desgraciadamente, su estado se fue deteriorando progresivamente hasta que a finales de mayo de 2006 falleció. Según la sentencia, el propio SAS reconoció que se produjo un retraso en el diagnóstico que pudo incidir en el resultado final. El tumor cerebral se encontraba localizado en una zona complicada de tratar pero existió “un control irregular del crecimiento

del tumor” pues desde la resonancia de agosto de 2003 hasta otra en enero de 2005 “no se le realizó ninguna prueba de imagen que mostrara la evolución-crecimiento del tumor”.

La magistrada que firma la sentencia concluye que se ha acreditado la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño invocado “pues existió un retraso evidente en la realización de la prueba diagnóstica que permitió la visualización del tumor, que pudo influir en el pronóstico del caso, así como un seguimiento y tratamiento posterior con falta de prueba de imagen

Los pacientes que sufren de la mala praxis de los profesionales de la medicina admiten que a veces puede pensar en no presentar una demanda por su contra. Los actos de las malas prácticas médicas ignorados pueden tener mayores consecuencias. Quien de la medicina sabe que cometió un error y se esconde de la víctima, entonces es un acto de mala praxis para la salud.



en el año 2004". La familia de Ana descansa. Ya no tiene que luchar más, aunque afirma que "nadie nos ha pedido disculpas. Siempre negaron el error", indica Ana. En su dolor inabarcable de madre no hay sitio, sin embargo, para el rencor o el ánimo de venganza. No quiere que aparezcan los nombres de los médicos que trataron a su infortunada hija -"porque no quiero hacerle mal a nadie"-, aunque de nuevo sigue echando en falta esa petición de perdón, un trance que en opinión de su abogado debería regularse por ley: "Está demostrado que la víctima mejora con la sentencia porque significa pasar página pero el perdón es importante. Debería incluirse la obligación de

práctica a menudo sienten que si los el hecho y piden perdón, entonces se manda de malas prácticas médicas en icas médicas serias que pretenden ser ecuencias, pues cuando el profesional acto de negligencia y aun así decide tas cosas pueden resultar muy malas de la víctima

decir 'Lo siento, me equivoqué', en las sentencias condenatorias por negligencia profesional". La madre solo pide que no pase más, porque los niños no tienen la culpa. "Ana, hija, no te he podido hacer más, pero la justicia, al menos, se ha hecho", concluye entre sollozos>>.

De este triste relato, pero no tan infrecuente como debiera, queda patente el hecho de que las víctimas, ya sea de una negligencia médica como las de los accidentes de circulación, mejoran cuando finaliza el proceso judicial y no precisamente por recibir la indemnización, como maliciosamente he oído decir en alguna ocasión, sino porque para ellas significa poder pasar página. Aunque también para muchas víctimas la petición de perdón es muy importante, pues durante mucho tiempo, el que ha durado el proceso, no han recibido una explicación y una disculpa por lo ocurrido. Por eso hay quien aboga por la regulación legal de que las sentencias condenatorias por negligencia profesional puedan incluir la obligación de pedir disculpas, ya sea por parte del profesional o del centro hospitalario donde se prestó la asistencia, pues de esta forma se ayudaría a las víctimas a que pudieran superar más fácilmente su trance.

El gran especialista neoyorkino en negligencias médicas, **GEORGE TURNER**, señala que "Las víctimas de la negligencia médica suelen sentir que el profesional médico no se comunicó con ellos de la manera apropiada. Si tales actos de la mala práctica han sido tratados con sincera disculpa y el respeto, entonces muy a menudo su resultado sin duda puede ser minimizado. Los pacientes que sufren de la mala práctica a menudo sienten que si los profesionales de la medicina admiten el hecho y piden perdón, entonces se puede pensar en no presentar una demanda de malas prácticas médicas en su contra. Los actos de las malas prácticas médicas serias que pretenden ser ignorados pueden tener mayores consecuencias, pues cuando el profesional de la medicina sabe que cometió un acto de negligencia y aun así decide esconderse de la víctima, entonces estas cosas pueden resultar muy malas para la salud de la víctima. Por lo tanto, siempre es bueno para el profesional de la medicina llegar a un acuerdo y disculparse con el paciente ya que esto permitirá que el paciente sepa que lo que pasó fue sólo un accidente y decide no ir a la presentación de la demanda en contra de ellos".

En un proyecto de investigación de la Fundación Mapfre sobre las negligencias médicas, realizado por **JESÚS MARÍA ARANAZ ANDRÉS**, Dr. en Medicina y Cirugía, Jefe de Medicina y Sa-

lud Pública del Hospital Universitario Sant Joan (Alicante), como investigador principal, pero en cuya realización participaron otros seis profesionales de la medicina, la psicología y el derecho, y que se denominó “Segundas víctimas”, se ponía de manifiesto que “en estos supuestos se debe “actuar con la mayor transparencia o actuar con sentido de la justicia en aspectos administrativos que les facilite una posible indemnización...”. Asimismo establece como recomendación que “el profesional implicado no debe ser nunca el que deba informar, sino por su parte lo que se pide es una disculpa pública de lo acontecido”, reconociendo que “el medio de comunicación debe hacerse eco para evitar eventos adversos en el futuro”. Por tanto, son los propios profesionales los que llegan a la conclusión de que la difusión de estas noticias ayuda a mantenerse alerta y a revisar y mejorar los procesos de atención sanitaria, siendo igualmente muy positiva para la víctima la disculpa por lo ocurrido.

La Justicia es una necesidad humana, sin embargo, para satisfacer esta necesidad es necesario investigar sus características, comprender científicamente a sus actores, enlazar pues análisis multidisciplinarios: victimología, criminología, derecho, psicología jurídica, psicopatología forense, sociología, neurociencias, estadística, biología, etc. Utilizando un concepto genérico, se puede decir que víctima, el sujeto pasivo de un delito, es aquella persona que sufre el daño. Aun cuando pueda parecer un concepto obvio, no debe olvidarse que la antigua Ley del Talión situaba a la víctima no sólo como quien sufría el daño sino también quien a su vez se vengaba de su agresor: “Si un hombre libre vacía el ojo de otro hombre libre, se vaciara su ojo. Si un hombre libre vacía el ojo de un muskenun (hombre no libre), pagara una mina de plata.”. Idea que fue recogida en diferentes textos penales. Afortunadamente, en el siglo XVIII y en el XIX, y coincidiendo con el periodo codificador, y principalmente la objetivación del derecho, se hace pasar la función de castigo (y no venganza como señalaba la Ley del Talión), el denominado *ius puniendi*, al Estado. Este asumió así, la función de garantía del mantenimiento de las condiciones esenciales para el desarrollo de una pacífica y justa convivencia social, regresando, quizás a la idea Platónica de la estabilidad y duración de las leyes como medio de curar a la ciudad de la concepción del devenir.

Por tanto el concepto de justicia, al igual que el concepto de reparación del daño, es un concepto que va evolucionando a lo largo de la historia y si inicialmente podíamos ha-

blar de justicia retributiva, pues se compensaba el daño causado con una sanción y/o una indemnización, sin embargo en este siglo XXI se abre paso la justicia restaurativa, como un nuevo paradigma más centrado en la reparación que en la punición. Aunque si bien el concepto de justicia restaurativa empieza a ser relativamente frecuente en países como Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda, hasta el momento es inexistente como concepto universal, dado que el tránsito de la Justicia Retributiva a la Justicia Restaurativa requiere un cambio de mentalidad en el legislador, así como un cambio cultural en el interior del propio sistema Judicial.

Este método alternativo de reparación del daño tiene especial interés por aquellas necesidades de las víctimas que no son atendidas adecuadamente por los actuales sistemas judiciales, ya que es frecuente que las víctimas se sientan ignoradas, abandonadas e incluso hasta atropelladas por los procesos judiciales, donde no se les escucha sobre qué reparación del daño prefieren, pues no siempre la compensación económica cumple su prevista función reparadora. En este sentido, la justicia restaurativa se centra en la fuente del daño, parte de una preocupación por las víctimas y sus necesidades, procurando reparar el daño tanto de una manera concreta, mediante una indemnización por el perjuicio causado, como también de una forma simbólica, mediante la obligación de solicitar el perdón a la víctima, pues está más que probado que ello ayuda a estas a superar mejor el dolor por el daño sufrido.

Cómo se deba regular legalmente esta petición de perdón a la víctima para incluirla como obligación de hacer en las sentencias condenatorias por negligencia médica es otra cosa, pues se abre un abanico de posibilidades, que van desde establecer un incremento porcentual de la indemnización en caso de no realizarse la petición de perdón a la víctima, hasta la inhabilitación del profesional o institución que se niegue a ello, siempre que haya quedado acreditada la mala praxis o negligencia. En todo caso, lo cierto es que deberíamos empezar a cuestionarnos nuestro sistema de reparación del daño, en cuanto a la posibilidad de escuchar a la víctima en relación al tipo de reparación que prefiere, sobre todo aprovechando ahora que estamos en plena reforma de nuestro sistema legal valorativo de los daños causados en accidentes de circulación, donde quizás se podría prever esta posibilidad.

Mayo 2013



doctrina

Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción*



Eugenio Llamas Pombo
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

Sumario

- 1.- El estudio del interés del acreedor como clave de la responsabilidad contractual
- 2.- Aspectos y modalidades del interés
- 3.- *Interesse singulare, commune y conventum*
- 4.- *Interesse circa rem y extra rem*
- 5.- Interés positivo e interés negativo
- 6.- Interés genérico e interés específico
- 7.- Tipificación del interés que satisface la prestación del equivalente pecuniario

* El presente trabajo constituye una versión revisada del publicado en *Incumplimiento Contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*, Coord. Carlos Soto Coaguila, La Ley (Argentina), Buenos Aires, 2010.

1.- El estudio del interés del acreedor como clave de la responsabilidad contractual

La cuestión de la autonomía del equivalente pecuniario¹ entra de lleno dentro del ámbito de los remedios del acreedor frente a la lesión de su derecho de crédito. Y su resolución sólo puede basarse en el estudio del *interés* o *intereses* que el acreedor pone en juego desde el momento mismo en que la obligación nace; en suma, la función de esos remedios en general, y de la responsabilidad contractual en particular, no es otra que satisfacer tales intereses. Por ese motivo, sólo conociendo a fondo la naturaleza y tipología de los mismos, a partir de la individualización del interés o intereses lesionados, puede aventurarse un sistema para su protección a través del resarcimiento². La satisfacción del interés de un sujeto determinado, mediante el comportamiento de quien está sometido a un deber jurídico es una de las notas más esenciales al concepto de obligación³. No es casual que lo que hoy conocemos como “Derecho de daños” haya venido consistiendo durante siglos en el estudio del *interesse*, el *Tractatus del id quod*

¹ La temática referida fue objeto de un minucioso análisis en mi monografía *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la estimatio rei y el id quod interest*, Madrid, Trivium, 1999, donde demostré extensamente el carácter autónomo del remedio denominado cumplimiento por equivalente. De dicha obra extraigo, con algunas modificaciones y debidamente *aggiornato*, el presente trabajo.

² VALENTE, A., *La liquidazione materiale del danno per equivalente pecuniario*, Jovene, Nápoles, 1963, pág. 99, quien construye su sistema en torno al concepto de “modificación del interés”, sostiene que la tarea comienza con individualizar la modificación del interés, para proceder después a la valoración de tal modificación (págs. 102 y ss.). BIANCA (“Dell’inadempimento delle obbligazioni”, en *Commentario del Codice civile*, dirigido por SCIALOJA y BRANCA, 1978, pág. 107) cifra el concepto de daño en la “lesión de intereses económicos que el sujeto sufre”. Sin embargo, en un concepto más amplio, dice LARENZ que daño es “todo menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio” (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982, pág. 193). Y conectando con la idea de interés, señala CRISTÓBAL MONTES que “daño es todo quebranto experimentado por una persona en la esfera de su interés, cualquier perjuicio que una persona sufre dentro del ámbito de sus bienes, entendidos éstos en su más amplia acepción” (*El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 227). También para BUERES el daño es la “lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o espirituales”, y consecuentemente ofrece todo el concepto de daño alrededor de la idea de interés (“El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en *Derecho de Daños, Libro Homenaje al Prof. Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 141 y ss., especialmente, págs. 165 y ss.

³ GIORGIANNI, *L’obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, Milán, 1968, pág. 61. MARTÍN PÉREZ, Comentario a los artículos 1088 a 1099 (excluidos el 1092 y 1093), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*,



Dr. Ludwig



Enneccerus.

interest. Así, en las Partidas, la ley 3ª, tít. 6º, Part. V define los *perjuicios* y *menoscabos* como incidencia, por cierto, de las responsabilidades de la permuta incumplida, “e estos *menoscabos* a tales llaman en latín, *interesse*”⁴. Y por su parte, SÁNCHEZ ROMÁN toma el sentido de la palabra *perjuicios* como equivalente a “privación de interés, de utilidad, de provecho, de ganancia o de lucro”⁵. En ENNECERUS, daño o interés son sencillamente una misma cosa⁶.

A menudo se ha confundido *interesse*, derivado de *intersum*, *interfui*, *interesse* (estar en medio de, lo que separa una cosa de otra), verbo intransitivo; con el verdadero origen de la palabra “interés”, del verbo impersonal *interest* (interesarse, valorar, importar).

No en vano la doctrina moderna (salvedad hecha de las desviaciones terminológicas en que ha incurrido cierta corriente⁷) utiliza la expresión *id quod interest* para referirse a la obligación consistente en el resarcimiento de daños y perjuicios, y ello obedece claramente a la etimología de la palabra “interés”, *esse inter*⁸, lo que se coloca entre deudor y acreedor, relación, interacción o conexión⁹. Esta etimo-

dirigidos por M. ALBALADEJO, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, págs. 17 y ss., donde señala: “Hay que considerar... que es intrínseca a la obligación la satisfacción de un interés del acreedor y que, como nota esencial, este principio produce consecuencias para la reglamentación obligatoria, siempre que se le entienda en sus términos justos.

⁴ Esta definición de perjuicios, según GREGORIO LÓPEZ, debe tenerse en cuenta no sólo en ese ámbito incidental sino “en las muchas leyes de Partida donde se usan dichas palabras”.

⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 316, siguiendo el Diccionario de Escriche.

⁶ Junto al ya bien conocido concepto diferencial del daño, debido a MOMMSEN, explican ENNECERUS-LEHMAN cómo las denominaciones romanas para expresar el interés o el daño son *id quod interest*, *quanti interest*, *damnum*, *utilitas*, y que la expresión tan frecuente en las fórmulas *quanti res est*, significaba en origen el valor de la cosa, pero más tarde se refirió en la mayoría de los casos al interés (*Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, en ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, T. II, trad. y notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, BOSCH, Barcelona, 1933., pág. 61). Análogamente, dice WINDSCHEID que la expresión *quanti ea res est* se usa en las fuentes ora para el valor real, en oposición al *interesse* (daño), ora para el daño en el sentido más lato de la palabra, que lo comprendería todo (DIRITTO DELLE PANDETTE, trad. it. Fadda-Bensa, vol. II, Torino, 1904, §257, nota 7).

⁷ A ello, y a desmontar tan perniciosa confusión, me referí extensamente en el epígrafe 2.1.7 de mi mencionada monografía *Cumplimiento por equivalente*, cit.

⁸ COROMINAS, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, 1961, pág. 331.

⁹ DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. esp. de la 2ª ed. italiana de MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch,

logía, no obstante, ha sido puesta en tela de juicio, lo que merece una explicación: Cuando **MOMMSEM** formula su “Teoría de la Diferencia”, a propósito del concepto del daño¹⁰, hace uso de un concepto de interés tomado directamente del Derecho romano, infiriendo la idea de “diferencia” desde la noción de *inter est*¹¹. Por ese motivo, quienes vehementemente se han opuesto a dicho concepto diferencial del daño, han tratado de negar ese apoyo histórico-filológico, buscando otros orígenes etimológicos a la expresión *id quod interest*, para indicar que, como *terminus technicus*, no quiere decir “lo que está entre” (*was dazwischen liegt*), sino “lo que algo importa o interesa a alguien” (*was daran liegt*)¹². Sin embargo, con independencia de la idea que se tenga acerca del concepto de daño, poco convincente nos parece tal definición basada en lo definido. Además, aunque **MOMMSEM** utilizara en tal

sentido el término *id quod interest*, ni aquel “concepto diferencial” deriva necesariamente de tal significado de la expresión¹³, ni es de recibo trastocar las etimologías para oponerse a ese concepto. En resumen, interés es “*inter est*” y no “*in re est*”, pues esta segunda acepción nos llevaría de nuevo a la confusión entre *aestimatio rei* y daño, e incluso, a reducir éste a aquélla, que es justamente lo contrario de lo que dice el Digesto (D. 19.1.1.pr.), según venimos repitiendo.

Por lo demás, incluso el Tribunal Supremo español repite con insistencia que es daño el sufrido en los intereses del acreedor (SSTS 3 diciembre 1923 y 14 diciembre 1950¹⁴), y que lo que se indemniza no es el valor de las cosas perdidas, dañadas o dejadas de ganar, sino el interés que el acreedor tenía en las mismas¹⁵.

Barcelona, 1975, pág. 110; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., págs. 227-228.

¹⁰ La construcción del concepto “diferencial” del daño se atribuye a MOMMSEM, F., *Zur Lehre vom Interesse*, (1855), en *Beiträge z. Obligationsrecht*, II, 1885, p. 5 y 6 (no confundir, como a menudo ha sucedido en nuestra doctrina, con el gran historiador de Roma, y Premio Nobel, THEODOR MOMMSEM; nos referimos aquí a FRIEDRICH MOMMSEN, autor de la conocida obra sobre imposibilidad de la prestación, origen de todas las elucubraciones posteriores, titulada *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1853, incluida en el T. I de su *Beiträge z. Obligationsrecht*). En dicha obra se formula y desarrolla la “Teoría o Hipótesis de la Diferencia” (*Differenztheorie, Differenzhypothese*), que postula la definición del daño o interés como la disminución patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del perjudicado (*Jetzt-Zustand, Is-Zustand*) y aquel que dicho patrimonio habría tenido (*Ideal-Zustand, Soll-Zustand*), de no haberse verificado el hecho dañoso.

¹¹ De hecho, DELGADO, siguiendo a MEDICUS, aproxima esa etimología al concepto diferencial del daño, concibiendo el *id quod interest* como *lo que media* entre la situación real del acreedor, derivada del incumplimiento (acto ilícito), y lo que habría debido de tener, si el deudor hubiera cumplido exacta y tempestivamente (DELGADO ECHEVERRÍA, en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º, 2ª ed. Barcelona, 1985, pág. 226). Sigue, así, la etimología de *intersum*.

¹² Tal es la posición de HONSELL, “Herkunft und Kritik des Interesbegriffs im Schadensersatzrecht”, en *Juristische Ausbildung*, 1973, pág. 69, donde igualmente indica (tomamos directamente la traducción que de sus palabras recoge PANTALEÓN, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, Tesis inédita, 1981, págs. 4-5): “Antes de Mommsem se utilizaba la palabra interés en el Derecho de daños en el mismo sentido en que la empleamos hoy en el lenguaje común, o para los intereses inmateriales. También en el ámbito del daño patrimonial expresa una relación entre persona y bien, no la diferencia entre daño y no-daño. No designa el daño en sí, sino la cuantía que se puede exigir como indemnización del daño. El significado correcto puede comprobarse fácilmente por medio de una segura etimología. *Quod interest* es sólo una forma contraída de *quod in re est*: Lo que la cosa me interesa (*Was an der Sache liegt*). La frecuente utilización del pronombre posesivo en el ablativo

permite también ver esto claramente. *Mea interest* deriva de *mea in re est*, es decir, a mí me interesa (*es liegt mir daran*). Esta expresión caracteriza un desarrollo del Derecho de indemnización de daños, que anteriormente, en dimensión exclusivamente objetiva, estaba orientado en la línea del *quantum interest*, hacia la relevancia de las circunstancias individuales y subjetivas del daño: el *quod interest*... El concepto de interés no tiene nada que ver con una diferencia en la situación patrimonial del perjudicado antes y después del evento dañoso. *Quod interest* no era tampoco ninguna fórmula de cálculo, sino únicamente una expresión sincopada de todos los factores de indemnización que el juez debía examinar a su libre arbitrio. Era una fórmula abierta. Es MOMMSEM el primero que hizo de ella una fórmula de cálculo. Él extrajo por supuesto de las fuentes lo que, de acuerdo con el ideal científico entonces vigente, era deseable: un concepto unitario con el que se puede, por así decirlo, calcular; un axioma que debía hacer posible una deducción exenta de valoraciones. No es sorprendente que WINDSCHEID haya atribuido a esta creación ilimitado aplauso”.

¹³ En efecto, MEDICUS ha puesto de relieve que, al menos en ciertos casos, la expresión *id quod interest* aparece en las fuentes como “diferencia”, como *was dazwischen liegt* (*Id quod interest*..., cit., pág. 300). Lo que sucede, explica dicho autor, es que entre el concepto diferencial del daño y ese concepto de “interés” equivalente a “diferencia”, existen divergencias esenciales; “ciertamente, en esta forma de interés, al igual que en el interés moderno, se substraen... sin embargo, y sobre todo, en ninguno de los casos de este grupo se incluye el patrimonio completo del demandante, sino que se limitan siempre al objeto singular. En congruencia con ello, se resta también exclusivamente el valor efectivo de dicho objeto. Falta, por tanto, en esta forma del *quod interest* una característica del moderno concepto del daño: la comprensión del patrimonio en su conjunto y, con ello, la inclusión de todas –también las muy alejadas causalmente del punto de la agresión lesiva– consecuencias dañosas” (pág. 302, según traducción de PANTALEÓN, *Del concepto del daño*..., cit., pág. 8, nota 3).

¹⁴ RJ Aranzadi 1702.

¹⁵ Por eso, el deudor no puede pretender que la indemnización se establezca con arreglo al menor valor que hubiera dado el acreedor al bien en una escritura de compra, o al concertar un contrato de seguro con un tercero (STS 21 septiembre 1988, RJ Aranzadi 8646).

Por todo ello, se ha señalado con acierto que el interés del acreedor, que legitima y justifica la existencia de la relación obligatoria¹⁶, cuando ya no puede ser realizado en la forma específica que originariamente se tuvo en cuenta, resulta afectado y, aunque no desaparece, sufre una transformación paralela a la que experimenta la propia obligación¹⁷.

2.- Aspectos y modalidades del interés

Como ya ha sido puesto de relieve¹⁸, la polisemia del término “interés” no ha escapado a la mejor doctrina. Además, los intereses que el acreedor “arriesga” en la obligación pueden ser de muy diversa índole. Todo ello obliga a precisar, a lo largo de las próximas páginas, no tanto las distintas acepciones de la palabra interés, como los diferentes aspectos y modalidades que puede presentar el interés. Éste, para Ihering¹⁹, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida, en sentido relativo, de manera que lo que para uno constituye parte de la vida en su plenitud, es decir, el bienestar, está desprovisto de todo valor para otro. Lo que no quiere decir que sea imposible establecer los intereses típicos latentes en la permanencia y cumplimiento de toda relación jurídica²⁰. Ciertamente, por más que el interés involucrado en una relación jurídica sea una cuestión subjetiva

y, por ello, variable con cada persona, y también de un grado distinto de intensidad y de tipicidad, en función de la relación obligatoria de que se trate²¹, ello no es óbice para encontrar la utilidad o interés característico de toda relación típica o atípica; y, lo que aquí es más importante, determinar la naturaleza del interés que merma o ataca cada una de las diversas formas de lesión del derecho de crédito que hemos visto en el epígrafe anterior.

En efecto, parece claro que si estudiamos la responsabilidad contractual desde la perspectiva de la “lesión del derecho de crédito”, y no desde la “infracción del deber por el deudor”, lo definitorio será fijar: 1º) El interés (o intereses) que vulnera cada una de las formas de lesión del derecho de crédito, y especialmente la lesión “imposibilidad-inidoneidad” de la prestación. 2º) El remedio (o remedios) adecuado para satisfacer ese interés.

De este modo (y desde luego no de otro) se podrá afirmar la utilidad-inutilidad de la *perpetuatio obligationis*, la idoneidad-inidoneidad de una omnicomprensiva indemnización de daños y perjuicios, y la necesidad-superfluidad de la prestación de la *aestimatio*.

3.- Interesse singulare, commune y conventum

Una de las distinciones más antiguas es la que, con base en los textos del Digesto²², desarrolló la doctrina del Derecho común, entre *interesse singulare, commune* y *conventum*. El *interesse commune* viene determinado por el precio usual o general de las cosas, dados un lugar y un tiempo determinados. El *interesse conventum* alude al precio pactado. Lo que sucede es que

¹⁶ Expresamente se refiere el artículo 1174 del CC italiano al interés del acreedor al contemplar la patrimonialidad como elemento de la obligación, exigiendo que la prestación sea susceptible de valoración económica aunque responda a un interés no patrimonial del acreedor. El precepto ha sido criticado a menudo por encontrarse superfluo, ya que dicho elemento se encuentra en toda relación jurídica. Vid. CIAN, “L’interesse del creditore alla prestazione”, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, t. I, Cedam, Padua, 1970, págs. 270-271.

¹⁷ CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pág. 229.

¹⁸ PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., pág. 2.

¹⁹ IHERING, “Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones anteriores”, en *Estudios Jurídicos*, Buenos Aires, 1974, pág. 142. En HECK, los intereses son “compulsiones que siente el sujeto”, “apetencias o tendencias apetitivas” materiales o ideales que sienten las personas o la propia comunidad jurídica. (“*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*” en *Archiv civilistische Praxis*, t.112 (1914), pág. 11. Para el maestro IHERING, son “impulsos” que nos fuerzan a salir de nosotros mismos para satisfacer necesidades.

²⁰ Así lo hace el propio IHERING en el trabajo que acabamos de citar, y en *El fin en el derecho* (1872), trad. esp. ed. He-liasta, Buenos Aires, 1978. Un esbozo de los diferentes intereses que afectan a los negocios de cambio, los contratos onerosos de cesión del uso, los que tienen una pretensión al mantenimiento de una situación jurídica, los de prestación de hacer, etc., puede verse en CARRASCO, Comentario a los artículos 1101 a 1107 (excl. 1103) del CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XV, vol. 1º, Edersa, 1989, págs. 386 y ss. Allí

explica cómo además de ese interés en la permanencia y cumplimiento de la relación obligatoria, el acreedor a menudo expone otros intereses suyos, distintos del de prestación, que constituyen el llamado *interés de indemnidad*, del que hemos hablado más arriba.

²¹ VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1995, pág. 207.

²² D.9.2.33.pr., de Paulo: *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti verbum valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.* D.19.1.1.pr., de Ulp.: *Si res vendita non traditur, in id, quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emptoris; hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel emta est.* (Obsérvese la forma impersonal del verbo *interest*, a la que nos referíamos más arriba, que debe ir siempre con genitivo, *pluris interest, interest emptoris*, es decir, interesa más, interesa al comprador). D.35.2.63.pr., de PAULO: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.*

el *pretium commune* a menudo es el que resulta *ex conventione* de la suma acordada²³. Mientras que el *interesse singulare* depende ya de las circunstancias personales del perjudicado, hace referencia a los efectos que esa disminución de valor produce en el patrimonio concreto del lesionado, tomado en su totalidad, aunque se discutí si entre éstas debe tenerse en cuenta el llamado “interés afectivo”²⁴. Parafraseando un ejemplo de **BUSTAMANTE ALSINA**²⁵ consistente en la venta de una cámara frigorífica, podemos decir que el interés *conventum* estaría cifrado sin más en el precio estipulado para la compraventa²⁶; el interés común en la entrega vendría valorado por el importe de reposición de la cámara, incluso si dicho precio hubiere aumentado; y el interés singular consistiría en las pérdidas irrogadas al negocio de venta de helados que tiene el comprador.

En lo sustancial, esta distinción viene a coincidir con la apuntada por **PANTALEÓN**²⁷, quien dentro del concepto de interés como relación sujeto-bien²⁸ separa los subconceptos de interés *objetivo-típico* e interés *subjetivo-histórico*. El primero es lo que un amplio sector doctrinal conoce como el aspecto “estático” o “económico-sustancial” del derecho subjetivo o, en general, de cualquier situación jurídica subjetiva, o sea, el interés de que hablaba **IHERING** cuando definía el derecho subjetivo como “interés jurídicamente protegido”; así, se define como “la relación típica (general, común a todo el que se encuentre en esa situación) existente entre el titular (cualquier titular, abstracción hecha de sus peculiares circunstancias concretas) de un derecho subjetivo o situación jurídica subjetiva

y el bien de la vida objeto del mismo”. El segundo es, por el contrario, la “relación en que un determinado sujeto, atendidas sus peculiares circunstancias concretas, se encuentra con un bien de la vida”. Es un interés “de hecho”, que puede o no coincidir con la existencia de un derecho subjetivo o situación jurídica subjetiva (puede estar o no “jurídicamente protegido”) de su titular respecto del bien de que se trata.

Pues bien, lejos de oscurecer la solución al problema de la autonomía del equivalente pecuario²⁹, ya en esta primera distinción encontramos una base para separar la *aestimatio rei* de la indemnización de daños y perjuicios. El “interés común”, el “valor objetivo”³⁰ no es propiamente “daño”, el crédito para obtenerlo no es de carácter verdaderamente resarcitorio, sino que va dirigido a la prestación misma o a su transformación pecuniaria. Como base para el cálculo de los daños, lo importante es el *interesse singulare*³¹. De esta forma, como señala **WINDSCHEID**³², la prestación de un equivalente pecuario no está implícita en el concepto del *interesse* (del daño), aunque sea un caso especialmente frecuente y particularmente importante. La esencia del daño está en el *interesse singulare*, en tener en cuenta la especialidad de las relaciones en las que se encuentra la persona perjudicada, para reponerle todo lo que la prestación valía para ésta, y no lo que vale para cualquiera; así, llegaríamos a concluir, con dicho autor, que el *interesse* (el auténtico daño) forma el contrapunto del llamado valor real (*Sachwerth, verum rei pretium, vera rei aestimatio*, etc.). Recuérdese la proposición de **MOLINAEUS**, según la cual la *aestimatio* pertinet ad rem, en tanto que el *interesse pertinet ad personam*.

En dicho *interesse singulare*, el que tiene en cuenta la individualidad, la especialidad de la relación, no debe tenerse en cuenta, sin embargo, salvo excepciones, el llamado valor de afección,

²³ COING, *Derecho Privado Europeo*, trad. esp. de A. PÉREZ MARTÍN, Madrid, 1996, t.I, pág. 554.

²⁴ Alciato, *De eo quod interest*, Lugduni, 1537, págs. 503 y ss. WIELING, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Köln-Wien, 1970, cap. III.

²⁵ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1979, pág. 147.

²⁶ Las fuentes hablan innumerables veces del *convenire de pretio*. Así, sobre todo, GAYO, en sus *Instituciones*, III, 139: *emptio et venditio contrahitur cum de pretio conveniunt*. Por eso, dirá Gregorio López, glosando la Ley XXIII, Partida V, Tit.V, n.3, que “*dicitur perfecta venditio* (GAYO dirá *contracta*, pues la *perfectio* es categoría más tardía)... *quod conventum est inter partes de re et pretio*”.

²⁷ PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., págs. 2-3 y 620-621.

²⁸ En dicho lugar y obra, se trata de delimitar el concepto de “interés” propio de la Teoría de la Diferencia, en la que se identifica con el daño patrimonial, de aquel otro que se utiliza para designar “la relación existente entre una persona y un bien de la vida, apto para satisfacer una necesidad de aquélla”.

²⁹ Así lo señala CRISTÓBAL MONTES, cuando a propósito de la distinción que nos ocupa, señala que “la configuración del interés como daño en abstracto plantea... una cuestión que ha atormentado a los juristas durante siglos, y es la relativa a la forma en que el valor de la cosa debida (*aestimatio rei*) deberá integrarse en el *id quod interest* que reemplaza a la prestación devenida imposible...” (*El incumplimiento...*, cit. pág. 229). Nuevamente encontramos aquí la opinión, que rebatimos, de que el *id quod interest* reemplaza a la prestación imposible.

³⁰ Así se denomina por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus notas a ENNECERUS-LEHMAN, cit., pág. 63.

³¹ MOLINAEUS, *Extrictatio Labyrinthi De eo quod interest*, Lugduni, 1555, n.º 85.

³² WINDSCHEID, op. cit., §257.

o sea, la particularidad de las “propensiones y disposiciones de ánimo” de la persona³³, o el valor que un bien representa para los sentimientos o ideas puramente individuales de la persona³⁴. Y restringir la función de la *indemnización* a remediar la lesión del *interesse singulare* no necesariamente implica dar entrada indiscriminadamente al valor de afección³⁵, que puede perfectamente quedar fuera de tal indemnización, *secundum iudicem*.

Con su habitual claridad explica ENNECERUS³⁶ lo que queremos decir: no todo resarcimiento del *valor* constituye *indemnización*. Así, ante la pérdida del objeto, algunas veces sólo hay que resarcir el valor que el objeto tenga para todos, el valor común, el *pretium commune*³⁷; pero corrientemente se ha de prestar el interés, o sea la indemnización y, por tanto, el valor que el objeto tenga precisamente para la persona perjudicada, *pretium singulare*, que con frecuencia es superior al valor común.

³³ WINDSCHEID, op. cit., §257.

³⁴ ROCES, notas a FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, pág. 40. Por su parte, VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, T. I y II, trad. de ROCES, Madrid, 1934, t. I, pág. 58, conecta el valor de afección con el daño moral, diciendo que el primero está prácticamente excluido del daño patrimonial.

³⁵ Así lo entiende CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pág. 230, señalando además que ello daría lugar a una gran imprecisión y al trato desigual de situaciones similares en función del juego de valoraciones estrictamente subjetivas. Pero entiendo que se puede distinguir perfectamente entre interés singular y valor de afección. Por lo demás, nuestros tribunales están empezando a dar entrada a dicho valor de afección en numerosos supuestos: por ejemplo, para completar el valor venal de las cosas dañadas sin posibilidad de reparación; muy frecuente, en los daños materiales sufridos por los automóviles en los accidentes de circulación, cuando al existir “siniestro total” el precio de reparación sobrepasa notablemente dicho valor venal, que se completa (según la doctrina, no unánime, pero sí muy extendida en las Audiencias Provinciales) con el llamado “valor de afección”, lesionado al verse obligado el propietario a adquirir un nuevo vehículo, distinto, por muy similar que sea, al que quedó destruido. O en un interesante supuesto de responsabilidad civil derivada del ruido, que contemplaba la SAP Murcia 24 Mayo 1997, donde entre las medidas indemnizatorias por los perjuicios sufridos hasta el momento de la sentencia, se concede junto a la cuantía de la renta hipotética que podría cobrarse por el alquiler de la vivienda que padeció los ruidos, un incremento del 20% en concepto de “precio de afección” por el hecho de que los actores hubieran debido abandonar la casa propia y alquilar otra distinta (vid. LLAMAS POMBO-MACÍAS CASTILLO, “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, en A.C., 1998, en prensa. Nada se opone, por lo demás, a incluir la lesión de ese valor de afección dentro del daño moral.

³⁶ ENNECERUS-LEHMAN, op. cit., págs. 61-62.

³⁷ Pone aquí como ejemplo la indemnización de Correos por la pérdida de la correspondencia, la indemnización de porteador o fletante, etc.

Según esto, la prestación del equivalente pecuniario está llamada a satisfacer el interés común, el *pretium commune*, o valor que la prestación (sea de dar, de hacer o de no hacer) tiene para todos; mientras que la indemnización de daños y perjuicios ha de atender precisamente al daño, al interés singular del acreedor, al valor o significado que la prestación tiene dentro del patrimonio concreto y específico del acreedor. Dando la vuelta al argumento, y como ha reconocido DELGADO³⁸, cabe afirmar que sólo el *interesse singulare*, el valor peculiar que la prestación tiene para el acreedor puede ser integrado, con coherencia, dentro del *id quod interest*. El propio PANTALEÓN, pese a su ya conocida adscripción a la teoría integral de la indemnización, y su crítica al concepto autónomo del equivalente pecuniario³⁹, coincide en esta misma conclusión (a salvo, claro está, la diferente posición que mantenemos en torno a la calificación del equivalente pecuniario, él como acción de resarcimiento, nosotros como acción de cumplimiento). Así, nos dirá⁴⁰ que las acciones de cumplimiento protegen el interés “objetivo-típico” (el que llamábamos interés común) que está en el derecho de crédito lesionado por el incumplimiento (en forma semejante a como la reivindicatoria protege el interés objetivo-típico del propietario); su fundamento es, simplemente, el incumplimiento objetivo (lesión del derecho de crédito o, mejor, lesión del interés objetivo-típico que el ordenamiento atribuye y protege de esa forma); por ello, nada exonera al deudor de dichas acciones y no es precisa prueba alguna de daños por parte del acreedor, igual que también hay reivindicatoria contra el poseedor de buena fe, y sin necesidad de prueba del daño por parte del propietario reivindicante. En cambio, las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios contractuales, nos sigue diciendo el agudo profesor, protegen el conjunto de “intere-

³⁸ Recuérdese su oposición al concepto autónomo del equivalente pecuniario. A propósito del argumento que aquí empleamos, señala que desde el punto de vista abstracto, es defendible el planteamiento según el cual la *aestimatio rei* y el *id quod interest* son conceptos y realidades distintas, debiéndose la primera simplemente como consecuencia de la *perpetuatio obligationis*, fruto de la imposibilidad no liberatoria, mientras que el segundo tendría su fundamento en la culpa o el dolo (op. cit., pág. 280). Ciertamente, a continuación sigue sosteniendo que ese planteamiento acabó por no pasar a nuestro Código civil.

³⁹ Hay que tener en cuenta que la posición manifestada ahora en el texto en nada compromete la coherencia de sus argumentos, pues por más que aquí afirme que las acciones de cumplimiento protegen el interés “objetivo-típico”, ello no obsta para mantener, como él mantiene, que sólo la reclamación del cumplimiento en forma específica es acción de cumplimiento, mientras que la pretensión del equivalente pecuniario sale fuera de ese tipo de acciones, para encuadrarse dentro de las acciones de resarcimiento de daños.

⁴⁰ PANTALEÓN, loc. últ. cit.

ses subjetivo-históricos⁴¹ del acreedor ligados a la realización del programa de prestación (en forma paralela a como las acciones de responsabilidad extracontractual protegen los intereses subjetivo-históricos de los sujetos no-acreedores); su fundamento es el incumplimiento *dañoso* no atribuible a caso fortuito, esto es, las lesiones de los intereses subjetivo-históricos (cada una de las cuales es daño) derivadas del incumplimiento no fortuito; por ello, la prueba del caso exonera al deudor y el acreedor debe, inexcusablemente, probar el daño (también aquí en cierto paralelo, aunque con diferencias importantes derivadas de la diversidad de fuente, con las acciones de responsabilidad aquiliana).

4.- *Interesse circa rem y extra rem*

Otra extendidísima distinción, que tiene su base en D.19.1.21.3, de Paulo⁴², y enlaza perfectamente con lo anterior, separa el *interesse circa rem* o *intrinsecum*, del *interesse extra rem* o *extrinsecum*. El primero hace referencia a los daños inmediatos (daño en una cosa, su disminución de valor, su pérdida), que dependen exclusivamente del incumplimiento como tal, de la falta de prestación, cuyo valor ha de estimarse considerándola en sí y por sí (*quantum ea res erit*)⁴³; son los *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam* de los que habla POTHIER⁴⁴, que son aquellos que hacen referencia a la cosa misma objeto de la obligación. Y el segundo a los mediatos, o sea, a otros efectos en el patrimonio del perjudicado⁴⁵, el daño ulterior sufrido por el acreedor en sus otros bienes⁴⁶, a consecuencia del incumplimiento en concurso con otras circunstancias y factores⁴⁷, incluido,

⁴¹ Estos ya sí pueden ser patrimoniales o no patrimoniales, mientras que la patrimonialidad del interés objetivo-típico es consustancial al concepto de obligación.

⁴² *Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur...*

⁴³ PACCHIONI, G., *Diritto Civile Italiano*, Parte 2ª, vol. 2º, Cedam, Padova, 1939, pág. 235.

⁴⁴ POTHIER, *Traité des Obligations*, Oeuvres, París, 1825, nº 161.

⁴⁵ Nos dirán MANZIUS-MARTINI (*Opus absolutissimum de eo, quod interest*, Ingolstadii, 1705, II, nº 2 y 7) que el *interesse circa rem es utilitas ipsius rei, eius fructuum, augmenti et accessionis, mientras el extra rem comprende la utilitas quae rei accedit per accidens, hoc est ex mora et culpa debitoris statuto tempore debitum non solventis*.

⁴⁶ POTHIER, loc. cit.

⁴⁷ PACCHIONI, loc. cit.



claro está, el lucro cesante⁴⁸. El establecimiento de ambas categorías no es, por tanto, y como vemos, una creación precisamente original de NEUNER, sino que el mismo más bien se basó en

⁴⁸ La distinción se encuentra en BARTOLO, *In Secundam Digesti novi partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, 1574, nº 13 y ss.; ALCIATO, *De eo quod interest*, Lugduni, 1537, pág. 521; HERMOSILLA, *Notae, Additiones et Resolutiones ad Glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii*, I y II, Colonia, 1751, págs. 130 y ss.; CASTILLO DE SOTOMAYOR, J., *Quotidianarum Controversiarum Iuris Liber Secundus*, Cap. I, *De lucro cessante et damno emergente*, Lugduni, 1658, nº 24-26; DOMAT, op. cit., III, V, II, nº 6; POTHIER, op. cit., nº 160-163, donde entre otros ejemplos, contempla el famosísimo del caballo vendido a un canónigo, que no es entregado a tiempo, por lo que éste no puede llegar a cumplir sus obligaciones y obtener sus beneficios. Sobre la distinción entre daños mediatos e inmediatos, y su valor dentro del Derecho de daños, además de la obra ya citada de NEUNER, puede verse MEDICUS, *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.



el mismo para formular la llamada “concepción articulada del daño”⁴⁹.

⁴⁹ Tal denominación, según nos dice PANTALEÓN (*Del concepto de daño...*, cit., pág. 321, nota 2), se debe a LARENZ, “Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriff”, *VersR* 1963, págs. 1 y ss., donde éste se adhirió a las tesis formuladas por NEUNER en su famoso trabajo “Interesse und Vermögensschaden”, en *Archiv für die Civilistische Praxis*, 133 (1931), págs. 277 y ss. En el mismo, que fue minuciosamente estudiado por PANTALEÓN en su referida tesis doctoral (págs. 331 y ss.), Neuner realizó una detenida crítica del llamado concepto “diferencial” del daño, e introdujo una nueva concepción de éste, basada en la distinción entre daño “inmediato o directo” (la lesión del derecho subjetivo, bien jurídico o interés jurídicamente protegido, en sí) y daño “mediato o indirecto” (todas las ulteriores consecuencias dañosas que produce aquella lesión en el patrimonio del dañado). Mientras la valoración del primero se hace según módulos objetivos (valor común o de mercado del bien objeto de la situación jurídica subjetiva lesionada), la del segundo se hace mediante un cómputo diferencial entre estados o situaciones patrimoniales globales.

Dicha distinción tuvo en el Derecho común una enorme importancia, en la medida en que la naturaleza intrínseca o extrínseca del daño (curso causal) servía para determinar el límite del resarcimiento⁵⁰, a diferencia de lo que sucede en nuestro CC, donde ambas cosas aparecen separadas, por una parte el curso causal de los acontecimientos que han de imputarse a la conducta del deudor (artículo 1107), y por otra, el alcance del daño resarcible (artículo 1106)⁵¹.

Precisamente por este motivo, no debe ser confundida la distinción entre interés *circa rem* y *extra rem* (que sustenta a su vez la dicotomía daño intrínseco-daño extrínseco), con aquella otra que separa el daño inmediato o directo (el que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional), del daño mediato o indirecto (el que es consecuencia mediata de dicho incumplimiento)⁵². Y ello porque mientras la distinción que aquí nos ocupa hace efectiva referencia a los intereses que pone en juego el acreedor, según se centren en la prestación

De forma que el concepto “diferencial” del daño, en su día formulado por MOMMSEY y generalmente admitido, como vimos, sirve para el llamado daño mediato o indirecto, pero no para el daño inmediato o directo.

⁵⁰ Sobre la base de los textos de JUSTINIANO, tendentes a limitar el resarcimiento, como hemos visto más arriba, MOLINAEUS construye el alcance de la responsabilidad tomando como punto de partida los daños previsibles al contratar, de manera que los daños *extra rem* sólo podían tenerse en cuenta muy excepcionalmente, cuando en el acuerdo de voluntades se hubiera dado cabida al objetivo especial perseguido por el acreedor (op. cit., nº 60), y en tal caso se aplican los límites que ya vimos de C.7.47.1. Vid. Coing, op. cit., I, págs. 556-557. Por lo demás, también en este punto es muy clara la influencia de DUMOULIN en el pensamiento de POTHIER, que acoge ese mismo criterio de la previsibilidad en su *Traité...*, cit., nº 160. Influencia a la que no es ajeno tampoco PANTALEÓN, en su *Sistema de responsabilidad contractual*, cit.

⁵¹ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, pág. 667.

⁵² A partir de POTHIER, es normal en la doctrina moderna utilizar indistintamente las expresiones “inmediato” y “directo”, así como las de “mediato” e “indirecto”. No obstante, en un intento de precisar el lenguaje, YZQUIERDO TOLSADA (*Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993, pág. 194) prefiere reservar la terminología inmediato-mediato para la distinción a que nos referimos en el texto; y utilizar la expresión “daño indirecto” para designar el que comúnmente se viene conociendo como “daño moral impropio”, es decir, el que recayendo sobre bienes extrapatrimoniales (la reputación o el prestigio de un abogado, por ejemplo), se traduce de manera indirecta (no “mediata”, como dice YZQUIERDO, pues entonces se da al traste con su propia opción terminológica) en un daño patrimonial (la pérdida de clientela seguida de aquella lesión en la reputación). En relación con la terminología “daño mediato-inmediato” y sus diversos significados, es muy ilustrativo el breve trabajo de MEDICUS, que ya hemos citado, *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977. Y sobre la necesidad de no confundir ambas distinciones, PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., págs. 332 y 438 y ss., y la bibliografía allí citada.

misma, o en ulteriores bienes y valores patrimoniales o extrapatrimoniales, la que separa daño mediato e inmediato en realidad no tiene que ver con la esencia de los daños sino con la relación de causalidad⁵³; se trata de un criterio distintivo, en efecto, que atiende a la cercanía-lejanía metafísica existente entre el incumplimiento y el daño⁵⁴. Y ello ninguna utilidad tiene a los

⁵³ Así lo intuye YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., pág. 187.

⁵⁴ En efecto, los códigos latinos, a diferencia del BGB, establecen una clara distinción en materia de causalidad (como es bien sabido, PANTALEÓN ha conectado la cuestión directamente con la imputación objetiva del daño), a fin de excluir los daños indirectos (o mediatos, si se prefiere) del quantum del daño resarcible. El rastro histórico de todo ello está bastante claro:

- MOLINAEUS, *De eo quod interest*, cit., nº 179, en relación con los daños dolosos causados por el arrendatario de una casa: *“Et adhuc in doloso intellegitur venire omne detrimentum tunc et proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset; quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione”*.

- POTHIER, *TRAITÉ...*, cit., nº 167: *“A l’égard des autres dommages que j’ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu? (después de haber señalado en el nº 166 que el deudor doloso responde indistintamente de todos los daños, no solamente aquellos sufridos en relación con la cosa objeto del contrato, propter rem ipsam, sino todos los sufridos en mis otros bienes)... La règle qui me paroît devoir être suivie en ces cas, est qu’on en doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n’en sont qu’une suite éloignée, mais qui n’en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d’autres causes”*. Obsérvese cómo en dichos textos de POTHIER queda perfectamente clara la diferencia entre la distinción que en este epígrafe nos ocupa (daño circa rem y extra rem), y aquella otra a la que nos referimos precisamente en esta nota, atinente a la proximidad causal de los daños en relación con el incumplimiento que los motivó.

- Artículo 1151 del *Code français* (del que era copia idéntica el 1229 del CC italiano de 1865): *“Dans le cas même ou l’inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts en doivent comprendre à l’égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention”*.

- Artículo 1223 del CC italiano de 1942: *“Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”*.

- Lamentablemente no es tan claro el artículo 1107 del CC español, lo que ha dado lugar a numerosas interpretaciones. Algunas de ellas ya fueron comentadas páginas atrás. Pero estos antecedentes obligan, indudablemente, a interpretar los daños “que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación” como aquellos “que sean consecuencia inmediata y directa” de la falta de cumplimiento. La cuestión, como quedó dicho, ha sido objeto de estudio por PANTALEÓN, *El concepto de daño...*, cit., págs. 438 y ss., nota nº 12; *idem*, “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, en A.D.C. 1991. págs. 1023 y ss.; y también en el inédito trabajo de LEÓN GONZÁLEZ, *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento*.

efectos de distinguir equivalente pecuniario de indemnización. El incumplimiento del deudor puede causar *directa e inmediatamente* daños tanto al interés *circa rem* del acreedor como a su interés *extra rem*; y aunque probablemente el llamado daño indirecto quizá incida casi siempre sobre dicho interés *extra rem*, lo cierto es que nada impide que recaiga sobre el otro. En suma, no nos interesa aquí especialmente la distinción daño directo-indirecto, en el sentido causal respecto del incumplimiento, sino la referida al interés *circa rem* o *extra rem* afectado por dicho incumplimiento

Pero centrándonos en nuestro tema, lo destacable es que en la distinción entre interés *circa rem* y *extra rem* sí se encuentra la base fundamental de la autonomía entre *aestimatio rei* e *id quod interest*. Una y otra satisfacen intereses distintos; mientras la primera atiende a reponer el interés circa rem, la otra resarce el daño ulteriormente irrogado al (integral) patrimonio del acreedor, o a sus bienes y derechos. No otra cosa tiene *in mente* el legislador cuando menciona el “precio de la cosa” en los artículos 1136, 1147, 1150, 1745 y 1185 del CC⁵⁵: es evidente que en tales preceptos se está refiriendo al interés intrínseco. Si tomamos como ejemplo el artículo 1147 párrafo 2º del CC, tenemos que el “precio” se refiere al interés intrínseco, y la “indemnización” al extrínseco.

El interés intrínseco es el mismo que DELGADO llama daño *in re ipsa*, o sea, el daño mínimo que “necesariamente” se produce para el acreedor, por el mero hecho de no recibir la prestación que le es debida, la primera partida en la liquidación de daños contractuales⁵⁶. Pero frente a esa idea cabe hacer dos importantes objeciones:

En primer lugar, como ha puesto de relieve CARRASCO⁵⁷, se deben atajar aquellas consideraciones doctrinales que tratan de ver una diferencia entre el *daño incontrovertible* y un daño ulterior, con objeto de eximir en el primero de prueba del daño y de la culpa⁵⁸.

Y en segundo término, parece claro que no hay ninguna razón para mezclar esa partida, el

⁵⁵ Vid. supra epígrafe 1.2.

⁵⁶ DELGADO, op. cit., págs. 200 y 281-282. También sigue esta opinión CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., págs. 235-236.

⁵⁷ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t.XV, vol. 1º, pág. 674.

⁵⁸ PINTÓ RUIZ, “Incumplimiento de las obligaciones civiles”, en R. J. Cat., 1964, *passim*.

daño *in re ipsa*, con el auténtico daño, el verdadero perjuicio a los bienes vitales, derechos, patrimonio e incluso expectativas del acreedor, de valoración siempre mucho más difícil (pensemos, por ejemplo, en el resarcimiento de los daños futuros, hoy tan en boga en los tribunales⁵⁹). Como dice Carrasco, “no es nunca daño la no-prestación considerada como tal, la ausencia del deber de entrega, de cumplimiento en general. La no prestación sitúa al acreedor en la posibilidad de reclamarla por medio de la acción de cumplimiento, no de daños. Si no se entrega el aceite vendido, el aceite en cuanto tal no es una partida del lucro cesante, sino la prestación debida; lucro cesante es la impedida reventa del mismo”⁶⁰. Y digo yo: no es lucro cesante (y por tanto no es daño) ni el aceite en cuanto tal, ni su mero equivalente pecuniario, cuya prestación no es más que una forma subsidiaria de *cumplimiento* de la obligación.

5.- Interés positivo e interés negativo

A partir de IHERING⁶¹ se viene distinguiendo doctrinalmente entre dos intereses lesionables contractualmente⁶²:

- El llamado *interés positivo* o *de cumplimiento* (*Erfüllungsinteresse*), que alude a la valoración económica de la utilidad que ofrece la prestación para el acreedor, el interés a todo lo que tendría si el negocio fuese plenamente válido y cumplido. Aquí se compara la situación de incumplimiento con la situación en que el acreedor se encontraría si se hubiera producido el cumplimiento en tiempo y forma, sin defec-

tos⁶³. Por eso, también se denomina *interesse post contractum*.

- El denominado *interés negativo* o *de confianza* (*Vertraueninteresse*), que designa el coste de no recibir tal utilidad, los gastos contractuales frustrados, la pérdida de expectativas que se abandonaron al optar por la celebración de un contrato que luego ha resultado fallido. La situación de incumplimiento se compara entonces con la que tendría el acreedor si no hubiera celebrado el contrato, lo que motiva también la denominación *interesse ante contractum*⁶⁴.

Si compré un vehículo “todo-terreno” que continuamente sufre averías de larga y costosa reparación, mi interés positivo reside en “tener un todo-terreno en funcionamiento”, por lo que la satisfacción del mismo sólo puede realizarse si se me entrega un vehículo nuevo, de idéntico modelo, o se me repara definitiva y correctamente. Sin embargo, mi interés negativo se concreta en no tener un “vehículo-problema”, en haberme podido gastar esa (única) suma de dinero en la compra de otro modelo de las mismas características y “segmento de

⁵⁹ Sobre daño futuro, y sus diferencias respecto del daño *so-brevenido*, vid. VALENTE, op. cit., págs. 115 y ss.; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1981, págs. 290 y ss. y 874 y ss.; DE CUPIS, *El daño...*, cit., pág. 320; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., págs. 944 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1979, pág. 147. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1987, págs. 67 y ss.; MOISSET DE ESPANES, “La reparación de los daños continuados o permanentes”, en *Responsabilidad por daños, libro homenaje a Bustamante Alsina*, I, Buenos Aires, 1990, págs. 101 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., págs. 237-238; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad...*, cit., págs. 183 y ss.

⁶⁰ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, pág. 676.

⁶¹ IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-interdi dans les conventions nulles ou restées imparfaites. Oeuvres divisées*, trad. franc. O. DE MEULENAERE, 1893, t. II, págs. 1 y ss.

⁶² La distinción se ha convertido en clásica en la doctrina alemana (por todos, ENNECERUS-LEHMAN, op. cit., pág. 63; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., págs. 195 y ss.; KELLER, M., *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse*, 1948; RENGIER, *Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse*, 1977; WIEDEMANN, “Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung”, en

Libro Homenaje a Hübner, 1984, págs. 719 y ss.; MEDICUS, op. cit., pág. 306), y también en la inglesa como veremos. Sin embargo, su asunción por la doctrina española es mucho más reciente. Puede verse, entre otros, en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, págs. 389-392; DELGADO, op. cit., págs. 279 y ss.; ESPINAR LAFUENTE, F., “Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1969, págs. 144-146; MANZANARES, “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, en A.D.C., 1984, págs. 716 y ss., donde se realiza un magnífico estudio de sus antecedentes históricos y evolución, siguiendo la huella de ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual” en R. C. D. I., 1971; ASUA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, 1989, págs. 259 y ss.; YZQUIERDO, op. cit., págs. 195-196.

⁶³ Vid. BETTI, *Cours de Droit Civil Comparé des Obligations*, Giuffrè, Milán, 1958, págs. 98 y ss.

⁶⁴ Por esta razón, comparativa con la situación que habría derivado de la no realización del contrato, el estudio del interés de confianza o interés negativo se ha convertido de algo inexcusable para la comprensión de la responsabilidad contractual. La violación de la denominada “buena fe precontractual” (LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 105; ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual” en R. C. D. I., 1971, pág. 869) incide directamente en la lesión del interés negativo o de confianza, como ponen de relieve MANZANARES, A., op. cit., pág. 709 y ASUA GONZÁLEZ, loc. cit. Y como tal lesión se recoge en el §307 del BGB: “Quien en el momento de la conclusión de un contrato que está dirigido a una prestación imposible, conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del *daño que la otra parte sufra por la circunstancia de que confía en la validez del contrato*, no sobrepasando sin embargo la suma del interés que la otra parte tiene en la validez del contrato”.

mercado”, pero de distinta marca⁶⁵. A menudo se han visto como intereses alternativos o excluyentes, pero evidentemente no es así. Es legítimo pretender y aspirar a la obtención de la prestación, y también a no sufrir la lesión del interés negativo. Lo que sucede es que, a veces, se satisfacen ambos a la vez, porque pueden llegar a confundirse.

La distinción, cuyo origen se remonta al Derecho romano⁶⁶, no debe confundirse con la clasificación daño emergente-lucro cesante, pues ambos intereses, el de cumplimiento y el de confianza pueden comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante⁶⁷. Y por otra parte, es muy similar a la que contemplaron en

⁶⁵ El BGB contempla la distinción con toda claridad en los párrafos 1 y 2 del parágrafo 179, como pone de relieve MEDICUS (loc. cit.): el párrafo primero concede a la parte contratante del representante sin poder de representación, de manera electiva, o el cumplimiento, o el resarcimiento de los daños, que debe ser el resarcimiento de los daños “a causa del incumplimiento”, porque con él se sustituye al cumplimiento. Contrariamente, el contratante, con arreglo al párrafo segundo, sólo puede pedir el resarcimiento de los daños que ha sufrido por su confianza en la existencia del poder de representación, es decir, *los daños en la confianza o interés negativo*.

⁶⁶ D. 18.1.62.1, de Modestino: *Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparaverit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, an deciperetur. O sea, pese a la ineficacia de la compraventa de res extra commercium, se faculta al comprador para ejercitar la acción de compra, para que consiga lo que le importaba no ser engañado, lo que corresponde por el engaño, por defraudar la confianza depositada. Vid. también, en caso de venta de herencia inexistente, l. 3.23.5. Obsérvese cómo nuevamente aparece aquí latente el origen etimológico de la palabra “interés”, al que ya nos hemos referido. En la fórmula de Modestino se emplea la forma *interfuit*, de *intersum* (*interfui*, *inter-esse*, estar en medio de, diferencia entre esto y lo otro, *quod inter est*) y no de *interest* (verbo impersonal, que equivale a importar algo por su utilidad o provecho) como decíamos páginas atrás, teniendo en cuenta que este segundo es el significado etimológico que el Diccionario de la RAE da a la palabra “interés”. Por lo tanto, no se refiere el texto del Digesto a lo que interesaba en términos generales, sino que trata de que el comprador adquiriera o consiga por la *actio ex emptio* “aquello que le correspondería, de no haber sido engañado”, la diferencia entre la situación normal, y la que motivó el engaño. Es más: *deceptio*, *deciperetur* (de ahí, *deceptus*, decepcionado, decepción) significa engañar, pero, sobre todo, defraudar las esperanzas, frustrar las expectativas.*

⁶⁷ En ENNECERUS-LEHMAN podemos encontrar el siguiente ejemplo para demostrarlo: si el arrendatario ha impugnado el contrato de arrendamiento por causa de error, el arrendador puede exigir a título de interés de confianza tanto el resarcimiento de los gastos especiales que tuvo que hacer a consecuencia del contrato (daño positivo o emergente) como también el resarcimiento de la ganancia que hubiera podido obtener, de haber conocido la ineficacia del contrato, mediante otro arrendamiento (lucro cesante) (op. cit., pág. 63).

la doctrina norteamericana FULLER-PERDUE⁶⁸, y que puede ayudarnos a comprenderlo mejor, entre:

- Interés dirigido a la restitución (*restitution interest*): El demandante ha entregado algo de valor sustancial al demandado por haber confiado en la promesa de éste. Si el demandado no realiza la prestación prometida, el Tribunal puede obligarle a la devolución del valor recibido del demandante. Se trata, dicen, sencillamente, de evitar el enriquecimiento injusto.

- Interés a la protección de la confianza (*reliance interest*): En este caso, el demandante ha cambiado su posición o situación precisamente por la confianza que le inspira la promesa del demandado, y por eso hay que reconocerle el derecho al resarcimiento del perjuicio que sufrido al confiar en la promesa del demandado, lo que se logra tratando de colocarle en una situación tan favorable como la que tenía antes de que le fuera hecha la promesa. El *reliance interest* viene a coincidir claramente con el que hemos denominado interés negativo o de confianza.

- Interés dirigido a obtener la prestación prometida (*expectation interest*): Cabe tratar de conceder al demandante el valor de lo que esperaba obtener como resultado de la promesa, y a dicho objeto, dar lugar a una acción dirigida a obtener el cumplimiento específico de lo prometido, en el sentido de obligar al demandado a que realice la prestación que prometió al demandante, o a que pague en dinero el valor de esta prestación. Este *expectation interest* viene a coincidir con el interés positivo o de cumplimiento.

En el incumplimiento de contratos sinalagmáticos, la distinción tiene importantes consecuencias a efectos resolutorios. Según el artículo 1124 del CC, tanto la resolución del contrato como la exigencia de su cumplimiento pueden venir acompañadas de la indemnización de daños y perjuicios. Lo que sucede es que dicha indemnización no tiene por qué ser la misma en el caso de resolución contractual que cuando el contratante-cumplidor opta por exigir el cumplimiento de la contraprestación.

⁶⁸ FULLER-PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. y com. de PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 9 y ss., 50 y ss. También en su decisivo artículo “Reliance Interest and Contract Damages”, en *Yale L.J.*, 46 (1936), págs. 573 y ss. Sobre esta distinción, puede verse también, más recientemente, con buenos ejemplos, CLARK, R., *Contract*, Londres, 1982, págs. 220-221.

Parece evidente que la resolución del contrato, en cuanto tiende a lograr una reposición causal *ante contractum*, cubre el interés negativo del contratante insatisfecho⁶⁹; por ese motivo, cierta doctrina sostiene, con buena lógica, que cuando éste opta por tal resolución, la indemnización no puede dirigirse a satisfacer el interés de cumplimiento frustrado, sino únicamente los daños sufridos en el interés de confianza depositada en un contrato que resulta finalmente fallido por culpa del deudor (gastos realizados con motivo del contrato, obligaciones cumplidas con otras personas, tasas, honorarios, etc.)⁷⁰. Sin embargo, ciertamente la jurisprudencia concede en casos de ejercicio de la acción resolutoria, y por vía indemnizatoria, la cifra de utilidad que le hubiera proporcionado un cumplimiento correcto, o sea, el interés positivo⁷¹. Pero en estos casos, como pone de relieve **CARRASCO**, en realidad estamos en presencia de una “resolución impropia”, en la que, bajo la calificación resolutoria, se esconde una auténtica acción de cumplimiento por equivalente⁷². No es, por tanto, que el TS ampare a quien, además de optar por la resolución contractual, reclame la indemnización de un interés patrimonial derivado del derecho a que el contrato se cumpla, lo cual supondría un verdadero contrasentido lógico, pues a tal derecho “renuncia” implícitamente del demandante en el momento que reclama la resolución⁷³. En suma, quien resuelve, deja a un lado su interés positivo, y centra todos sus remedios (la resolución y también la indemnización) en el interés negativo.

Pues bien, no hace falta profundizar demasiado en esta distinción, unánimemente admitida, para comprender que la prestación del equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios satisfacen intereses distintos. Salta a la vista que la prestación de la *aestimatio rei* sólo es hábil para dar satisfacción al interés po-

sitivo⁷⁴; el equivalente pecuniario de la prestación incumplida sirve únicamente para cubrir la *utilitas* que tal prestación representaba en el patrimonio y expectativas del acreedor. Por el contrario, la cobertura del interés negativo (es decir, los daños y perjuicios derivados de la celebración misma de ese contrato fallido, abandonando otras alternativas contractuales y soportando costes y previsiones) exclusivamente puede obtenerse con la indemnización.

Colocándonos en el supuesto de imposibilidad-inidoneidad de la prestación, se ha dicho que si aquélla es imputable al deudor, “el interés originario del acreedor (o sea, entiendo que el interés positivo) pasa a ser una especie de “interés negativo” en cuanto su quebranto supone la producción de un daño y la aparición del consiguiente derecho a su reparación”⁷⁵. Sin embargo, la cuestión no resulta tan simple: por más que la prestación haya devenido imposible, el interés de cumplimiento seguirá siendo tal, y difícilmente puede convertirse en interés de confianza o negativo, pues ontológicamente son cosas distintas. Lo que sucede, más bien, es que *como consecuencia* de la imposibilidad, además de frustrarse el interés positivo (que seguirá existiendo como tal), *se lesiona también* (o puede lesionarse, pues no necesariamente sucederá siempre) el interés negativo. Y por ese motivo (y no otro) *nace* la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, reponiendo ese interés negativo. Pero con tal indemnización no forzosamente se satisface el interés positivo, que sólo puede suplir la prestación de un equivalente pecuniario.

Por otra parte, y también para dicho supuesto de imposibilidad sobrevenida, concretamente en las obligaciones de dar, ha señalado **CARRASCO** que “no tiene materialmente sentido preguntarse si el acreedor ha decidido pedir el cumplimiento en la vía de acción por equivalente (interés positivo) o si entiende resuelta la obligación, con la acción por el interés de confianza. La obligación se halla materialmente resuelta, y el acreedor pedirá el mayor valor que

⁶⁹ ESPINAR, “Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1969, pág. 144.

⁷⁰ La cuestión, tratada en sendos comentarios de SSTs por DELGADO (C.C.J.C., 9, nº 236 y 11, nº 296) y JORDANO (C.C.J.C., 15, nº 401), y por YZQUIERDO, op. cit., pág. 195, se examina con todo detenimiento en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, págs. 389-390.

⁷¹ Menciona CARRASCO las SSTs 16 mayo 1959, 17 marzo 1964, 3 octubre 1985 y 31 octubre 1988. Vid. ESPINAR, loc. cit.

⁷² CARRASCO, loc. cit., donde añade: “el acreedor puede optar materialmente por solicitar en estos casos un interés de cumplimiento o pedir que se le indemnice el interés de confianza, una opción que no queda alterada por la calificación técnica que se le haya dado a la acción”.

⁷³ YZQUIERDO, loc. cit.

⁷⁴ BETTI, *Cours...*, cit., pág. 100. Dice VERDERA SERVER que la distinción entre interés contractual positivo o de cumplimiento e interés contractual negativo o de confianza, “se suele limitar al ámbito indemnizatorio y no acostumbra a plantearse respecto de la tutela satisfactoria, donde siempre el resarcimiento toma como parámetro el interés contractual positivo” (op. cit., pág. 207, nota 21).

⁷⁵ CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pág. 229, quien de dicha afirmación concluye que en tal caso la obligación no se extingue “sino que se transforma en la obligación de resarcir el daño”, en una clara concepción omnicompreensiva del *id quod interest*.

la cosa tenga al día de la sentencia o al día del incumplimiento”⁷⁶. Afirmación que, en principio, cabría oponer a la correlación que hemos establecido entre *aestimatio*-interés positivo e *id quod interest*-interés negativo, al menos en los casos de imposibilidad a que nos estamos refiriendo. Sin embargo, ello sólo es sostenible si se equipara interés de confianza con pretensión resolutoria. Precisamente donde viene a cobrar su pleno sentido y utilidad la prestación del equivalente pecuniario es en la satisfacción de ese interés positivo que, de otra manera, quedaría definitiva e irremediadamente frustrado. Y por otro lado, nada impide que, además de obtener tal satisfacción por medio del precio de la cosa al día de la sentencia o al día del incumplimiento (de la causa imposibilitante, diríamos mejor), el acreedor pueda exigir legítimamente la indemnización de aquellos “otros” daños y perjuicios que, en la órbita de su interés negativo, haya ocasionado la imposibilidad.

6.- Interés genérico e interés específico

Por último, también se ha distinguido entre un *interés específico* del acreedor en el comportamiento del deudor, en la medida en que tal interés resulte jurídicamente relevante, dado que como substrato de la relación obligacional ese interés se identifica con la actuación del deudor; y un *interés genérico* en la obtención del resultado, con independencia de que sea el deudor o una tercera persona quien efectivamente realiza la prestación⁷⁷. Así, se dice que la satisfacción del interés genérico por la vía del cumplimiento de un tercero o de la ejecución forzosa, no siempre conlleva también la satisfacción del interés específico, que sólo se consigue a través de la actividad del propio deudor.

Mayor interés tiene aquí una distinción entre interés genérico y específico, cuando se aborda desde otro punto de vista, según el cual la utilidad o interés del acreedor puede satisfacerse ora directamente con la obtención de la prestación debida (interés específico), ora mediante la recepción de su equivalente pecuniario (interés genérico)⁷⁸.

Esta idea, no se nos oculta, debe tomarse con toda precaución y en sus justos términos, pues llevada a las últimas consecuencias, podría llegar a minar el propio concepto de obligación. Ambos intereses no se pueden entender en términos de igualdad, fungibilidad o alternatividad, sino de subsidiariedad; y entonces la distinción cobra pleno significado. Me explico: El objeto y finalidad de la relación obligatoria es, naturalmente, obtener la prestación del deudor, y no otros; por eso, cuando el deudor incumple voluntariamente y la ejecución forzosa es posible, se acude preferentemente a este remedio y no a otro (artículos 1086, 1098 y 1099, para las obligaciones de dar, hacer y no hacer, respectivamente). Sin embargo, y dada una situación que imposibilita materialmente alcanzar tal resultado, el ordenamiento jurídico tiene que establecer un mecanismo que, al menos, satisfaga la utilidad del acreedor de manera genérica; el acreedor, se dice⁷⁹, “tiene que conformarse” con la satisfacción de esa utilidad genérica.

Por eso, cierta doctrina⁸⁰ ha destacado, con agudeza, la existencia del llamado “fin típico del crédito”, que sólo se alcanza mediante el cumplimiento del deber de prestación, ya lo verifique el deudor, ya un tercero, se produzca voluntariamente o a través de la ejecución forzosa. Y junto a ese fin típico, se contraponen el “fin subsidiario del crédito”, consistente en impedir que una transgresión por el deudor del deber tendente a la prestación quede desprovista de sanción, y cuya consecución se efectúa median-

TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias. (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984, págs. 47 y ss.; Verdera, op. cit., págs. 202 y ss.). A mi juicio, dicho criterio distintivo viene a coincidir con la separación entre interés de cumplimiento e interés de indemnidad del acreedor. Cuando la ejecución forzosa satisface el interés de cumplimiento, mediante la realización (forzosa) de la prestación debida, sea mediante la compulsión del deudor a la entrega, sea mediante la realización por un tercero de la prestación “a costa” del deudor, dicha ejecución se denominaría específica. Por el contrario, cuando la ejecución se limita a proteger el derecho del acreedor a no sufrir daños a consecuencia del incumplimiento, o sea, a indemnizar, se denomina ejecución genérica. Pero dicho criterio distintivo poco tiene que ver –salvo en su terminología, que resulta, por tanto, equívoca– con el que aquí nos ocupa, que trata de diferenciar las distintas formas (específica o genérica) a través de las cuales puede el acreedor satisfacer su interés de cumplimiento.

⁷⁹ VERDERA, loc cit.

⁸⁰ HERNÁNDEZ GIL, A. *Derecho de obligaciones*, cit., págs. 74 y ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Cumplimiento defectuoso de la prestación. (Su inclusión en la ‘contravención’ o cuarta causa del artículo 1101 del Código civil)”, en R.C.D.I., 1976, II, págs. 1339-1340. La conexión lógica que existe entre la distinción interés genérico-específico y la que ahora mencionamos, ya ha sido puesta de relieve por VERDERA, loc. cit.

⁷⁶ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t.XV, vol. 1º, págs. 390-391.

⁷⁷ GIORGIANNI, *L’obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, Milán, 1968, págs. 205 y 226 y ss.; Verdera, op. cit., págs. 206-208.

⁷⁸ Absolutamente distinto de lo que aquí mencionamos, es la distinción entre *ejecución forzosa específica* y *ejecución forzosa genérica*, la cual ha dado lugar a no pocos problemas e interpretaciones doctrinales (vid. CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fund. Univ. Jerez, 1989, págs. 27 y ss.;

te la obtención del equivalente pecuniario⁸¹, la indemnización y/o la resolución del contrato. La prestación de la *aestimatio rei*, diríamos, es un remedio que satisface el fin subsidiario del crédito, el interés genérico del acreedor, cuando a consecuencia de la imposibilidad sobrevenida (o la inidoneidad de la prestación originaria) ya no cabe materialmente la consecución del fin típico del crédito, la satisfacción del interés específico.

Y ello, creemos, nada tiene que ver con la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan podido (o no) irrogar al acreedor como consecuencia de la conducta del deudor, que incumplió, provocó la imposibilidad o, en definitiva, incurrió en mora o “contravino de cualquier modo el tenor de la obligación”. Porque tal indemnización viene a dar cobertura a otro interés (no sé si completamente, pero en buena medida) distinto del acreedor: el de no sufrir daños, no verse agredido en su patrimonio y otros bienes por la conducta incumplidora del deudor.

7.- Tipificación del interés que satisface la prestación del equivalente pecuniario

En resumidas cuentas, y con los riesgos y limitaciones de toda simplificación, podemos afirmar que la prestación del equivalente pecuniario satisface el interés común, *circa rem*, positivo y genérico del acreedor. Mientras que la indemnización de daños y perjuicios atiende al interés singular, *extra rem*, negativo y distinto al de prestación. Intereses distintos que, por lo tanto, reclaman la instrumentación de remedios también diferentes al servicio del acreedor.

Y ello no es baladí, como demostró hace ya algunos años **PUIG BRUTAU**, cuyas palabras transcribimos por su claridad e importancia: “... la fuerza vinculante del contrato podría quedar proclamada en atención a una de estas dos posibilidades: a) declarar que si alguien se obliga voluntariamente, responderá después en todo caso y con independencia de su voluntad de la obligación asumida, excepto cuando concurra una causa que le libere de la fuerza vinculante del contrato (caso fortuito o fuerza mayor); b) declarar que no basta que alguien haya querido obligarse, pues su voluntad entra de nuevo en juego en el momento de tener que realizar la

prestación, en el sentido de que sólo será responsable del incumplimiento si éste puede ser calificado como acto injusto y como causa de daños y perjuicios efectivos. Cabría preguntar qué sistema sigue nuestro Código. A nuestro juicio, la señalada falta de diferenciación entre los distintos intereses que tiene protegidos el acreedor y, de manera especial, la falta de distinción entre equivalente económico de la prestación debida y la indemnización de los posibles beneficios frustrados, da lugar a que nuestro Derecho contractual incurra inconscientemente en la contradicción de tener en cuenta el primer criterio mientras no sobrevenga el incumplimiento, o mientras sea posible el cumplimiento en forma específica aunque sea por ejecución forzosa, y, en cambio, seguir el segundo cuando la obligación asumida ha de quedar convertida en una suma de dinero representativa de una indemnización”⁸².

Es más, la cuestión afecta al propio concepto de obligación, en el que sigue predominando la idea de “responsabilidad”, en el sentido más amplio de la palabra, como sanción (*reclusus*, sanciones) que el ordenamiento apareja a la transgresión del deber de prestación. Y, como autorizada doctrina ha señalado⁸³, es un estrechamiento inadmisibles de dicha sanción, considerarla dirigida en exclusiva a obtener la indemnización de los daños y perjuicios, y por eso es parcial y simplista la idea de que o el deudor cumple voluntariamente, o indemniza al acreedor perjudicado.

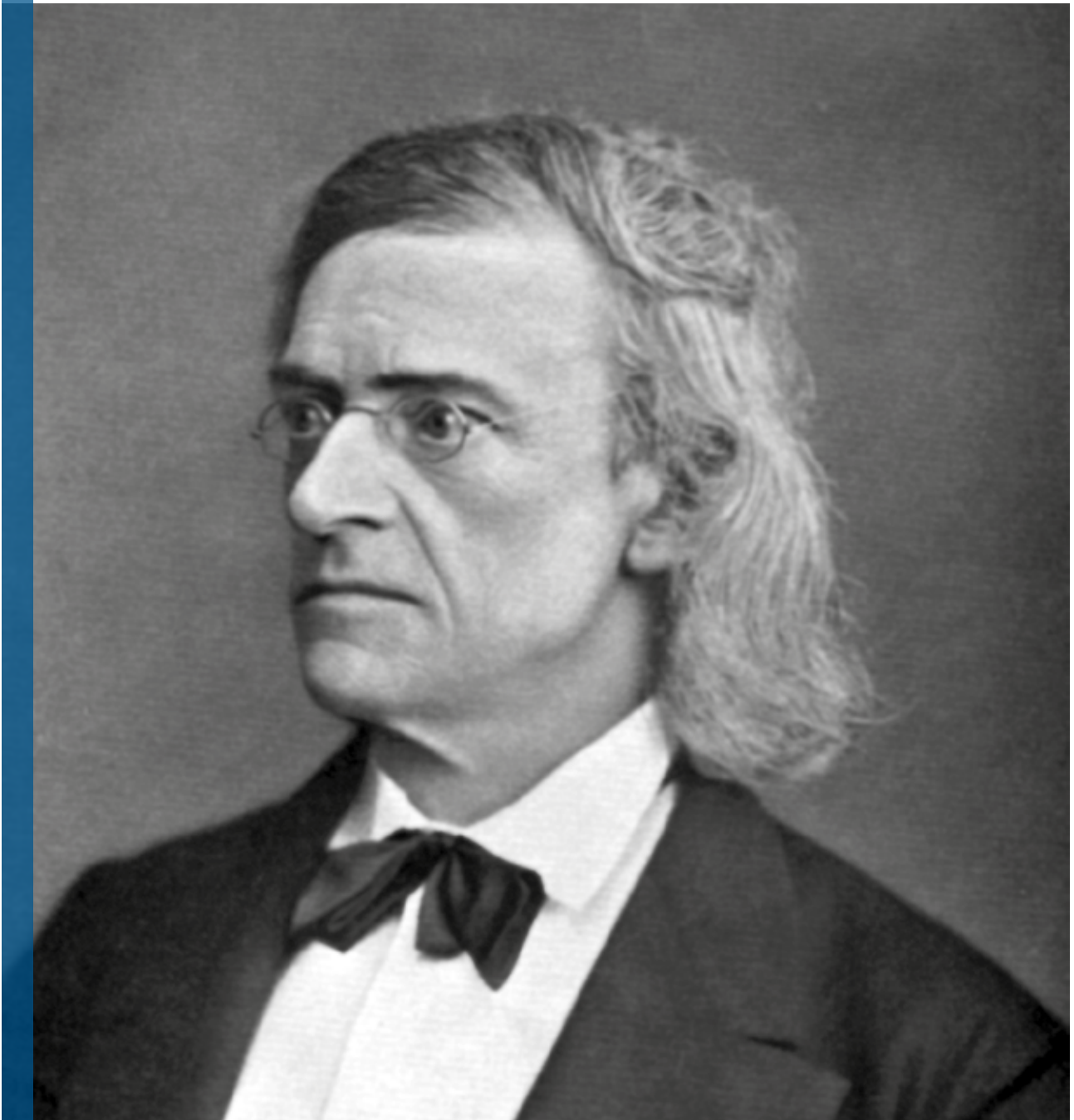
La función que cumplen uno y otro remedio, en relación con los intereses del acreedor, es diferente. Enseña **IHERING**⁸⁴ que la condena “al pago de dineros” puede cumplir una triple función, de equivalencia, penal y satisfactiva. La primera atiende a la determinación del valor pecuniario de la prestación. La segunda viene a realizarse a través de la imposición de una multa de carácter público (no una *poena*), que propugna el egregio jurista como amenaza o medio de presión para que el deudor cumpla. Y la función satisfactiva se cumple una vez consumado el incumplimiento, mediante la concesión por el juez al demandante de una suma de dinero como satisfacción de

⁸¹ Que HERNÁNDEZ GIL denomina “ejecución forzosa mediante indemnización”, la cual, según dice, “sustituye a la ejecución específica dentro del cauce general de la ejecución, cuando adviene imposible la obtención de la prestación” (*Derecho de obligaciones*, cit., pág. 78).

⁸² PUIG BRUTAU, “Comentario del traductor” en su traducción de la obra de FULLER-PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 161.

⁸³ HERNÁNDEZ GIL, “En torno al concepto de la obligación”, Discurso inauguración curso 1981-1982 de la R.A.J.L., en Apéndice al *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 468.

⁸⁴ IHERING, “Del interés en los contratos...”, cit., págs. 97 y ss. y 106.



su “sentimiento jurídico lesionado”, del perjuicio causado en sus intereses (entre los que **IHERING** da un especial peso a los no económicos). Pues bien, dejando a un lado hoy la función penal que, como es bien sabido, no tiene encaje en un moderno sistema de responsabilidad contractual, lo cierto es que las otras dos funciones, perfectamente diferenciadas, se corresponden con cada uno de los dos remedios que estamos contemplando; intereses distintos, funciones distintas y remedios diferentes. Así el equivalente pecuniario cumple justamente la función de equivalencia en el sentido exclusivamente económico (*verum pretium, aestimatio rei, quanti ea res est*), y la indemniza-

ción atiende la función satisfactiva de ese sentimiento jurídico lesionado, que comprenderá muy a menudo (aunque no de manera exclusiva) intereses no económicos, bienes y valores no patrimoniales del acreedor^{B5}.

^{B5} El artículo 7.4.2 de los Principios UNIDROIT establece una cláusula *full damages*, comprendiendo dentro del daño “tanto cualquier pérdida sufrida como cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera obtenido al evitar gastos o daños”, y añade que el daño puede no ser “pecuniario”, e incluye, por ejemplo, “el sufrimiento físico y la angustia emocional”, lo que está en perfecta consonancia con las tesis no exclusivamente patrimonialistas de la obligación que mantuvo IHERING en el trabajo que acabamos de mencionar.



Estafilococos y otros intrusos. El paciente ante las infecciones intra-hospitalarias. Virtualidad del régimen de responsabilidad del artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007*

Eugenio Moure González
Abogado

Sumario

1- Introducción

2- Desarrollo

- 2.1 La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario. Un viaje de ida y vuelta con parada en el art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007.
- 2.2 Un análisis del Derecho comparado. El caso francés.
- 2.3. Los cambios de criterio del Tribunal Supremo. De la responsabilidad objetiva a la subjetiva y viceversa.
 - a) *En la jurisdicción contencioso-administrativa.*
 - b) *En la jurisdicción civil.*

3- Conclusiones

4- Bibliografía

I. Introducción

Una infección intra-hospitalaria (también llamada nosocomial), según la Organización Mundial de la Salud, puede definirse como aquella contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección, que no se había manifestado ni estaba en periodo de incubación en el momento del ingreso, comprendiendo las manifestadas después del alta

* Comunicación que obtuvo el Premio Aranzadi en el I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños, celebrado en Granada los días 14, 15 y 16 de marzo de 2013

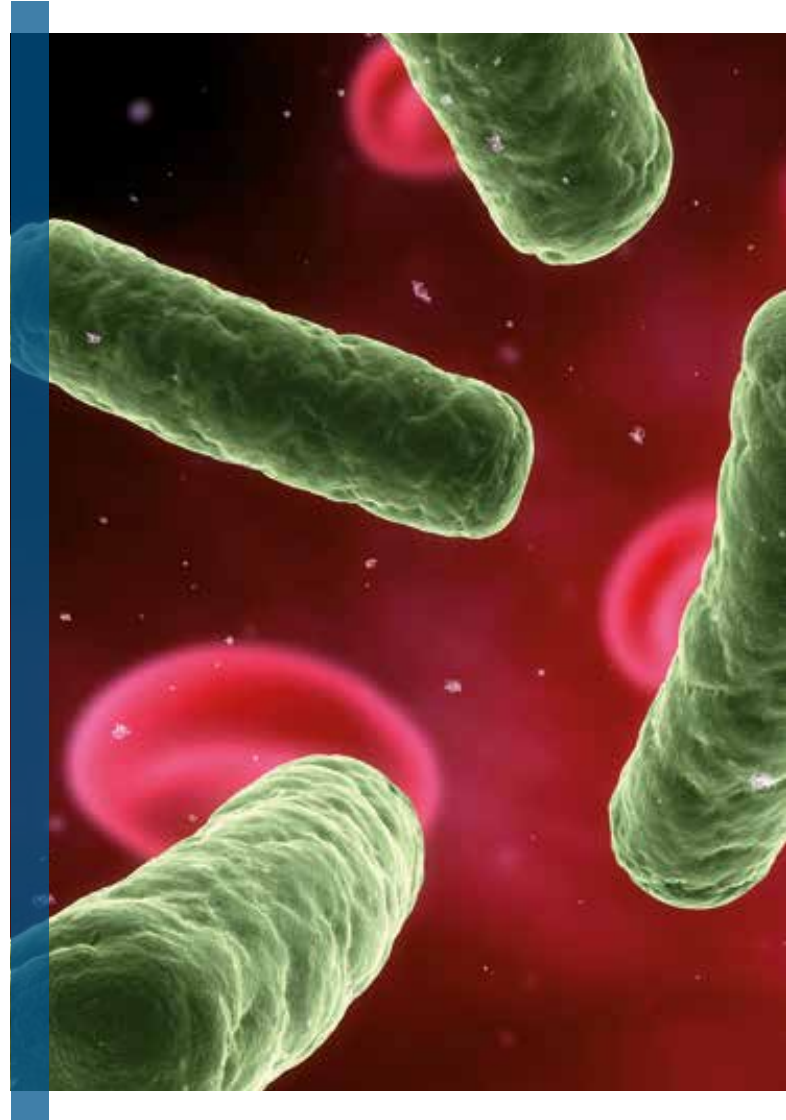
hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento¹.

Según el estudio ENEAS (estudio nacional de eventos adversos relacionados con la hospitalización), y que fue realizado en el año 2005 sobre una muestra de hospitales españoles, el 9,3% de los pacientes ingresados han tenido un evento adverso (un resultado desfavorable para su salud, que no fue producido por la evolución natural de su enfermedad, sino por la propia asistencia hospitalaria). Las infecciones nosocomiales supusieron un 25,3% de los eventos adversos².

El estudio EPINE (Estudio de Prevalencia de Infecciones Nosocomiales en España) se realiza, promovido por la Sociedad Española de Medicina Preventiva desde 1990, y es probablemente el estudio de prevalencia de infección nosocomial mayor del mundo, el cual establece que aunque la prevalencia de infección nosocomial en los hospitales españoles (datos de 2011) era del 7,1%, en los últimos 20 años ha descendido un 2,7% aunque se mantiene más o menos estable. Las infecciones respiratorias, seguidas de las infecciones urinarias y las quirúrgicas, son las más frecuentes³.

Se estima que aproximadamente 4.100.000 pacientes adquieren una infección asociada con la asistencia sanitaria en la Unión Europea cada año. El número de muertes que se producen como consecuencia directa de estas infecciones se estima que es al menos 37.000. Aproximadamente el 20-30% de las infecciones nosocomiales se consideran evitables con medidas de higiene intensiva y programas de control⁴.

La presencia de gérmenes, virus y bacterias en el ámbito hospitalario es, por lo tanto, previsible. Su agresividad en ocasiones es letal para



el paciente ya que se han adaptado a sobrevivir en un ambiente hostil, resistiendo el empleo de antibióticos. Lo más que se puede conseguir es disminuir su incidencia aplicando unas normas higiénicas y de control de brotes epidémicos⁵.

En ese contexto, de peligro potencial cierto, y tratándose de un motivo recurrente de reclamación, la respuesta judicial ha sido cambiante, con resultados dispares tanto dependiendo del tiempo en que se planteaba como de la jurisdicción, civil o contencioso-administrativa, que la enjuiciaba.

Este trabajo pretende, tras un análisis de la doctrina legal y judicial, aportar un punto de encuentro que otorgue cierto grado de certi-

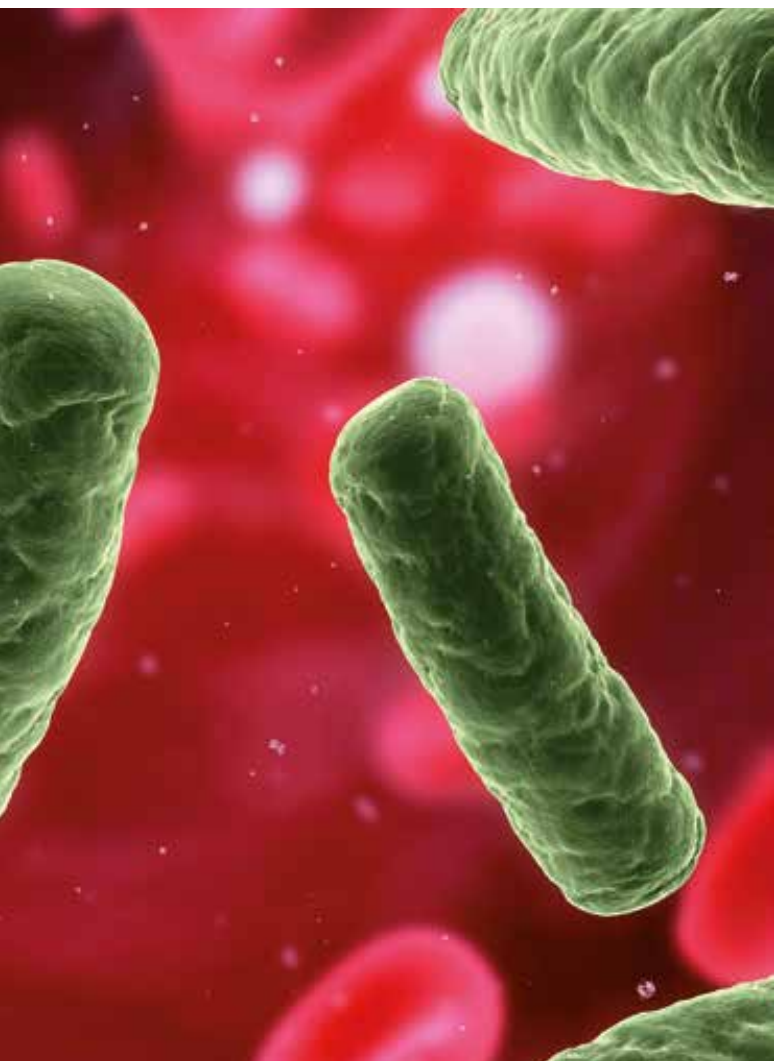
¹ Organización Mundial de la Salud. Prevención de las infecciones nosocomiales. Guía práctica. 2ª Edición. Puede consultarse en: http://www.who.int/csr/resources/publications/ES_WHO_CDS_CSR_EPH_2002_12.pdf (07/03/2013)

² Ministerio de Sanidad y Consumo. Estudio Nacional sobre los efectos adversos ligados a la hospitalización. Puede verse en: <http://www.seguridadelpaciente.es/index.php/lang-es/proyectos/financiacion-estudios/e-epidemiologicos/2005.html> (07/03/2013)

³ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Estudio EPINE: resultados 1990-2011, Madrid, 3 de Mayo de 2012. Puede verse en: <http://hws.vhebron.net/epine/> (07/03/2013)

⁴ Annual epidemiological report on communicable SURVEILLANCE REPORT diseases 2010. Antimicrobial resistance. Puede consultarse en: [http://www.ecdc.europa.eu/en/press/news/Lists/News/ECDC_DispForm.aspx?List=32e43ee8-e230-4424-a783-85742124029a&ID=561&RootFolder=%2Fen%2Fpress%2Fnews%2FLists%2FNews\(07/03/2013\)](http://www.ecdc.europa.eu/en/press/news/Lists/News/ECDC_DispForm.aspx?List=32e43ee8-e230-4424-a783-85742124029a&ID=561&RootFolder=%2Fen%2Fpress%2Fnews%2FLists%2FNews(07/03/2013))

⁵ Así, a modo de ejemplo, la infección por *Staphylococcus aureus* metil resistente constituye un episodio típico de infección hospitalaria que aparece con regular frecuencia al practicar actos de cirugía traumatológica. De ello se hace eco, tras practicar una revisión del acervo jurisprudencial la STS, de 20/12/2004 [RJ\2005\1597]



dumbre al justiciable. Particularmente, el objetivo perseguido es aportar una solución, no ya de “*lege ferenda*” sino incluso de “*lega lata*”, en línea con la alcanzada en Francia, pero con sustento en el art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, en garantía del perjudicado por una infección nosocomial, sin perjuicio del ámbito hospitalario en que se produzca (público o privado) y de la jurisdicción que en definitiva tenga que enjuiciarlo.

Todo ello teniendo que presente que tanto sea un hospital público o privado en donde se contraiga la infección el nivel de protección legal ha de ser el mismo y la respuesta judicial, sean desde uno y otro orden jurisdiccional, también, como salvaguarda de la siempre deseable seguridad jurídica.

Pues en definitiva, las infecciones contraídas en centros públicos se pueden dirimir en la jurisdicción civil (acudiendo al remedio de la acción directa frente a la aseguradora de la Admi-

nistración titular del centro), y las contraídas en centros privados pueden juzgarse en la jurisdicción contencioso-administrativa (cuando existe convenio o concierto con la Administración).

2. Desarrollo

2.1. La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario. Un viaje de ida y vuelta con parada en el art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007

Consagra la Constitución española la responsabilidad patrimonial en su **artículo 9.3**, al establecer que “*la Constitución garantiza (...) la responsabilidad de los poderes públicos*, añadiendo su **artículo 106.2** que “*los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por cada lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”.

La justificación de una responsabilidad patrimonial de la Administración de tipo objetivo tenía fundamento, de un lado, en la llamada teoría del riesgo, que sostiene que en la medida en que el funcionamiento en interés general de los servicios públicos comporta la creación de riesgos, los daños causados en patrimonios privados deben de ser asumidos por la propia colectividad en cuyo interés se causaron, por razones de justicia conmutativa; y de otro lado, en la llamada teoría de la igualdad ante las cargas públicas, según la cual la Administración debe resarcir los daños patrimoniales causados a los particulares como consecuencia de su actuación cuando aquéllos comportan un sacrificio especial para los damnificados, es decir, una carga que excede de las generales que recaen sobre todos los ciudadanos por el propio modelo de organización social, teoría basada en la idea de solidaridad⁶.

La doctrina científica ha sido muy crítica en los últimos años con este sistema responsabilidad objetiva así diseñado.

Ya **PANTALEÓN PRIETO** en el año 1995 decía “*que España no puede permitirse <gozar> del sistema de responsabilidad de la Administración más <avanzado>, o sea, más caro del mundo*”.

⁶ DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los Servicios Públicos*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009. pp.112-113

El mismo autor razona que la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios público debe “restringirse a los que sugerimos denominar <daños cuasiexpropiatorios>, entendiendo por tales aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión”, añadiendo que lo contrario “no es otra cosa que un mecanismo de redistribución <perversa> de renta”⁷.

Más recientemente, **LEGUINA VILLA**⁸ se mostraba partidario de reservar la responsabilidad por el funcionamiento normal a los supuestos daños cuasiexpropiatorios y de riesgo (parece que especial) creado por la Administración, razonándolo así:

“Hay, en efecto, una larga serie jurisprudencial que, cual si tratara de una estampillada y redundante cláusula de estilo procesal, reitera ad nauseam la incorrecta doctrina de la indiferencia entre funcionamiento normal y funcionamiento anormal, a los efectos de la imputación del daño resultante. Reiteración cansina que a la postre resulta, sin embargo, más retórica que otra cosa, pues en la inmensa mayoría de los casos, tras esa aparente (y falsa) indiferencia, los jueces no condenan a la Administración, a menos que encuentren algún elemento de anormalidad con suficiente poder causal.

(...)

En la generalidad de los casos, las actividades jurídicas o materiales que la Administración lleva a cabo no son en sí mismas peligrosas ni creadoras de situaciones de riesgo patrimonial, y por ello, si se realizan bajo pautas de normalidad, los eventuales daños resultantes no le son de modo alguno imputables; sólo su prestación anormal, irregular o deficiente puede operar como criterio legal de imputación de tales daños a la Administración”.

Para **LEGUINA**, un “funcionamiento objetivamente culpable del servicio público es aquél que

⁷ PANTALEÓN, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1995. pp 66, 81 y 88.

⁸ LEGUINA VILLA, J., *Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración*. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 136, octubre-diciembre 2007, pp 669-681. Se trata de la conferencia pronunciada con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha.

se sitúa por debajo de los niveles legales o socialmente exigibles”, una “anormalidad objetivada, [...] un funcionamiento objetivamente ilícito, que puede darse, y de hecho se da habitualmente, aun cuando no haya habido culpa subjetiva alguna reprochable a los agentes administrativos o no sea posible su eventual identificación”. Eso en cuanto al funcionamiento anormal, pero respecto del funcionamiento normal añade lo siguiente: “según este título de imputación, es posible poner también a cargo de la Administración los daños causados a los particulares por dos tipos muy concretos de actividades administrativas lícitas: de un lado, las medidas cuasiexpropiatorias que causan sacrificios especiales en el patrimonio de los particulares; y de otro, las actividades que, por motivos de interés general, conllevan riesgos de daños accidentales o fortuitos, siempre que, como he señalado, no haya tenido lugar un desplazamiento de tales riesgos hacia la propia víctima del daños”.

MIR PUIGPELAT asume esta tesis y la traslada al daño derivado de las infecciones nosocomiales haciendo las siguientes consideraciones:

“Si se tiene en cuenta que el riesgo de contraer una infección nosocomial es un riesgo perfectamente conocido y cuantificado, y que las víctimas sufren, de alguna forma, en beneficio de la colectividad (tales infecciones se podrían evitar técnicamente si se adoptaran determinadas medidas organizativas y de higiene, pero no se adoptan en ningún lugar dado el enorme coste que tales medidas tendrían -en el caso de la sanidad pública- para el erario público), quizá podría darse un paso más y someter a responsabilidad objetiva tales infecciones, al menos cuando se produzcan en los quirófanos (cuya esterilización debe estar garantizada) y se traduzcan en un daño especial -poco habitual- y desproporcionado en comparación con la afección que motivó el tratamiento de la víctima, de modo que la Administración deba responder aunque pruebe que cumplió los protocolos de higiene establecidos. Poco ciudadanos entenderían que quien entra en un hospital para ser tratado de una herida poco grave en una pierna y ve cómo le acaba teniendo que ser amputada como consecuencia de una infección nosocomial acaecida con ocasión del tratamiento recibido, deba soportar el daño sin ser siquiera indemnizado”⁹.

⁹ MIR PUIGPELAT, O. *Responsabilidad Objetiva vs Funcionamiento anormal en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria (y no Sanitaria)*. Capítulo de: Jiménez, S., Martínez, V., Belda, E. (coordinadores), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 169.

Afirma también Mir que “*si en el Derecho Penal, donde los ataques a los bienes jurídicos son tan graves, se admite unánimemente que el consentimiento de la víctima excluye normalmente la responsabilidad penal, con mayor razón debería de servir para excluir la responsabilidad civil extracontractual de los particulares o la responsabilidad extracontractual de la Administración*”¹⁰.

Ahora bien, no cabe confundir el consentimiento para un acto o contrato con la institución jurídica -construcción propia de la legislación sanitaria- del consentimiento informado, en los términos a que se refiere el **artículo 1.2 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**, cuando dice que: “*toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o de los usuarios. El consentimiento que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos por la Ley*”.

El consentimiento informado permite dar respuesta al derecho a la autodeterminación de los pacientes, en términos de que esa actuación sobre su propio cuerpo se haga con conocimiento de los beneficios, de los riesgos y de las alternativas terapéuticas. Hasta el punto pretende salvaguardar la dignidad de la persona y el derecho fundamental a su integridad física, que ha sido objeto de amparo constitucional¹¹. Pero en ningún modo esa autorización integra una cláusula de salvaguarda de modo que, materializado el riesgo informado, el mismo resulte impune. Pues como ha se ha pronunciado la jurisprudencia en múltiples ocasiones, el consentimiento informado no supone una especie de “*patente de corso*”¹².

¹⁰ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2000. p. 304

¹¹ Un estudio reciente sobre la jurisprudencia en la materia del Consentimiento Informado lo constituye mi trabajo: MOURE GONZÁLEZ, E., *El Consentimiento Informado como Derecho Fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo*. Diario La Ley, núm. 7912, de 30 de julio de 2012.

¹² Expresión utilizada en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 20 noviembre 2012 JUR\2012\375761, Ponente: Santiago Martínez-Vares García. También en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 2 abril de 2008, JUR\2008\356409, Ponente: Fernando Seoane Pesqueira; y de 29 septiembre de 2010 JUR\2010\367824 Ponente: María Dolores Rivera Frade

La regulación de la responsabilidad patrimonial, de corte administrativo y residenciada en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, ha de complementarse, también en esta materia, con el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU). Tal y como reconoce su artículo 1 se dicta “*en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene carácter de principio informador del ordenamiento jurídico*”. La norma, si bien de un modo criticable como ha puesto de manifiesto TOMILLO URBINA¹³, regula las relaciones jurídicas entre dos sujetos: consumidor y empresario.

Interesa destacar que su artículo 4 considera empresario -de una forma ciertamente tautológica- “*a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada*”. Consecuentemente, atendiendo al tenor literal del precepto, el texto legal acuña un concepto de empresario que va más allá de la configuración mercantil tradicional, ampliándolo a las personas jurídico-públicas. En este ámbito encajaría no sólo la sanidad privada en cuanto actividad empresarial sino también la sanidad pública, resultando así de aplicación al paciente/administrado el régimen de protección jurídica que la norma contiene.

Resulta preciso traer aquí el principio de protección prioritaria en el ámbito de los bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. Dicho principio -positivizado hoy en el artículo 9 del TRLGDCU- exige que, para tal clase de bienes o servicios, los poderes públicos desplieguen una actividad protectora prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios. Obviamente, la cuestión estriba en concretar el concepto jurídico indeterminado: qué ha de entenderse por “*bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*”. Afortunadamente, el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre¹⁴, evita subjeti-

¹³ TOMILLO URBINA, J. *La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor*. Capítulo de: Tomillo Urbina, J., Cayón de las Cuevas, J. (directores), *La Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2010. p. 69.

¹⁴ Si bien dicha norma fue dictada en el desarrollo de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa

vidades judiciales y consideraciones de la normativa, encontrándose, entre otros, los “medicamentos y productos sanitarios”, así como los “servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios”.

Ahora bien, no vamos a desconocer la indeterminación del concepto de consumidor, por la deficiente técnica empleada. En el Derecho inglés, con ocasión de una de las famosas comisiones de encuesta británicas, se publicó en el verano de 1962 el documento “*Final Report of the Committee on Consumer Protection*”, también conocido como “*Molony Report*”, en el que se hacía referencia al “hombre como consumidor” en estos términos: “*the consumer is everybody all the time*”.

A nivel comunitario, el concepto amplio de consumidor late en numerosas declaraciones, así por ejemplo en la Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 14-4-1975, relativa a un Programa Preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección y de información de los consumidores al declarar, en su número 3, que: “*En los sucesos el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarla directa o indirectamente como consumidor*”.

El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios introduce un nuevo concepto de consumidor y usuario más cercado al Derecho comunitario, aunque respetando la tradicional configuración de las personas jurídicas como consumidoras en el Derecho español.

Las regulaciones autonómicas no siguen un mismo patrón. Así unas exigen que la actuación de la Administración Pública como “proveedora”, en su relación con el destinatario final, se realice en régimen de Derecho Privado a los efectos de definir al consumidor y usuario (Ley Foral de Navarra, L7/2006, art. 2; Ley del País Vasco, L6/2003, art. 3; Ley de la Comunidad de Madrid, L11/1998, art. 2); otras acuden a un régimen jurídico específico (Ley 1/1998 de 10 de Marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en cuyo 3 “*se considera proveedora la Administración Pública, cuando preste un servicio o suministre un bien respecto del cual se exige un precio*”. Mientras que el resto de le-



yes no hace referencia excluyente a la naturaleza pública o privada de las entidades proveedoras¹⁵.

de los Consumidores y Usuarios, debe reputarse vigente. Téngase en cuenta que mediante Orden SCO/453/2008, de 14 de febrero, el catálogo fue objeto de actualización para incluir los servicios de la sociedad de la información.

¹⁵ A modo de ejemplo, y por ser la más reciente: Ley 2/2012 de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, art. 3. “*Es consumidor toda persona, física o jurídica, pública o privada, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, que adquiere o utiliza, o a la cual se le oferta, como destinatario final, un bien, cualquiera que sea su naturaleza, o un servicio, cualquiera que sea la forma y actividad en que consista, y cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de aquellos que los produzcan, importen, faciliten, abastezcan o expidan, siempre que el destino final del mismo sea su uso personal, familiar o colectivo, ajeno a una actividad empresarial, profesional o artesanal*”.



No obstante, el concepto legal de consumidor lo es sin perjuicio de los matices o peculiaridades que deriven de las normas específicas dictadas en los distintos sectores de la actividad para la protección de los consumidores y usuarios. Así, por ejemplo, el RD Leg. 1/2007 en los Libros III y IV contiene una regulación específica en materia de responsabilidad civil (Libro III) y en materia de viajes combinados (Libro IV).

El art. 128.1 TRLGDCU se refiere así no al concepto de consumidor sino al de perjudicado, indicando que es aquél que tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en esa Ley por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Este concepto que no es definido, no obstante, debería entenderse que se remite a las construcciones tradicionales del régimen de responsabilidad civil, es decir, aquél

que sufre un perjuicio o daño, en cualquiera de sus modalidades, llámese consumidor, usuario o paciente, ya concretamente referido al ámbito de la actividad sanitaria.

El art. 148 del TRLGDU consagra un régimen de responsabilidad especial en los siguientes términos:

“Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros”.

El legislador ha sometido a ese régimen especial de responsabilidad objetiva –a diferencia del régimen general de responsabilidad por culpa contemplado en el art. 147 de la misma norma–, a los servicios sanitarios. Es decir, ha querido reforzar la garantía frente a cualquier perjuicio o daño derivado del uso de esos específicos servicios que cita, consagrando un sistema de responsabilidad que permite el resarcimiento en todo caso una vez probado el daño y la relación causal, y hasta el límite económico fijado, salvo culpa del perjudicado.

Se ha configurado legalmente así, un interés jurídicamente protegido con el mayor de nivel de garantía posible, en este caso referido al consumidor en el ámbito sanitario, que enlaza precisamente con la construcción del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y más en concreto con la orientación de la más reciente doctrina científica como hemos expuesto más arriba. Podemos decir, tomando como referencia la norma administrativa, que el art. 148 consagra la responsabilidad objetiva por “funcionamiento normal” de los servicios sanitarios, y además de

una forma transversal, es decir, tanto referido al ámbito asistencial privado como al público. Bien es cierto que con los matices y especificaciones que la jurisprudencia del orden civil le ha dado, y que luego veremos.

2.2 Un análisis del Derecho comparado. El caso francés

El Conseil d'État en el año 1993 juzgó el llamado caso *Bianchi*. Al resolver estableció que existe responsabilidad del servicio público hospitalario cuando el tratamiento del enfermo conlleve un riesgo conocido pero improbable en su realización, y que la ejecución del acto sanitario sea causa directa de daños de extrema gravedad que no estén relacionados ni con el estado inicial del paciente ni con su evolución previsible.

El Conseil d'État, como argumenta **FRANCIS DONNAT**, *“partió de la idea de que el hecho de que una intervención terapéutica agrave de forma catastrófica el estado de salud de un paciente, sin que éste pueda beneficiarse de una indemnización, no es aceptable desde el punto de vista de la equidad. Asimismo, consideró el hecho de que no existía en Francia ninguna ley que protegiese en esta medida contra el riesgo de aleas terapéutica”*¹⁶.

El régimen de responsabilidad definido en la jurisprudencia *Bianchi* estaba, no obstante, sometido a condiciones estrictas. La exigencia, en particular, de un “daño de gravedad excepcional” ha limitado el número de casos en los que cabe aplicar esta doctrina; y, en ausencia de una ley reguladora de tal régimen, el Conseil d'État estimó que no podía ir más lejos por vía estrictamente jurisprudencial.

De esa necesidad surgió más tarde la Ley 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario, que introduce importantes modificaciones en materia de Derecho de daños.

El art. 98 de la Ley, el más importante en esa materia, modifica el Título IV del Libro I del Código de Salud Pública y lo divide ahora en tres capítulos, el segundo de ellos dedicado al tratamiento de los daños sufridos en el transcurso de la asistencia sanitaria. Este capítulo tiene una estructura compleja, pues se divide en

cinco secciones. La primera sección (*Principios generales*) está compuesta por tres artículos referidos a la responsabilidad, a la obligación de suscribir un contrato de seguro y a la no aplicación de las reglas de la presente sección a los casos de daños ocurridos con ocasión de investigación biomédica, los cuales tienen su específico régimen jurídico. En lo que respecta a las reglas de responsabilidad, se establece claramente que tanto los profesionales de la medicina como los centros sanitarios responden únicamente en los casos de negligencia, con dos excepciones: en primer lugar, cuando se trate de daños derivados del defecto de un producto utilizado en la asistencia sanitaria; y, en segundo lugar y respecto de los centros sanitarios, cuando se trate de infecciones nosocomiales, excepto que se demuestre que fue causada por un elemento ajeno al servicio sanitario (art. 1142-1 I). Por ello, esos daños, descritos anteriormente, generan el derecho a la reparación a título de solidaridad nacional, en los casos y con el contenido que se establezca reglamentariamente (art. 1142-1 II).

La sección segunda regula el procedimiento amistoso de reparación (transacción) en daños derivados de accidentes médicos, de afecciones yátricas o de infecciones nosocomiales, que se realiza ante una *Comisión regional de conciliación e indemnización*. Y la sección tercera, el procedimiento de valoración en materia de accidentes médicos. La sección cuarta, por su parte, establece el procedimiento de pago una vez se ha determinado la existencia de un daño indemnizable. En concreto, según el art. L. 1142-14, el asegurador o el Estado, según corresponda, debe realizar a la víctima o a sus herederos una oferta de indemnización en el plazo de cuatro meses desde la notificación de la resolución de la Comisión. La aceptación de la oferta equivale a una transacción.

La sección quinta regula las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de contratar un seguro. El capítulo acaba con la sección sexta en la que se establece la regla de prescripción de diez años, a contar desde que los daños son definitivos.

DONNAT, en análisis de esta norma razona así: *“La evolución de la sociedad está marcada por una paradoja: refuerza la seguridad y limita el número de riesgos; pero, al mismo tiempo, crea otros nuevos y suscita una fuerte demanda de prevención y de cobertura. Sin embargo, es tan ilusorio creer en una medicina perfecta en la que nunca hay culpa como creer en el <riesgo cero>” o pensar que todo riesgo puede dar*

¹⁶ DONNAT, F. *La evolución de la responsabilidad patrimonial médica en Francia*. Capítulo 6 de: ADROHER BIOSCA, S., DE MONTALVO JÄÄSKELÄIN, F., *Los avances del Derecho en los avances de la Medicina*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2008. p. 119.

*lugar a una indemnización generalizada, sistemática e integral. Resulta esencial mantener la distinción entre la culpa y el alea, y comprender que ni la una ni el otro pueden desgraciadamente desaparecer por completo*¹⁷.

Parece claro que entre dos escollos –extensión abusiva del concepto de culpa o disolución de ésta dentro del concepto abstracto de “riesgo”– el régimen francés de responsabilidad ha intentado encontrar un cierto equilibrio, sin duda delicado y precario como todo equilibrio.

2.3 Los cambios de criterio del Tribunal Supremo. De la responsabilidad objetiva a la subjetiva y viceversa

a) En la jurisdicción contencioso-administrativa

La Sala Tercera del Tribunal Supremo venía declarando reiteradamente (así, en sentencias anteriores al año 2000, como la Sentencia de 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999, que “la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, por lo cual no sólo no es necesario demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos”.

A su vez, como también había declarado el mismo Tribunal (sentencia de 26 de septiembre de 1998), esa responsabilidad es directa por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido, relación de causalidad o nexo cau-

sal que vincule el daño producido a la actividad administrativa de funcionamiento, sea éste normal o anormal. Por lo tanto, quien reclame a la Administración la indemnización de unos daños sólo tenía que acreditar su realidad y la relación de causalidad que existe entre ellos y la actuación o la omisión de aquélla.

También se decía que la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración obliga a deducir que la conducta del personal médico y asistencial no ha de ser enjuiciada bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado (**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 13 julio 2000 RJ 2000\6008, Ponente: Francisco González Navarro**).

Ahora bien, esos pronunciamientos empezaban a alternarse con otros que argumentaban que, al implicar la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, se hace depender la obligación de indemnizar de la vulneración o no de la “lex artis ad hoc”. En este sentido la sentencia del **Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 22 diciembre 2001 (RJ 2002\1817), Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate**, razona que cuando del servicio sanitario o médico se trata el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a las propias dolencias del paciente.

Tal planteamiento se va abriendo camino poco a poco, justificando que aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían en principio irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva, mientras que han de ser inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culpable, sin embargo también tienen trascendencia en orden a una conclusión sobre el nexo de causalidad, pues el correcto enjuiciamiento sobre la vinculación causal entre el funcionamiento de aquel servicio y el resultado producido exige valorar todos aquellos hechos y circuns-

¹⁷ DONNAT, F. Op. Cit., p. 125.



tancias que sean imprescindibles para solucionar el debate y decidir el litigio.

En este sentido, el análisis sobre si la técnica y los medios de diagnóstico y tratamiento empleados han sido idóneos y correctos permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir, si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, pues sólo son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquéllos (artículo 141.1 de la Ley 30/1992). Este planteamiento es el seguido por la más moderna jurisprudencia; así en sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1999, 3 y 10 de octubre de 2000, 14 de julio de 2001, la ya citada de 22 de diciembre de 2001, 14 de octubre de 2002, 24 de septiembre y 19 de octubre de 2004 y 10 de julio de 2007.

Esos criterios aparecen reforzados con otros argumentos como que cuando nos encontramos

en presencia de una actividad administrativa como es la prestación pública en el ámbito sanitario, una traducción mecánica del principio de objetividad en la construcción del instituto resarcitorio puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia sino incluso a la propia y concreta función del instituto indemnizatorio. De hecho, la jurisprudencia ha repetido incansablemente que este instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 7 febrero 1998, RJ 1998\1444, y otras posteriores 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002).

Con esta premisas generales en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración pasamos a continuación a analizar las sentencias más relevantes recaídas en los últimos años por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en materia de infecciones nosocomiales.

La Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 5

abril 2002 (RJ\2002\3421) Ponente: Francisco González Navarro, estima las pretensiones del perjudicado en base, únicamente, a que las apreciaciones periciales expresadas resultan suficientes para tener por acreditado que el daño corporal padecido por el recurrente trae causa de un proceso infeccioso desencadenado por la presencia del germen “estreptococo faecalis” durante el desarrollo de una intervención quirúrgica correctamente indicada y adecuadamente practicada el día 23 de mayo de 1989 por cuenta de la Administración sanitaria. Es decir, basa la responsabilidad en el nexo causal fáctico, sin más.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 12 marzo 2004 (RJ\2005\2819), Ponente: Santiago Martínez-Vares García, resulta desestimatoria para el paciente afirmando que *“no hay hasta la fecha ningún tratamiento que esterilice completamente la superficie ocular en todos los pacientes e independientemente de lo buena que sea la técnica quirúrgica. Si se opera un volumen suficientemente grande de pacientes, la endoftalmítis aparecerá inevitablemente en algunos casos”*. Por eso, el principal argumento para la desestimación de la pretensión indemnizatoria es *“la inexistencia actualmente de tratamiento que comporte la completa esterilización de la superficie ocular y el hecho de que la intervención quirúrgica se realizara sin complicaciones, según se consigna en el informe facultativo que recoge el proceso clínico”*. Basa, por lo tanto, la desestimación de la pretensión en el criterio de la “lex artis ad hoc”, según el estado de la ciencia.

La Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 19 julio 2004 (RJ\2004\6005), Ponente: Francisco González Navarro, desestimatoria para el particular, fundando el fallo en que *“no puede prosperar la pretendida infracción de los artículos 106.2 y 143 números 1 y 2 de la Constitución, porque se basa en una interpretación errónea y jurisprudencialmente insostenible de la llamada responsabilidad objetiva sin figuras ni condiciones de las Administraciones públicas, y que se genera directamente desde el mismo momento en que se le produce un perjuicio a un administrado. Esta interpretación es rechazable, pues lo que viene diciendo la jurisprudencia –y de forma reiterada– es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama la lex artis”*.

Se constata en la sentencia además que el perjudicado tenía dos factores de riesgo de infección hospitalaria, como son el alcoholismo y el tabaquismo, y no colabora con el sistema, que su resistencia a ser intervenido nuevamente ha contribuido a retrasar la curación, lo que alguna consecuencia ha debido tener en la situación a que ha llegado. Todo ello, sin olvidar que la sanidad pública no daba por terminada su intervención en el caso, pese a lo cual el paciente parece haber renunciado a volver a entrar en el sistema.

El argumento, por lo tanto, gira en torno a dos criterios: agotación de la diligencia exigible –de nuevo la “lex artis”–, y la culpa del perjudicado.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 22 diciembre 2006 (RJ\2006\9587), Ponente: Enrique Lecumberri Martí, estima la pretensión del perjudicado en base a que *“es indemostrable la puerta de entrada, pero cualquier enfermo en la situación de ese paciente puede tener más predisposición a padecer infecciones nosocomiales, y en el informe del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia aunque admite la posibilidad de contagio durante el tratamiento domiciliario, al señalar que «el vaso humedecedor utilizado para la conducción de oxígeno se recomienda que sea utilizado para la conducción que sea limpiado con solución jabonosa y aclarar bien, o bien con agua y lejía, ya que al ser utilizada con agua del grifo puede, con el tiempo, servir de cultivo de gérmenes y entre ellos pseudomona aeruginosa”*.

No se fundamentó la sentencia en la antijuridicidad o no del daño, sino en la vulneración de la “lex artis”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 23 septiembre 2009 (RJ\2009\7324), Ponente: Agustín Puente Prieto, estima el recurso de casación en perjuicio del paciente razonando que *“constituye elemento esencial en materia de asistencia sanitaria, para determinar esa responsabilidad de la Administración, la apreciación del requisito legal que exige la antijuridicidad del daño o, lo que es lo mismo, que el paciente objeto de asistencia sanitaria no esté obligado a soportar el daño; y ello partiendo de la base de que dicha asistencia sanitaria constituye, en esencia, una obligación por parte de la Administración de prestación de medios adecuados conforme a los estándares humanamente exigibles en función del estado de la técnica médica”*.

y que, por el contrario, se excluye toda pretensión indemnizatoria fundada en el mero hecho de haberse producido un resultado lesivo para el paciente, por cuanto que lo que cabe exigir de la Administración es la prestación de esos medios personales y técnicos en función de la situación y conocimientos de la técnica sanitaria, sin que en modo alguno pueda pretenderse que la Administración se convierta en responsable de todo daño cuando se compruebe que la asistencia recibida por el paciente fue conforme a la denominada *lex artis*".

Y analizando la prueba practicada, a efectos del examen de la antijuricidad de la asistencia prestada, añade que "es fundamental tener en cuenta que en la aclaración al informe pericial emitido en las actuaciones por el perito designado por la Sala, se expresa, que <<efectivamente, se utilizaron antibióticos de forma profiláctica y además el adecuado>>, y que <<he de aclarar al Sr. Procurador que la cavidad abdominal, lugar en donde ocurrió la hemorragia es absolutamente estéril (no séptica). Asimismo, según los datos obrantes en la historia clínica se efectuó profilaxis antibiótica y, a mi modo de ver, adecuada>>. Y asimismo afirma el perito que <<no se efectuó profilaxis específica contra la endocarditis bacteriana, pero los antibióticos administrados en cuidados intensivos cubrían holgadamente esta eventualidad>>".

De todo lo anterior se deduce que la actuación sanitaria prestada a la recurrente fue en todo momento adecuada a *lex artis*, y no concurrió por tanto negligencia médica ni hospitalaria, así como que se hizo una correcta aplicación de los medios razonablemente exigibles, tanto personales como materiales, y se practicó una correcta profilaxis con antibióticos que cubría, en términos de razonabilidad, la posible infección, que, por otro lado, resulta tan excepcional que no se contempla, según el perito procesal, la prevención con antibióticos.

La sentencia rechaza, pues, que el principio de responsabilidad objetiva sea aplicable, y se atiende al criterio de ajuste a la "*lex artis*".

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 23 diciembre 2009 (RJ\2010\2944) Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso, esta sentencia desestima las pretensiones de la parte recurrente en los siguientes términos:

"En el presente caso, en la sentencia recurrida, parece apreciarse la existencia de una insuficiente actividad probatoria por parte de la



Administración de que procedió a la práctica de una adecuada profilaxis con antibióticos y, en definitiva, y partiendo del principio de responsabilidad objetiva, considera que la misma es responsable del daño sufrido por la actora ya que corresponde a la Administración probar que adoptó las medidas de profilaxis adecuadas. La parte afectada aduce que la paciente fue tratada tardíamente con antibióticos que debían de haberse suministrado antes de la última intervención, aludiendo a una falta de posible asepsia adecuada a los estándares de seguridad exigibles en el establecimiento sanitario.

La administración, en este recurso de casación, sin embargo cuestiona la antijuricidad de la lesión apreciada por el Tribunal de instancia en relación con la aportación de antibióticos administrados a la recurrente en evitación de posibles infecciones, haciendo expresa referencia a la sentencia de este Tribunal de 14 de julio de 2001 (RJ 2001, 6693).

El núcleo de la cuestión es el examen de la antijuricidad; y, al hacerlo, esta Sala, no realiza una nueva valoración de los elementos probatorios incorporados al expediente sino que enjuicia, simplemente, si de los mismos resulta o no acreditada la conformidad a la *lex artis* de



la actuación administrativa que la Sala de instancia ha confundido con una acreditación de la ausencia de una actuación culposa por parte de los facultativos intervinientes”.

Tras analizar la prueba, básicamente pericial, concluye:

“De todo lo anterior que no es puesto en cuestión por la Sala a quo, se deduce que la actuación sanitaria prestada a la recurrente fue en todo momento adecuada a *lex artis*, y no concurrió por tanto negligencia médica ni hospitalaria, así como que se hizo una correcta aplicación de los medios razonablemente exigibles, tanto personales como materiales, y se practicó una correcta profilaxis con antibióticos que cubría, en términos de razonabilidad, la posible infección, que, por otro lado, resulta tan excepcional que no se contempla, según el perito procesal, la prevención con antibióticos”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 22 noviembre 2010 (RJ\2010\8620), Ponente: Carlos Lesmes Serrano, estima las pretensiones de la parte recurrente además en casación, basándose, fundamentalmente, en el argumento de la falta de consentimiento informado.

“No resulta ocioso recordar que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria para que una lesión consecuencia de una intervención quirúrgica tenga la consideración de daño antijurídico es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad y salud del paciente. Desde esta perspectiva ni el criterio de elección del tratamiento quirúrgico ni la secuela producida de insuficiencia venosa crónica puede ser imputada a la Administración sanitaria pues al haberse actuado con corrección resulta inexistente el preciso nexo causal entra la acción médica y el resultado dañoso.

No puede afirmarse lo mismo respecto de la infección sufrida y la ausencia del consentimiento informado. La actora ha probado la existencia de la infección y ha negado la prestación de un consentimiento informado a la intervención quirúrgica que le fue practicada, dicha regla se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las reglas de la *lex artis*, aportando los documentos justificativos de que se informó a la paciente de los riesgos de la intervención y de que recabó su consentimiento, así como que adoptó todas las prevenciones profilácticas que los protocolos médicos aconsejan para evitar las infecciones nosocomiales, pues es ella y no la actora la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que su actuación en los dos aspectos reseñados fue correcta, cosa que no ha hecho.

Admitida la mala praxis y la existencia de un resultado dañoso, si bien ya corregido y eliminado en gran medida, resta por examinar la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda. La actora solicita una indemnización por importe de 420.000 euros a la Administración, indemnización cuya finalidad reparatoria se extendería a la secuela que padece de insuficiencia venosa crónica o síndrome post-flebítico, así como los padecimientos sufridos como consecuencia de esta dolencia y de la infección sufrida de origen hospitalario. Frente a esta pretensión sólo podemos aceptar como resultado dañoso consecuencia de la mala práctica sanitaria la existencia de la infección y el daño moral derivado de la ausencia de consentimiento informado, por lo que la indemnización que la Sala estima procedente en aras de la plena indemnidad o reparación integral del daño es la de 15.000 euros, con el abono de los intereses que procedan desde la notificación de la sentencia hasta el momento del pago.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 12 abril 2011 (RJ\2011\3192), Ponente: Segundo Menéndez Pérez, no concede indemnización, con base al mismo argumento anterior, pero en sentido contrario, es decir, por existir consentimiento informado:

“En este caso y frente a la alegación en contrario del perjudicado, el paciente prestó por escrito su consentimiento informado a la realización de la intervención quirúrgica de apendicitis aguda de cuya evolución resultaron las actuaciones sanitarias posteriores. En ese documento, obrante en el folio 21 del expediente, fechado y con los nombres y firmas del paciente y del médico informante, respectivamente, se informaba como posibles riesgos de la intervención quirúrgica de apendicitis aguda, entre otros, infección de la herida, dehiscencia de sutura, sepsis intra-abdominal, resección intestinal e íleo paralítico. De esta forma el paciente quedaba informado de que, como consecuencia de la realización de la intervención quirúrgica se podían desencadenar estas patologías, como realmente sucedió, incluso en el supuesto de que la actuación médica fuera irreprochable desde la perspectiva de la lex artis, como es el caso.

En mérito a lo puesto no cabe sino concluir que además de no existir relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación administrativa como presupuesto necesario para el nacimiento de la responsabilidad de la Administración, no abriéndose acreditado de ningún modo, ni cabe deducirlo así de los informes médicos, sino más bien lo contrario, que se hubiera efectuado una intervención sanitaria desconocedora de las prácticas médicas al uso, tampoco concurre el requisito de la antijuricidad del daño”.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo C-A, sección 4ª, de 14 febrero 2012 (RJ 2012\3975), Ponente: Enrique Lecumberri Martí, se desestima el recurso de casación interpuesto a instancia de los recurrentes porque el tribunal considera que no hay infracción de la “lex artis” en cuanto a las medidas de asepsia prestadas con ocasión de la intervención quirúrgica ni tampoco déficit de consentimiento informado. El fundamento fáctico que determinó el fallo es que el afectado se encontraba en una grave situación de base en la que su sistema inmunitario se encontraba muy debilitado y basándose en el Informe de la Inspección Médica que constaba en el expediente administrativo determina, que no hubo ni negligencia por falta de adopción de medidas de asepsia previas a la intervención quirúrgica, ni tampoco déficit de

consentimiento informado en cuanto a la concreta posibilidad de infecciones respiratorias intrahospitalarias.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo C-A, Sección 4ª, de 3 abril 2012, (RJ 2012\5672), Ponente: Enrique Lecumberri Martí, cuyo fallo estima las pretensiones indemnizatorias del perjudicado por la ausencia de consentimiento informado, porque:

“No existió constancia documentada de la necesaria información previa y posterior consentimiento de la paciente, antes de la intervención. Se aportó por el recurrente una prueba caligráfica que concluye que la firma existente en el documento que consta en las actuaciones no puede atribuirse a la recurrente de forma inducida”.

Además el alto tribunal consideró vulnerados infringidos los artículos 106.2 de la CE y los artículos 139.1 y 2 y 141.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, puesto que el Tribunal de instancia incurrió en error al no apreciar infracción de la “lex artis”, cuando argumenta que *“el centro médico no ha remitido los controles de cumplimiento de los protocolos de asepsia y en cuanto a los controles de calidad que remitió, en alguno de ellos aparecieron gérmenes infecciosos, entre ellos, el que causó la infección de la recurrente. Es contrario a las reglas de la lógica concluir que si existen protocolos de asepsia, éstos se cumplen efectivamente de forma automática. El personal sanitario no adoptó las medidas de asepsia antes y después del acto quirúrgico. Nada se hace constar en la Historia Clínica de la paciente”.*

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª, de 9 octubre 2012 (RJ 2012\9798) Ponente: Santiago Martínez-Vares García, sin embargo se desestima el recurso de Casación interpuesto a instancia de un particular, por las circunstancias propias circunstancias del paciente, al existir la posibilidad de complicación, puesto que el paciente de 53 años tenía obesidad, hiperglucemia, condromalacia, hipertensión, insuficiencia venosa y cardiopatía. Y a lo que se añadía que, caso de ser contraída infección, su curación podía ser complicada por la alergia del paciente al uso de antibióticos de Penicilina o Amoxicilina. Por lo tanto, estas circunstancias subjetivas permiten modular la responsabilidad contractual de la administración.

En la actuación sanitaria no hubo desatención concretada y específica y respecto del

adecuado uso de las técnicas propias de medicina preventiva para asegurar en la medida de lo posible la no contracción de enfermedad. Además en el relato fáctico de la sentencia analizada se establece que los informes obrantes en las actuaciones evidencian, sin lugar a dudas, el cumplimiento de las medidas recogidas en los protocolos de actuación médica, aseguradoras de la mayor profilaxis que, con los medios y conocimientos actuales, permite la técnica. Por lo tanto, se entiende que se observaron en todo momento las prescripciones ajustadas a la “lex artis”.

Se constata, además, que el enfermo y su familia estuvieron informados en todo momento.

La jurisprudencia de la Sala 3ª, en resumen de ese recorrido por sus últimas sentencias, y según los criterios actuales, aplica para el enjuiciamiento de los casos de infecciones nosocomiales el criterio responsabilidad subjetiva en base a la adecuación de la actuación sanitaria a la “lex artis”, si bien, en beneficio del perjudicado operando una inversión de la carga de la prueba de la misma, de modo que sea la Administración quien tenga que demostrar, una vez acreditado por el perjudicado el nexo causal entre la infección y la estancia hospitalaria, que cumplió todas las normas de asepsia protocolizadas en el correspondiente plan de profilaxis.

b) En la jurisdicción civil

Durante bastantes años, según **ASUA GONZÁLEZ**, pareció haber una conspiración de silencio en torno a la mención en el artículo 28 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actual 148.1 del TRLGDCU) a los servicios sanitarios. Ello posiblemente se debió, según dicha autora, “a una conjunción de factores: cierta perplejidad y desconcierto en cuanto a su real virtualidad, resistencia a admitir consideraciones alejadas de la culpa en un ámbito como el sanitario y la falta de eco público de la jurisprudencia de instancia donde había comenzado a invocarse y/o aplicarse”¹⁸.

Desde luego, y tal y como ya se ha señalado con mucha frecuencia, las primeras reacciones del Tribunal Supremo distaron mucho de ser halagüeñas respecto a la virtualidad de dicho precepto: en la criticada sentencia del

22-7-1994 se calificaba a la Ley 26/1984 de *Ley marco con carácter de principio informador del ordenamiento y se circunscribía su ámbito obligatorio y sancionador al campo administrativo*; y en la de 11-2-1997 se podía leer: “*El tercero y último motivo de casación (...) achaca a la sentencia dictada por la Audiencia, violación de los artículos 5, 26, 27, 28 y 29 de la Ley 26/1984 (...) Más concretamente la parte recurrente imputa la violación de dichos preceptos por no acoger el tribunal la responsabilidad objetiva que en ellos se recoge. Mas esta Sala ha dicho de forma reiterada que en materia de culpa médico-sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada sino en todo su rigor los principios subjetivistas...*”

Poco después, sin embargo, en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, núm. 604/1997 de 1 julio de 1997 (RJ 1997\5471) Ponente: José Almagro Nosete**, el Tribunal Supremo consideró aplicable por primera vez el artículo 28 LGDCU. Se trataba de una infección que tras artroplastia de rodilla, agravó el curso de un postoperatorio que culminó con la amputación de la pierna, y tanto en la primera como en la segunda instancia se había descartado la responsabilidad del médico y del INSALUD. El Alto Tribunal entró a analizar en primer lugar los motivos que denunciaban la inaplicación de los artículos 1 y 28 de LGDCU y, determinando que los mismos prosperaban, manifestó: “*Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados por el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría de las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomonas aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a un intervención quirúrgica adquirida, en el medio*

¹⁸ ASSUA GONZÁLEZ, C.I. *Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU*. Capítulo de: MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, 1ª edición Dykinson, Madrid, 2007. p. 47.

hospitalario o su reactivación en el mencionado medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar; en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva...”.

De este modo, la sentencia no sólo inaugura la aplicación del artículo 28 LGDCU, sino que sienta un modo de proceder que desde entonces se repite invariablemente en la aplicación del precepto, hasta fechas recientes como luego veremos: cuando el Tribunal Supremo lo invocaba era vinculándolo, sin embargo y de alguna manera, a la culpa.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 688/1997, de 21 julio de 1997 (RJ 1997\5523), Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz, trataba el caso de la amputación de una pierna como consecuencia de una gangrena gaseosa producida por una infección de *costridium* a través de herida quirúrgica. Condenado desde la primera instancia el INSALUD, y alegándose en el recurso de casación, entre otros motivos, la infracción de los artículos 1903 y 1903, párrafo 4º CC se desestima el motivo, considerando que la actuación culposa “*se deduce del propio resultado producido*”. “*A mayor abundamiento*” se consideraron aplicables al supuesto artículo 1, 23 y 28 LGDCU, expresando que la producción de un daño genera responsabilidad objetiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 667/1998, de 18 junio de 1998 (RJ 1998\5290), Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, analizaba el fallecimiento como consecuencia de shock séptico causado por una bacteria intrahospitalaria, *pseudonoma aeruginosa*. Condenado desde la primera instancia el Instituto Catalán de Salud y planteado recurso de casación, el Tribunal Supremo desestimó el mismo considerando aplicable el artículo 1101 CC y afirmando que la inoculación de la bacteria intrahospitalaria no pudo ser debida más que a una falta de control higiénico. A mayor abundamiento, también, se consideran aplicables los artículos 1, 26 y 28 LGDCU y se habla de una responsabilidad objetiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1146/1998, de 9 diciembre de 1998 (RJ 1998\9427), Ponente: Excmo Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz, en relación con el fallecimiento como consecuencia de una infección tetánica tras una operación de juanetes. Condenados desde la segunda instancia el cen-



tro hospitalario y la aseguradora y planteado éstos recurso de casación invocando la infracción del artículo 1902 CC, el Tribunal desestima con el resultado (daño desproporcionado) y que es correcta la imputación de responsabilidades al hospital ex artículo 1903 CC. Después se hace una referencia a las SSTS 1-7-1997 y 21-7-1997 y, como aquellas invocaban los artículos 1, 26 y 28 LGDCU, al reproducirlas se hace presente otra vez la referencia al régimen objetivo.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1038/1999, de 9 diciembre de 199 (RJ 1999\8173), Ponente: Román García Varela, trataba el caso de una paciente ingresó en un hospital para una operación de cataratas y finalmente para atajar una infección se le termina extirpando el ojo. Absueltos por la Audiencia todos los demandados, el Tribunal Supremo estima el recurso y condena al Servicio



Andaluz de Salud con base en el artículo 1903, párrafo 4º CC considerando que se trata de un daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad. “Por lo demás”, se consideran aplicables los artículos 1, 26 y 28 LGDCU y se califica de objetiva la responsabilidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 68/2001, de 5 febrero de 2001 (RJ 2001\541), ponente: Francisco Marín Castán, desestima el recurso planteado contra una sentencia de Audiencia absolutoria (como lo fue la del Juzgado) en el caso de fallecimiento de un niño al parecer errónea, pero diligentemente diagnosticado de catarro común. Falleció de una insuficiencia respiratoria aguda, secundaria a una neumonía bilateral, pero se consideró que el diagnóstico y tratamiento eran perfectamente compatibles con los síntomas y que, por ello, no se había incurrido en negligencia. Repárese,

por cierto, en el que el caso encajaría perfectamente en uno de los supuestos planteados con anterioridad. Pues bien, alegada, entre otros motivos, la infracción del artículo 28 LGDCU, el Alto Tribunal realiza consideraciones como las que siguen: “*Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica u hospitalaria aplican el citado artículo 28 (...) No obstante, tales sentencias suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario o a consecuencias de transfusiones de sangre., de fallos de determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención..o, en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención (...) De otro lado también tiene declarado esta Sala que los arts. 1902 y 1903 CC son partes de un sistema de responsabilidad civil asentado sobre la culpa... Y como doctrina reiterada... que para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicable o un enfermo se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia... ya que en la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva...*”.

Excluye, pues, la aplicación del art. 28 al personal sanitario.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238), Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, estimatoria de las pretensiones resarcitorias del afectado, establece que “*todo lo cual aparece reconocido en nuestro derecho y dirigido a la responsabilidad de establecimientos sanitarios -como es el caso presente- para el caso de una deficiente atención médica u hospitalaria, en el artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que habla de los “servicios sanitarios” y que en su apartado primero se establece una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva*”.

Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando “*por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, Incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debi-*

das condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros. Producido y constatado el daño se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad”.

Y añade: “Hay, pues, nexo causal entre éstas y la enfermedad, de lo que deriva la apreciación de la culpabilidad, pues de no darse éste, no se habría producido el daño. Así se ha mantenido por la jurisprudencia desde, entre otras y como más importantes, la de 14 de junio de 1984 hasta las más recientes de 23 de enero de 1996, 8 de octubre de 1996, 21 de enero de 2000, 9 de octubre de 2000 y 24 de enero de 2002 (...). A mayor abundamiento, no puede obviarse la reiterada Jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva que impone, para los servicios médicos, el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), general para la defensa de los consumidores y usuarios”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1377/2007, de 5 enero de 2007 (RJ 2007\552), Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, establece en relación a la responsabilidad sanitaria que “*resulta aplicable lo establecido en los artículos 1, 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, por cuanto el actor es consumidor, ha utilizado unos servicios, los sanitarios, y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones hasta el usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio que desde luego comprende los servicios prestados por el Servicio Andaluz de Salud, y por ello el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva, STS de 1 de julio de 1997.*

Producido y constatado el daño que supone la pérdida de visión de un ojo, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en la visión del ojo, por la concurrencia al menos de un factor exógeno, como fue la infección por Stafilococo Aureus Resistente, que degeneró el





proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan la responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden de suyo o deben impedir por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario.

Así, aún cuando el artículo 1903 del Código Civil presupone una actuación culposa, ésta se deduce del propio resultado producido, tal y como establecen las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1997 (RJ 1997/4769), 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3249) y 23 de abril de 1998, por cuanto en este caso surgieron complicaciones, la infección, que supusieron una imprevisión evitable, ya que en otro caso, si la infección se consideraba como posible, aún en ese 1% aludido en la prueba practicada, debía de haber sido advertido el paciente, que quizá ante la perspectiva de mejorar la visión o perder la visión total de su ojo izquierdo, como finalmente sucedió, hubiera optado por medios alternativos o con continuar con la deficiencia funcional de visión disminuida o parcial de ese ojo izquierdo, del que iba a ser, supuestamente mejorad”.

La Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), auto de 13 noviembre 2007. JUR 2007\361822, Ponente: José Antonio Seijas Quintana, desestima el motivo casacional fundado en la infracción del artículo 28 de la Ley de consumidores y usuarios, a favor de los perjudicados, reiterando la existencia de nexo causal entre la infección sufrida por el paciente y su posterior fallecimiento. La sentencia se pronuncia en los siguientes términos:

“Sobre dichas cuestiones la interpretación efectuada por parte de la Audiencia Provincial no admite lugar a dudas, ya que dicho Tribunal y efectuando una valoración de la totalidad de la prueba practicada, y especialmente de los diversos informes periciales así como de las testificales, concluye terminantemente sobre la existencia del nexo causal entre “la infección nosocomial” sufrida por el paciente, y detectada a los diez días de hallarse hospitalizado, y su posterior fallecimiento, resultando reseñable a tales efectos el informe de autopsia, el cual determina que el agente causal de la broncoeneumonía

fue la *pseudomona aeruginosa* “con muchísima probabilidad” [...] conllevando todo ello que no quepa la posibilidad de entender el recurso de casación como una tercera instancia en la que se realice una nueva y favorable valoración y apreciación de las pruebas existentes en el procedimiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sección 1ª, núm. 1155/2007, de 19 octubre de 2007 (RJ 2007\7309), Ponente: José Antonio Seijas Quintana, desestima el motivo casacional de infracción del artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios en los siguientes términos:

“No se infringen los artículos 25, 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [...]. El motivo vuelve a hacer supuesto de la cuestión para exonerarse de responsabilidad a partir de hechos distintos de los que establece la sentencia tratando de demostrar algo que esta niega de una forma expresa, como es el que tuviera un control técnico y profesional en cuanto a los gérmenes o infecciones en su área quirúrgica, y que esos controles los practicaba semanalmente: en primer término, porque no se aporta el resultado de los mismos, y, en segundo lugar, porque lo es cierto es que, pese a tales controles, los gérmenes estaban en alguno de los elementos de la citada clínica, pues sólo así se explica la contracción del proceso infeccioso en el medio más frecuente, como es el hospitalario”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 438/2009 de 4 junio (RJ\2009\3380), Ponente: José Antonio Seijas Quintana, considera aplicable la responsabilidad objetiva dimanante de la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) con el siguiente razonamiento:

*“Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541); 26 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1668); 17 de noviembre de 2004 (RJ*

2004, 7238); 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 552) y 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3176)).

En el caso enjuiciado, pese a la aparente contradicción denunciada en la argumentación del motivo, la sentencia recurrida parte de un doble planteamiento de responsabilidad contractual y extracontractual, pues aun reconociendo que la demandante acciona con base en los arts. 1902 y 1903 C.C., entiende que lo correcto hubiese sido casualizarla bajo la responsabilidad contractual, porque esa es la relación que surge del contrato de seguro de asistencia sanitaria entre el demandante y la demandada. Las prestaciones del contrato de seguro de asistencia sanitaria no se limitan a facilitar los servicios sanitarios a través facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas. El art. 105 L.C.S. le da un carácter más amplio diferenciándolo del seguro de enfermedad al señalar que: “Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan”.

Ahora bien, y así lo dice la recurrida, este carácter netamente contractual no supone confusión alguna de los ámbitos de la responsabilidad. “Se hacen con un solo designio; dejar claro que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual en la que nos movemos”.

Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 694/2010, de 29 octubre de 2010 (RJ\2010\7617) y misma Sala y Sección, núm. 340/2011, de 20 mayo de 2011 (RJ\2011\3982), ambas siendo ponente: José Antonio Seijas Quintana, aunque desestimatorias para los recurrentes fijan los parámetros para determinar la responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario privado, estableciendo que la infracción de los artículos 1, 25 y 28 de la Ley 25/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y lo razona del siguiente tenor:

*“Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores úni-*

camente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios; aspectos que tampoco fueron desatendidos por parte de quien venía obligada a prestarlos en virtud del seguro de asistencia sanitaria puesto que no puede hablarse de imputación objetiva del fallecimiento de la paciente el pretendido funcionamiento defectuoso del servicio, cuando no existe nexo causal directo entre el daño y los servicios puestos a su disposición en virtud del seguro concertado, como expresamente sostiene la sentencia”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1155/2007, de 19 octubre de 2007 (RJ 2007\7309), Ponente: José Antonio Seijas Quintana, argumenta lo siguiente para otro caso de infección nosocomial, con reproche al centro hospitalario:

“Concorre de esa forma nexo de causalidad entre su omisión y la producción de éste, siendo aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario que comprende la evitación de infecciones hospitalarias o nosocomiales subsiguientes a la intervención”.

La Sentencia del Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1377/2007, de 5 enero de 2007 (RJ 2007\552), Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, establece en relación a esta objetivación de la responsabilidad en el ámbito sanitario que *“en ocasiones la jurisprudencia ha hablado de responsabilidad cuasi objetiva, o de inversión de la carga de la prueba. Se trata de aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas”.*

Este concepto de responsabilidad objetiva, según esta sentencia, ha sido especialmente aplicado para apreciar la responsabilidad de los servicios médicos por la infección que contrae el paciente con motivo de una intervención quirúrgica, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del cirujano cuando se acredita la falta de omisión de medidas de prevención o diagnóstico a él imputable. El fundamento de aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios respecto de los servicios sanitarios debe proyectarse

sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos, pues el antiguo art. 26 LGDCU establece la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados *“a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad”* y el art. 28 LGDCU vincula la derivada de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que *“por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario”.*

El principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando este se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas, para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario”.

La Sentencia del Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 333/2012 de 18 mayo RJ 2012\6356, Ponente: José Antonio Seijas Quintana, aunque desestima las pretensiones de la parte demandante delimita perfectamente la aplicación de la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios:

“Se invoca la infracción de los artículos 25 a 29 de la Ley de Defensa de Consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, toda vez que acreditada la negligencia médica del médico al no controlar, como debiera, la suspensión y reanudación del tratamiento que para la patología se había indicado al paciente, debe operar la protección que despliegan tales preceptos. Esta responsabilidad respecto del facultativo se desestima puesto que la normativa de con-

sumidores no ha sido aplicada en la sentencia ni pudo aplicarse. Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541); 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238); 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 552) y 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3176))”.

La jurisprudencia de la Sala 1ª, en resumen de ese recorrido por sus últimas sentencias, y según los criterios actuales, aplica para el enjuiciamiento de los casos de infecciones nosocomiales el criterio de responsabilidad objetiva recogido en el art. 148 TRLGDCU (antiguo 28 LGDCU), exclusivamente en relación al titular del centro hospitalario donde se contrae la infección (para los profesionales sanitarios aplica el criterio de responsabilidad subjetiva del art. 1902 del Código Civil), una vez acreditado por el perjudicado el nexo causal entre la infección y la estancia hospitalaria.

4.-Conclusiones

La Sala 3ª del Tribunal Supremo elude en todas sus resoluciones en materia de responsabilidad patrimonial aplicar el artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (antiguo art. 28 de la LGDCU). Por el contrario, la Sala 1ª del mismo Tribunal lo viene aplicando como criterio legal de imputación del daño derivado de una infección intrahospitalaria, incluso cuando la condenada al pago resulta ser una Administración pública, en cuanto titular del centro hospitalario. La citada norma no tiene virtualidad exclusiva en el ámbito privado, sino que extiende su aplicación al perjuicio sufrido por quien use un servicio sanitario, sin distinción referida al carácter público o privado del proveedor del mismo. Esa aplicación en aras de fundamentar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas permitiría acomodar la solución auspiciada por la más moderna doctrina administrativista, en el sentido de que los daños de naturaleza “cuasiexpropiatoria” son los únicos que entran dentro del concepto de funcionamiento normal a que se refiere el art. 139 de la Ley 30/92. Pues las infecciones intrahospitalarias son un riesgo

que la propia asistencia sanitaria genera “per se”; es decir, que por el mero hecho de disponer de una red hospitalaria pública que posibilita el derecho a la protección de la salud, se corre el riesgo de contagio y de sufrir, en consecuencia, un grave daño. Así, y de igual forma que la jurisprudencia de la Sala 3ª ha venido considerado como funcionamiento normal indemnizable los daños derivados de la vacunación obligatoria al entenderlos como “cuasiexpropiatorios” (véase la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 4ª, de 6 de noviembre de 2012, RJ\2012\10612, Ponente: Santiago Martínez-Vares García**, que confirma la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 18 de diciembre de 2010, JUR\2011\131567, Ponente: José Luis Piquer Torromé**), lo mismo ha de ocurrir con los derivados de la infecciones intrahospitalarias, pero sin entrar ya en esa categorización ciertamente arriesgada, sino en atención a la niveles de eficacia y seguridad omitidos y a los que se refiere como garantía de resarcimiento el ya invocado artículo 148.

5.-Bibliografía

ADROHER BIOSCA, S., DE MONTALVO JÄÄSKELÄIN, F., *Los avances del Derecho en los avances de la Medicina*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2008.

DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los Servicios Públicos*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009.

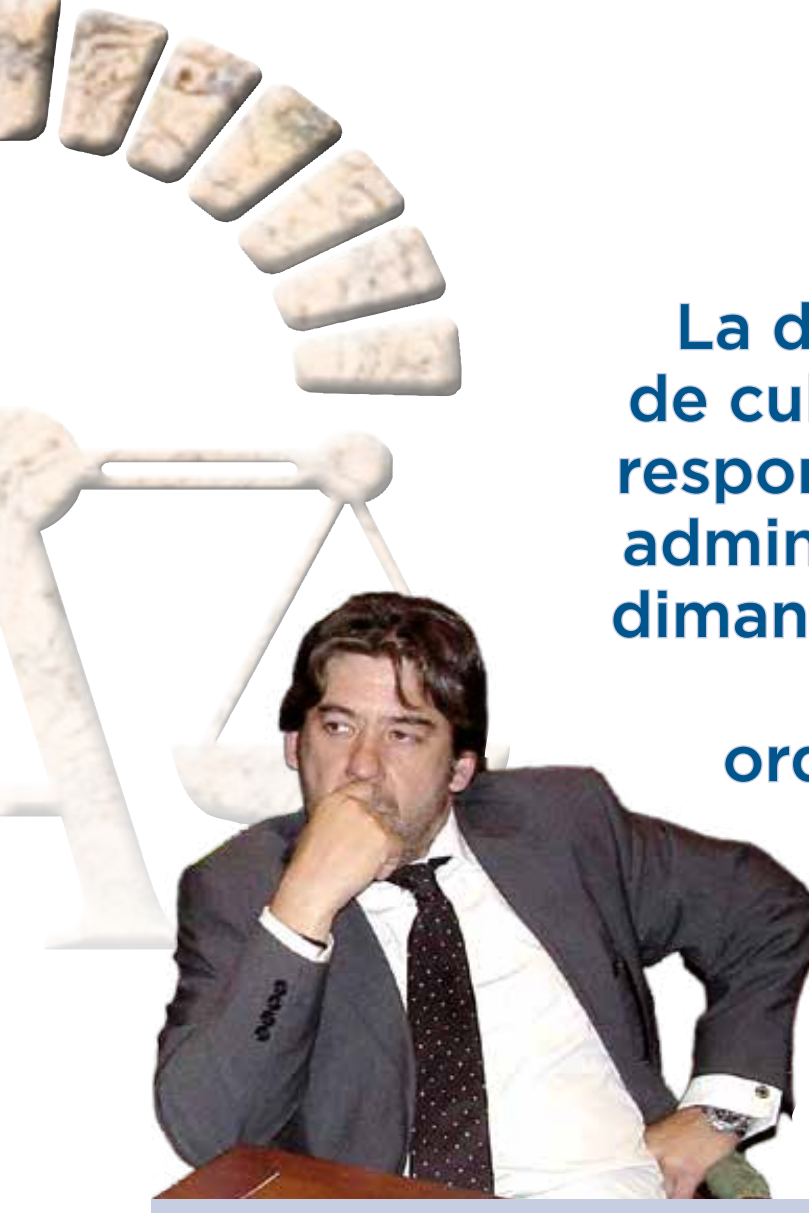
JIMÉNEZ, S., MARTÍNEZ, V., BELDA, E. (coordinadores), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2008.

MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2000.

MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, 1ª edición Dykinson, Madrid, 2007.

PANTALEÓN, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1995.

TOMILLO URBINA, J., CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (directores), *La Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2010.



La diatriba y el negocio de culpas disperso en las responsabilidades civiles, administrativas y penales dimanantes del accidente de trabajo en el ordenamiento jurídico español. Hacia el estatuto único del accidente de trabajo

Juan Manuel Rozas Bravo
Abogado

I.- Introducción y delimitación legal del accidente laboral

El accidente de trabajo en España, con absoluta abstracción del hecho jurídico, que no humano, es, sin duda, uno de los ejemplos de dispersión de efectos y superposición de responsabilidades legales más excepcionales de la literatura jurídica y jurisprudencial y, en mi modesta opinión, la carencia de regulación unitaria, convierte tal figura en un germen de inseguridad y en un negocio jurídico del daño y de la responsabilidad del empleador, que incluso se desarrolla al margen de la propia voluntad del trabajador.

A tenor del art. 115.1 LGSS, y prácticamente desde la Ley de 1900 (Ley de Accidentes de 30 de Enero) es accidente de trabajo toda lesión

corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, si bien en la actualidad este campo, al menos en lo atinente a su concepción, puede abarcar a otras figuras no asalariadas, sobre todo por la tendencia de nuestra legislación a homologar el status de personal laboral y funcionario de las Administraciones Públicas.

No va a versar, ni mucho menos, esta ponencia sobre la naturaleza, distinción, alcance, presunción o características del siniestro laboral, ni sobre el variado juego de interconurrencias o intercomunicaciones entre la protección pública y privada, o sus prestaciones sociales o convencionales, sino sobre un aspecto poco desarrollado, pero fundamental en los tiempos en que vivimos, y que se hace preciso consolidar con una regulación unitaria, como es el alcance de la responsabilidad de la empresa y terceros respecto del resultado lesivo o daños para el trabajador.

Para ello ha de atenderse, como he dicho, al tembloroso pulso del legislador actual, pese al tímido intento de unificación hacia el proceso laboral, tras la promulgación, a finales de 2011, en el ocaso del gobierno socialista, de la Ley 36/11, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que en su artículo 2.e) y q) deja, eso sí, a los jueces del orden contencioso administrativo, los recursos jurisdiccionales de impugnación de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, acabando, en materia de responsabilidad por accidente de trabajo, con la ficticia separación de los ordenes civiles y laborales según existiese o no incumplimiento de medidas de seguridad, cuestión esta que tanta literatura jurisprudencial arrastró y se cruzó, no siempre de firma sincronizada, entre ambas Salas de Casación, la Primera y la Cuarta del Palacio de las Salesas (n1)

II.- Los campos de actuación, sujetos, órganos y otros recaudadores del siniestro

Básicamente, el accidente laboral tipo, grave, con secuelas de lesiones corporales o fallecimiento, apertura, casi automáticamente, la responsabilidad penal de los posibles causantes, y por consiguiente la civil directa y/o subsidiaria, y abre una tábula rasa en el complejo campo del derecho administrativo sancionador, junto a los posibles expedientes de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, ello unido a las posibles acciones de reintegro y repetición de los terceros, como pueden ser la Mutua de Accidente de Trabajo, y el propio Instituto Nacional de la Seguridad Social,





ex artículos 11,12 y 13 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, del año 2000, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto RCL\2000\1804, ello en conexión directa con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, BOE del 10 de Noviembre.

En el ámbito penal y dejando al margen las faltas de lesiones o los delitos de lesiones por imprudencia, y los accidentes de circulación in itinere hablamos de de la posible comisión de un delito contra la Seguridad en el Trabajo que se recoge en el art. 316 y 317 del Código Penal de 1995 y que castiga a aquellos que con infracción de normas de prevención de riesgos laborales pongan en peligro grave la vida de terceros trabajadores y en el caso de administradores o encargados del servicio la responsabilidad penal concurre si hubieran sido responsables o conocedores pudiendo remediar el daño.

Los artículos citados se encuentran dentro del título XV del Código Penal democrático, el de 1995 denominado “de los delitos contra los derechos de los trabajadores” y concretamente referidos a la imputación por dolo (316) o por culpa (317) y que curiosamente en su art. 318 contiene una referencia para la atribución de estos hechos a las personas jurídicas, para la imposición de la pena señalada a sus Administradores o encargados del servicio, precepto éste último que no ha sido reformado y atemperado a las circunstancias de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, de Reforma del Código Penal, que contiene la revisión del concepto penal de inimputabilidad de las sociedades jurídicas.

Este es el primer escalón y obstáculo con el que los operadores jurídicos nos encontramos ya que no siempre, aun existiendo sanción de la Inspección de Trabajo, y no dando ésta traslado a la autoridad judicial del posible tanto de culpa, el instructor archiva la causa por el delito específico, y ello aunque la propia Ley de Infracciones prevé que sea la Inspección de Trabajo la que manifieste la posible ilicitud penal de los hechos. (n2)

Resulta, por lo tanto, relevante, destacar que si la máxima autoridad (Provincial) y especializada en derecho laboral y autorizada expresamente por Ley formal para velar por el cumplimiento de la normativa de Seguridad e Higiene en el Trabajo, ha entendido que los hechos no son constitutivos de infracción administrativa, ni siquiera leve, el principio de intervención mínima que guía nuestro derecho penal impediría o debería impedir, de facto y a limine,

criminalizar unos hechos que son del todo ajenos a la esfera punitiva del derecho penal desde el momento en el que la Inspección no levanta el tanto de culpa.

Tan solo, por tanto, en aquellos casos en los que la Inspección de trabajo haya entendido que la infracción es muy grave, podríamos encontraros ante la posibilidad de que se haya cometido un delito que tenga encuadre en el tipo que se imputa en los artículos 316 y 317 del Código Penal de 1995, bien por dolo directo, bien por imprudencia grave, pues sería paradójico que infracciones que en el ámbito administrativo se consideran leves, y que llevan aparejadas en ocasiones meras amonestaciones o multas de escasa entidad, puedan confirmar al mismo tiempo los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que se esta imputando.

En el ámbito administrativo se superponen, o se encadenan, la responsabilidad por sanción, que está desarrollada en la LISOS, y que se tramita a través del Procedimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2000, aprobado por Real Decreto núm. 138/2000 de 4 de febrero, RCL 2000\457, y que en principio responde únicamente al principio punitivo del injusto, esto es, a la actuación dolosa o imprudente de la empresa en materia de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y a la necesaria prevención de riesgos laborales.

Llegados a este punto-palanca, resultará que La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (ahora laboral), relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, según el texto del Real Decreto Ley 5/2000, artículo 43.

En segundo lugar, y al margen de las resoluciones que recaen en materia de invalidez o incapacidad, permanente o transitoria, y de las sanciones en materia de prevención de riesgos de la citada LISOS, aparece el llamado recargo de prestaciones, de amplio espectro, por la abstención o propagación de esta multa adicional, dependiendo de la actuación de la Inspección y de terceros perjudicados, incluida la administración de la Seguridad Social, a través de su gestora, el Instituto Nacional de la Seguridad Social que puede, de oficio o a instancia de parte, de-

cretar el recargo de prestaciones hasta en un 50% sobre el cálculo de la base reguladora a su vez tomado por el INSS para la correspondiente pensión.

Este recargo de prestaciones se encuentra regulado, como no, autónomamente, en la Ley General de la Seguridad Social (n3) y a través del art. 123.1 LGSS que establece que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán entre un 30% y un 50% cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, (n4) interpretando el artículo 123 de la LGSS, viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometida alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998)".

Esta figura, muy discutida, y que está a caballo entre la sanción y el resarcimiento no asegurable, es de aplicación absolutamente discrecional por la administración, y aunque no parte ni puede partir de criterios de responsabilidad objetiva, como lo hacen las prestaciones automáticas de la Seguridad Social, sino por dolo o culpa, debe revisarse y reconfigurarse, ya que es, en mi opinión, incompatible con la sanción que se impone a la empresa, que es doblemente sancionada dependiendo muchas veces de un inestable criterio del INSS que lo aplica aunque la Inspección de Trabajo no haya indicado o

promovido la correspondiente apertura de expediente de recargo.

Es más, se dan supuestos tan kafkianos como que existan causas penales por delitos contra la Seguridad en el Trabajo que no han sido objeto de recargo por prestaciones ni, por supuesto, informados en tal sentido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social correspondiente.

El recargo, obviamente, no es asegurable, ni puede transmitirse o delegarse, si bien es habitual que las grandes constructoras intenten vincular, por ejemplo, las retenciones de los subcontratistas a efectos de asegurar la responsabilidad solidaria del recargo, existiendo alguna jurisprudencia que ha declarado nulo este tipo de pactos, basándose para ello en la figura del fraude de Ley (n6)

En tercer lugar aparecen, de forma colateral, y con más fuerza cada día, las acciones de reintegro por gastos sanitarios y médicos ajenos a la acción pública e independiente de la voluntad del trabajador, como es el derecho de repetición de las MATEPSS y/o empresarios, ex artículo 127 de la LGSS. (n7) que además inspiró, por cierto, o tuvo un efecto dominó en las Resoluciones de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda para delimitar y exigir la responsabilidad solidaria del contratista y subcontratista ante la existencia de deudas tributarias. (n8)

Las Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en su calidad de entidades gestoras en virtud del mandato conferido en los arts. 126 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social, poseen esta facultad singular, como vemos, para el reintegro o reembolso de prestaciones sanitarias adelantadas en virtud del aseguramiento del riesgo sufrido por los trabajadores y derivado de accidentes de trabajo, frente al tercero responsable, civil o penalmente, del siniestro.

El precepto fundamental que legitima a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de la Seguridad Social para la recuperación o reintegro de las prestaciones abonadas en favor del operario damnificado, al que ha asistido por concierto con la empresa, tiene su base en el art. 127 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 1/94 de 20 de Junio, BOE de 29/06/94), ya citado, pero vaya por delante, como se ha dicho, que no nos encontramos ante un derecho de repetición o de subrogación que pudiera derivar de los arts. 1902 o 1903 del

Código Civil, ni del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980, y por lo tanto, a pesar de la confusión que ha reinado en la doctrina, sobre todo de las Audiencias menores, no se trata del derecho genérico de subrogación legal que establece el art. 1210 del Código Civil, y que regula la subrogación en los casos de pago por tercero que tiene interés legítimo en el cumplimiento de la obligación.

Muy al contrario, se trata de una facultad *ex-lege* y que se incardina en el nombrado artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social que tuvo su antecedente inmediato en el mal llamado derecho de repetición o regreso reconocido en el art. 79.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo, y que también se consagraba en el artículo 53 de la derogada Ley de Accidentes de Trabajo y su reglamento, e igualmente en el lejano art. 97.3 de la Ley articulada de la Seguridad Social de 12 de Abril de 1966.

Lo fundamental es reseñar que no estamos ante un derecho de repetición ni de subrogación, pues éstos solo se dan en los casos donde expresamente la Ley lo establece, y en el ámbito del seguro privado tampoco podemos encuadrar este derecho de reembolso o de reintegro puesto que el art. 3.4 de la Ley General de la Seguridad Social excluye el aseguramiento del accidente de trabajo del que pudiera ser cubierto, con esta naturaleza, por las compañías mercantiles privadas.

Otra cosa es que el derecho de repetición esté expresamente previsto con ocasión del seguro obligatorio de vehículos a motor, si bien es evidente que -aunque supone la mayoría de los casos- nada tiene que ver con un accidente de trabajo in itinere aunque se haya producido con ocasión de la circulación.

Sentado lo anterior, y dejando para otros ámbitos el estudio de esta especial acción, altamente desconocida, y sobre la que tuve la oportunidad de escribir en su día (n9) es claro que estamos ante el ejercicio de una acción de repetición, en virtud de la cual, la entidad demandante reclama directamente de la entidad aseguradora del tercero responsable o a este mismo, el coste de la asistencia sanitaria prestada por aquélla a la víctima de un accidente de circulación. No se trata propiamente de una acción de subrogación, cual la establecida en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro, en virtud de la cual la entidad actora ejercitaría las acciones que por razón del siniestro corres-

pondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización, sino que estamos ante una facultad de repetición sin subrogación propiamente dicha; la entidad Mutual no ocupa la posición jurídica de la persona a la que ha prestado la asistencia sanitaria, sino que ejercita un derecho propio, que le viene reconocido legalmente, para resarcirse de unos gastos efectuados en cumplimiento de una obligación también legalmente impuesta. En la hipótesis de la acción de subrogación o reembolso ex art. 43 LCS, ésta se enmarca en el ámbito de la acción de exigencia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, regulada en el art. 1.902 del Código Civil, en cuyo ejercicio se subroga la aseguradora en la posición del perjudicado-asegurado, frente al causante del siniestro, en reclamación del importe del daño causado e indemnizado. Sin embargo, en el caso de la acción de repetición ex art. 127.3 LGSS la facultad de reclamar no nace de un hecho generador de responsabilidad criminal o civil, sino de la ley, abstracción hecha de la efectiva declaración de dicha responsabilidad, siquiera ésta constituya un presupuesto para la prosperabilidad de la acción.

Por último, y es quizá la actual estrella de la materia, aparece, obviamente, la responsabilidad civil complementaria o adicional, derivada del accidente de trabajo, que merece ser objeto de tratamiento autónomo, en cuanto surge cada vez con más fuerza en el panorama judicial español, como si se hubiera despertado de un largo letargo, y tras el peregrinar por diversas jurisdicciones e interpretaciones, siempre con el freno de la doble indemnización, y con la barrera adicional de la falta de especialización para las reclamaciones que invariablemente y hasta el dictado de las sentencias de la Sala Primera.

III. La actual dispersión sustantiva de la responsabilidad. La necesidad de unificación de responsabilidades ante la concurrencia de indemnizaciones. El principio de reparación íntegra, el enriquecimiento sin causa, y la aplicación de la teoría de la homogeneidad y complementariedad

A estas alturas parece meridianamente claro para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cuando se ejercite la acción de responsabilidad civil adicional, se deben descontar las prestaciones de la Seguridad Social, concebidas como un seguro de responsabilidad civil del empresario, aunque no el recargo. Todo ello partiendo de la base de que, además, nos encontramos con unos mismos hechos y unos mismos daños.



A estas alturas parece meridianamente claro para el Tribunal Supremo que cuando se ejercite la acción de responsabilidad civil adicional, se deben descontar las prestaciones de la Seguridad Social, concebidas como un seguro de responsabilidad civil del empresario, aunque no el recargo. Todo ello partiendo de la base de que, además, nos encontramos con unos mismos hechos y unos mismos daños.



nte claro para la Sala de lo Social del
ercite la acción de responsabilidad
s prestaciones de la Seguridad Social,
nsabilidad civil del empresario, aunque
base de que, además, nos encontramos
s y unos mismos daños

Por el contrario, ya advertía también la Sala de lo Civil del Alto Tribunal que se trata de dos conceptos netamente diferenciados, independientes, por lo que cabe la acumulación de las indemnizaciones de una y otra índole. Se trataría de institutos de naturaleza, alcance y función totalmente diversos y, por consiguiente, colocados en planos diferentes y faltos de homogeneidad, provenientes de fuentes distintas de las obligaciones.

Esta tendencia ha venido a ser revisada no obstante, y perfilada a partir de la Sentencia por todos conocida de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) de 17 julio de 2007, RJ 2007\8300 en la que se da perfil al sistema de resarcimiento “en colisión” con prestaciones indemnizatorias de la seguridad social.

En el mismo sentido, y citando la anterior, y la del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7039) aparece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 82/2011 de 25 febrero. AS 2011\1460 que trata además de la ponderación de la indemnización con base en la intervención del trabajador, como circunstancia moderadora de la indemnización, si bien en el campo de la responsabilidad civil, que no del recargo, y cita la sentencia de esa misma Sala extremeña de 18 de febrero de 2009 (AS 2009, 1463) como criterios de corrección de las indemnizaciones cuando el trabajador ha contribuido de alguna manera a la producción o con-causación del accidente.

El Tribunal Superior de Justicia sito en Cáceres, en dicha sentencia, estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador que recurría al haber sido desestimada íntegramente su sentencia en instancia por la conducta imprudente del factor demandante que, para el Juzgador de lo Social, fue causa de exoneración. La teoría de la Sala viene a mantener que pese a la existencia de concurrencia de culpas no puede en ningún caso y salvo que fuera exclusiva y excluyente la conducta del trabajador dar lugar a la exoneración de responsabilidad, sino a su moderación en la cuantía, que ha de determinar la Sala.

Basta a estos efectos, de concurrencia de culpas o de culpa exclusiva, citar la básica y consolidada doctrina del Tribunal Supremo, sentada, antes de dejar todas las competencias a la jurisdicción social, en su Sentencia de la Sala de lo Civil, núm. 1308/2002 de 31 diciembre. RJ 2002\10759, que proclama la improcedencia de

la responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, ya que no hay o no tiene por que haber culpa civil, aunque haya responsabilidad laboral de la empresa demandada. (n10)

En el mismo sentido, y como ya hemos adelantado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 2010 (Revista LA LEY N° 7414), Ponente Don Aurelio Desdentado Bonete, Sala Cuarta, de lo Social, comentada por el Magistrado del Tribunal Supremo Don Manuel Iglesias Cabero, ratifica que en materia de recargos de prestaciones por falta de medidas no procede aplicar compensación de culpa alguna, con independencia de la ruptura del nexo de causalidad, puesto que el deber de garantía del empresario respecto de la integridad e higiene de los trabajadores es de carácter absoluto e indiscriminado, y se configura como un deber incondicionado y prácticamente ilimitado del empresario, siguiendo la teoría de que el recargo es responsabilidad puramente sancionadora y ello desde la sentencia del Tribunal Constitucional nº 158 de 1985.

Finalmente, y en esta materia, y en el específico apartado de la cuantificación de la indemnización civil adicional, es donde se hace más necesaria una unificación de criterios al efecto de evitar el enriquecimiento injusto de la aplicación analógica del baremo aprobado por la Dirección General de Seguro en relación con las prestaciones voluntarias y obligatorias que el trabajador percibe por la acción protectora de la Seguridad Social.

Así, y siguiendo la última jurisprudencia, ya citada, del Tribunal Supremo, esta compensación debe de realizarse sobre conceptos homogéneos, que en el caso de los resarcidos por la Seguridad Social, prestaciones que se abonan para paliar la disminución de ganancia temporal o permanente, deben compensarse con las indemnizaciones de lucro cesante, siendo esta teoría la aplicada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de Octubre de 2007 (RJ 2008/607) y la de 14 de Julio de 2009 (La Ley 59/2010).

Tendríamos, por tanto, que restar complementando, a título de ejemplo, y siendo estrictos para evitar el enriquecimiento injusto, como ha dispuesto el Tribunal Supremo, ante determinadas secuelas o daños derivados de Accidente de Trabajo por la falta de toda previsión legal específica en la materia, sin que pueda ser de aplicación el baremo de lesiones permanentes no invalidantes de la Seguridad Social, y la factible aplicación analógica de otra normativa

-ex art. 4.1 CC, han determinado que la doctrina unificada admita la aplicación orientativa del Anexo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el famosísimo y maltratado por los legisladores patrios, el Decreto 632/1968, de 21 de Marzo, cuyos módulos son actualizados por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y que pueden servir de ayuda para determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados.

Pero bien entendido, como expresa la muy reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 5653/2012 de 13 noviembre, Jurisprudencia Aranzadi 2013\1572 que esa aplicación orientativa de la LRCSCVM no implica una reproducción mimética. (n11)

Y por ello debemos descontar del montante de la suma de la responsabilidad civil adicional determinadas partidas, atendiendo al criterio de complementariedad determina que, a efectos de fijar la indemnización adicional, deban descontarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que éstas cubren la responsabilidad objetiva del empresario por el mismo hecho y han sido financiadas por éste dentro de un sistema de cobertura pública en el marco de la Seguridad Social; descuento del que, sin embargo, se excluye el recargo de prestaciones en la medida en que el mismo cumple, según la doctrina de la Sala, una función preventiva autónoma (Sentencia del Pleno 2 de octubre de 2000, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000, 9673)

Ocurre, siguiendo las pautas de la crucial Sentencia de 23 julio 2009. RJ 2009\6131 (n5) que la complementariedad solo puede operar sobre el anterior criterio de homogeneidad, y en concreto, para las prestaciones de incapacidad temporal el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente y que las prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la Tabla V mientras las mismas no superen ese cien por cien.

En cuanto al descuento del capital coste de la pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, (que se capitalizan y depositan por 10 años) hay que recordar que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ello, es lógico practicar la correspondiente deducción.

Se descontará, por ello, la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sentido estricto, sino también la pérdida de otras actividades, satisfacciones y oportunidades del disfrute de la vida. El capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por ese factor corrector de las lesiones permanentes, por lo que, de momento, y con todas las bendiciones y en palabras del propio Tribunal Supremo, queda al prudente arbitrio del juzgador de la instancia determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida.

Y finalmente, el capital del seguro de accidentes colectivo, siempre alzado, que existe de adoptarse en la negociación colectiva, y que también debe, obligatoriamente, ser descontado de las indemnizaciones del baremo que resarzan la incapacidad permanente, al ser mejora con la misma razón que la incapacidad laboral definitiva de la acción protectora de la Seguridad Social.

IV.- Conclusiones, de *lege ferenda*

Primera.- La actual dispersión normativa de la Responsabilidad Penal y Civil que deriva del accidente laboral o accidente de trabajo en España, implica un sobreesfuerzo para todos los interlocutores jurídicos, puesto que actualmente, y con independencia de la tendencia a criminalizar el accidente de trabajo, un solo siniestro laboral sea por culpa civil o dolo penal, da lugar a la iniciación de al menos dos expedientes administrativos de carácter sancionador (la posible sanción administrativa por una falta leve a muy grave de la LISOS y el recargo de prestaciones del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social) y la más que posible apertura de una causa penal bien por delito del 316 o 317 del Código Penal de 1995 con sus inaceptables consecuencias en muchos casos al tratarse de un delito o norma penal en blanco, o por falta simple de imprudencia, así como la imputación por responsabilidad civil de los patronos o encargados actuantes en el siniestro, que configuran la

llamada responsabilidad civil complementaria o adicional.

Segunda.- Este maremagnum de imputaciones, junto a los recargos, y sanciones, supone, en la práctica, la merma de seguridad jurídica, fundamentalmente para el empresario infractor, pues existen determinados actos o hechos que se superponen y que prejuzgan la responsabilidad, como por ejemplo, el que la Inspección de Trabajo pueda o no sancionar y dar un tanto de culpa penal, o el que exista un recargo de prestaciones que tiene una vida independiente a la vía declarativa civil y a su vez puede quedar condicionada por una causa penal que opera con prejudicialidad, y que puede ser instada incluso por la Mutua de Accidentes de Trabajo, o el propio trabajador, lo que en muchas ocasiones supone una dilación inexplicable en el tiempo, unida a la falta de conocimiento en la materia de los jueces de instrucción, dicho sea con los debidos respetos.

Tercera.- La de por sí complicada responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo, colisiona a su vez con las prestaciones que de tipo voluntario o por protección del sistema público de Seguridad Social hacen acreedor al trabajador para el resarcimiento del daño y para ello no es suficiente la interpretación o integración jurisprudencial de la teoría de la complementariedad y homogeneidad y de la aplicación supletoria de las tablas del baremo de lesiones aprobado por la Ley 30/1995 en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y que señala las cuantías para valorar daños y perjuicios en materia de tráfico. Y que al final vienen a quedar en la más amplia discrecionalidad del Juzgador, sin ser tan fiable el resarcimiento como el que resulta de la aplicación del baremo de tráfico.

Cuarta.- Por ello, y una vez más, y desde esta inestimable y especializada tribuna, debo de abogar y votar por la creación de una Ley formal que regule de una vez por todas el Estatuto del Accidente de Trabajo, y que unifique y a su vez distinga las responsabilidades de los causantes del mismo, que determine y aúna las competencias de la Inspección de Trabajo y de los Tribunales de Justicia, y sobre todo que permita la pervivencia simultánea de las acciones públicas y privadas a fin de no perjudicar dilatoriamente a los interlocutores sociales, seguramente limitando la prejudicialidad penal o declarándola de forma inmediata, y sobre todo dando lugar a un baremo único para la indemnización de lesiones permanentes y daños y perjuicios sufridos por los accidentados, unifican-

do en esta materia los diferentes parámetros indemnizatorios tanto de la protección pública como convencional, y el del resarcimiento integro del daño sin enriquecimiento injusto para el accidentado.

Notas

(n1) Hasta la LJS Ley 36 de 2011, la jurisprudencia consideraba que la responsabilidad por accidentes de trabajo nacía del incumplimiento de una obligación legal, porque la Ley está determinando el contenido obligatorio del contrato de trabajo. La obligación de seguridad pertenecía al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo la Ley de Prevención de riesgos laborales en el artículo 14: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por Ley al contenido del contrato de trabajo.

La Sala IV fijaba la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social.

Esta doctrina fue seguida por otras muchas posteriores como las de 19 de febrero de 2008 (RJ 2008, 5497) (rec. 4572/00), 16 de abril de 2008 (RJ 2008, 5771) (rec. 449/01), 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 5772) (rec. 872/01), 4 de junio de 2008 (RJ 2008, 4237) (rec. 428/01), 17 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6930) (rec. 133/01), 15 de diciembre de 2008 (rec. 317/01) y 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4767) (rec. 1554/04), y ha culminado con la reciente resolución del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 66/2010 de 25 febrero RJ 2010\1408 que viene a establecer textualmente:

La causa de pedir es, por tanto, el incumplimiento de unas obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores que, como indica la referida doctrina de esta Sala, "forman parte del contenido del contrato de trabajo según las normas legales", fundamentalmente los arts. 19 ET en relación con su art. 5 d), 14 LPRL en relación con su art. 42 y 127.3 y 123.3 LGSS. En consecuencia la doctrina aplicable, sentada por la citada sentencia de 15 de enero de 2008, es que "las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social" (FJ 5º, párrafo último).

(n2) Ex art. 3.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, al decir:

2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

(n3) Artículo 123. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. RCL 1994\1825 Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que

carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

(n4) Por ejemplo, en sentencia de 22 de julio de 2010, remitiéndose a la doctrina de la STS de 2 de octubre de 2000)

(n5) "Significa ello que en el cálculo de una adicional responsabilidad civil por culpa empresarial forzosamente se ha de tener en cuenta aquella indemnización por responsabilidad objetiva [prestaciones de la Seguridad Social], en la siguiente disyuntiva de aplicación:

a).- Bien sea para descontar su capital/coste del importe de una previa capitalización del lucro cesante, que es la solución que se impone en los supuestos -inmediatamente antes aludidos- que significan una excepción a la regla de equivalencia entre prestación y lucro cesante, y que son los casos de (1º) cotización inferior al salario real, (2º) IP fronteira con el grado inmediatamente superior; (3º) dificultades de rehabilitación laboral por edad o singularidades personales, o incluso de escasas oportunidades en el mercado laboral que llevan a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas, y (4º) los supuestos de pérdida de expectativas laborales constatables;

b).- Bien sea para descontar su importe mensual del verdadero lucro cesante en el mismo período de tiempo [salario percibido hasta el accidente], sin necesidad de capitalización alguna, que es la solución que también procede en los citados casos de discordancia salario/cotización y aquellos otros en los que se evidencia que la pensión no resarce la real pérdida de ingresos, al ser presumible que estos no van a ser complementados con nueva actividad laboral, de difícil acceso en razón a las causas antes referidas; y En otros muchos supuestos -a determinar casuísticamente-, para excluir toda indemnización adicional por el concepto de lucro profesional cesante [cuando esté ya resarcido por las prestaciones], limitando -en este último caso- la responsabilidad indemnizatoria a los restantes apartados de daños [corporales, morales y emergentes].

(n6) Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 182/2010 de 26 febrero. JUR 2010\197392, que fue citada y aportada en el acto de la vista por esta parte, sentencia que establece, siendo Dragados y Construcciones la demandada, que...

Las cláusulas elusivas de dicha responsabilidad solidarias son las siguientes, transcribiéndose a continuación su texto literal:

"Novena. Retenciones, Garantías y Seguros.- 9.2. Las mencionadas retenciones y fianzas no podrán ser liberadas en caso de estar implicado el CONTRATISTA o el SUBCONTRATISTA, en algún procedimiento administrativo o judicial, cuyas causas dimanen de acciones u omisiones del propio subcontratista o de su personal, hasta tanto no haya sentencia o resolución definitiva firme, en la que el CONTRATISTA quede liberado de cualquier responsabilidad que le hubie-

re sido imputada. Si en dichos procedimientos se imputase alguna responsabilidad al CONTRATISTA, éste la atenderá con cargo a dichas retenciones y fianzas. Si no hubiera suficiente, el CONTRATISTA se reserva el derecho a reclamar al SUBCONTRATISTA la cantidad que falte. Si hubiera cantidad sobrante, se devolverá al SUBCONTRATISTA.

"Duodécima. Obligaciones del subcontratista en materia de Prevención de Riesgos Laborales. 12.7. Las sanciones u otras consecuencias evaluables económicamente que por parte de los órganos administrativos o judiciales sean exigidas al CONTRATISTA por falta de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales o normas jurídico técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, del personal del SUBCONTRATISTA o de las empresas que subcontrate, le serán repercutidas en los pagos correspondientes. 12.8. Si la actuación del órgano administrativo o judicial se produce como consecuencia de un accidente de trabajo, el SUBCONTRATISTA está obligado a entregar al CONTRATISTA un aval bancario a primer requerimiento, para garantizar las responsabilidades que se exijan, sin perjuicio del derecho del CONTRATISTA a retener toda la facturación y retenciones pendientes de abono."

Estableciendo, el Tribunal de Justicia citado, respecto de esta cláusula que

En el presente caso, atendido el contenido de las cláusulas de los contratos, se llega a la conclusión de que mediante las mismas se pretendía eludir la responsabilidad material de la contratista, de tal modo que, en definitiva, las consecuencias de una posible sanción en materia de prevención de riesgos laborales recayeran sobre las subcontratistas. Y tal pacto constituye un auténtico fraude de ley pues al amparo de la libertad de contratación se intentaba conseguir una finalidad distinta y contraria a la ley, que, como ya se ha señalado, es que tanto las empresas contratistas como subcontratistas respondan todas ellas de forma solidaria, no sólo formal o aparentemente, sino también material o económicamente, de las infracciones que en materia de prevención de riesgos laborales puedan cometerse. Según ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 28 de enero de 2005, 9 de marzo y 20 de julio de 2006, en interpretación del artículo 6.4 del Código Civil, el fraude de ley requiere como elemento esencial un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, vulneran el contenido ético de los preceptos que la amparan. Se caracteriza por la presencia de dos normas, aquella a la que se acoge el acto o conducta para dotarle de apariencia de legalidad, y aquella otra que es la que se pretende eludir, con la finalidad de conseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente. Y se exige la intención o conciencia de burlar la ley, es decir, que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente.

Y continua diciendo que

En definitiva, y como ya se ha expuesto, la responsabilidad solidaria de contratistas y subcontratistas ha de ser real y no meramente aparente, consecuencia ésta que se produce con los pactos que, como en el caso de autos, pretenden exonerar a la empresa contratista de las consecuencias económicas de una posible inobservancia de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Y de las propias cláusulas de los contratos se desprende el fraude de ley y la culpabilidad de la recurrente, por lo que la sanción impuesta es conforme a derecho.

(n7) Apartado Tercero del Art. 127. LGSS. Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna perso-

na, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.

Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente Ley.

Para ejercitar el derecho al resarcimiento a que refiere el párrafo anterior, la Entidad Gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados al efecto del artículo 104 del Código Penal (RCL 1973, 2255).

(n8) RESOLUCIÓN DE LA HACIENDA PÚBLICA, Relativa a la responsabilidad de los contratistas o subcontratistas regulada en el artículo 43 de la Ley 58/2003, de 17-12-2003 (RCL 2003\2945), General Tributaria.

(n9) Ponencia expuesta por mi en el X Congreso de Derecho de la Circulación y Seguro, Mayo de 2005, Organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Cáceres, EL MAL LLAMADO DERECHO DE REPETICIÓN DE PRESTACIONES SANITARIAS POR LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

(n10) El motivo ha de ser desestimado, y ello por los propios razonamientos contenidos en la sentencia recurrida en los párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho quinto en los que claramente se expone la compatibilidad de las acciones civil y laboral de forma que determina el art. 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo (RCL 1956, 1048 y 1294), y lo sostiene la jurisprudencia de esta Sala como se ha dicho en la Sentencia de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3885), que no viene vinculada la jurisdicción ordinaria civil, por la laboral «siendo por tanto independiente –se dice en la citada sentencia– para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo», por lo que las infracciones de las normas laborales sirvieron indudablemente para fundamentar en su día las acciones indemnizatorias a las que dieron lugar en la jurisdicción laboral, con independencia de la existencia o no de culpa aquiliana, pero no pueden sin más servir de base para una posterior reclamación indemnizatoria invocando la culpa aquiliana, pues como bien dice la sentencia recurrida en el fundamento de derecho citado más arriba, esta descansa en el clásico principio de responsabilidad subjetiva, consistente en la imputación del hecho u omisión causante del daño a una actitud dolosa o negligente del agente, como así mismo ha de tener presente la repercusión en el daño que ha tenido la propia conducta del perjudicado, como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia de esta Sala, que en numerosas ocasiones se ha aplicado la llamada compensación de culpas para atemperar la indemnización a la vista de la participación que la propia víctima ha tenido en la producción del resultado dañoso, hasta llegar a la exoneración de la misma, cuando sea debido este, a culpa exclusiva de la víctima y por consiguiente



no se contemple en la producción del resultado, la actividad de la parte demandada. A este respecto, la sentencia recurrida ha entendido, por una parte, que el demandado señor B. no tenido intervención del resultado dañoso, ya que ha sido únicamente autor de los planos del proyecto, y no ha intervenido de forma alguna en la dirección de la obra (hecho tenido por probado en la sentencia recurrida y que no ha sido impugnado en el recurso).

(n11) Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 5653/2012 de 13 noviembre. JUR 2013\1572, en su último fundamento jurídico,... pues no hay que olvidar -resumimos- que: a) ello sería opuesto, por definición, a la aplicación orientativa; y b) con el Baremo del Anexo se está regulando la responsabilidad de una aseguradora de automóviles en el marco de una responsabilidad objetiva en materia de accidentes de tráfico, mientras que en el supuesto de accidentes de trabajo se trata de la indemnización que pueda atribuirse al empleador por concurrencia de culpabilidad en la producción del resultado lesivo. Y por lo mismo, tampoco han de seguirse necesariamente los concretos importes máximos previstos en el citado Anexo, pues bien pudieran incrementarse en atención a diversos factores (SSTS -recogiendo precedentes sobre la aplicación analógica- de 17/07/07 (RJ 2007, 8300) -rcud 513/06-; 17/07/07 (RJ 2007, 8303) -rcud 4367/05-; 20/09/07 -rcud 3326/06; 30/01/08 (RJ 2008, 2064) -rcud 414/07-; y 20/10/08 (RJ 2008, 7039) -rcud 672/07)....

Bibliografía.

- Accidente de trabajo: Delimitación legal (I). Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia. Nuevos Clásicos (Civitas). BIB 2008\3297

- La reclamación por daños y perjuicios en el contrato de trabajo. Antonio V. Sempere Navarro y Carolina San Martín Mazzucconi. Monografías. BIB 2011\5680. Monografías. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2011. ISBN 978-84-9903-913-8

- Responsabilidades empresariales derivadas de la comisión de infracciones. Responsabilidades en materia de seguridad social. Ignacio Duréndez Sáez. Catedrático E. U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social(ex) Inspecc-

tor de Trabajo y Seguridad Social. Técnica. Editorial Aranzadi, SA, Septiembre de 2009. ISBN 978-84-9903-245-0

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: Abogado. Profesor de la universidad de Granada «La configuración jurídica del accidente de trabajo», Tesis doctoral, Universidad de Granada, noviembre de 2012

M^a Dolores Valdueza Blanco. Prof. Doctora de Derecho del Trabajo y de la S. Social. Universidad Carlos III de Madrid. Aranzadi Social num. 9/2012 parte Observatorio de Riesgos Laborales. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.

Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en los accidentes de trabajo. Alejandro Díaz Moreno y María Ascensión Martín Huertas. Revista de Derecho Patrimonial num. 22/2009 1. BIB 2009\85

Indemnizaciones por daños y perjuicios previstas pero no cuantificadas en la legislación laboral: por accidente de trabajo o enfermedad profesional/Recargo de prestaciones. Antonio V. Sempere Navarro Carolina San Martín Mazzucconi Monografías. BIB\2011\5682

Accidente de Trabajo. Recargo de las Prestaciones por Falta de Medidas de Seguridad. Compensación de Culpas. No proceden los recargos (comentario de Don Manuel Iglesias Cabero, en la Revista Jurídica LA LEY nº 7414, 1 de Junio de 2010.

Daños por Accidente de Trabajo y Criterios de Cuantificación. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 de Noviembre de 2007.

Josefa Romeral Hernández. Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos, Aranzadi Social BIB/2008/846.



Responsabilidad civil del asesor fiscal. *Quantum* de la indemnización en caso de siniestro

Pedro Genové Pascual
Abogado.

1.- Introducción

El asesor fiscal es una figura que carece regulación específica y no requiere colegiación para su ejercicio. Esta falta de regulación y la no necesidad de colegiación hace que en la práctica la asesoría fiscal pueda realizarse por diferentes profesionales, como abogados o economistas. De hecho, para su ejercicio basta con darse de alta en la Seguridad Social como trabajador autónomo con el epígrafe correspondiente..

Pese a que la inexistencia de regulación de la figura del asesor hace que sea algo difuminada, podemos resumir sus funciones en:

- Asesoramiento y consejo en materia tributaria, buscando las soluciones fiscalmente más favorables para los clientes en relación

con la gestión de sus bienes, rentas y patrimonio.

- Informar al cliente sobre sus obligaciones tributarias.
- Realización y presentación de las liquidaciones y declaraciones tributarias de los clientes (pese a que son éstos los sujetos pasivos y quienes firman las declaraciones).
- Representación del cliente ante la Agencia Tributaria.
- Asesoramiento ante las resoluciones de la Agencia Tributaria y, en su caso, la realización de alegaciones y/o interposición de los recursos que sean pertinentes.

El asesor fiscal no siempre realiza todas las funciones indicadas, sino que dependiendo del encargo concreto de cada cliente asume todas o algunas de ellas.

La relación existente entre el cliente y el asesor fiscal es un arrendamiento de servicios o "*locatio operarum*", definido en el artículo 1.544 del Código Civil, en virtud del cual éste se obliga a prestar unos servicios a cambio de una remuneración, desplegando su actividad profesional con la debida diligencia y acorde con las leyes fiscales y su "*lex artis*".

La actuación del asesor, además de ajustarse a la *lex artis* de la materia, deberá ser absolutamente transparente, quedando obligado a informar en todo momento al cliente de su situación real, sus obligaciones y los riesgos que asume en cada actuación en la que intervenga o asesore.

La responsabilidad del asesor fiscal puede afectar a tres esferas distintas:

a.- Responsabilidad tributaria: *El artículo 42.1.a) de la Ley General Tributaria establece que serán personas responsables solidariamente de las deudas tributarias "Las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción"*.

En sede tributaria no se considera al asesor como infractor, sino como responsable de la

deuda tributaria de su cliente. No se le impone una sanción autónoma, sino que se trata de una garantía para la Agencia Tributaria que, obtiene una nueva vía para el cobro de la deuda que se trate. En consecuencia, si el asesor se ve compelido a responder por deudas de su cliente, una vez satisfechas, tendrá la posibilidad de reclamarle a éste, por vía de la acción de regreso, las cantidades efectivamente abonadas.

La declaración de responsabilidad solidaria del asesor se hace, en su caso, en sede administrativa y, conforme al precepto referido, no es automática, sino que requiere que se entienda acreditado que fue el causante o colaborador activo para la comisión de la infracción tributaria.

b.- Responsabilidad penal: *En el Título XIV del Libro II del Código Penal (artículos 305 y siguientes) se tipifican los delitos contra la Hacienda Pública.*

A pesar que el responsable penal de los tipos delictivos relativos a la Hacienda Pública es el sujeto pasivo de la obligación tributaria origen de la infracción, en función de su intervención en los hechos delictivos, el asesor fiscal puede ser considerado autor, coautor, inductor o incluso cooperador necesario del delito.

c.- Responsabilidad civil: El asesor fiscal responde frente a su cliente de los daños causados a consecuencia del incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas.

Para el éxito de la acción contra el asesor fiscal el perjudicado deberá acreditar la concurrencia de una acción u omisión por parte de aquél, un resultado dañoso y una relación de causalidad entre ambos.

La prueba de la negligencia o error por parte del asesor fiscal no comporta necesaria o automáticamente que sobre éste (y su asegurador, en su caso) pese la obligación de pagar todas aquellas cantidades a las que el perjudicado tenga que hacer frente ante la administración tributaria. La actividad inspectora de la Agencia Tributaria en muchas ocasiones concluye con la obligación de pago a cargo del sujeto pasivo de importes por diversos y diferentes conceptos (regularizaciones de cuotas, intereses de demora, sanciones, recargos, ...). y no todas ellas son consecuencia de la actuación del asesor fiscal.

Solamente pueden ser objeto de indemnización aquellas cantidades impuestas al sujeto

¹ Así configure la relación la Jurisprudencia. Entre las sentencias que lo contienen, por ejemplo, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 24 de marzo de 2010*.

pasivo que constituyan un perjuicio para éste y que deriven directamente de la actuación por parte del asesor fiscal.

El objetivo del presente artículo consiste en analizar cada una de las partidas a cuyo pago puede venir obligado el sujeto pasivo y determinar cuáles de ellas, en caso que se declare la responsabilidad del asesor, son indemnizables y cuáles no pueden imputarse a la conducta del profesional.

2.- La responsabilidad civil del asesor fiscal en general

La responsabilidad del asesor fiscal es de carácter subjetivo y se basa en el incumplimiento contractual general, previsto en el *artículo 1101 del Código Civil*. No se produce la inversión de la carga de la prueba, por lo que conforme al *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, es el cliente reclamante quien deberá probar en sede judicial la culpa del asesor. En este sentido, entre otras, se pronunció la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 2 de febrero de 2009*.

Este criterio general ha sido matizado en diversas resoluciones, en el sentido que cuando las obligaciones se han cumplido por parte del asesor fiscal, será el cliente quien deba probar que ha sido de forma defectuosa, mientras que si el incumplimiento de la obligación fue absoluto, será el asesor el que tendrá a su cargo la carga de la prueba².

Los requisitos para estimar la concurrencia de la responsabilidad del asesor son³:

- Incumplimiento por parte del asesor de una obligación preexistente por culpa, negligencia o falta de diligencia.
- Existencia de un daño o perjuicio al cliente.
- Nexo causal eficiente entre la conducta y los daños producidos.

Uno de los objetivos de la actuación del asesor es conseguir que sus clientes tengan el menor impacto tributario posible. Para lograr el mayor ahorro posible es habitual que se fueren interpretaciones de las normas o se eluda declarar ciertas partidas o hechos imponibles.

² *Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1991 y 13 de octubre de 1992.*

³ *Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2011 y 3 de julio de 2001.*

La obligación del asesor no es la obtención del máximo ahorro, sino informar al cliente de su situación real, opciones y riesgo de cada una de ellas para que éste evalúe y decida si quiere asumir o no el riesgo.

El mero hecho que la Administración inicie un expediente contra el sujeto pasivo, o incluso que termine en una liquidación paralela y / o con la imposición de una sanción no supone necesariamente que la conducta del asesor haya sido negligente ni, por lo tanto, que este último deba hacerse cargo de dichos importes.

Como hemos expuesto, lo que se debe exigir al asesor es que actúe conforme a la *lex artis* que le es propia, y por lo tanto, siempre en el marco de la normativa vigente. Cada supuesto de hecho es distinto y el asesor puede aplicar diversas normas o realizar interpretaciones diferentes, unas más costosas que otras; unas más arriesgadas que otras.

El asesor debe procurar el máximo ahorro posible a su cliente, por lo que es normal que busque aquellos criterios, parámetros y disposiciones que más favorables sean a su cliente. El hecho que la administración no comparta el criterio aplicado por el asesor no supone per se que a éste se le pueda imputar una conducta negligente. Para determinar si se ajustó o no a la *lex artis* y, por lo tanto, si hubo error, deberá valorarse el grado de certeza y consolidación del criterio aplicado por la administración, así como la verosimilitud del que aplicó el asesor. La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 30 de abril de 2010*, con referencia a Jurisprudencia del Alto Tribunal⁴, rechazó la responsabilidad del asesor porque “*no puede considerarse que el criterio aplicado por la inspección tuviera, al menos en esos momentos, suficiente grado de certeza y solidez a los fines de concluir que debió ser considerado por CM como firmemente establecido sin un margen de interpretación razonable, único supuesto en que devendría inexcusable su responsabilidad profesional*”.

En la sentencia reseñada se concluye que la interpretación realizada por el profesional, pese a no ser compartida por la Administración, era razonable, y que las conclusiones de la Agencia Tributaria no tenían la suficiente fuerza y consolidación como para que la opción elegida por el asesor pudiera considerarse inconsistente o irracional, máxime cuando suponía un ahorro importante para su cliente.

⁴ *Sentencias de 18 de febrero y 1 de diciembre de 2008.*

La responsabilidad del asesor, en caso de existir, puede verse reducida o incluso eliminada, de acuerdo con el *artículo 1103 del Código Civil*, en función de las circunstancias concurrentes y, en especial, de la conducta y colaboración por parte del cliente. Algunos de los supuestos en los que esta actuación influye a la hora de fijar responsabilidades son:

1.- **No entrega de la información o documentación necesaria**

Para el cumplimiento de sus obligaciones y la correcta elaboración de las liquidaciones y declaraciones tributarias del cliente es imprescindible que el asesor tenga toda la información y documentación que pueda afectar a cada acto de que se trate.

Si el asesor no dispone, en el momento de cumplir con su encargo, de la información o documentación relevante para cada acto concreto en que intervenga, es completamente imposible que, aún aplicando la mayor diligencia posible, pueda realizar el encargo correctamente y conforme a derecho.

La relación asesor fiscal-cliente, igual que ocurre con los médicos o abogados, se basa en la confianza mutua, lo que hace que en la práctica la mayoría de veces la relación sea eminentemente verbal, que haya poca documentación por escrito y que solamente exista la declaración tributaria presentada en nombre del cliente. Esto dificulta mucho a ambas partes la prueba de los hechos ocurridos.

Si el error por parte del asesor consiste en una defectuosa aplicación de la normativa tributaria resultará en principio sencillo acreditar la negligencia, ya que es competencia exclusiva suya determinar la normativa aplicada y su interpretación; pero si la inspección tributaria es consecuencia de no haber tenido en cuenta determinada documentación u operaciones por parte del sujeto pasivo (por ejemplo, la venta de un inmueble para la declaración de renta del sujeto pasivo), hay que determinar si el cliente entregó toda la documentación e información necesaria al asesor y éste olvidó incluirla o si, por el contrario, no se entregó dicha documentación y, por tanto, no hubo error alguno del profesional. En caso que el perjudicado no consiga demostrar que facilitó la documentación suficiente, no podrá considerarse probado el error del asesor fiscal.

Como ejemplo de las consecuencias de la falta de prueba de la entrega de la documen-



tación necesaria por parte del perjudicado al asesor fiscal y la no inversión de la carga de la prueba tenemos la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 14 de enero de 2011*, que concluyó que *“De conformidad a lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “corresponde a la parte actora la prueba de los hechos básicos en los que basa sus pretensiones y, por tanto, es a ésta a la que corresponde probar que puso a disposición de la entidad demandante la escritura o la informó de que los datos recogidos por la Agencia Tributaria no eran correctos y el inmueble al ser transmitido le pertenecía en su totalidad, habiéndose de tener en cuenta que la prueba por parte de la demandada de que no se le entregó esa documentación constituiría un hecho negativo cuya prueba no puede exigírsele y, discrepando con las conclusiones recogidas en la Sentencia de instancia, entendemos que esa prueba no se ha conseguido”*.



Para una mejor defensa de los intereses de cada una de las partes (asesor y cliente) es altamente recomendable que se documente por escrito el listado de documentos que se entregan, así como las cuestiones más relevantes que deban tenerse en cuenta de cara a la declaración o acto administrativo-tributario de que se trate, aunque sea por correo electrónico. Aunque en la práctica es complicado llegar a este nivel de documentación, en caso de un eventual procedimiento judicial haber tenido esta diligencia permitirá clarificar los hechos con suma facilidad.

Aunque la confianza que rige la relación hace que sea complicado documentar todas y cada una de las decisiones y entregas de documentos que se hagan, cuanto mayor diligencia tengan ambas partes en este sentido, más fácil será acreditar los hechos realmente ocurridos y, por lo tanto, evitar que se condene a un asesor

que fue diligente o que no se repare el daño causado por negligencia a un cliente perjudicado.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA sostiene que *“la responsabilidad del asesor o consejero fiscal cesa donde concluye la información, tanta cuantitativa como cualitativa, que el cliente le facilite para el cumplimiento de las obligaciones tributarias. La asesoría fiscal en todas sus proyecciones se encuentra condicionada por los datos que facilite el cliente, ya que el asesor fiscal no tiene ni debe tener, acceso a todas las fuentes económicas del cliente sujetas a tributación, a menos que la posición del sujeto pasivo sea de absoluta y total transparencia de cuantos elementos de su economía respecto a su director fiscal”*⁵.

2.- Información engañosa

Tal como hemos expuesto, el asesor fiscal no puede ni debe ser obligado a disponer y tener en cuenta la información o documentación contable-fiscal del, sino que solamente puede cumplir el encargo con los datos y documentos que el cliente le suministra.

En el mismo sentido y por idéntico motivo que en los casos de falta de información, el asesor fiscal no será responsable en aquellos casos en los que haya cumplido el encargo partiendo de una información falsa que le haya suministrado el cliente. **PONT MESTRES**⁶ señala que *“no puede configurarse la responsabilidad por la sencilla razón que el asesor se limita a actuar a tenor de los antecedentes facilitados, sin que exista requisitoria alguna legal que le exija previamente indagar y cerciorarse acerca de la veracidad de dichos antecedentes”*. En idéntico sentido, **ALCÁNTARA-GARCÍA FERREIRO** y **GÓMEZ LACUEVA**⁷.

De esta forma, cuando para el cumplimiento de sus obligaciones el asesor partió de documentación falsificada y, a consecuencia de ésta, se inició la actividad inspectora de la administración y/o se causó un perjuicio al sujeto pasivo, éstos no podrán imputarse al asesor fiscal.

⁵ Regulación de la profesión de asesor o consejero fiscal en España, publicado en *Los Economistas y el Sistema Fiscal*, Consejo General de Colegios de Economistas de España (Madrid, 1985), pág. 318. - **ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA**, C.

⁶ *La función del asesoramiento fiscal en el vigente ordenamiento tributario español*, boletín A.E.A.F. número 119, pág. 253 - **PONT MESTRES**, M.

⁷ *La responsabilidad civil del asesor fiscal frente al cliente*, publicado en *Crónica Tributaria*, nº 89/1999, pág. 9.

Esta situación se da cuando, por ejemplo, el cliente aporta facturas falsas supuestamente cobradas en efectivo o cualquier otra documentación que, por los motivos que sea, ha modificado fraudulentamente.

3.- Actuación conforme a las instrucciones del cliente. Asunción de riesgos

Ya hemos expuesto que uno de los principales objetivos del asesor es conseguir el mayor ahorro fiscal posible para el cliente. Para lograr este objetivo es posible que el profesional disponga de diversas opciones, unas más conservadoras y ajustadas a criterios consolidados de la administración tributaria y otras de carácter más innovador o con menos seguridad sobre si la Administración Tributaria las aceptará o si permitirá determinadas deducciones o bonificaciones.

Es fundamental, y forma parte de la *lex artis* del asesor fiscal y de cualquier profesional, que informe al cliente de forma clara y suficiente de los riesgos que cada una de las opciones que le plantea tiene para su patrimonio, para que éste pueda optar por la solución que estime más adecuada.

En los casos en los que se asume un determinado riesgo o se realiza alguna actuación intentando incrementar el ahorro fiscal pero asumiendo riesgos de sanción (como puede ser no declarar una adquisición hereditaria a la espera que prescriba el Impuesto de Sucesiones), el asesor fiscal será responsable del daño causado si no informó al cliente de dichos riesgos, pero no tendrá que responder si fue una decisión libre del cliente tras haberle facilitado todos los datos necesarios y advertido de los escenarios posibles.

Para determinar si la actuación del asesor fue diligente y la decisión la tomó el cliente con pleno conocimiento de los hechos y riesgos que comportaba es imprescindible que se haya tenido la cautela de documentar por escrito la información suministrada y que el cliente reconozca que es él quien toma la decisión, con pleno conocimiento de los hechos reflejados en el documento.

Cuanto más claro y sencillo sea el documento mejor podrá cumplir su fin. No se trata, ni mucho menos, de una exención de riesgos o limitación de la responsabilidad del asesor, cuya validez es discutida por la doctrina, sino una suerte de consentimiento informado en el que se acredite que se ha informado al cliente de las

opciones que tiene ante una determinada situación jurídico-tributaria, así como de los riesgos y consecuencias que cada una de ellas puede tener para él.

Si, con conocimiento de dichas circunstancias y debidamente advertido de los riesgos que cada opción comporta, el cliente opta por una solución que finalmente resulta más costosa, fue debidamente advertido por el profesional, no podrá predicarse que el asesor fiscal incurrió en negligencia, puesto que informó de la situación y de las opciones con las consecuencias que cada una podría tener para él.

3.- Conceptos susceptibles de ser reclamados al asesor fiscal

Conforme a lo expuesto previamente, para que exista responsabilidad a cargo del asesor fiscal es necesario que el cliente haya sufrido un daño y que éste sea consecuencia de una conducta u omisión de aquél.

La determinación de responsabilidad por parte del asesor fiscal no implica automáticamente que éste (o, en su caso, su entidad aseguradora) venga obligado a asumir el pago de todas las cantidades al pago de las cuales se vea obligado el sujeto pasivo.

Pasamos a analizar los conceptos que con más frecuencia debe afrontar el cliente para determinar cuáles son consecuencia de una negligencia del asesor y cuáles son ajenos al error y, por lo tanto, no pueden imputarse a este último.

a.- Importe de regularización de cuota tributaria

El primero de los conceptos a los que viene obligado a hacer frente el sujeto pasivo objeto de inspección es la regularización de la cuota tributaria, que es la cantidad que la administración, tras su actuación inspectora, concluye que debió haberse pagado en la declaración de un tributo en concreto no fue correcta y debió ser otra superior, por lo que exige el pago de la diferencia.

Esta suma no es una sanción, sino que lo que se exige al contribuyente es la diferencia entre la cuota tributaria que debió pagar si en su momento hubiera realizado la declaración conforme al criterio de la administración, y la cuota que efectivamente pagó.

Esta cantidad no constituye un perjuicio para el cliente, ya que en el caso que el asesor

no hubiera incurrido en el error que se le imputa, la suma que hubiera pagado sería la que pagó en su día más el importe cuya regularización se exige, por lo que el asesor no debe hacerse cargo de este importe.

Si se impusiera al asesor la obligación de responder de la diferencia de cuota tributaria se incentivaría la declaración tributaria incorrecta con una cuota inferior a la debida, ya que si la administración no detecta la divergencia pagaría menos de lo que corresponde y, si la detecta, tampoco el sujeto pasivo se haría cargo, derivando esta responsabilidad al asesor (o, lo que es más habitual, a su asegurador).

Pese a que resulta evidente que la regularización de la cuota no es un perjuicio para el sujeto pasivo, no son pocos los casos en los que el perjudicado incluye este concepto entre las partidas a indemnizar. La improcedencia de indemnizar por la cuota regularizada viene siendo declarada constantemente por la jurisprudencia. Entre estas resoluciones, destacamos:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 24 de marzo de 2010:

“Sentada y establecida la responsabilidad del Sr. Jaime por su negligente actuar en el desempeño de las funciones de asesoramiento fiscal de los actores, las consecuencias de dicha infracción de la “lex artis ad hoc” no pueden extenderse a las cuotas tributarias de IVA e IRPF devengadas e impuestas a los Sres. Florian Marí Jose. Y ello por cuando no pueden tener la consideración de “daño indemnizable” en cuanto el devengo de dichos impuestos constituye una obligación legal impuesta al sujeto pasivo de la tributación.

La extensión de la responsabilidad civil profesional tan solo puede comprender todos aquellos perjuicios que se deriven del actuar negligente o culposo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales exigibles al asesor fiscal y no puede comprender ni tener por ende la consideración de perjuicio los impuestos que la propia actividad económica del sujeto pasivo afectado -Sres. Florian Marí Jose- devengue.

Pues un impuesto no es un perjuicio derivado de la negligencia cometida en el desempeño de las labores de asesoramiento fiscal sino una obligación que la ley impone al sujeto pasivo de la actividad; esto constituye la deuda tributaria.

Puesto que además no puede entenderse que el pago de un impuesto sea una pérdida

económica consecuencia del negligente cometido o actuar, sino una obligación legal inexcusable de todo el que desarrollo una actividad económica.

No podemos confundir el daño indemnizable con el cumplimiento de una obligación legal -pago de tributos-. Ni tampoco pretender su inclusión sobre la base de constituir “un efecto no deseado por los sujetos pasivos y una limitación a su voluntad al no poder elegir” como afirmaban los Sres. Florian Marí Jose. La única consecuencia directa, inmediata y conectada en relación de eficiente causalidad con la infracción de la “lex artis ad hoc” es la constituida por las sanciones impuestas por la Agencia Tributaria y los intereses. Aún cuando los actores hubieren haber adoptado las decisiones que más les convinieren de existir un cumplimiento adecuado del asesoramiento fiscal, lo cierto e indiscutible es que debían pagar y abonar las cuotas que la Agencia Tributaria les reclama. No deja de ser una mera hipótesis, carente de acreditación la afirmación de los recurrentes de haber podido evitar con el mantenimiento de la facturación dentro de los límites del sistema de Estimación Directa. La brillante exposición contenida en el recurso no puede ser acogida por este Tribunal. Pues una cosa es el daño indemnizable derivado de un negligente actuar y otra distinta el pago de los impuestos que se generan por la actividad desarrollada por el sujeto pasivo”.

La diferencia de cuota que el sujeto pasivo está obligado a pagar, por lo tanto, no es un perjuicio y no es un importe del que deba hacerse cargo el asesor.

b.- Sanciones

La responsabilidad del asesor fiscal en las sanciones que se impongan a los clientes dependerá del motivo por el cual se impuso la sanción.

Para que el asesor responda y se vea obligado a pagar el importe de las sanciones impuestas su cliente es, evidentemente, requisito previo, que haya habido culpa o negligencia. En los casos en los que su actuación haya sido conforme a la *lex artis* (porque advirtió suficientemente al cliente, porque éste dio información incompleta o falsa, etc.), no tendrá que asumir las sanciones que pudieren imponerse al cliente.

Habrà que valorar conforme a los criterios expuestos si el motivo por el que se impone la

sanción es responsabilidad del asesor o no. Así, si el origen de la sanción es un error del asesor en la liquidación de un tributo, deberá responder y hacerse cargo de la sanción impuesta; mientras que si deriva de no atender un requerimiento de información o un plazo para aportar documentación, deberá analizarse, conforme los criterios generales de la carga de la prueba, si el cliente informó y entregó en plazo el requerimiento al asesor o si éste no tuvo conocimiento de la existencia del mismo.

El supuesto más habitual es aquél en el que como consecuencia de la liquidación complementaria practicada por la Agencia Tributaria, ésta impone una sanción por haber realizado la declaración de forma incorrecta. En estos casos, si se entiende que el profesional es responsable de la errónea declaración, deberá hacerse cargo del coste que la sanción tenga para el cliente, puesto que es un perjuicio para el patrimonio de este último que deriva directamente del error o negligencia del profesional. La obligación de hacerse cargo de la sanción pese a no tener que pagar la diferencia de la cuota tributaria en los supuestos de error se contiene, entre otras, en la ya citada *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 24 de marzo de 2010*.

c.- Intereses

A diferencia de lo que asume con el importe de la cuota tributaria revisada y las sanciones, en el tema de los intereses devengados por la diferencia de cuota desde la fecha en que se debió pagar hasta la que efectivamente se pagó, no hay unanimidad jurisprudencial sobre si es un perjuicio causado por el asesor fiscal. Se trata, además, de un concepto sobre el que no existen excesivos pronunciamientos judiciales.

Hay algunas resoluciones que optan por incluir los intereses de mora como perjuicio indemnizable, como es el caso la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 29 de enero de 2010*. Estas resoluciones se basan genéricamente en que “*son consecuencia del incumplimiento contractual. Incumplimiento de la “lex artis” en el asesoramiento fiscal, igual que las sanciones*”.

En las sentencias en las que se niega la inclusión de los intereses de mora como partida indemnizable, el argumentario es algo más completo. La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2012* sostiene que “*no se trata de intereses sancionatorios sino simplemente*

resarcitorios y derivados del tiempo en que la cuota tributaria que debería de haberse ingresado por parte del Sr. Gumersindo, permaneció en poder de aquel generando lógicamente los correspondientes intereses y que ahora son los que se reclaman por parte de la hacienda pública. No estamos pues ante una sanción o recargo sino ante un interés derivado de un capital que debería de haberse ingresado y que ha permanecido en manos del obligado tributario”.

Por su parte, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 28 de abril de 2003* entendió que “*En cuanto a los intereses de demora, no le falta razón a los recurrentes cuando consideran que no pueden ser considerados como daño sino como el precio por el disfrute por parte de la actora de las cantidades ingresadas tardíamente. Por ello no puede incluirse su importe en el daño resarcible. La función de esos intereses es meramente compensatoria del retraso desde la perspectiva de la Hacienda Pública, por lo que desde la perspectiva del obligado tributario su importe debe ser considerado como la contraprestación por el disfrute del dinero*”. El mismo argumento se contiene en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, Sentencia de 21 junio de 2011*.

A pesar que hay poca jurisprudencia que se ocupe de esta partida en concreto, y que algunas sentencias incluyen los intereses de demora entre las partidas indemnizables, tienen mayor peso los argumentos contenidos en las resoluciones que concluyen que no se trata de un perjuicio indemnizable. El pago de los intereses de demora no penaliza ni sanciona, ni tampoco es consecuencia directa del error en el asesoramiento, sino que se trata de una cantidad que compensa a la administración por el tiempo que se ha tardado en ingresar la suma (en relación con cuando debió hacerse), y durante el cual el sujeto pasivo, por no haber ingresado la cantidad correcta en su momento, disfrutó dicha suma y obtuvo (o pudo obtener) esa rentabilidad.

Nos inclinamos por considerar que efectivamente se trata de una partida no indemnizable, puesto que si el cliente al que se le impone regularizar una cuota tributaria es resarcido por los intereses de demora obtendría un enriquecimiento injusto traducido en que, pese a pagar la cuota correcta años más tarde de lo que debía, no solamente no pagaría intereses por este retraso (los soportaría el asesor), sino que durante todo este tiempo habría disfrutado del dinero, obteniendo los rendimientos que no de-

bería cobrar de haber pagado la cuota correspondiente en su momento.

Esta partida, por lo tanto, debería quedar excluida de la indemnización a pagar al cliente perjudicado. La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 23 de mayo de 2000* propuso una solución intermedia, que pasaría por acreditar la diferencia entre el tipo de interés de demora y el interés obtenido durante el período entre la liquidación inicial y la complementaria. Esta diferencia sería el perjuicio efectivamente sufrido por el cliente, mas en caso que nada se pruebe acerca de esta diferencia, en méritos del *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, debería excluirse esta partida del *quantum* indemnizatorio.

d.- Recargo de apremio

Los recargos de apremio son aquellas cantidades que se imponen a los sujetos pasivos por no atender en plazo el pago de las obligaciones tributarias impuestas, lo que comporta el inicio del procedimiento de ejecución.

La imposición o no de estos recargos es ajena, en principio, a la diligencia del asesor fiscal. Al sujeto pasivo, cliente del asesor, se le notifica una deuda y la fecha máxima para su abono. Con independencia del origen de la obligación de pago (regularización de cuota, sanción, intereses, etc.) en el caso que no atienda el requerimiento en el plazo impuesto se impondrá el recargo de apremio o, en su caso, se perderá la bonificación por pronto pago.

Una vez el sujeto pasivo es notificado de la deuda, a los efectos del pago de la misma es irrelevante su origen, por lo que con independencia de si después reclamará su pago al asesor, es responsabilidad del cliente atender el pago en plazo. En caso de no hacerlo, los importes cuya exigencia derive de no haber pagado la deuda en el período establecido deberán ser sufragados por el sujeto pasivo, sin que pueda ser objeto de reclamación al asesor.

En nuestra opinión, solamente podrá imputarse al asesor el coste de los recargos de apremio en el caso que la falta de pago en plazo voluntario haya sido consecuencia directa de su actuación (es decir, que hubo una segunda falta de diligencia o error que provocó este impago). Así, puede entenderse que es culpa del asesor el impago de la deuda en el plazo establecido si la notificación se hizo en su despacho profesional y no se la entregó al cliente, si le instruyó o asesoró que no pagara dentro del plazo, si se

le encargó la gestión del pago y no la hizo o si tuvo cualquier intervención que motivara el impago dentro del plazo.

La *Audiencia Provincial de Illes Balears, Sección 5ª, en su Sentencia de 11 de febrero de 2002*, responsabilizó al asesor del recargo de apremio, obligándole a su pago. La resolución justificó la imposición por el hecho que el profesional no informó de los plazos de pago voluntario, por lo que el impago en dicho período no se efectuó por la negligencia del asesor.

e.- No interposición de recursos en plazo

El último de los conceptos cuya indemnización se suele/puede solicitar a los asesores fiscales es la responsabilidad derivada de la no interposición de recursos contra resoluciones tributarias.

En estos supuestos, la responsabilidad del asesor, en caso de haberla, así como su cuantificación se asimilan a la responsabilidad del abogado por no interponer recursos contra resoluciones judiciales.

La falta de diligencia no concurre por el mero hecho de no presentar un recurso. La *lex artis* obliga al asesor fiscal a informar suficientemente al cliente para que pueda decidir con conocimiento de la viabilidad, riesgos y costes, si recurre o no un determinado acto administrativo de la Agencia Tributaria, ya que en función de las circunstancias concurrentes, recurrir puede resultar más costoso que dejar que una resolución devenga firme y pagar el importe correspondiente.

Para la determinación de responsabilidad no hay que acreditar la viabilidad o no del recurso, sino que el cliente fue suficientemente asesorado e informado por el asesor y que fue éste quien, con toda esta información, decidió no interponer recurso. Esta circunstancia se puede demostrar con un documento similar al consentimiento informado o, por lo menos en comunicaciones con el cliente de las que se desprenda que efectivamente se le informó de su situación, las posibles actuaciones y su coste.

Cuando la negligencia que se imputa al asesor es la interposición de un recurso tributario fuera de plazo, como normalmente las notificaciones las recibe directamente el sujeto pasivo, es muy habitual que el profesional afirme que la resolución se le entregó pasado el plazo legal para recurrir pero que aún así se decidió interponer el recurso para ver si se tramitaba pese

a estar fuera de plazo. Como acreditar esta circunstancia resulta muy complejo, la diligencia mínimamente exigible al asesor obliga a que éste informe al cliente que la documentación se ha entregado fuera de plazo, que con toda probabilidad no será admitido el recurso y los costes que la tramitación de éste tendrá para él (tanto por intereses de demora como por las bonificaciones que se pierden con la interposición).

Si el asesor no tiene la precaución de, pese a saber que interpone el recurso fuera de plazo, advertir de este hecho al cliente para que éste reconozca la fecha real de entrega al asesor, con toda probabilidad se declarará su responsabilidad, ya que quedará acreditado el hecho alegado por el cliente (la presentación fuera de plazo), pero no la excepción del asesor (que la presentación fuera de plazo fue causada por la falta de diligencia del cliente). Por este motivo, entendemos que si a un asesor le entregan fuera del plazo legal para recurrir una resolución tributaria (igual que si le entregan los documentos para realizar la declaración) no puede aventurarse a presentar un recurso sin tener la precaución que el cliente firme y reconozca la entrega extemporánea de la documentación.

La cuantificación del daño causado por la no interposición del recurso contra la resolución tributaria deberá hacerse exactamente igual que cuando un letrado deja pasar el plazo para formular recurso contra una actuación judicial. Hasta hace poco, se aplicaba mayoritariamente la doctrina de la pérdida de oportunidad, reconociendo al perjudicado un daño moral consistente en un porcentaje sobre el interés económico en juego; si bien a la luz de las recientes *Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 21 de octubre de 2011*⁸, para determinar el importe del perjuicio causado al cliente habrá que hacer un análisis relativo a la prosperabilidad del recurso no formulado para, en función de la viabilidad que éste tenía, determinar un mayor o menor importe a favor del cliente. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012*, citando expresamente las sentencias indicadas, reconoce y cuantifica la indemnización derivada de la responsabilidad civil profesional de un asesor fiscal en función de la prosperabilidad de la reclamación fiscal.

⁸ En el artículo *Doctrina Jurisprudencial reciente sobre el error del abogado*, publicado en la Revista de la Asociación española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro Nº 44- pág. 23 - MARTÍ MARTÍ, J., se hace un análisis pormenorizado de dichos pronunciamientos.

4.- Conclusión

En la mayoría de los casos en los que se declara la responsabilidad civil del asesor fiscal es sencillo determinar el coste que ha tenido para el cliente, a través de las diferentes cartas de pago notificadas al cliente y pagadas por éste, pero no puede entenderse en modo alguno que todas las cantidades pagadas a consecuencia de la inspección de un acto concreto en el que intervino el asesor cuya culpa se ha declarado constituyan un perjuicio para el sujeto pasivo derivado de la negligencia del profesional.

En primer lugar, la cantidad correspondiente a la diferencia de cuota entre la declaración inicialmente realizada y la liquidación complementaria acordada por la Agencia Tributaria no constituye un perjuicio ni puede reclamarse al asesor, ya que es la cantidad que, en el caso de haber declarado inicialmente el impuesto conforme a los criterios de la administración, habría pagado en aquel momento.

La responsabilidad del asesor en el importe de las sanciones impuestas depende del motivo concreto de la sanción, mas cuando ésta sea consecuencia de haber realizado (asesorada por el profesional) una declaración tributaria en contra del criterio de la administración, será el asesor (en principio y salvo excepciones) quien deberá hacerse cargo del pago de estas cantidades.

Los intereses de demora, pese a la poca jurisprudencia sobre el tema y la existencia de criterios diversos, no deberían entenderse como un perjuicio para el cliente, ya que suponen un resarcimiento para la administración por el retraso en el pago de la suma debida y, por lo tanto, la liquidación por parte del sujeto pasivo por el hecho de haber disfrutado durante un período de tiempo de una cantidad que no le correspondía. Solamente en el caso que el cliente acredite un perjuicio por razón de la diferencia entre los intereses de demora pagados y los percibidos podría plantearse el reconocimiento parcial de la cantidad que se reclama.

Finalmente, cuando la responsabilidad del asesor fiscal deriva de la no interposición de un recurso contra una resolución tributaria, igual que ocurre cuando un abogado no recurre una sentencia o de alguna forma impide a su cliente el acceso a los tribunales, conforme a la más reciente jurisprudencia, habrá que analizar la viabilidad que tenía el recurso para poder cuantificar el perjuicio que la omisión del asesor provocó al cliente.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se concede una indemnización a un joven de 19 años en concepto de incapacidad permanente total en la cantidad de 20.000 euros, al entender que a pesar de que llevara poco tiempo trabajando como agente comercial, no era impedimento para calificar ese trabajo como su actividad profesional habitual. Asimismo, se valora la cuantía en la horquilla inferior (a pesar de su edad), dado que no se trataba de un trabajo para el que se hubiera tenido que preparar especialmente

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 9 de enero de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. D. Franco sufrió lesiones a consecuencia de accidente de circulación ocurrido el 10 de noviembre de 1999.

2. Estos hechos dieron lugar a la incoación de diligencias previas n.º 757/99, del Juzgado de Instrucción n.º 1 de San Clemente, en las que se dictó auto de cuantía máxima a favor del perjudicado (de 8 de enero de 2003, notificado el 26 de febrero de 2003) con base en el informe forense de sanidad de 27 de agosto de 2001, ra-

tificado ante dicho Juzgado. Para su ejecución se promovió procedimiento de ejecución de título judicial (autos n.º 35/03 del mismo Juzgado), donde recayó auto de 19 de septiembre de 2003, revocado en parte por auto parcialmente estimatorio del recurso de apelación (rollo n.º 3/04) de 22 de enero de 2004.

3. Simultáneamente al anterior procedimiento de ejecución, el perjudicado formuló demanda ante la jurisdicción social para que se declarase su invalidez. Esta pretensión fue estimada en suplicación por el TSJ de Castilla La Mancha, en sentencia firme de 12 de diciembre de 2003, la cual, además de apreciar como secuelas posteriores o segundas secuelas las de agravación de cojera, trastorno orgánico de la personalidad de moderado a grave, trastorno del humor y trastorno neurótico, declaró la secuela de incapacidad permanente y absoluta con efectos desde el 1 de septiembre de 2001, y fijó una indemnización de 75.000 euros por dicho concepto, con arreglo a las cuantías establecidas para el año 2004.

4. Con objeto de interrumpir la prescripción el perjudicado dirigió sucesivos requerimientos extrajudiciales, el primero, el día 17 de noviembre de 2004, y los siguientes, el 11 de noviembre de 2005 y el 7 de noviembre de 2006.

5. El 26 de octubre de 2007 se registró la demanda formulada por el perjudicado en ejercicio de acción directa del artículo 76 LCS contra la aseguradora del vehículo causante, en reclamación de la pertinente indemnización de daños y perjuicios (194.838,49 euros) por las secuelas determinantes de la reconocida invalidez, más intereses del artículo 20 LCS desde 17 de noviembre de 2004 y costas.

6. La aseguradora demandada esgrimió en su contestación la excepción de prescripción por entender que la acción se había presentado transcurrido el plazo de un año establecido en el artículo 1968.2.º CC, contado desde que pudo conocer definitivamente las secuelas por las que reclamaba, al considerar que las determinantes de su invalidez ya constaban en la documentación obrante en el proceso penal que sirvió de base al auto de cuantía máxima. También adujo que no había tenido conocimiento del proceso laboral y que, en todo caso, las secuelas valoradas en esta jurisdicción resultaban ajenas al accidente.

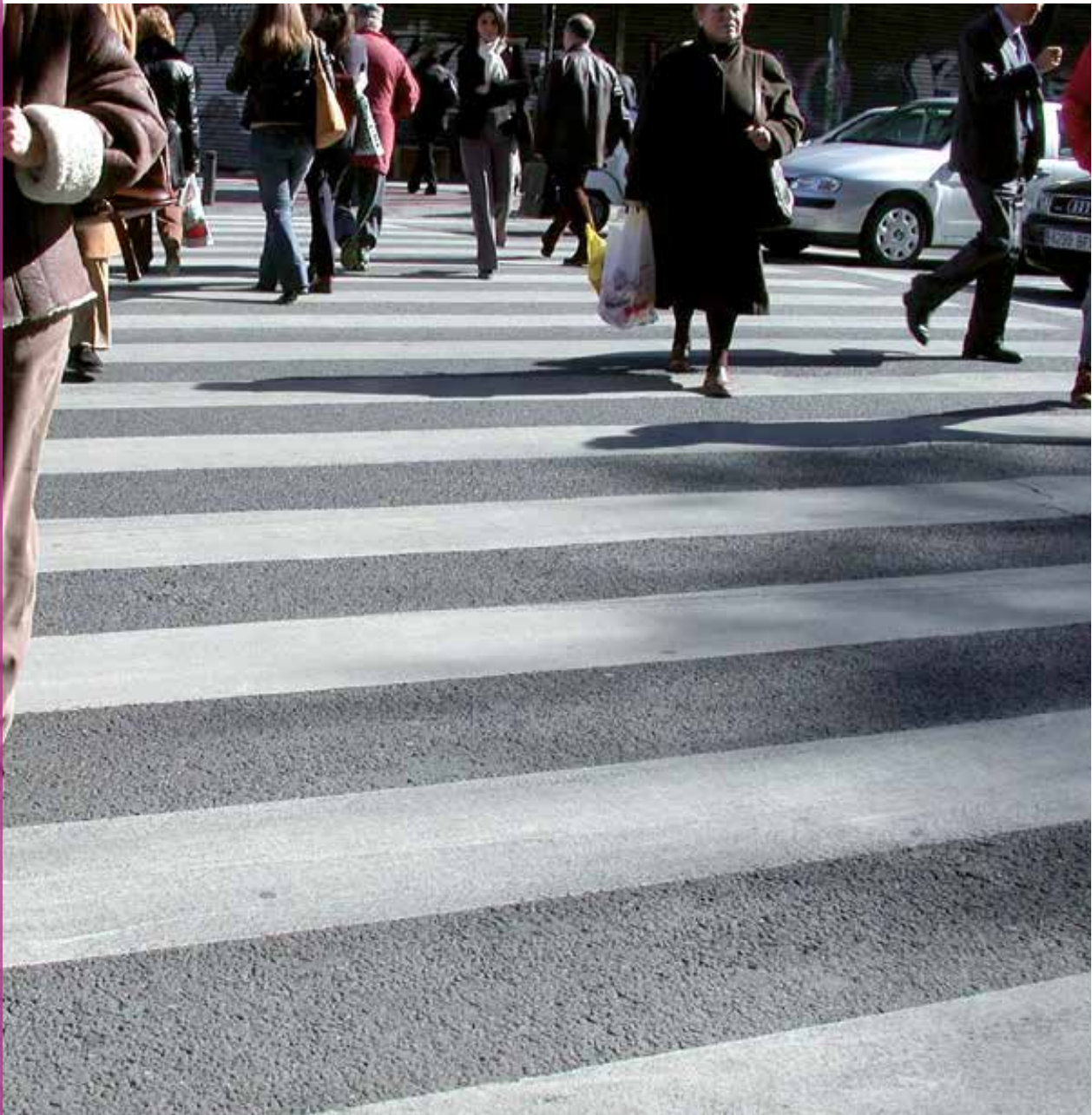
7. El Juzgado acogió la excepción de prescripción y desestimó íntegramente la demanda. Se basó en que ningún documento médico

nuevo se había aportado al pleito laboral, que no obrase ya en el penal que finalizó con auto de cuantía máxima, lo que supone que el demandante podía haber formulado reclamación por esas supuestas secuelas desde el mismo momento en que se le notificó esta última resolución (26 de febrero de 2003). A mayor abundamiento, también rechazó la demanda por razones de fondo al considerar que las secuelas valoradas en el ámbito laboral no guardaban relación con el accidente de circulación.

8. La AP desestimó el recurso del demandante y confirmó la sentencia apelada. Fundó este pronunciamiento en las razones siguientes: (1) a consecuencia de las lesiones sufridas en accidente de tráfico acaecido el 10 de noviembre de 1999, se siguieron diligencias previas que culminaron con auto de cuantía máxima a favor del perjudicado, de 8 de enero de 2003, notificado el 26 de febrero de 2003; (2) el perjudicado solicitó ante la jurisdicción social la declaración de invalidez, pretensión que tuvo acogida por sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 12 de diciembre de 2003; (3) a la hora de fijar el dies a quo [día inicial] del plazo anual de prescripción ha de estarse a la fecha de notificación del auto de cuantía máxima y no a la fecha de notificación de esta sentencia laboral, por cuanto consta acreditado que las lesiones y secuelas definitivas que padecía el demandante «se encontraban detalladas en los informes médicos obrantes en la causa penal», de modo que el daño corporal sufrido era perfectamente conocido desde entonces; (4) consecuentemente, puesto que la primera reclamación extrajudicial se dirigió a la aseguradora el 17 de noviembre de 2004, esto es, superado el año contado desde la notificación del auto de cuantía máxima (26 de febrero de 2003), la acción ha de considerarse prescrita, sin que pueda estarse a la tesis del apelante de que las secuelas fueron conocidas con la sentencia laboral, ya que su declaración no vincula en el orden civil.

9. Contra esta sentencia ha interpuesto la parte actora y apelante recurso de casación –el recurso extraordinario por infracción procesal no ha sido admitido– al amparo del artículo 477.2.2.º LEC. El recurso consta de un único motivo y ha sido admitido por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo único de casación. El motivo se introduce con la fórmula: «Motivo de casación: al amparo del núm. 1 del artículo 477 LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. «La infracción legal que se considera cometida, y motivo del recurso de casa-



ción es la siguiente: «Infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta y aplica, sobre el plazo de prescripción de un año y el inicio del cómputo».

Con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala que, en supuestos de secuelas determinantes de una situación de invalidez, fija el *dies a quo* [día inicial] en el momento en que el daño se concretó definitivamente y pudo ser conocido en toda su extensión por el perjudicado, la parte demandante, ahora recurrente, sostiene que cuando formuló la demanda origen del presente pleito en reclamación de segundas o posteriores secuelas, la acción civil instada

para reclamar por los daños y perjuicios ligados a tales daños no estaba prescrita, puesto que, al concretarse aquellas por la jurisdicción social en sentencia firme dictada por el TSJ de Castilla La Mancha, que reconoció al perjudicado una situación de invalidez permanente absoluta derivada de aquellas, el día inicial del cómputo del plazo anual de prescripción debía fijarse en la fecha de esta resolución y no, como erróneamente hizo la AP, en la fecha de notificación del auto de cuantía máxima que puso fin al previo procedimiento penal, ya que no fue sino hasta que recayó aquella sentencia firme cuando se concretó y pudo el perjudicado conocer el alcance de las nuevas secuelas y la invalidez resultante de las mismas. El motivo

debe ser estimado, con las consecuencias que se dirán.

TERCERO.- Fijación del dies a quo [día inicial] del plazo de prescripción en supuesto de secuelas que determinan una posterior declaración de invalidez en vía laboral. Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 27 de mayo de 2009, RC. n.º 2933/2003; 7 de octubre de 2009, RC n.º 1207/2005; 25 de mayo de 2010, RC n.º 2036/2005; 26 de mayo de 2010, RC n.º 764/2006; 31 de marzo de 2010, RC n.º 310/2006; 16 de junio de 2010, RC n.º 939/2006, 29 de noviembre de 2010, RC n.º 1032/2007; 11 de febrero de 2011, RC n.º 1418/2007 y 12 de diciembre de 2011, RC n.º 2017/2008), la determinación del dies a quo [día inicial] para el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones presenta una doble dimensión, fáctica y jurídica. El juicio fáctico, ligado a la valoración probatoria, corresponde en principio a la AP, en ejercicio de sus facultades exclusivas, y no es revisable en casación.

Por el contrario, la apreciación de la prescripción desde el plano jurídico, permite a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables.

El anterior criterio jurisprudencial ha permitido a esta Sala analizar en casación la controversia aquí suscitada respecto de la fijación del día inicial del cómputo del plazo de prescripción, en particular si la determinación del alcance de las secuelas en orden a la declaración de invalidez resultante de las mismas, 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 sentada sobre que el dies a quo [día inicial] para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir]. (SSTS de 27 de febrero de 2004, 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006 y 12 de diciembre de 2011, RC n.º 2017/2008) y, por ende, sobre la necesidad de que el plazo de prescripción no comience a correr en contra de la parte que propone el ejercicio de la acción mientras esta no disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar (es decir, hasta el efectivo conocimiento por el perjudicado del alcance o grado del daño corporal sufrido). Cuando de secuelas se trata, el referido criterio jurisprudencial derivado del principio indicado se traduce en que la prescripción de la acción para





reclamar por secuelas solo se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas (SSTS de 20 de mayo de 2009, 14 de julio de 2008 y 13 de julio de 2003).

Por regla general, el conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta definitiva, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos objeto de indemnización. Así resulta de las SSTS, de Pleno, de 17 de abril de 2007, RC n.º 2908/2001 y de 17 de abril de 2007, RC n.º 2598/2002, así como de las dictadas con posterioridad (SSTS de 19 de mayo de 2011, RC n.º 1783/2007; 28 de junio de 2011, RC n.º 1968/2007; 20 de julio de 2011, RC n.º 820/2008; 19 de septiembre de 2011, RC n.º 1232/2008; 27 de septiembre de 2011, RC n.º 562/2008 y 26 de octubre de 2011, RCIP n.º 1345/2008, entre las más recientes), las cuales, al referirse a la distinción entre sistema legal aplicable para la determinación del daño y cuantificación económica del mismo refrendan el criterio de que el daño queda concretado, como regla general, con el alta médica definitiva, y que esto obliga a valorarlo con arreglo a las cuantías actualizadas vigentes para todo el año en que ésta se produjo. Ahora bien, compatible con dicha doctrina es también la que ha venido y viene considerando en la actualidad (SSTS de 11 de febrero de 2011, RC n.º 1418/2007; 20 de septiembre de 2011, RC n.º 792/2008; 22 de febrero de 2012, RCIP n.º 522/2009; 25 de mayo de 2010, RC n.º 2036/2005; 26 de mayo de 2010, RC n.º 764/2006, entre las más recientes) que si de las lesiones causadas por el hecho generador de la responsabilidad civil extracontractual que se reclama se derivan secuelas determinantes de incapacidad permanente, cuya fijación no se concreta en el momento del alta definitiva sino que se precisa una resolución posterior, el plazo anual de prescripción de dicha acción aquiliana no ha de comenzar a computarse hasta que no recaea resolución firme (ya sea en vía administrativa, si no se impugna, o en vía judicial, si fue necesario agotar esta para dilucidar definitivamente la contienda al respecto) concretando tal situación de invalidez, en el grado que corresponda, por ser entonces, y no en la fecha del alta, cuando el perjudicado tiene perfecto conocimiento del daño sufrido.

En aplicación de este último criterio jurisprudencial, esta Sala ha declarado que si se ha



seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador o si el demandante no se hubiera conformado en su día con la resolución administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, el día inicial del plazo de prescripción es aquel en que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa sobre el grado de su incapacidad, pues sólo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo daño sufrido (SSTS de 22 de noviembre de 1999, 21 de diciembre de 1999, 22 de enero de 2003, 13 de febrero de 2003, 1 de febrero de 2006, 20 de septiembre de 2006; 7 de febrero de 2007, RC n.º 1435/2000; 7 de octubre de 2009, RC n.º 1207/2005; 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006 y 25 de mayo de 2010, RC n.º 2036/2005).

Esta doctrina es coherente con la que impone interpretar restrictivamente la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (SSTS de 14 de marzo de 2007, RC n.º 262/2000; 6 de mayo de 2009, RC n.º 292/2005; y 24 de mayo

de 2010, RC n.º 644/2006), y obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas no imputables a su persona o comportamiento (SSTS 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 30 de noviembre de 1999, 3 de marzo de 1998, 12 de junio de 2009, RC n.º 2287/2004 y 25 de mayo de 2010, RC n.º 2036/2005).

De conformidad con esta doctrina la STS de 7 de octubre de 2009, RC n.º 1207/2005, fijó el día inicial del cómputo en la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que desestimó su recurso de suplicación; la de 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006, en la fecha del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que declaró la firmeza de la sentencia de suplicación; y la de 25 de mayo de 2010, RC n.º 2036/2005 en la fecha de la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral.

B) En aplicación de esta doctrina, ha lugar a estimar el recurso, pues no fue con el alta mé-

dica, ni con el informe forense, ni con el título ejecutivo elaborado con base en este informe, cuando el perjudicado pudo tener conocimiento del efecto de invalidez de sus secuelas, sino que tal conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios lo obtuvo con la resolución judicial firme que agotó la vía jurisdiccional laboral (sentencia de 12 de diciembre de 2003), dado que fue esta resolución la primera que se pronunció a favor de ligar el cuadro clínico del lesionado, integrado por múltiples patologías, con un agravamiento de las secuelas iniciales y con una incapacidad permanente absoluta desde la perspectiva laboral, más allá de que también sea objeto de discusión en este procedimiento civil –como cuestión de fondo, que procede dilucidar mediante la prueba obrante en autos–, la vinculación causal de esa invalidez laboral declarada, con el accidente de circulación sufrido por el recurrente el día 10 de noviembre de 1999, toda vez que la propia resolución del TSJ admite su origen diverso, post-traumático pero también endógeno (FD Tercero).

Fijado así el día inicial del plazo de prescripción, no se discute que fue válidamente interrumpido mediante sucesivos requerimientos extrajudiciales a la entidad aseguradora demandada, (burofaxes de 17 de noviembre de 2004, 11 de noviembre de 2005, y 7 de noviembre de 2006), realizados antes de la expiración del mismo.

CUARTO.- Estimación del recurso y costas. La estimación del motivo comporta, conforme al artículo 487.2 LEC, la casación total de la sentencia impugnada y la devolución de las actuaciones a la AP para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (STS de 22 de febrero de 2012, RC n.º 522/2009, entre las más recientes).

Esta solución resulta acorde con el criterio de esta Sala que, en la línea marcada por las SSTs de 19 de febrero, 7 de octubre, 3 de noviembre de 2009, 11 de febrero y 5 de septiembre de 2011, viene acordando, tras la estimación del recurso, la reposición de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, teniendo en cuenta que otra solución distinta traería consigo que el asunto quedara privado de la segunda instancia y que esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado para la revisión total de los problemas probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración de

la prueba. De conformidad con el artículo 398.2 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, al estimarse el recurso no ha lugar a imponer las costas del mismo. 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 D. Franco, contra la sentencia de 19 de junio de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 104/2009, por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cuenca, dimanante del juicio ordinario n.º 419/2009, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Clemente, cuyo fallo dice: «Fallamos: »Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por don José Luis Moya Ortiz, procurador de los tribunales y de D. Franco, contra la sentencia de fecha quince de enero de dos mil nueve dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de los de San Clemente y su partido en los autos de juicio ordinario n.º 419/2007, del que dimana el presente rollo de apelación n.º 104/2009 y, en su consecuencia, declaramos que debemos confirmar como confirmamos íntegramente la resolución recurrida, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales correspondientes a la presente alzada».

2. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. Acordamos devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, para que, rechazada ya la prescripción por esta Sala, vuelva a dictar sentencia sobre todas las demás cuestiones objeto de debate.

4. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas del presente 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 Ferrándiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, 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.a; doy fe.

COMENTARIO

Por **Mariano Medina Crespo**
Abogado y Doctor en Derecho

a precisión y claridad con que se expresa esta sentencia, que reitera un criterio ya consolidado en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, hace innecesario su reiteración y su resumen.

Sentado que se trata de una correctísima aplicación de lo establecido en el art. 1969 C.c., pues la acción sólo puede ejercitarse cuando se conocen las consecuencias perjudiciales del daño y, en el caso de lesiones permanentes, el reconocimiento de una incapacidad permanente laboral sirve para que el lesionado pueda calibrar sus perjuicios, fundamentalmente de orden patrimonial, en lo atinente a su lucro cesante, pero también los personales cuyo alcance también resulta afectado por el grado de su abolida o limitada capacidad para el trabajo.

Pero la razón que justifica la noticia de esta sentencia estriba en la necesidad de advertir, como un aviso a los navegantes jurídicos, que en el caso de que la acción resarcitoria hubiera de ejercitarse en el orden contencioso-administrativo, la respuesta que brinda la Sala 3ª del Tribunal Supremo es muy distinta, pese a que la disciplina aplicable es la misma.

Téngase en cuenta que, de acuerdo con el criterio sostenido por la STS (Sala 3ª, Sección 6ª), de 24 de febrero de 2009, en un caso como el expuesto, el inicio del plazo prescriptivo está constituido por la fecha en que quedan determinadas las secuelas, pues se sostiene que en ese momento se conoce su alcance definitivo, por lo que la tramitación de un procedimiento laboral que culmine con la declaración de la incapacidad permanente del perjudicado y determinación de su grado, no afecta al inicio del cómputo prescriptivo. La Sala sostiene que desde el momento en que el lesionado alcanzó el alta con secuelas, podía ejercitar la acción resarcitoria con pleno conocimiento del alcance de los perjuicios padecidos.

La advertencia puede ser útil porque es sabido que el Derecho real no es lo que la ley dice y quiere decir, sino lo que los jueces dicen que dice y quiere decir. En este caso, la Sala 3ª del Tribunal Supremo dice que la ley dice cosa distinta de lo que dice la Sala 1ª que dice la ley.

Pero la razón que justifica la noticia de esta sentencia estriba en la necesidad de advertir, como un aviso a los navegantes jurídicos, que en el caso de que la acción resarcitoria hubiera de ejercitarse en el orden contencioso-administrativo, la respuesta que brinda la Sala 3ª del Tribunal Supremo es muy distinta, pese a que la disciplina aplicable es la misma

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Cuando de las lesiones sufridas se derivan secuelas determinantes de incapacidad permanente, cuya fijación no se concreta en el momento del alta definitiva, el plazo anual de prescripción no comienza a computarse hasta que recae resolución firme (ya sea en vía administrativa, si no se impugna, o en vía judicial, si fue necesario agotar esta para dilucidar definitivamente la contienda al respecto) concretando tal situación de invalidez, en el grado que corresponda, por ser entonces, y no en la fecha del alta, cuando el perjudicado tiene perfecto conocimiento del daño sufrido

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 9 de enero de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La perjudicada por un accidente de circulación ocurrido el 20 de febrero de 2005 demandó a la aseguradora del vehículo causante en ejercicio de acción directa del artículo 76 LCS y reclamación de la indemnización pertinente por los daños personales sufridos más intereses de demora y costas. En particular reclamó una indemnización de 77.639 euros (el máximo previsto en la actualización correspondiente al año en que se produjo el siniestro) por el concepto de factor corrector de la Tabla IV de incapacidad permanente total para su profe-

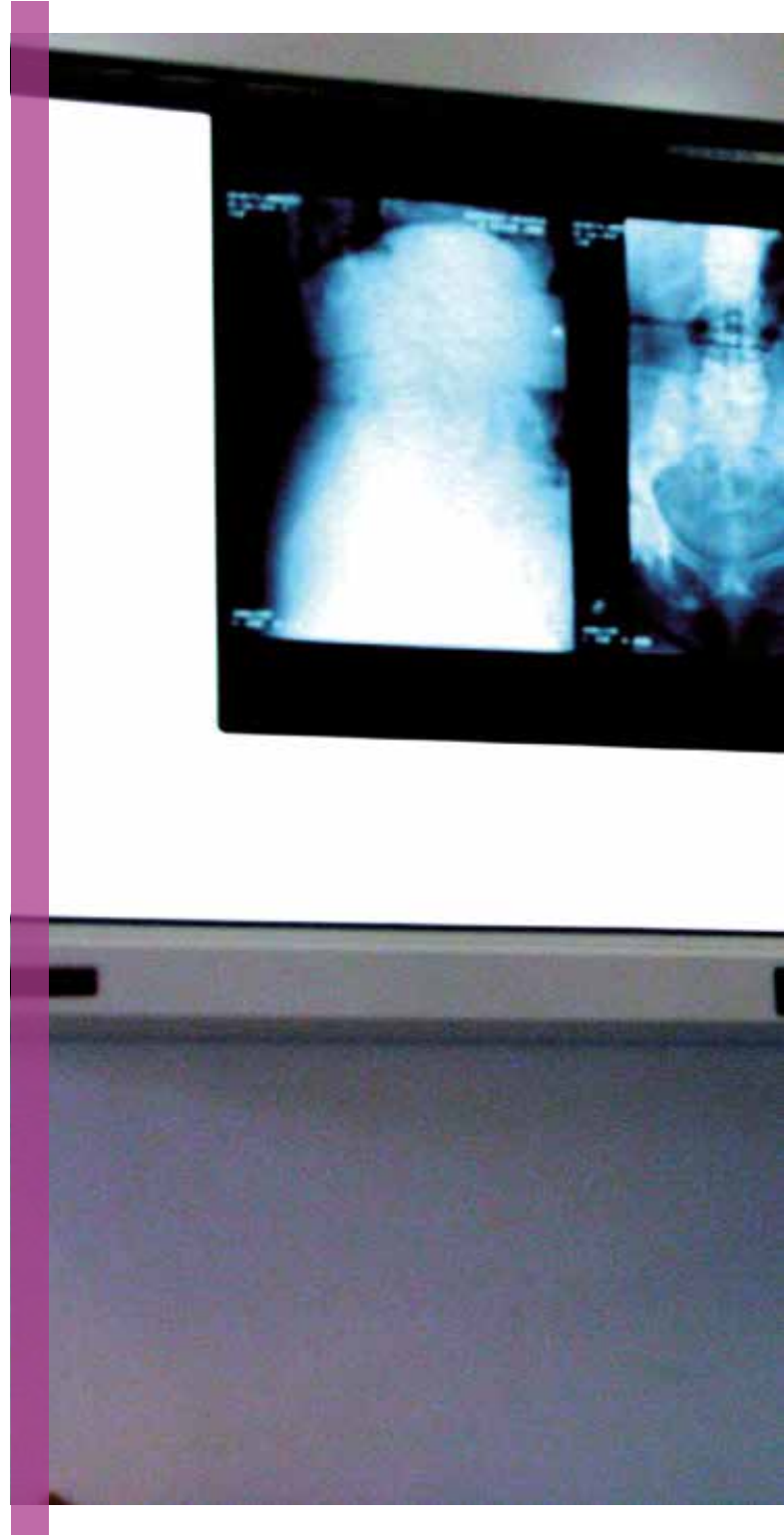
sión habitual, en atención a que dicha situación le había sido reconocida por resolución del INSS de 5 de febrero de 2007.

2. A esta pretensión se opuso la entidad demandada, que defendió que la invalidez era parcial y no total en atención a que la resolución del INSS se fundamentó en un informe médico de 2006, momento en que las lesiones aún no eran definitivas, que su evolución posterior había hecho desaparecer la causa principal de la incapacidad reconocida y que no había quedado acreditado que se tratase de su actividad habitual.

3. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. En lo que ahora interesa, reconoció una indemnización de 12.000 euros por el factor corrector de incapacidad permanente, que consideró parcial y no total para la profesión habitual. Razonó al respecto que solo hacía unos meses que se encontraba trabajando como agente comercial, por lo que no se trataba de su actividad laboral habitual, y que las actividades deportivas que desarrollaba y ya no iba a poder seguir desarrollando constituían tan solo una afición.

4. La AP acordó estimar en parte el recurso de la demandante con el resultado, en lo que ahora interesa, de calificar la incapacidad permanente en grado de total, y de fijar la indemnización por este factor corrector en la suma de 20 000 euros, dentro del primer tercio de la horquilla. Justificó su decisión de calificar la invalidez de total porque el hecho de que la demandante, por su juventud (19 años en el momento del siniestro), llevara poco tiempo trabajando como agente comercial, no era impedimento para calificar ese trabajo como su actividad profesional habitual, la cual ya no iba a poder desempeñar a causa de unas secuelas que le impedían la bipedestación prolongada. Y para justificar su cuantía valoró el escaso tiempo que llevaba trabajando, que no se trataba de un trabajo para el que se hubiera tenido que preparar especialmente, su juventud, en orden a la posibilidad de reorientar fácilmente su futuro profesional, y que el accidente había tenido mayor incidencia en el ámbito de sus actividades de ocio –especialmente, en la práctica de la equitación– que en el ámbito profesional.

5. Recurre en casación la parte actora-ape-lante articulando su recurso por medio un único motivo, al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, por tratarse de un asunto tramitado por razón de la cuantía.



SEGUNDO.- Enunciación del motivo único de casación. El motivo se introduce con la fórmula: «Único. Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se ha producido infracción, por inaplicación de lo dispuesto en el artículo segundo, apartado b), del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, de la Tabla IV que establece el factor corrector para las indemnizaciones bási-



cas cuando se da la invalidez permanente total para la profesión o actividad habitual del incapacitado».

La parte recurrente discrepa de la cuantía concedida en concepto de factor corrector de incapacidad permanente total. En concreto definiendo un criterio, que un sector de la doctrina científica ha denominado de proporción inversa a la edad del perjudicado, que dice ampararse

en el tenor del artículo Segundo, b) del sistema, según el cual, la edad de la víctima debe considerarse factor determinante a la hora de concretar la indemnización que corresponde al perjudicado por los distintos factores correctores de la indemnización básica por lesiones permanentes, y en particular, por el citado factor corrector de incapacidad permanente total para la profesión y actividad habituales que le ha sido reconocido, con el fin de garantizar que perciban más cantidad los más jóvenes o los más ancianos, en el caso de los jóvenes, valorando el llamado «perjuicio juvenil», esto es, la mayor afectación durante un mayor espacio de tiempo y la frustración a edad temprana de aspiraciones o posibilidades vitales que conlleva la invalidez para una persona, en el caso de la recurrente, de 19 años cumplidos cuando se produjo el accidente y que tenía 21 en la fecha en que se le reconoció administrativamente la invalidez laboral. El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Factor corrector por incapacidad permanente. Límites a la revisión en casación de la cuantía concreta fijada por la AP. A) La Tabla IV del Anexo LRCSVM contempla diversos factores de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, entre estos, el de las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, con un incremento de menor a mayor cuantía, según la limiten en parte o totalmente o lleguen a privar al afectado de cualquier ocupación o actividad al margen de la habitual (SSTS de 29 de diciembre de 2010, [RC n.º 1613/2007] y 23 de noviembre de 2011, [RC n.º 1631/2008]). De todos ellos se ha dicho por la jurisprudencia que resultan compatibles entre sí (SSTS de 29 de diciembre de 2010, [RC n.º 1613/2007] y 23 de noviembre de 2011, [RC n.º 1631/2008]) y que su concesión «depende de la concurrencia del supuesto fáctico que contempla la norma reguladora de cada factor, pues -solo en ese caso será aplicable-» (SSTS de 9 de marzo de 2010, [RC n.º 456/2006]; 20 de julio de 2009, [RC n.º 173/2005]; 19 de septiembre de 2011, [RC n.º 1232/2008], 23 de noviembre de 2011, [RC n.º 1631/2008] y 30 de noviembre de 2011, [RC n.º 737/2008]). En particular, del factor corrector por incapacidad permanente parcial, total o absoluta, ha declarado esta Sala (STS del Pleno de 25 de marzo de 2010 [RC n.º 1741/2004], y SSTS de 19 de mayo de 2011, [RC n.º 1793/2007] y 23 de noviembre de 2011, [RC n.º 1631/2008], entre las más recientes, todas ellas acogiendo un criterio seguido por la doctrina de la Sala de lo Social en STS [Social], 17 de julio de 2007 [RCU 4367/2005]), que dicho factor 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, conclusión que se alcanza valorando, entre otras razones, que 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, así como que, de acuerdo con la explicación del sistema que contiene el Anexo segundo, b), con relación a dicha Tabla IV, se trata de un factor de corrección compatible con los demás de la Tabla, 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.

Cuando se trata del factor corrector de incapacidad permanente total, su aplicación depende de la concurrencia del supuesto de hecho, consistente en la realidad de unas secuelas de carácter permanente que además incidan en la capacidad de la víctima de manera tal que la priven totalmente de la realización de las tareas propias de su ocupación o actividad habitual.

De otra parte, respecto de la posibilidad de revisar en casación la concreta suma concedida por dicho factor, en consonancia con la jurisprudencia que restringe el recurso de casación a examinar la corrección del juicio jurídico sobre la aplicación e interpretación de la norma sustantiva, y que, por eso mismo, impide revisar en esta sede la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en el ejercicio de una competencia que le es propia, constituye doctrina de esta Sala, que solo cabe revisar en casación la cuantía de la indemnización concedida por la AP cuando se aduce respecto de las bases en las que se asienta (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 18 de mayo de 1994), o cuando existe arbitrariedad o una irrazonable desproporción (SSTS de 23 de noviembre de 1999, 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, y 21 de abril de 2005, y 9 de diciembre de 2008).

En línea con esta última doctrina, en materia de valoración de daños personales causados en accidente de circulación, de acuerdo con lo declarado en las SSTS de 22 de junio de 2009, [RC 1724/2005], 16 de marzo de

2010, [RC n.º 504/2006], 5 de mayo de 2010, [RC n.º 556/2006], 15 de diciembre de 2010 [RC n.º 1159/2007] y 20 de julio de 2011, [RC n.º 820/2008], corresponde al tribunal de instancia la valoración de la proporción en que debe estimarse suficientemente compensada la incapacidad sufrida dentro de los límites que señala la ley, no siendo posible en casación, como regla general, revisar la ponderación de la cuantía realizada por el tribunal de instancia dentro de dichos márgenes más que en caso de arbitrariedad, irrazonable desproporción, o, en cuanto cuestión jurídica, cuando la discrepancia con lo resuelto se funda en la infracción de las bases, requisitos o presupuestos que la ley contempla para poder concretar la indemnización dentro de los referidos márgenes. Puesto que la Tabla IV no contempla una cifra concreta para cada una de las modalidades de incapacidad, sino una cantidad mínima y otra máxima, el órgano judicial no está obligado a conceder esta última por el simple hecho de que concurra la incapacidad correspondiente, sino que se encuentra legalmente facultado para moverse entre esos márgenes y, por ende, para conceder una cantidad inferior a la que se fija como máxima en función de los hechos probados (SSTS de 16 de marzo de 2010, [RC n.º 504/2006], 5 de mayo de 2010, [RC n.º 556/2006]; 20 de julio de 2011, [RC n.º 820/2008]).

El artículo Segundo, sobre la explicación del sistema, contiene un apartado b), en relación con las indemnizaciones por lesiones permanentes, en el que se establecen las reglas que deben seguirse para concretar la indemnización que ha de ser satisfecha por los daños y perjuicios ocasionados.

De dichas reglas resulta que a la puntuación obtenida para cada secuela según la Tabla VI ha de aplicarse el valor del punto (en euros), en función inversamente proporcional a la edad del perjudicado e incrementando el valor del punto a medida que aumenta la puntuación (Tabla III), y finalmente, que sobre la cuantía resultante se han de aplicar los factores correctores de la Tabla IV en forma de porcentajes de aumento o reducción. Puesto que la vulneración de las citadas reglas, en cuanto normas jurídicas sustantivas, constituye cuestión revisable en casación, no existe obstáculo para entender que también constituye cuestión jurídica sustantiva, susceptible de ser examinada en esta sede, la controversia suscitada al respecto de si el criterio inversamente proporcional a la edad, que el Sistema contempla respecto de la Tabla III, resulta también aplicable, por analogía, a la Tabla IV, a la hora de concretar el porcentaje de aumen-

to que procede reconocer al perjudicado por el factor corrector correspondiente a su incapacidad acreditada, dentro de la horquilla o margen que señala la norma.

Sin embargo, quedan fuera del examen en casación las conclusiones fácticas que, junto al dato relativo a la edad de la víctima en el momento del accidente, llevaron a la AP justificar el concreto porcentaje reconocido. B) En aplicación de esta doctrina no cabe apreciar la vulneración que se denuncia. La parte recurrente pretende examinar en casación una controversia estrictamente jurídica: la posible aplicación analógica del criterio de la proporción inversa entre edad de la víctima y quantum, que el sistema invoca con relación a la Tabla III, para concretar, dentro de la horquilla, la suma en euros que según la Tabla IV corresponde a aquella por el factor corrector de la incapacidad permanente (total en este caso) que le fue reconocida.

Este planteamiento presupone que la decisión de la AP de limitar el incremento por el referido factor a la suma de 20.000 euros, descartando la máxima establecida para ese año, fue tan solo consecuencia directa de no aplicar el referido criterio inversamente proporcional a la edad de la recurrente, tomando la edad como factor aisladamente considerado, de manera que de haberse tomado en cuenta el mayor perjuicio juvenil de esta, es decir, la mayor afectación de la incapacidad consecuencia de tenerla que soportar durante mayor tiempo, y la frustración a edad temprana de sus aspiraciones y posibilidades vitales, la determinación cuantitativa de la suma de aumento se habría llevado a cabo en términos más favorables. Sin embargo, las razones expuestas por la sentencia recurrida permiten concluir que tal planteamiento no es sino un vano intento de revertir, en el plano jurídico, una decisión que no se comparte pero que se apoya en datos fácticos incontrovertibles en casación.

En efecto, la razón decisoria de la sentencia recurrida no desconoce el dato de la edad, ni se apoya exclusivamente en la irrelevancia de la juventud de la víctima (aspecto este, siempre desde la perspectiva de posible aplicación a la Tabla IV de una regla que la norma solo menciona para la Tabla III, sobre el que se sustenta la infracción normativa que se denuncia), sino que toma en cuenta la edad- factor que debe tenerse en cuenta, pero no de forma proporcional o matemática- junto a otros aspectos fácticos, directamente relacionados con la valoración probatoria y por tanto ajenos al recurso de casación, de forma que fueron todos ellos en su

conjunto los que sirvieron de soporte al juicio jurídico expresado en la sentencia respecto del concreto alcance del incremento que debía corresponder al grado de incapacidad reconocido a la víctima del accidente de circulación. Es decir, lejos de prescindir del valor de la juventud, este dato fue tomado en consideración precisamente para hacer un juicio prospectivo que no cabe tildar de ilógico o irracional, sobre las mayores posibilidades que tenía de reorientar su vida profesional respecto de otra persona de superior edad.

En suma, el motivo no puede prosperar porque presenta una controversia jurídica artificiosa, que en realidad oculta la mera disconformidad de la parte recurrente con los aspectos fácticos que justificaron la decisión adoptada en la instancia, la cual cabe calificar como razonable y proporcionada en tanto que la parte recurrente no ha justificado que haya existido una desproporción en la apreciación de la incapacidad permanente, acertadamente elevada por la AP al grado de total.

CUARTO.- Desestimación del recurso y costas. Al no encontrarse fundado el único motivo del recurso procede su de conformidad con lo previsto en el último inciso del artículo 394.1 LEC.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^ª María Esther, contra la sentencia de 28 de septiembre de 2009, dictada en grado de apelación por la Sección 19.^ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo n.º 81/2009, dimanante del juicio ordinario n.º 94/2008, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Sant Feliu de Llobregat, cuyo fallo dice: «Fallamos: »Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por doña María Esther contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Sant Feliu de Llobregat en los autos de que este rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución y fijamos la cantidad a cuyo pago se condena a la demandada, Mapfre Automóviles, S.A., en 107.092,95 euros, más los intereses que se establecen en aquella, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de ninguna de las dos instancias».

2. No ha lugar a casar la sentencia recurrida por ninguno de los motivos de casación formu-



lados, la cual resulta confirmada con este alcance.

3. No ha lugar a imponer las costas del presente recurso.

1. Declaramos no haber lugar a.

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 Ferrándiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. 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.a; doy fe.

Mi primera aportación para colaborar en nuestra revista, lo es además para comentar una Sentencia de la voz más autorizada en materia de responsabilidad civil en el derecho español, por su formación y profundidad, y por razón de su cargo como Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo; pero es que además, a D. Juan Antonio Xiol Rios, muchos de nosotros tenemos la suerte de poderle conocer por ser un asiduo ponente en los numerosos congresos y actos que se organizan en este ámbito.

Así que vamos a ello.

La cuestión que se plantea en casación tiene su origen en la siguiente expresión textual que se hace en el punto segundo “Explicación del sistema”, b) “Indemnizaciones por lesiones permanentes”, del Anexo de la LRCSCVM:

“...(tabla VI); a tal puntuación se aplica el valor del punto en euros en función inversamente proporcional a la edad del perjudicado e incrementado el valor del punto a medida que aumenta la puntuación (tabla III);...”

El caso concreto hace referencia a una chica de 19 años de edad a la que, con motivo de un accidente de circulación, el Juzgado de Primera Instancia de Sant Feliu de Llobregat le concedió una indemnización de 12.000.- euros por factor de corrección de incapacidad permanente parcial, que es incrementada hasta los 20.000.- euros por la Audiencia Provincial de Barcelona al calificar su situación dentro de la incapacidad permanente total.

El abogado de la víctima recurre en casación alegando que, respetando que la situación es de incapacidad permanente total a los efectos de la Tabla IV, tal y como había declarado la Audiencia, la aplicación del punto 2 b) del Anexo de la LRCSCVM, junto con la corta edad de la víctima, exige necesariamente que la indemnización se sitúe cerca del máximo de la horquilla del factor corrección de incapacidad permanente total —86.158,38.- euros— y no cerca del mínimo como ocurre con los 20.000.- euros concedidos.

Esta alegación del abogado recurrente, como decimos, encuentra sustento en un principio indemnizatorio, en relación con la incapacidad permanente, que la doctrina ha venido a denominar “de proporción inversa a la edad del perjudicado”, que tiene su origen en una interpretación del mencionado punto 2 b).

La Sentencia entra en materia a partir del fundamento de derecho tercero, marcando las siguientes pautas básicas en relación con los factores de corrección de la Tabla IV:

- Los distintos factores son compatibles entre sí.
- Su concesión depende de la concurrencia del supuesto fáctico contemplado en la norma reguladora de cada factor.

El caso concreto hace referencia a una chica de 19 años de edad a la que, con motivo de un accidente de circulación, el Juzgado de Primera Instancia de Sant Feliu de Llobregat le concedió una indemnización de 12.000 euros por factor de corrección de incapacidad permanente parcial, que es incrementada hasta los 20.000 euros por la Audiencia Provincial de Barcelona al calificar su situación dentro de la incapacidad permanente total

COMENTARIO

Y en concreto, en relación con el factor de corrección de incapacidad permanente parcial, total o absoluta, se establece que:

- Su objeto principal es la reparación de los daños derivados de los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales, que no tienen que estar necesariamente relacionados con la actividad laboral del afectado.

- Se repara fundamentalmente el daño moral originado por la incapacidad permanente, pero también, en una proporción razonable, el daño patrimonial que ocasiona la disminución de ingresos. Esta interpretación viene obligada por la ausencia de vertebración de los tipos de daño de que adolece el Sistema.

- Es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos.

A continuación, el Magistrado analiza si en el recurso se plantea una revisión de la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial, que no tendría cabida en casación, dejando claro que solo podría revisarse en casación la cuantía de la indemnización concedida por la Audiencia Provincial cuando:

- se aduce respecto de las bases en las que se asienta; o
- existe arbitrariedad o una irrazonable desproporción.

La concreta referencia efectuada por el Letrado recurrente a la infracción del punto 2 b) del Anexo de la LRCSCVM consigue superar el anterior filtro, de forma que la Sentencia analizará si el criterio de la inversa proporcionalidad de la edad que el Sistema prevé para la Tabla III resulta también aplicable, por analogía, a la Tabla IV; pero dejando claro que no se podrán revisar las conclusiones fácticas que llevaron al Tribunal de instancia a adoptar la decisión recurrida.

Y la solución final se reserva para el punto B) del Fundamento de Derecho Tercero, en el que se rechaza el recurso de casación porque, en el caso de autos, en la Sentencia de la Audiencia sí se tomaba en cuenta la edad junto a otros aspectos fácticos, “directamente relacionados con la valoración probatoria y por tanto ajenos al recurso de casación, de forma que fueron todos ellos en su conjunto los que sirvieron de soporte al juicio jurídico expresado en la sentencia respecto del concreto alcance del incremento que debía corresponder al grado de incapacidad reconocido a la víctima del accidente de circulación.”

Estos son los concretos motivos de desestimación del recurso.

Y en cuanto al argumento esgrimido de la inversa proporcionalidad de la edad en el factor de corrección de la Tabla IV, a nuestro juicio, es rechazado frontalmente, hasta el punto de tildarlo de “artificial”, realizando dos concretos comentarios demoledores, pese a estar uno entre paréntesis, y otro entre guiones:

- “...juventud de la víctima (aspecto este, siempre desde la perspectiva de posible aplicación a la Tabla IV de una regla que la norma solo menciona para la Tabla III, sobre el que se sustenta la infracción normativa que se denuncia)”
- “...toma en cuenta la edad —factor que debe tenerse en cuenta, pero no de forma proporcional o matemática—”.

En definitiva, la edad sí es relevante en el cálculo del factor de corrección de incapacidad permanente, pero constituye solamente uno de los diferentes elementos a tener en cuenta en la concreta valoración del mismo, sin que, con base en el punto 2 b) del Anexo, podamos pretender un cálculo automático de la cantidad reclamada, inversamente proporcional a la edad de la víctima.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Se concede una indemnización de 24.879 euros en concepto de lucro cesante a una empresa de transporte como consecuencia de la paralización de unos de sus camiones por un accidente, a pesar de que la demandante no aportara elementos de prueba que permitieran establecer de forma objetiva un detrimento ponderado de ingresos-gastos, o de perjuicios concretos que justificaran la procedencia del acogimiento de su pretensión

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 11 de febrero de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El recurso de casación que formulan D. Valeriano y Transportes Ángel Contreras, S.L. trae causa del accidente de tráfico sufrido el día 9 de diciembre de 2002 y, en particular, de la indemnización relativa a tres partidas indemnizatorias: valor venal, lucro cesante y otros gastos generados y ocasionados como consecuencia del accidente, referidos a gastos de agricultura, gastos de depósito, entre otros, generados a resultas del mismo. La parte recurrente esgrime la vulneración del artículo 1106 del Código Civil al considerar que la sentencia dictada en segunda instancia ha infringido el espíritu y contenido de la diferente normativa aplicable sobre indem-

nización no solo por daños y perjuicios, sino también por las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante o paralización del vehículo). En apoyo del mismo cita la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre 16/1987 de 30 de Julio, en concreto el artículo 22.6 donde se regula la indemnización correspondiente en caso de paralización del vehículo, que recoge la necesidad de indemnizar a quien ninguna responsabilidad o culpa ha tenido en el accidente y que a su vez ha sufrido la paralización del vehículo por causas no imputables al mismo, y como consecuencia de ello ha tenido unas pérdidas económicas por las ganancias dejadas de obtener. Invoca, además, diversas Ordenes Ministeriales que abundan en dicha cuestión.

SEGUNDO.- El recurso se va a estimar en parte, no obstante reconocer que en algunos aspectos se plantea de forma confusa, en otros se aparta de la base fáctica de la sentencia y se traen a colación defectos de motivación que nada tienen que ver con este recurso. Así, por lo que se refiere a las diferencias jurisprudenciales existentes en las distintas Audiencias Provinciales a la hora de cuantificar los daños del vehículo conforme al valor venal, más el incremento necesario en concepto de valor de afección, lo que pretende es que se revoque el pronunciamiento de la sentencia para que este valor de afección se incremente del 20% al 50%, lo que no es posible cuando no estamos ante una aplicación automática o uniforme del mismo sino que las diferencias están amparadas en supuestos concretos que han sido debidamente ponderados en las dos sentencias de instancia.

Respecto al lucro cesante, señala la STS 16 de diciembre 2009 lo siguiente: "debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella "pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir" (artículo 9:501 (2) PECL) criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante. Así la sentencia de 5 mayo 2009, al analizar la postura de la jurisprudencia de esta Sala, dice que "En cuanto a la alusión a la doctrina jurisprudencial debe responderse señalando que, si bien es cierto que en la misma se mantiene un criterio restrictivo en la materia, y se resalta que la existencia del perjuicio por el concepto de lucro cesante debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre



(S. 21 de abril de 2.008 y las que cita)" cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre como habrían sucedido los aconte-



cimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso", por lo cual, obviamente, no se produce la automaticidad a que alude la parte recurrente, sin embargo el art. 1.106 CC señala como concepto indemnizatorio el de "la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", o

lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (S. 16 de marzo de 2.009), cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (S. 21 de abril de 2.008); y esta doctrina no ha sido desconocida en el caso".

En el mismo sentido, la sentencia de 21 abril 2008 señala que "En cuanto a los conceptos que se reclaman por lucro cesante, esta Sala tiene declarado que el "quantum" (cuantía) de la indemnización por lucro cesante, cuando éste se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas (juicio de probabilidad, según la STS de 14 de julio de 2003, rec. 3427/1997), fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (SSTS de 6 de septiembre de 1991, 5 de octubre de 1992, 4 de febrero de 2005, rec. 3744/1998, 31 de mayo 2007, 18 de septiembre de 2007, rec. 4426/2000). Como consecuencia de ello se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el período futuro objeto de reclamación, permitan un cálculo prospectivo del lucro cesante (STS 31 de octubre de 2007, rec. 3537/2000).

Ello es lo que ha ocurrido en el presente litigio. Se reclama el lucro cesante de la paralización de un camión por causa no imputable al transportista de la que cabe, en principio, presumir los perjuicios económicos que ello comporta ante la merma de ingresos por falta de

productividad, en tanto que con la paralización se interrumpe la posibilidad que el transportista tiene de usar el camión siniestrado o de buscar soluciones alternativas hasta un tiempo prudencial en que puede volver a usarlo, bien nuevo, bien arreglado, si esto fuera posible, buscando, en suma, las ventajas económicas que le pueda reportar su explotación pecuniaria.

Es cierto que para concretar su importe, pudo la demandante aportar elementos de prueba que permitieran establecer de forma objetiva un detrimento ponderado de ingresos-gastos, o de perjuicios concretos que justificaran la procedencia del acogimiento de su pretensión, más ello no es argumento suficiente para negar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo.

Desde esta idea no es posible aceptar en su integridad la indemnización que se reclama de una forma aleatoria para un periodo de casi de dos años con base en un certificado de paralización emitido por una determinada asociación, certificado que, aun referido a relaciones contractuales relacionadas con el transporte de mercancías, sirven a título meramente indicativo y como simple principio de prueba para cuantificar ese indudable perjuicio. De aquí que, ponderando todos los factores concurrentes, se considere prudencial la cantidad de 24.879 euros como correspondiente al beneficio dejado de obtener durante un periodo de tres meses en que razonablemente se pudo adoptar alguna solución relacionada con la reanudación de la actividad de transporte.

La misma dosis de probabilidad se advierte con los gastos de depósito del vehículo, no con los demás que la sentencia desestima por razones de prueba o de causalidad que no han sido combatidas en el recurso correspondiente. La sentencia niega su reparación porque no ha pagado la factura y porque el vehículo fue declarado siniestro total por lo que el demandante conocía que las posibilidades de reparación eran nulas y por tanto el depósito era innecesario. Lo cierto es que el vehículo se depositó y resulta razonable que, en las relaciones con el taller, se pueda posponer el pago a la espera de ser indemnizado, y que un vehículo siniestrado pueda ser depositado a la espera de su peritación por el seguro, operación que puede

prolongarse durante algún tiempo por la inactividad de los peritos o por falta de aviso.

Lo que no es admisible es que se reclame por este concepto 36.265,45 euros correspondientes a un depósito de 1.733 días. Lo razonable es limitar el perjuicio a un mes durante el cual se entiende que ha sido posible adoptar alguna solución viable con relación a un vehículo declarado siniestro total y que ocupa sin sentido el espacio de unos talleres, todo lo cual supone una indemnización por dicho concepto de 627 euros.

TERCERO.- La estimación en parte del recurso, determina que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las de ninguna de ambas instancias. Tampoco de las causadas por este recurso de casación; todo ello en correcta aplicación de los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso de casación formulado por la representación de don Valeriano y Transportes Angel Contreras Serrano S.L. contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Ciudad Real, de fecha 31 de marzo de 2010.

2.- Se casa y anula en parte la sentencia y se acuerda incrementar la indemnización concedida en la suma de 25.506,78 euros.

3.- Se mantienen los demás pronunciamientos y no se hace especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de ambas instancias, ni de las causadas por este recurso. Líbrese 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. Francisco Javier Orduña Moreno. 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.

En la presente sentencia el Tribunal Supremo viene a resolver, entre otras partidas, sobre la procedencia de la indemnización interesada por la paralización de un camión, dedicado al transporte, como consecuencia de un accidente de tráfico, aportándose al procedimiento como prueba para sustentar tal pretensión, el certificado de paralización emitido por una asociación de transportistas, determinándose en el mismo que la cuantía a la que asciende la inactividad de tal vehículo durante el periodo de 771 días naturales, era de 196.546,56 euros.

Si bien es cierto que la sentencia del Alto Tribunal reduce de forma sustancial el importe de la indemnización solicitada, condenando a la Cía. de Seguros demandada al pago de la cantidad de 24.879 euros en concepto de lucro cesante, al entender que únicamente procederá de indemnizar a la empresa propietaria del vehículo de transporte por el periodo de inactividad comprendido durante un periodo de tres meses, considerándolo como un tiempo prudencial y razonable para que se pudiera adoptar alguna solución de cara a poder reanudar la actividad de transporte, lo interesante de esta sentencia es el fundamento erigido para estimar tal pretensión.

De este modo se viene a establecer como fundamento de su procedencia, que la falta de elementos de prueba que permitan establecer de una forma objetiva los perjuicios económicos que se le irrogaron al perjudicado como consecuencia de la paralización de su instrumento de trabajo, no es óbice para negar una indemnización en concepto de lucro cesante.

La acreditación del lucro cesante, cuyo concepto se encuentra regulado en el artículo 1.106 del Código civil, tratándose de la ganancia dejada de percibir, constituye una prueba de una realidad que no se ha producido, surgiendo problemas a la hora de poder determinar la realidad de las mismas, habiendo sido la jurisprudencia española restrictiva a la concesión de tal partida indemnizatoria, al considerarse que debían de probarse de una forma rigurosa aquellas ganancias frustradas, sin que estas puedan ser dudosas o contingentes.

Tal doctrina jurisprudencial fue evolucionando, estableciéndose que dada la dificultad probatoria no se podría exigir una certeza absoluta que como tal no se había verificado, debiendo de acreditarlo mediante la constatación de la realidad de una actividad económica, cuya interrupción genera, lógicamente la imposibilidad objetiva de ganancia. Se vino a indemnizar el lucro cesante aplicando por lo tanto criterios de

La falta de elementos de prueba que permitan establecer de una forma objetiva los perjuicios económicos que se le irrogaron al perjudicado como consecuencia de la paralización de su instrumento de trabajo, no es óbice para negar una indemnización en concepto de lucro cesante

COMENTARIO

probabilidad, apreciándose su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos, en el caso de no haberse producido el suceso dañoso.

Se estimaba por tanto la procedencia del lucro cesante cuando hubiera quedado probado con una razonable verosimilitud, aunque extremando las precauciones con el objeto de que no prosperaran los denominados “sueños de fortuna” o hipotéticos beneficios, siendo necesario por lo tanto probar el nexo de causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir.

A través de la presente sentencia se viene a avanzar un paso más en la concesión de tal partida indemnizatoria, puesto que siendo conscientes de la dificultad probatoria que entraña la acreditación de una realidad que no se ha producido, se indemniza a la empresa propietaria del camión al ser evidente “del curso normal de los acontecimientos” que si el vehículo no hubiera sufrido el accidente hubiera reportado ganancias, sin que pueda servir de argumento para su desestimación la falta de elementos de prueba que permitan establecer de forma objetiva los perjuicios concretos irrogados por se produjeron a la empresa.

Se estimaba por tanto la procedencia del lucro cesante cuando hubiera quedado probado con una razonable verosimilitud, aunque extremando las precauciones con el objeto de que no prosperaran los denominados “sueños de fortuna”

A través de la presente sentencia se viene a avanzar un paso más en la concesión de tal partida indemnizatoria, puesto que siendo conscientes de la dificultad probatoria que entraña la acreditación de una realidad que no se ha producido, se indemniza a la empresa propietaria del camión al ser evidente “del curso normal de los acontecimientos”

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Como consecuencia de la negligencia médica profesional se condena a un médico por un delito de intrusismo y a indemnizar al paciente afectado en la cuantía de 156.263,15 euros. Tras recurrir en amparo la sentencia penal, el médico reclama a su compañía de seguros la cantidad abonada por la responsabilidad civil, entendiendo nuestro Alto Tribunal que el dies a quo para ejercitar la acción será desde que se notifique la sentencia del Tribunal Constitucional, y no la fecha en la que hizo efectivo el pago, dado que de la referida resolución va a depender la cobertura o no de la póliza suscrita

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 8 de marzo de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Don Argimiro demandó a Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros, SA, para que se le condenara al pago de 228.827,611 euros, con base en las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional concertadas entre ambos. Los hechos de los que trae causa la demanda son los siguientes: el sr. Argimiro se vio demandado por un paciente, al que intervino quirúrgicamente de modo insatisfactorio, tanto por la vía penal como por la civil. En la causa penal se le imputaron unos presuntos delitos de lesiones por imprudencia y de intrusismo profesional; la causa penal fue sobreseida y archivada por el delito de lesiones imprudentes y siguió adelante en cuanto al in-

trusismo profesional. Al mismo tiempo, el paciente formuló demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción por culpa contractual para reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado Penal condenó al Sr. Argimiro como autor de un delito de intrusismo profesional. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid. Contra ambas resoluciones interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que, por sentencia notificada en fecha 20 de octubre de 2006, otorgó el amparo solicitado declarando la nulidad de dichas sentencias. Por su parte, en el proceso civil, se dictó sentencia el 18 de mayo de 2005 por la que, estimando la demanda interpuesta por el paciente, condenó al ahora recurrente a indemnizarle en la suma de 156.263,15 euros, con más las costas causadas y los correspondientes intereses.

3La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial mediante sentencia de 26 de junio de 2006. La aseguradora aquí demandada rechazó en su día la cobertura de la reclamación del paciente, con cargo a las pólizas de seguro de responsabilidad civil suscritas, con base en la condena del asegurado por delito de intrusismo, que se encontraba pendiente de resolución del Tribunal Constitucional. La sentencia de primera instancia, estimó la excepción de prescripción alegada por la parte demandada y desestimó íntegramente la demanda. La sentencia de apelación confirmó la resolución apelada. Considera que el debate lo centraron las partes procesales en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro a cuyo tenor el plazo prescriptivo aplicable es el de dos años, pues los seguros suscritos "son contratos de seguros de daños al tratarse de coberturas indemnizatorias de daños y perjuicios causados por hechos previstos en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, art. 73 y ss. LCS". Siendo así, la parte ahora recurrente planteó el debate en dos vertientes. El día inicial para computar el plazo de prescripción de la acción es a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2006 o bien el momento final de las ejecuciones dinerarias, en vía civil, contra el actor, 15 de octubre de 2008 y 6 de noviembre de 2008. Ambos criterios fueron rechazados: "El perjudicado, dice la sentencia, inició actuaciones penales por denuncia frente al actor como responsable de un delito de lesiones, a tenor de los arts. 147; 152 CP, imputando el resultado a una conducta contraria a la *lex artis* (folios 65 y ss.). Las diligencias previas incoadas finaron por auto de archivo, respecto al delito imputado de lesiones, acordando seguir las actuaciones penales por un presunto delito de intrusismo (art. 403 CP), auto de 13-1-



2001 (folios 95 y ss.). Ciertamente a tenor de los arts. 111; 112 y concordantes LEC. pendiente la causa penal y no renunciada ni reservada la acción civil, ésta no podía ejercerse separada de la penal entablada. Ahora bien, la vía penal en cuanto enjuiciaba la responsabilidad por un delito de lesiones era fuente de las obligaciones civiles a tenor del art. 1092 CC. Así extinguida dicha vía penal en cuanto a la responsabilidad civil derivada de un hecho presuntamente delictivo, cesó la prohibición de entablar la acción civil derivada de unos hechos causantes de daños personales por mala praxis profesional. Quedaba libre la vía para el ejercicio de la acción civil del perjudicado frente al causante de los daños corporales por su actuación negligente a tenor del art. 1969 CC.

Así se inició por el perjudicado las acciones civiles frente al actor que finaron por Sentencia de primera instancia condenatoria de 18-5-2004, autos de juicio ordinario num. 2/2004 (folio 165) y que fue confirmada por Sentencia de 26-6-2006 R. num. 650/2005 (folios 173 y ss.). Ciertamente la vía penal que se siguió por un delito de intrusismo profesional, no incidió en la acción civil derivada de los daños corporales que dieron lugar al proceso civil. Por lo que la S.T.C. de 9-10-2006 (folios 115 y ss) que acogió el recurso de amparo frente a la condena penal por intrusismo profesional (S.JP. de 29-6-2002 folio 101 y ss. apelación S.AP. Madrid de 30-4-03, folios 108 y ss.) no incidió para nada en el ejercicio de las acciones civiles entabladas por el perjudicado frente al hoy actor- apelante. Por lo que decae la pretensión de que el día inicial se fije en la S.T.C de 9-10-2006".



Don Argimiro formuló un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- Se formula un único motivo en el que se trata de hacer valer la prescripción de quince años del artículo 1964 CC porque, en contra de lo razonado en ambas instancias, vista la fundamentación jurídica de la demanda, y lo alegado por la demandada en su escrito de oposición, considera que no constituye cuestión nueva extemporáneamente introducida en la sentencia previa, sino aclaración oportuna de las alegaciones expuestas en la demanda y sostenidas por la invocación de los artículos 1091, 1101 y 1.102 del Código Civil. El motivo se desestima. En realidad no se advierte la repercusión que tales alegaciones van a tener en el resultado del litigio cuando lo que sostiene es que no se trata de alterar ni sus pretensiones ni fundamentos, sino complementar o aclarar lo que dijo en su demanda con un argumento carente de fundamento, como es el que a la hora de redactar la demanda no se le podían "ocurrir todas las excepciones o motivos de oposición que en la contestación pueda esgrimir la demandada". Lo cierto es que las partes han admitido en la instancia la aplicación del artículo 23 de la LCS y, en consecuencia, las alegaciones y la prueba en torno a la concurrencia o no de la excepción alegada han girado en relación con los elementos fácticos inherentes a la determinación del plazo correspondiente a la prescripción de este tipo de acción, que tiene su base en el seguro

concertado y en el plazo de dos años para su correcto ejercicio tanto para los derechos que pueda ostentar la entidad aseguradora frente al tomador del seguro o asegurado, como los que procedan corresponder a éstos contra aquella, no en ninguna otra acción susceptible de ampliarlo a un periodo mas largo, como es el de quince años del artículo 1964 CC, para las acciones que no tengan señalado término específico de prescripción, corrigiendo, más que aclarando, el fundamento y naturaleza de la acción, con evidente indefensión a la otra parte procesal que no pudo argumentar al respecto.

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO.- Se formulan cuatro motivos, el cuarto sobre la aplicabilidad del término prescriptivo de quince años del artículo 1964 CC, se rechaza por las razones expuestas. Los demás tienen que ver: a) con la aplicación indebida de los artículos 1969 y 1971 CC, toda vez que por medio de la demanda de autos no se exige el cumplimiento de ninguna obligación declarada en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, que le condenó a indemnizar a quien fuera su paciente, sino de la dictada por el Tribunal Constitucional de fecha 9 de octubre de 2006, que acogió el recurso de amparo frente a la condena penal por intrusismo profesional, y que le fue notificada el 20 de octubre de 2006, teniendo en cuenta que la aseguradora, con fecha 7 de abril de 2004, le comunicó su decisión de rechazar la cobertura de la reclamación civil formulada contra el por su paciente por la condena penal y que esta condena penal por intrusismo se hallaba pendiente de la resolución de amparo por lo que mientras esa cobertura no fuera declarada nula, no podía ejercer acción alguna, y b) con la interrupción de la prescripción comenzada a contar desde la notificación de la sentencia del Tribunal Constitucional, mediante la reclamación a la aseguradora de fecha 23 de septiembre de 2008, recibida el 24 de septiembre de 2008. El recurso así formulado se estima El día a quo para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse (SSTS de 27 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2010, 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. Pues bien, es cierto que el ejercicio de la acción estaba condicionada al resultado de una sentencia previa civil que determinó el importe de la condena que la ahora recurrente pretende recuperar de la compañía aseguradora, por lo que sería la firmeza de sentencia, que se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcu-

rrido el término sin interponerlos, la que debería tomarse como día inicial para computar el plazo de su ejercicio, que es el de dos años. Es cierto también que el recurso de amparo formulado contra la sentencia penal previa que le condenó por un delito de intrusismo no sirve en principio a este fin puesto que no es una tercera instancia jurisdiccional, sino que su ámbito se circunscribe a determinar si se ha producido o no la violación de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (artículo 54 L.O.T.C.), por lo que su interposición no impide ganar firmeza a la sentencia.

Ocurre, sin embargo, que el inicio del plazo de prescripción, no solo viene determinado por la sentencia que condenó en vía civil al demandante, sino también por esa previa declaración de nulidad reclamada por vía de amparo como factor demostrativo de la existencia real de cobertura. Antes no había acción que pudiera ejercitar el asegurado puesto que la que se formula en la demanda trae causa del contrato de seguro concertado con la aseguradora, cuya eficacia, respecto del importe de la condena a la que hizo frente el asegurado, estaba supeditada a lo que, respecto de la causa por la que se le negaba la cobertura, pudiese resolver el Tribunal Constitucional sobre el delito de intrusismo, que lo hizo mediante sentencia notificada el 20 de octubre de 2006 en la que anuló la condena penal. Hasta ese momento no sobrevino el dies a quo, conforme a lo que dispone el artículo 1969, que complementa en este aspecto el artículo 23 de la LCS. Como quiera que el 24 de septiembre de 2008 se hizo reclamación extrajudicial a la aseguradora, que interrumpió el plazo de prescripción, conforme al artículo 1973 CC, y que la demanda se formuló el día 30 de enero de 2009, es evidente que no ha transcurrido el plazo de dos años del artículo 23 de la LCS y que la acción no está prescrita.

CUARTO.- La estimación del motivo comporta, conforme al artículo 487.2 LEC, la casación total de la sentencia impugnada y la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que, conforme se interesa, dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteada (SSTS de 7 de octubre de 2009 y 24 y 25 de mayo de 2010). Esta solución resulta acorde con el criterio de esta Sala que, en la línea marcada por las SSTS de 19 de febrero, 7 de octubre, 3 de noviembre de 2009, 11 de febrero y 5 de septiembre de 2011, y 22 de febrero 2012, viene acordando, tras la estimación del recurso, la reposición de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, teniendo en cuenta que otra solución distinta traería consigo que el

asunto quedara privado de la segunda instancia y que esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado para la revisión total de los problemas probatorios del litigio, tuviera que proceder a la valoración de la prueba.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, se imponen a la recurrente las costas ocasionadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no se hace especial declaración de las del recurso de casación.

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de don Argimiro, contra la sentencia dictada por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de septiembre de 2008, imponiéndole las costas causadas por el mismo.

2º.- Se estima el recurso de casación que formula la misma representación procesal contra la citada resolución, la que casamos, dejándola sin efecto en cuanto aprecia prescripción de la acción ejercitada en la demanda, sin hacer pronunciamiento especial en cuanto a las costas.

3º.- Devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, rechazada ya la prescripción por esta Sala, y previo señalamiento preferente para votación y fallo, vuelva a dictar sentencia sobre todas las demás cuestiones objeto de debate. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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. Francisco Javier Orduña Moreno. 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. Estando en audiencia pública; doy fe.

En la Sentencia objeto de análisis, el Tribunal Supremo resuelve sobre la reclamación de un médico que interpuso demanda de Juicio Ordinario, contra una Aseguradora alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicando al Juzgado se dictara Sentencia por la que estimando íntegramente la demanda se condenara a la demandada a abonar al actor la suma de doscientos veintiocho mil ochocientos veintisiete euros con sesenta y un céntimos (228.827,61 euros), más los intereses correspondientes; todo ello con expresa condena al pago de las costas procesales.

La aseguradora aquí demandada rechazó en su día la cobertura de la reclamación del paciente, con cargo a las pólizas de seguro de responsabilidad civil suscritas, con base en la condena del asegurado por delito de intrusismo, que se encontraba pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional y alegando también prescripción de la acción

La aseguradora aquí demandada rechazó en su día la cobertura de la reclamación del paciente, con cargo a las pólizas de seguro de responsabilidad civil suscritas, con base en la condena del asegurado por delito de intrusismo, que se encontraba pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional y alegando también prescripción de la acción.

El nudo gordiano de la cuestión se encuentra en la imposibilidad por parte del Médico (asegurado) de ejercitar su acción por responsabilidad contractual contra la Cía. Aseguradora hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional anulatorio de las Sentencias penales de condena por Intrusismo Profesional; acogiendo el TS, como *ratio decidendi* de su Sentencia, precisamente, que el *dies a quo* ha de considerarse el de la fecha de notificación de la Sentencia del Tribunal Constitucional al asegurado, a partir de cuyo momento dispone del plazo de dos años (ex Art. 23 LCS), siéndole lícito interrumpir la prescripción, como había hecho, y debiéndose entender, por todo ello, presentada la demanda dentro de plazo.

Acertada resolución, según nuestro criterio, como también resulta acertado el fallo, al devolver las actuaciones al Tribunal de Apelación para que, rechazada la prescripción, vuelva a dictar Sentencia sobre todas las demás cuestiones objeto de debate, valorando libremente la prueba practicada en el Juicio.

Pues bien, como corolario a este comentario, no puedo evitar insistir en la necesidad y conveniencia de que se restauren los cauces de acceso para que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional puedan pronunciarse sobre cuestiones como la que acabamos de examinar, pues ha quedado demostrado el claro error del Juzgado y Audiencia que resolvieron previamente, así como que con esta Sentencia del Alto Tribunal, basada en la previa del Constitucional, el Médico-asegurado tendrá la posibilidad de ver satisfechas sus expectativas, algo que con la legislación actual hubiera resultado imposible, al no tener acceso el recurrente al Recurso de Casación por ser la cuantía del procedimiento inferior a 600.000,00 euros. (Art. 477.2.2 LEC, en redacción de Ley 37/2011, de 10 de Octubre).

COMENTARIO

Si a esto añadimos que el recurrente ha tenido que pagar las costas judiciales de la primera instancia y la apelación, así como los honorarios de su propio Abogado y Procurador, más el coste del Recurso de Casación, resulta evidente que para llegar a esta Sentencia del TS, que le da la razón, en contra de las anteriores, habría tenido que disponer de un importante patrimonio que le permitiera afrontar tales gastos, y aún así, nunca resultará indemne, puesto que es posible que al final le haya costado más el collar que el galgo (pero ha obtenido la razón, que tenía y se le había denegado, así pues, "chapeau", o mejor "chapó")

Del mismo modo, la Ley de Tasas 10/2012, de 20 de noviembre, podría haber impedido al recurrente el acceso a los Tribunales, si hubiera estado vigente desde hace años, al tener que abonar el Médico una tasa fija de 300,00 euros por la interposición de la demanda, más otra de 800,00 euros para interponer el Recurso de Apelación y otra de 1.200,00 euros para interponer el Recurso de Casación, más 229,00 euros de cuota variable en cada instancia (más el coste de los Juicios en los que se ha opuesto a las reclamaciones del paciente insatisfecho, por no asumirlo su Cía. Aseguradora). Si a esto añadimos que el recurrente ha tenido que pagar las costas judiciales de la primera instancia y la apelación, así como los honorarios de su propio Abogado y Procurador, más el coste del Recurso de Casación, resulta evidente que para llegar a esta Sentencia del TS, que le da la razón, en contra de las anteriores, habría tenido que disponer de un importante patrimonio que le permitiera afrontar tales gastos, y aún así, nunca resultará indemne, puesto que es posible que al final le haya costado más el collar que el galgo (pero ha obtenido la razón, que tenía y se le había denegado, así pues, "chapeau", o mejor "chapó").

Más grave aún resultaría que las desacertadas resoluciones recurridas y revocadas por absurdas y antijurídicas, se hubieran convertido en "jurisprudencia menor", con lo que el disparate se habría disparado a toda España, como está pasando o puede llegar a pasar en cuestiones "menores" (para mí no hay ninguna cuestión menor en Derecho, como se acredita cada día ante los Tribunales) a las que no tienen acceso los Tribunales de Apelación.

Los Tribunales de Apelación y el Supremo son y serán siempre fundamentales para la fijación y unificación de la doctrina a nivel provincial y nacional, y con ello se evitarían muchos recursos, precisamente por la uniformidad de doctrina.

En la mayoría de las ocasiones la indefensión se produce precisamente por las cacicadas o ignorancia de Juzgados y Tribunales que no se encuentran sometidos a un control por parte de un órgano superior, como hubiera ocurrido en el supuesto analizado.

Esta limitaciones al acceso a los Tribunales y, en definitiva, a la tutela judicial efectiva, resultan inadmisibles, y el Legislador debería volver a plantearse estas cuestiones a fin de volver al respeto al artículo 24 de nuestra Carta Magna: *"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"*.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se indemniza a una madre en la cantidad de 300.506,06 euros en concepto de los daños y perjuicios sufridos así como por los daños morales como consecuencia del nacimiento de su hijo con graves malformaciones, al entender que existió durante el embarazo un actuación sanitaria evidentemente deficiente al no detectarse a tiempo unas anomalías en el feto y que de haberlo hecho hubiera provocado soluciones distintas, al margen de un posible aborto, que no resulta sustancial

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 14 de marzo de 2013.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Se somete a la consideración de esta Sala la actuación profesional del ahora recurrente, don Bienvenido, médico ginecólogo, en el seguimiento del embarazo de doña Palmira, del que resultó el nacimiento de su hija Evelyn (NUM000 1988), con graves malformaciones que no fueron advertidas durante el periodo de gestación. Conviene precisar, porque va a ser de interés a la solución de los recursos que se formulan, extraordinario por infracción procesal y de casación, que este mismo Tribunal anuló la sentencia de la Audiencia Provincial en sentencia de 19 de julio de 2007, porque se había denegado indebidamente a la actora la practica de una prueba consistente en un requerimiento al demandado para que aportara

el historial médico y las ecografías realizadas en su consulta privada puesto que "la prueba interesada podía constituir un medio de prueba idóneo para acreditar alguno de los hechos básicos de la pretensión resarcitoria ejercitada en la demanda, sin perjuicio, naturalmente, de la valoración que merezca al Tribunal, que no la tuvo a su alcance por una injustificada e inmotivada denegación, determinante de indefensión real o efectiva, puesto que se trata de completar todo el proceso del embarazo, no solo en el Hospital, sino en el despacho particular del demandado". Con esta libertad de criterio analizó nuevamente la Audiencia los hechos y dictó una sentencia distinta de la anterior en la que, con revocación de la del Juzgado, desestimatoria de la demanda, condenó al demandado a indemnizar, junto a la compañía de seguros GES de Seguros SA, a doña Palmira en la suma de 300.506,05 euros, así como al pago de los intereses de la mora procesal desde la fecha de esta sentencia, dado que entendió que se había acreditado que existió una actuación sanitaria evidentemente deficiente al no detectarse unas anomalías en el feto.

Frente a la anterior sentencia don Bienvenido, formuló un doble recurso extraordinario por infracción procesal y casación, mientras que la representación de la mercantil GES SEGUROS S.A, interpuso recurso de casación. Este último ha sido inadmitido por atacar la base fáctica, por plantear cuestiones que exceden del ámbito propio del recurso y citar preceptos que no fueron alegados en preparación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- Se desarrolla en seis motivos. Los cuatro primeros tienen que ver con la valoración de la prueba. En el primero denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, que se va reproducir en los siguientes, por infracción de los artículos 317,1º y 5º y artículo 319, pues los documentos aportados con los números 3 al 12 unidos con la contestación a la demanda, determinan que las malformaciones en un número importante de los casos son indetectables. El segundo se formula por infracción de lo dispuesto en el artículo 376 de la LEC, al recoger la Sentencia de Apelación una consecuencia ilógica de una afirmación de un testigo, pues ante una pregunta genérica sobre si existían en el año 1988 los medios técnicos necesarios para plasmar en papel las imágenes ecográficas, el testigo contesta que si se pueden plasmar en papel aunque no con la calidad actual.



El tercero refiere la infracción del artículo. 386 de la LEC en cuanto la Sentencia concluye que hay indicios cualificados como anormales en el cumplimiento de los deberes médicos pues el demandado realizó tres ecografías, y no hay constancia alguna en la historia clínica, siendo un hecho indiscutido por los profesionales sanitarios que intervinieron en el procedimiento que no todas las anomalías son detectables y que no cabía sospechar la existencia de las mismas, pues no se daba ningún elemento que pudiera llevar a pensar que pudieran existir, teniendo en cuenta la mayor dificultad, esto es por el aumen-



to de peso y la posición fetal. Finalmente, en el cuarto se denuncia la infracción del artículo 348 de la LEC, por error en la valoración de las tres pruebas periciales practicadas pues los datos 5 existentes son concluyentes y en ningún caso llevan a suponer la existencia de malformaciones y pueden pasar desapercibidas a pesar de buscarlas, de manera que resulta arbitraria la valoración de la Sentencia de Apelación en cuanto ha presumido de manera absolutamente contraria a la lógica unos indicios muy calificados como anormales cuando en los informes periciales practicados se concluye de forma contraria.

Todos ellos se desestiman. El carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia (STS de 29 de septiembre de 2009, RC núm. 1417/2005), impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio (SSTS de 9 de mayo de 2007, RC núm. 2097/2000, 27 de mayo de 2007, RC núm. 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC núm. 424/2001, 30 de junio de 2009, RC núm. 1889/2006, 29 de septiembre de 2009, RC núm. 1417/2005) y, en concreto, por lo que se refiere a la prueba pericial la Sala viene admitiendo con carácter excepcional su revisión: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS 8 y 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002); b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS 28 junio y 18 diciembre 2001; 8 febrero 2002; 21 febrero y 13 diciembre 2003, 31 marzo y 9 junio 2004), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SS 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002); c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (SSTS 20 febrero 1992; 28 junio 2001; 19 junio y 19 julio 2002; 21 y 28 febrero 2003; 24 mayo, 13 junio, 19 julio y 30 noviembre 2004); y, d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias (STS 3 marzo 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia (SSTS. 24 diciembre 1994 y 18 diciembre 2001). Nada de esto ocurre en este caso. Son hechos probados de la sentencia los siguientes:

1º) La historia clínica de la paciente que aporta el demandado es incompleta, al no constar reseña alguna del curso del embarazo desde el 11 de diciembre de 1987 hasta el 29 de julio de 1988, fecha del parto, a pesar de que, según manifiesta la paciente, le realizó tres estudios ecográficos, con fechas 24 de abril, 23 de junio y 20 de julio de 1988. 2º) El demandado había apreciado que el tamaño del saco gestacional era menor del correspondiente al tiempo de embarazo, por lo que requirió los Servicios del Hospital Materno Infantil, efectuándose a la actora en este Centro Sanitario dos ecografías por el Jefe de Servicio de Ecografía, los días 7 y 19 de enero de 1988, sin que se apreciase ninguna anomalía. 3º) Los estudios científicos hasta el año 1988 sobre ecografías

en los defectos congénitos, sólo garantizan un 80% de diagnósticos correctos; que según la postura del feto, puede ser imposible visualizar las extremidades, especialmente las partes distales, así como que una retención de líquido y un aumento de peso por encima de lo permitido contribuyen a una peor definición de la imagen. 4º) El perito nombrado por insaculación, Dr. Salvador, especialista en Obstetricia y Ginecología, calificó el embarazo de normal, aseverando que los datos existentes en ningún caso llevan a suponer la existencia de malformaciones en el feto. Y, desde el ángulo de perito, Dr. Artemio, especialista en Radiodiagnósticos, también nombrado por insaculación, se afirmó que la anomalía presentada por la hija de la actora (ausencia de ambas manos y antebrazos) puede pasar desapercibida a pesar de buscarla; y la Dra. Remedios, especialista en Ecografía del Hospital Materno Infantil, manifiesta que los ecógrafos de que se disponía en 1988 carecían de la alta resolución de los actuales (se refiere al 7 de noviembre de 1994), con lo que no es posible realizar un diagnóstico del cien por cien de las malformaciones. 5º) A la actora se le practicaron siete ecografías en total, tres de ellas las llevó a cabo el demandado los días 24 de abril, 23 de junio y 20 de julio de 1988 (el parto se produjo el 29 de julio de 1988). 6º) De las tres ecografías no hay constancia alguna en la historia clínica abierta por el demandado a la actora; y 7º) Las anomalías del feto consistían en la ausencia de ambas manos y antebrazos. La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida no es ilógica ni arbitraria como tampoco lo son las conclusiones que se obtienen de la misma.

Es cierto que la sala de apelación tuvo en cuenta los informes periciales practicados en el proceso civil y una cosa es el margen de error que puedan tener las pruebas ecografías y otra distinta si este caso se incardina en uno de estos supuestos cuando es la propia recurrente la que impidió inicialmente que se analizaran los hechos ocurridos mediante la aportación de la historia clínica y de las ecografías realizadas por el mismo sin que tampoco exista dato alguno de que estas no se podían recoger en soporte papel cuando tuvo la ocasión de acreditarlo en su momento mediante la incorporación a los autos de los datos de prueba que consideraba necesarios en orden a determinar las circunstancias reales y específicas del embarazo, antes incluso de las tres últimas ecografías, pues en definitiva sustrajo del debate el contenido de estas ecografías y la historia médica, en la que no solo no se recoge ninguna actuación del demandado desde el 11 de diciembre de 1987, sino

que han dificultado sin duda la emisión de los informes periciales.

TERCERO.- El quinto motivo denuncia la infracción del artículo 217 de la LEC por cuanto corresponde a la actora probar los hechos alegados, y en el presente caso no hay constancia de que se haya infringido la *lex artis ad hoc*, pues en el momento en el que ocurrieron los hechos las técnicas ecográficas no permitían la detección total de las malformaciones teniendo en cuenta además que existían circunstancias que suponían una dificultad añadida en la posible detección cuales son el elevado peso y la posición transversal del feto. Se desestima. El principio sobre reparto de la carga de la prueba regulado en el artículo 217 de la LEC es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía efectuar dicha prueba (SSTS 31 de enero de 2007, RC núm. 937/2000, 29 de abril de 2009, RC núm. 1259/2006, 8 de julio de 2009, RC núm. 13/2004). No es este el caso en el que se confunde carga de la prueba con su valoración respecto de la apreciación de las malformaciones con los aparatos existentes en el momento en que se hicieron.

CUARTO.- En el sexto, al amparo del artículo 469.1, 4º, de la LEC, también por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, denuncia el recurrente la infracción de lo dispuesto en los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, en relación al fundamento que recoge la Sentencia impugnada sobre el importe de la indemnización, pues no existe daño alguno, ya que las malformaciones no fueron causadas por el médico ginecólogo, y eran inevitables, por lo que resulta arbitrario y desproporcionado establecer la indemnización por ese importe.

Se desestima. El motivo viene referido a los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, sobre el contenido y alcance de la indemnización, es decir, a cuestiones sustantivas impropias del recurso extraordinario por infracción procesal.

RECURSO DE CASACIÓN.

QUINTO.- Se articula en ocho motivos. En el primero denuncia la infracción del artículo 1902 y la jurisprudencia que lo interpreta en cuanto que en ningún caso se produjo la infracción de la *Lex artis ad hoc*, y no cabe una objetivación de la responsabilidad por el resultado, constando los datos de las ecografías en la cartilla de la

embarazada, documento que fue aportado con la demanda. Se desestima. Los hechos probados de la sentencia no permiten sostener una calificación jurídica de los mismos distinta de la que hizo la Audiencia y lo que se pretende es que la Sala haga una nueva valoración sobre el contenido de la cartilla de embarazada, que no ha sido planteada con motivo del recurso anterior.

La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, y es evidente que para responsabilizar una determinada actuación médica no sirven simples hipótesis o especulaciones sobre lo que se debió hacer y no se hizo (STS 29 de enero 2010), y es claro que los hechos probados de la sentencia permiten sostener que "hay indicios cualificados por anormales en el cumplimiento de los deberes médicos para emitir su diagnóstico, aunque evidentemente no se pueda imputar a dicho profesional las malformaciones sufridas por la hija de la actora...resulta contrario a la lógica, con las circunstancias concurrentes, no visualizar en las tres últimas ecografías (sobre todo en las dos últimas muy próximas al final de la gestación) anomalías físicas como las del presente caso".

SEXTO.- En el segundo alega la infracción del artículo 1902, en relación con el artículo 1101 y 1104 del Código Civil, y la Jurisprudencia que los interpreta, en cuanto que no existe daño y cuando el médico realizó las tres últimas ecografías en las semanas 31 y siguientes no podía practicarse el aborto por lo avanzado de la gestación, de manera que no existe nexo causal entre la acción y el daño, teniendo en cuenta que la propia Sentencia declara que las malformaciones en el feto no se deben a la actuación del médico, y si se hubieran detectado no hubiese variado en nada el resultado final producido. Se desestima. El daño que fundamenta la responsabilidad existe. Estamos ante de una indebida gestión médica del embarazo que impidió detectar a tiempo las malformaciones y que de haberlo hecho hubiera provocado soluciones distintas, al margen de un posible aborto, que no resulta sustancial.

El daño, dice la STS 31 de mayo de 2011, "es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser,

que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad".

SÉPTIMO.- En el tercero, invoca la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación con el artículo 10 apartados 5 y 6 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril, vigente cuando ocurren los hechos, y la jurisprudencia que los interpreta, pues el deber de información se ha cumplido por el demandado, al no poder dar otra información distinta que la facilitada al carecer los ecógrafos en 1988 de la alta resolución e la práctica de estas pruebas. El motivo parte de que no hubo información adecuada sobre las malformaciones del feto puesto que no pudieron ser detectadas cuando es hecho probado de la sentencia lo contrario. Se desestima.

OCTAVO.- En el cuarto denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación con el artículo 1101, del mismo texto legal, puesto que no hay daño alguno acreditado por la recurrente. Se desestima por lo argumentado en el Fundamento Jurídico Sexto, sobre la realidad del daño.

NOVENO.- En el quinto, cita la infracción por aplicación indebida de los artículos 1101 y 1104 del Código Civil, y la jurisprudencia que los interpreta, al establecer la Sentencia la existencia de una actuación sanitaria deficiente, al no detectarse las anomalías del feto, cuando no hubo ni culpa ni negligencia, en la actuación del médico, que actuó con los medios adecuados a la situación existente en el momento en que sucedieron los acontecimientos. Se desestima por las razones ya expuestas respecto de los medios que se pudieron al alcance del paciente y de la negligencia del demandado. Es cierto que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médica debe descartarse la responsabilidad objetiva, pero no es ese el caso. Lo cierto es que existió una actuación médica deficiente al no detectarse unas anomalías de un feto, y como consecuencia se imposibilitó que el ginecólogo pudiera proporcionar a la progenitora la información adecuada a la que tenía legítimo derecho.

DECIMO.- En el sexto, alega la infracción del artículo 1105 del Código Civil, y de la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran evitables, así las malformaciones eran imprevisibles habida cuenta que en el momento en que tienen lugar los hechos las ecografías solo permitían detectar el 80% de las malformaciones, porcentaje que se reducía si había retención de líquidos, aumento excesivo de peso y posición transversal del feto, a lo que había que añadir el carácter absolutamente normal del embarazo, y aunque las malformaciones hubieran sido detectadas, el resultado dañoso era inevitable.

Se desestima por lo razonado.

UNDECIMO.- En el séptimo, denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación con el artículo 1103 del mismo texto legal, y de la jurisprudencia que los interpretan, se sustenta sobre la base subsidiaria para el caso que la Sala entienda que existió una actuación sanitaria deficiente, el daño nunca podría alcanzar una cifra superior a uno por ciento de lo reclamado, pues sólo podría englobar la indemnización la ausencia de conocimiento de malformaciones durante las nueve semanas previas al parto, no puede englobar la indemnización "las expectativas ni la repercusión de tal hecho en su vida" puesto que el hecho en si era inevitable. Se desestima. Quien ahora cuestiona la indemnización por manifiestamente errónea e ilógica, nada dijo al respecto en el escrito de contestación a la demanda.

DUODECIMO.- Finalmente en el octavo, alega la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación a la doctrina jurisprudencial aplicable recogida en las Sentencias de esta Sala de 6 de junio de 1997, 4 de febrero de 1999, 7 de junio de 2002, 18 de diciembre de 2003, y 21 de diciembre de 2005, de manera que en el presente caso para que prospere la acción es preciso que el ordenamiento jurídico admita la despenalización del aborto eugenésico, y que en el momento en que el médico omitió negligentemente la información necesaria concurren las condiciones previstas por la ley para proceder legalmente a una interrupción voluntaria del embarazo. Infringe la Sentencia la doctrina Jurisprudencial del Wrongful Birth, estableciendo la existencia del nexo de causalidad entre acción u omisión cuando la propia Sentencia constata que el daño era inevitable puesto que aunque se hubiese podido detectar la existencia de malformaciones, en las ecografías realizadas las semanas 31, 35 y 39 nada hubiese podido hacer

la demandante, al tener ya su embarazo un estado muy avanzado y no poderse practicar el aborto conforme a la legislación vigente en ese momento.

Se desestima.

En ningún momento la sentencia sostiene que es en las tres últimas ecografías donde se pueden advertir las malformaciones. Lo que dice es que "no se aportaron las ecografías con el pretexto de no recogerse en soporte papel, a lo que se le añade la falta de constancia en la Historia Clínica de la valoración del resultado de dichas pruebas por porque del demandado, y la parquedad e insuficiencia de datos de seguimiento de la gestación de la paciente en la Historia Clínica aportada en esta alzada, sin que existan anotaciones posteriores hasta diciembre de 1987".

DECIMOTERCERO.- Consecuencia de lo razonado es la desestimación de ambos recursos y la imposición de las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por la representación procesal de don Bienvenido, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª de fecha 17 de mayo de 2010, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente. Líbrese 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. Francisco Javier Orduña Moreno. 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.

La Sentencia desestima los recursos de infracción procesal y casación que interpone la representación de ginecólogo que, pese a realizar ecografías periódicas, no detectó –ni consiguientemente informó– la existencia de malformaciones (ausencia de manos y antebrazos) en el feto.

La demanda inicial fue desestimada en la instancia y confirmada por la audiencia provincial; la demandante recurrió en casación por la ausencia de una prueba (el requerimiento al médico demandante para que aportara la historia completa), siendo estimado su recurso y ordenando el supremo la admisión de dichas pruebas en segunda instancia. Así las cosas, la audiencia dictó nueva sentencia por la que estimaba parcialmente la demanda y condenaba a indemnizar en 300.506,05 euros. Y ello precisamente porque la historia estaba incompleta, al faltar “reseña alguna del curso del embarazo desde el 11/12/87 al 29/07/88, fecha del parto, a pesar de que, según manifiesta la paciente, le realizó tres estudios ecográficos, con fecha 24 de abril, 23 de junio y 20 de julio de 1988”. Esta segunda sentencia fue recurrida en casación –esta vez– por los demandados, con desestimación de todos sus motivos.

“La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida no es ilógica ni arbitraria como tampoco lo son las conclusiones que se obtienen de la misma. Es cierto que la sala de apelación tuvo en cuenta los informes periciales practicados en el proceso civil y una cosa es el margen de error que puedan tener las pruebas ecográficas y otra distinta si este caso se incardina en uno de estos supuestos cuando es la propia recurrente la que impidió inicialmente que se analizaran los hechos ocurridos mediante la aportación de la historia clínica y de las ecografías realizadas por el mismo, sin que tampoco exista dato alguno de que éstas no se podían recoger en soporte papel cuando tuvo la ocasión de acreditarlo en su momento mediante su incorporación a los autos de los datos de prueba que consideraba necesarios en orden a determinar las circunstancias reales y específicas del embarazo, antes incluso de las tres últimas ecografías, pues en definitiva sustrajo del debate el contenido de estas ecografías y la historia médica, en la que no solo no se recoge ninguna actuación del demandado desde el 11 de diciembre de 1987, sino que han dificultado sin duda la emisión de los informes periciales”. Tal parece que si los documentos se hubieran aportado en tiempo y forma la demanda no habría sido estimada, porque los informes periciales establecieron que entonces las pruebas ecográficas no eran fiables y que la anomalía podía pasar desapercibida.

Se desestima igualmente el motivo basado en infracción del 1902 CC. Porque los hechos probados de la sentencia permiten sostener que “(...) hay indicios cualificados por anormales en el cumplimiento de los deberes médicos para emitir su diagnóstico, aunque evidentemente no se pueda imputar a dicho profesional las malformaciones sufridas por la hija

La demanda inicial fue desestimada en la instancia y confirmada por la audiencia provincial; la demandante recurrió en casación por la ausencia de una prueba (el requerimiento al médico demandante para que aportara la historia completa), siendo estimado su recurso y ordenando el supremo la admisión de dichas pruebas en segunda instancia. Así las cosas, la audiencia dictó nueva sentencia por la que estimaba parcialmente la demanda y condenaba a indemnizar en 300.506,05 euros

COMENTARIO

de la actora... resulta contrario a la lógica, con las circunstancias concurrentes, no visualizar en las tres últimas ecografías (sobre todo en las dos últimas muy próximas al final de la gestación) anomalías físicas como las del presente caso". Indicios. Se constata la realidad de la imputación porque hay indicios.

Se desestima el motivo relativo a la inexistencia de daño, con cita de la conocida STS 31/05/2011 que estableció la realidad de daño "que es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de la situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afecta por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios y especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad".

No hay tampoco infracción de los artículos 1101 y 1104 CC por cuanto siendo "cierto que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva, pero no es el caso. Lo cierto es que existió una actuación médica deficiente al no detectarse unas anomalías de un feto, y como consecuencia se imposibilitó que el ginecólogo pudiera proporcionar a la progenitora la información adecuada a la que tenía legítimo derecho". El reproche que atribuye la responsabilidad es el incumplimiento del deber de información completa.

Se desestima el motivo, por último, relativo al importe de la indemnización (300.000 euros) por cuanto "quien ahora cuestiona la indemnización por manifiestamente errónea e ilógica, nada dijo al respecto en el escrito de contestación a la demanda".

Una conclusión procesal. La omisión intencionada de pruebas es perjudicial.

Y otra sustantiva. Bastan indicios cualificados por anormales en el cumplimiento de los deberes médicos al emitir un diagnóstico para sustentar una condena de responsabilidad civil de un médico, dada la ausencia de información adecuada a la que tenía legítimo derecho la paciente.

Se desestima el motivo relativo a la inexistencia de daño, con cita de la conocida STS 31/05/2011 que estableció la realidad de daño "que es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de la situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afecta por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios y especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad"



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

Existe en las últimas décadas una doctrina injustamente ausente en los tribunales de instancia, y que hoy adquiere vigencia en la Sentencia n° 10/2013, de 21 de enero de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, (impagable respecto a los intereses de demora e incapacidades permanente y temporal) –ponente Excmo. Sr. Xiol Ríos- la cual recoge que el sistema legal de valoración del daño corporal tiene una perspectiva civil diferente de la laboral, que llevó, mediando un informe con fotografías de la empresa de detectives Winterman, a descartar la existencia tanto de una incapacidad permanente absoluta –declarada por la Jurisdicción Social- como de la gran invalidez:

“(i) El sistema utiliza el término «ocupación o actividad habitual» y no contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado. En consecuencia, la apreciación del supuesto fáctico de la norma, presupuesto para el reconocimiento del factor corrector de invalidez permanente, en sus distintos grados, no depende

de la decisión tomada en sede laboral por los órganos administrativos o jurisdiccionales de dicho orden al respecto de la incidencia de las secuelas sufridas en la capacidad laboral del perjudicado, pues el sistema permite indemnizar tanto el perjuicio patrimonial ligado a la pérdida de ingresos por la incapacidad laboral como el

daño moral ligado a dicha pérdida y, además el daño patrimonial y moral ligado a la falta de aptitud para el desempeño de lo que venía siendo cualquier actividad u ocupación habitual, incluso las de ocio.

(ii) La sentencia recurrida confirma en este punto los hechos probados en primera instancia, donde no solo se descartó que la incapacidad resultante de las secuelas privara al perjudicado de autonomía suficiente para no valerse por sí mismo (lo que excluía la apreciación de una situación de gran invalidez) sino también que la pérdida inherente a las secuelas llegara al extremo de impedirle la realización de cualquier ocupación o actividad habituales desde la perspectiva civil –que no laboral– a

que se ciñe el sistema legal de valoración.”

“Puesto que la Tabla IV no contempla una cifra concreta para cada una de las modalidades de incapacidad, sino una cantidad mínima y otra máxima, el órgano judicial no está obligado a conceder esta última por el simple hecho de que concurra la incapacidad correspondiente, sino que se encuentra legalmente facultado para moverse entre esos márgenes y, por ende, para conceder una cantidad inferior a la que se fija como máxima en función de los hechos probados (SSTS de 16 de marzo de 2010; RC n.º 504/2006, 5 de mayo de 2010; RC n.º 556/2006 y 20 de julio de 2011, RC n.º 820/2008).”

“Hasta la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 21/2007 (artículo 7.3 e), en relación con el artículo 9) esta Sala no ha considerado necesario ofrecer al perjudicado las cantidades consignadas para obtener los efectos liberatorios al reconocerle una finalidad estrictamente de garantía (SSTS de 26 de marzo de 2009, RC n.º 469/2006, 12 de julio de 2010, RC n.º 694/2006”).

“Una vez que la aseguradora solicitó un pronunciamiento judicial sobre su suficiencia ha de entenderse que su conducta se ajustó a las exigencias legales y jurisprudenciales, sin que la inactividad del Juzgado al respecto de declararla o no suficiente pueda operar en contra de dicha entidad”.

Durante décadas, las diligencias preliminares constituían uno de tantos mecanismos procesales previstos en la Ley sin incidencia práctica real en los tribunales; de un tiempo a esta parte, y más hoy que la penuria económica y las tasas obligan a ser precavidos, se ha multiplicado su uso. Es sólito que planteada, sea contestada, entregada documentación, y solo cuando se puede contrastar con el cliente se revele ésta intencionadamente –o no– incompleta, insuficiente o errónea, y cuando solicitamos se requiera sea completada, el órgano judicial nos oponga razones de peso como que, al entregarse, nada se manifestó, o el archivo, y recurrido se confirme, planteamos otras diligencias nuevas e independientes y se nos niegue remitiéndonos a los primeros. Con tino es resuelto en el auto nº 66/13, de 12 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada:

“Es unánime la doctrina al considerar que los supuestos regulados en el art 256 LEC han de calificarse como “números clausus” esto es, sólo pueden solicitarse aquellas que se incluyan en la citada norma, debiendo rechazarse toda aquella que no esté contemplada expresamente, aunque ello no impide que se deba realizar una interpretación flexible de los supuestos contemplados.

El fundamento se encuentra en la necesidad de seguridad jurídica evitando que se pueda interesar la práctica de diligencias con fines distintos a los que se han tenido en cuenta por el legislador, conclusión a la que se llega en base a los términos que emplea la citada norma y que expresamente señala la Exposición de Motivos, cuando declara: “... Sin embargo, la presente Ley se articula

sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas. Por otra parte, sin incurrir en excesos coercitivos, se prevé no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios (AAP de Sevilla 30-4-10).

TERCERO.- En el caso sometido a nuestra consideración, el auto apelado rechaza la solicitud ad limine por entender que lo que la demandante realmente pretende es la ejecución de la diligencia preliminar instada y admitida a trámite en el Juzgado de Primera Instancia nº 15, al afirmar no haber recibido toda la documentación que le fue requerida..”.

Pero ello no es así, este nuevo procedimiento, como dice la apelante, no contiene

ninguna vinculación a las Diligencias Preliminares interesadas en un primer momento, ya que no supone ninguna incidencia, ni supone llevar a cabo una ejecución, ni ningún aspecto relacionado con el primero de ellos.

Más aún, el Auto recaído en 23-3-12 en las Diligencias Preli-

minares 232/12 del Juzgado nº 15, que obra unido (folios 21-22), claramente viene a exponerlo así cuando el fundamento de Derecho del mismo se inicia "Habiéndose practicado las diligencias solicitadas por la parte en su escrito de demanda..." y finaliza en su parte dispositiva "... Se tiene por finalizado el presente procedimiento...".

Es por ello que, como la parte argumenta, pretendiéndose determinar el procedimiento médico aplicado a ... y obrando en poder del Hospital Universitario San Cecilio la documentación médica respecto al proceso evolutivo de la fallecida, que procede acceder a lo solicitado".

Es muy frecuente que, en lesiones derivadas del tráfico rodado, se cuestione la existencia de nexo causal entre éstas y el suceso al que se atribuyen, cuando entre la primera asistencia médica acreditada y este, el accidente, media un espacio temporal que pueda ser considerado entre excesivo y sospechoso. Frente a ello, la sentencia nº 489/2012, de 7 de diciembre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada, se pronuncia:

"La Juzgadora "a quo" manifiesta que "de la actividad probatoria desplegada en el acto de la vista ha de considerarse acreditada, a juicio de quién resuelve, la existencia de relación causal entre el accidente y la primera asistencia médica", y ello pese a lo manifestado por el perito de la ahora apelante, pues aún cuando los protocolos médicos digan que a partir del cuarto día entre el siniestro y la asistencia, debe dudarse de la existencia de relación causa-efecto, en el supuesto enjuiciado el resto de la prueba acredita que la sintomatología se manifestó en el momento del siniestro, (sintió una especie de quemazón en el cuello), y ello pese a que no acudió hasta el día décimo tercero a Urgencias, ante la agudización de la sintomatología. La testifical de la otra ocupante del taxi fue esclarecedora. Ello unido al extremo de que lo que plantea la aseguradora apelante es la hipótesis posible de que las lesiones se deben a cualquier otro hecho de otra naturaleza, no es más que eso, una hipótesis ausente de cualquier sustento probatorio, hace que deba mantenerse el criterio de la Sentencia apelada.



CUARTO.- Criterio que debe también aceptarse en cuanto a la valoración de las secuelas, ya que frente al criterio de la pericial de la ahora apelante, la Sentencia se decanta por la pericial de la actora, y dice el porqué "elemento clave de la exploración clínica", al entender que las apreciaciones de carácter técnico realizadas por el perito de la parte actora no han sido desvirtuadas por el informe pericial aportado por la demandada, que se limita a

teorizar conforme a la clasificación del "grupo de Trabajo de Québec", pero sin haber explorado clínicamente a la lesionada.

En fin, entendemos que la valoración probatoria efectuada por la Sentencia es plenamente correcta y ajusta a derecho, y lo único pretendido por la aseguradora apelante es sustituir el objetivo e imparcial criterio de la Juzgadora "a quo", por el suyo parcial e interesado".

Con elementos de plena actualidad, como el hecho vial con resultados lesivos y materiales leves, y el enfoque judicial que entronca con la futura desaparición del libro III del vigente Código Penal -de las faltas- propuesto por la reforma de este, en tramitación parlamentaria, surge la Sentencia nº 61/2013 de 8 de marzo, del Juzgado de Instrucción nº 6 de Granada, absolutoria del acusado:

“En la vía penal es venturoso, como si fuese signo de recibir una sentencia condenatoria, encontrar una causa eficiente para la imprudencia: que recibamos el golpe, impacto por detrás. El conductor causante, en una ciudad de tráfico caótico hasta el paroxismo y copioso hasta el embotellamiento en calles estrechas e incluso tortuosas, está avocado a la condena, no obstante en la denuncia penal se adorna con expresiones tales como: “de forma violenta, repentina y sorpresiva”, etc...

La realidad material, a la hora de reclamar daños y per-

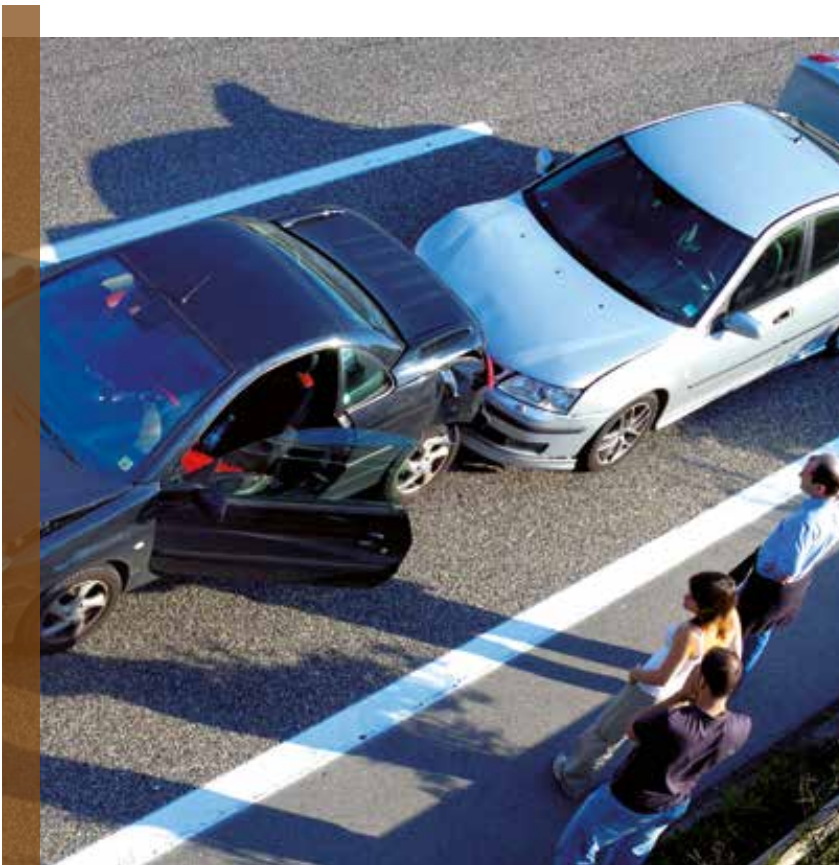
juicios se nos muestra ilustrativa. El conductor denunciado como un criminal, que hemos sentado en el banquillo, pese a que pidió disculpas (así lo reconoce el denunciante en el acto del juicio oral) reconoce el golpe: “un toque pequeño”. “Que no sufrió daños” y ha negado la existencia de lesiones como consecuencia del leve toque.

No se encuentra, racional y proporcionalmente, base fáctica para aplicar el supuesto legal de imprudencia (artículo 621.3 del Código Penal) y jurisprudencia que lo interpreta y matiza.

Por otra parte, estimamos con todos los respetos que en supuestos como el presente, con sus circunstancias y dudas debe ser aplicado el principio General del Derecho de “intervención mínima”: El Derecho penal, última ratio, únicamente se puede destinar para proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más intolerables y además allí donde las otras ramas jurídicas no pueden salvaguardar eficazmente los intereses dignos de amparo.

No se puede incurrir en el llamado “injusto de bagatela”: No pueden ser penalmente típicas acciones que inicialmente con desvalor jurídico, su grado de injusto sea mínimo, insignificante.

Hay otro dato determinante; sin necesidad de juicio, ni de sentencia el denunciante perjudicado tiene asegurado prácticamente la indemnización con el auto del artículo 13 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Previsión legal que será discutible cuando la entidad aseguradora del conductor contrario aparezca como indiciario culpable, ésta se desentienda de la indemnización, la dilata y en tal caso podía merecer los intereses moratorios de la L.C.S. Pero en el caso que nos ocupa, y por las razones antes expresadas, consideramos lógico que no haya anticipado el pago y con sigüientemente no merezca la imposición de los intereses”.



En estos tiempos en que crispación y relajación, “botelloneos” y abstemios cohabitan, parece que la policía ha de relativizar su nivel de respuesta hasta que esta se revela imprescindible, al par que les aconseja pedir el concurso de los Tribunales de Justicia. En su apoyo, la Sentencia nº 421/12, de 13 de diciembre, del amigo –de nuestra Asociación– D. Jesús Fernández Entralgo, Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid:

«... (Siendo) las sobre las .. del día .., cuando los Agentes de Policía Nacional ... realizaban labores de vigilancia en la zona próxima a La Cubierta, encontraron a Romeo en la Plaza Rió Gallego de esta localidad manipulando lo que parecía un cigarrillo. Que le preguntaron qué era, a lo que Romeo contestó abiertamente que se trata de un porro y que portaba más marihuana

encima. Que por esta razón los Agentes decidieron proceder a realizarle cacheo, por si portaba algún tipo más de sustancia estupefaciente. Cuando estaban ello, Romeo les faltó al respeto, llamándoles “tío” y diciéndoles que “le estaban tocando los cojones”, al tiempo que mostraba una actitud desafiante, ignorando las instrucciones de los Agentes para que abriera más las piernas y

colaborase en el cacheo que se le iba a practicar.

La pena impuesta ha de tener la suficiente afflictividad como para disuadir al apelante de repetir en el futuro actos como el que dio lugar a su condena.

Su conducta no fue una chiquillada sino que demostró una absoluta falta de respeto hacia quienes, siendo Agentes de la Autoridad, estaban desempeñando legítimamente las funciones que les eran propias.

«... condeno a R., como autor de una falta de respeto a la Autoridad, prevista y penada en el artículo 634 del Código Penal, a una pena de multa de 30 días, con cuota diaria de 6 euros (180 euros)”.

Retrocedemos sobre una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que aun distante –y no aludida antes– merece ser destacada en su tratamiento de la prescripción, el momento de la determinación del alcance de las secuelas, y el de la última amputación, de las dos padecidas, es la sentencia Nº 272/10, de 5 de mayo:

“Sin embargo, junto al aspecto fáctico, la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción presenta una dimensión jurídica, relacionada con la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables.

Con carácter general, el momento del alta definitiva es el momento en que las secuelas han quedado determinadas y en el que comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (SSTS, Pleno, de 17 de abril de 2007), lo que no excluye que en atención a las circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse que el plazo de prescripción se inicia en un



momento posterior por resultar necesarias ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de las secuelas (STS de 20 de mayo de 2009. RC n° 32872005). Este criterio es aplicable, tratándose de enfermedades crónicas, cuando el daño, aun siendo continuado en sus efectos, permite concretar definitivamente el alcance de la secuelas (STS de 15 de octubre de 2008, RC n° 2721/2003). La dificultad de determinar en daños de carácter continuado cuando se ha producido el definitivo resultado debe resolverse mediante la valoración de la prueba y admitiendo la posibilidad de fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados los daños sufridos (SSTS de 15 de junio de 1990 y 13 de marzo de 2007. RC n° 1044/2000).

Esta doctrina obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento (SSTS 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 30 de noviembre de 1999, 3 de marzo de 1998 y 12 de junio de 2009. RC n° 2287/2004).

CUARTO.- Aplicación de la doctrina al caso objeto de enjuiciamiento.

A) En el caso examinado la sentencia recurrida se plantea si ha prescrito una acción para exigir responsabilidad extracontractual por parte de aquella persona que sufre la enfermedad de Buerger asociada al tabaquismo, la cual ha sufrido amputaciones infracondileas en ambas piernas a consecuencia de la enfermedad ...

B) La sentencia recurrida comienza afirmando que el plazo de prescripción de un año se inicia cuando se produjo el daño, es decir, cuando se diagnosticó al paciente y se vinculó al tabaquismo la enfermedad de Buerger en el año 1991, pues entiende que las consecuencias posteriores no empecen el ejercicio de la acción, ya que el actor pudo solicitar indemnización por las secuelas previsibles que aparecieran en el futuro.

En aplicación de la doctrina recogida en el anterior FJ esta argumentación no puede ser aceptada, pues, como ha quedado dicho, cuando la enfermedad cursa con secuelas, como es el caso, el momento del inicio del plazo de prescripción no es el de su diagnóstico, sino el de la determinación del alcance de aquellas.

C) Sin embargo, la sentencia recurrida mantiene con carácter subsidiario la tesis de que, en último término, el daño debe entenderse producido en el momento en que finaliza la última de las operaciones de amputación que sufrió el demandante, pues fue en este momento cuando se determinó el alcance de las secuelas por las que reclama. Este criterio es conforme con la doctrina anteriormente resumida y es por sí suficiente para sustentar la conclusión que la sentencia mantiene sobre la prescripción de la acción y, por consiguiente, para la desestimación del motivo primero de casación.

Las razones por las cuales este criterio debe ser aceptados son las siguientes:

(i) Por una parte, se suscita en la valoración de la prueba por parte del tribunal de apelación, el cual considera que, reclamándose en virtud de las secuelas e incapacidad

derivadas de las amputaciones padecidas como consecuencia de la enfermedad de Buerger, el momento en que se produjo la segunda amputación es aquel en que se pudo determinar con exactitud en alcance de estas secuelas.

(ii) El planteamiento de la demanda no desmiente esta aprobación, puesto que la parte demandante fija con toda exactitud la cantidad reclamada y los conceptos en que se funda partiendo de las amputaciones padecidas, lo que demuestra que el alcance de la secuelas a partir de la última amputación podía ser perfectamente determinado.

(iii) La parte demandante no ha justificado que en el caso examinado concurren circunstancias que hagan necesario esperar a un acontecimiento posterior al de las amputaciones ya padecidas para precisar el alcance de las secuelas. No se advierte indicio alguno que permita presumir lo contrario, habida cuenta del considerable lapso de tiempo transcurrido entre la última amputación (diciembre de 1990) y la fecha de interposición de la demanda (mayo de 2002). Afirma que el paciente continúa con la adicción al tabaco que impide la interrupción del proceso patológico, pero esta afirmación es insuficiente para demostrar que las secuelas padecidas no están perfectamente determinadas. En el caso de que en el futuro pudiera producirse una agravación de la enfermedad o nuevas secuelas, nada impide que estas puedan ser objeto de una reclamación independiente.

D) En conclusión, procede desestimar el recurso de casación por entender que no infringe el ordenamiento jurídico la conclusión a que llega la sentencia recurrida estimando prescrita la acción ejercitada".

Ante un accidente de circulación por colisión de dos turismos en un cruce de vías regulado por semáforos, sin acreditación de cuál de ellos accede con el que le afecta en rojo, o en fase verde, resuelto en Sentencia de 23/11/69 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, se plantea la interpretación que debe hacerse del art. 1 de la LRCJCV en los supuestos que resultan de la recíproca colisión entre los vehículos de motor sin prueba de la contribución causal individual, y lo resuelve la Sentencia nº 40/2013, de 4 de febrero -Ponente Excmo. Sr. Seijas Quintana- en la línea marcada por la Sentencia plenaria del 10/9/2012 -véase “los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automovilística” Ed. Boch, Mariano Medina Crespo, junto a la excelente ponencia de nuestro asociado Dalmau Moseguí Gracia, XX Congreso de responsabilidad civil Barcelona, marzo 2013- pero, desestima la alegación de la aseguradora por vulneración de la regla 8ª del Art. 20 de la LCS en orden a la exención del abono de intereses:

“Es cierto que la tesis favorable al resarcimiento pleno de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, ha sido acogida por varias Audiencias Provinciales frente al criterio de otras que se han inclinado por la tesis del resarcimiento proporcional y no íntegro de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, por el efecto compensatorio de la inversión de la carga de la prueba, incluso de algunas favorables al resar-

cimiento nulo. Ahora bien, con independencia de que el criterio que se acepta es el que sostiene la Audiencia Provincial en la que se enjuiciaron los hechos y que una solución mínimamente prudente aconsejaba cumplir la regla del pago o consignación a favor de la víctima, porque lo que era previsible no era que el juicio civil que se promoviera en el ámbito de la citada Audiencia se resolviera con sentencia desestimatoria, como

se dice en el motivo, sino todo lo contrario, lo que no es posible en la interpretación de una norma que tiene como regla la consignación, es que las dudas existentes sobre la mecánica del accidente o sobre la solución del conflicto, se trasladen sin más por la aseguradora a la víctima obligándola a iniciar este proceso para despejar las dudas existentes en torno a cual de los dos conductores es el responsable del daño”.

¿El computo del plazo de prescripción de la acción de repetición ha de hacerse desde que se hizo el pago a cada uno de los perjudicados? ¿El Art. 7 último párrafo de la LRCySCVM un régimen distinto de la regla general del Art. 1969 C.C.? -Sentencia nº 24/13 de 1 de febrero, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo-:

“condición indispensable para el nacimiento a favor de la aseguradora de la facultad de repetición a la que alude el artículo y esta acción del asegurador contra el tomador de seguro o asegurado prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado; plazo que no ha prescrito si se tiene en cuenta que este pago que realiza la aseguradora tiene como día inicial para el cómputo del año aquel en que la aseguradora pone fin a un mismo siniestro, mediante el pago de

las indemnizaciones al conjunto de perjudicados, especialmente cuando, como aquí sucede, han interferido una diligencias penales previas cuyo resultado podría haber determinado una solución jurídica distinta respecto de los pagos hechos durante su curso y de la posibilidad de repetir o no frente al tomador o asegurado para su recuperación”.

“De ahí que fuese aplicable en todo su rigor el art. 114 LEC que prohíbe absolutamente seguir pleito sobre el hecho que

sea objeto de un juicio criminal hasta que en este recaiga sentencia firme, lo que a su vez comportaba, conforme al art. 1969 CC, que el plazo de un año no comenzará a correr hasta después de dictada esa sentencia firme”.



Acaecido un accidente en julio de 2004, el actor ejercita acción declarativa obteniendo una sentencia de condena de 522.373,38 euros, tras la apelación se interpuso recurso de casación frente a la resolución que le indemnizaba hasta el límite del seguro obligatorio negándole la correspondiente al seguro obligatorio habida cuenta que en el “no se establece el principio de responsabilidad objetiva, sino que responde, de acuerdo con lo pactado, sólo cuando al asegurado le sea imputable el hecho a título de culpa o negligencia... Y puesto que el propio demandante, al aceptar la dinámica del accidente fijada en aquellas resoluciones, reconoce que ninguna responsabilidad puede imputársele en la causación del accidente al conductor del ciclomotor asegurado por la demandada, nada obliga a ésta más allá de lo que ya abonó con cargo al seguro obligatorio”, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 56/2013, de 11 de febrero decide:

“Es doctrina reiterada de esta sala que el seguro voluntario se configura como un complemento para todo aquello que el obligatorio no cubra, de conformidad con el artículo 2.3 LRCSCVM, que establece que “además, la póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria podrá incluir, con carácter potestativo, las coberturas que libremente se pacten entre el tomador y la entidad aseguradora con arreglo a la legislación vigente”, debiéndose entender esta ampliación de cobertura no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino también desde el punto de vista cualitativo (SSTS 5 de noviembre 2010, 16 de febrero y 15 diciembre 2011, entre otras)”.

“Por el contrario, el seguro voluntario de responsabilidad civil asegura el riesgo asegurado dentro de los límites de la ley y del contrato, conforme resulta del artículo 73 de la LCS, y esta responsabilidad civil puede ser tanto la contractual como la extracontractual. Ha sido definido por la doctrina como la modalidad de seguro por la que el asegurador se compromete, dentro de los límites convenidos, a mantener

indemne al asegurado cuando su patrimonio se vea gravado por una obligación de indemnizar a un tercero, derivada de responsabilidad. Cabe decir, por tanto, que el riesgo que

cubre este seguro se identifica con la posibilidad de que el asegurado incurra en responsabilidad civil y, consiguientemente, que el daño se produce cuando surge para él la obligación de indemnizar (STS 30 de diciembre 2010).

En lo que aquí interesa supone que, aun estando ante un mismo hecho, como es un accidente de tráfico, las acciones civiles y las consecuencias de su ejercicio son distintas. Así, mientras que el seguro obligatorio responde al criterio del riesgo y no de la culpa, el seguro voluntario se vincula a la responsabilidad regulada en el artículo 1902 del Código Civil por lo que para que este seguro indemnice los daños causados a un tercero, no basta que tenga su origen en una situación de riesgo, sino



que exige la culpa o negligencia del asegurado y, en cualquier caso, que el hecho esté previsto en el contrato, como ocurre en este caso en el que la póliza se contrató para el aseguramiento del ciclomotor y la responsabilidad civil de

suscripción voluntaria garantiza el pago de las indemnizaciones, que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1902 y concordantes del Código Civil, el asegurador o el conductor sean condenados a satisfacer a consecuencia de la respon-

sabilidad civil extracontractual derivada de los daños causados a terceros con motivo de la circulación, y esta responsabilidad no es exigible en la forma que señala la sentencia y que no ha sido cuestionada en el recurso”

Frente a un supuesto de negligencia médica previo a presentar la demanda ejercitando la acción directa contra la Aseguradora del SAS, se presentó reclamación patrimonial en vía administrativa y antes de la Sentencia en vía civil, se dictó resolución por el SAS -en contra de su criterio, pero obligada por dictamen del consejo consultivo- estimando parcialmente la reclamación en 15.000 euros. La Sentencia, interpreta, conforme a la STC 77/83 de 3 de Octubre, la imposibilidad de que ante una dualidad de procedimiento (administrativo y civil en este caso), tanto el enjuiciamiento de los hechos como la calificación que en el plano jurídico se realice de estos mismos hechos se haga con independencia, si resultan en la aplicación de normativa diferente, pero no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. La Sentencia, en su FD2º in fine, tiene vinculantes los hechos de la resolución administrativa firme que estimaba parcialmente la reclamación en 15.000 euros, y sin embargo, sostiene, con rigor que la indemnización concedida por la resolución administrativa no le vincula y eleva la indemnización a 220.000 euros más; sentencia nº 54/13, de 6 de febrero, del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Cádiz facilitada por el Letrado -nuestro asociado- José Luis Ortiz Miranda:

“Siendo así y habida cuenta, como se ha dicho, que la autoridad administrativa ha resuelto la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los demandantes con fundamento en los mismos hechos en los que se basa la demanda y los demandantes no han formulado recurso en la vía contencioso-administrativa contra dicha resolución que ha adquirido firmeza se ha de partir para la resolución de la reclamación efectuada en la demanda de los hechos que se estiman acreditados en la resolución administrativa aludida, en concreto de los referidos en el Hecho Segundo de la Resolución del Director Gerente de 2/05/2012 en el sentido de que la rápida e imprecisa valoración en urgencias de una niña de 15 meses con fiebre elevada, siendo diagnosticada de gripe A sin claros criterios clínicos, analíticos ni epidemiológicos (no había gripe A en su



entorno), impidió la correcta valoración de la gravedad de su enfermedad y la instauración del tratamiento con antibióticos que hubiera cambiado su evolución y pronóstico, si bien, añade, un diagnóstico más precoz hubiera mejorado el pronóstico del cuadro séptico, en ningún caso se afirma que se hubiera evitado el resultado final”.

“Entiendo que es más razonable y creíble la valoración de la existencia de un error de diagnóstico al considerarse que la menor estaba afectada de gripe A “sin criterios clínicos, analíticos ni epidemiológicos (no había gripe A en su entorno)”, dice la resolución administrativa aludida y que fue precipitada el alta médica de la niña en el Servicio de Urgencias sin realización de, al menos, una prueba complementaria de análisis de sangre cuando la propia médico que atendió a la menor y el Jefe del Servicio de Pediatría que también declaró en el acto de la vista, manifestaron que las analíticas de sangre tardan entre una y pocas horas en dar los resultados.

No se puede por ello afirmar con rotundidad que si a la menor se le hubieran hecho pruebas complementarias como análisis de sangre y se hubiera descartado por otro lado, la gripe con la prueba del moco nasal, el grave resultado se hubiera evitado, ahora bien, dicha alta precipitada sin la realización de una simple analítica de sangre cuyos resultados sólo tardan una hora una o pocas horas en estar, si privó a la niña de la posibilidad de un diagnóstico más preciso y correcto y de la posibilidad de un tratamiento más precoz que podía haber evitado los graves daños que sufre o alguno de ellos o al menos se tendría la seguridad de que los trata-



mientos médicos existentes no hubieran podido evitar la gravedad del resultado por ser las secuelas padecidas por la menor, las alteraciones neurológicas y la amputación de ambas piernas, propias de la grave enfermedad que padeció.

La menor fue dada de alta de un modo precipitado, que la exploración fue rápida e imprecisa, poco rigurosa, sin que esté justificada en modo alguno la discordancia entre la fiebre de 40° que tenía a la llegada, 20:17 horas, y la situación de afebril que se anota como existente antes de su alta médica a las 21 horas, la no realización de una simple prueba de análisis de sangre cuyo resultado tarda pocas horas en estar, todo lo cual ha llevado a que perdiera la oportunidad de ser tratada con antibióticos y a que el resultado de la grave enfermedad que padeció fuese más leve que el producido; esta pérdida de oportunidad, origina un grave daño moral no sólo a la menor sino también a sus padres y es ese daño, esa pérdida de oportunidad la que

se ha de valorar a fin de determinar la indemnización que pueda corresponder a los demandantes.

Para determinar la indemnización procedente se estima, primero, que no se ha de estar necesariamente a la indemnización por daño moral fijada por la resolución administrativa en tanto que, como se dijo, la acción directa basada en el art. 76 de la LCS es una acción independiente que se ejercita contra la aseguradora, no estando vinculado el juez/civil por la determinación de la indemnización efectuada en el ámbito administrativo, pudiendo fijar dicha indemnización con su propio criterio.

Se va a seguir el criterio utilizado por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 16-1-2012 que aplica como indemnización por pérdida de oportunidad el 50% de lo que hubiera correspondido en caso de que el daño fuese consecuencia directa de una mala praxis médica acreditada”.



entrevista a...

ALFREDO PRADA PRESA



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

En esta ocasión contamos con el privilegio de incorporar a nuestro gran número de entrevistados a don Alfredo Prada Presa, abogado, diputado por León y presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, Secretario Ejecutivo del Partido Popular en el Exterior y miembro del Comité Ejecutivo Nacional del Partido Popular de España

En el mes de noviembre tuvimos la oportunidad de presentar nuestra Asociación en el Congreso y usted tuvo a bien recibirnos junto a los representantes del Partido Popular y el Partido Socialista en la Comisión de Justicia que usted preside. Como solemos hacer con la gran mayoría de nuestros entrevistados me gustaría preguntarle qué opinión le merece nuestra Asociación y la labor desempeñada por la misma.

La promoción y difusión de estudios, investigaciones y publicaciones, relacionadas con cualesquiera de los aspectos técnicos del Derecho sobre Responsabilidad Civil y Seguro, celebración de conferencias, cursos, seminarios y congresos, tanto para sus asociados como para terceros, de las normas, jurisprudencia, doctrina, criterios y práctica en materia de Responsabilidad Civil y Seguro. Todo ello merece mi felicitación.

En cuanto a su actual puesto como presidente de la Comisión de Justicia dentro del Congreso, ¿podría decirnos cuáles son los objetivos o proyectos marcados dentro de dicha Comisión?

Sin duda la modernización de la Justicia, con el objetivo de buscar criterios de eficacia y efi-

ciencia. La Justicia debe ser más ágil, eficaz y que dé seguridad jurídica

¿Cuáles son las materias sobre las que actualmente se está trabajando dentro de la Comisión?

En la actualidad estamos debatiendo el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en los próximos días comparece el Ministro en la Comisión de Justicia para dar respuesta a las solicitudes de diferentes grupos parlamentarios y presentar más novedades en el proceso de reformas que estamos acometiendo.

¿Es el consenso entre los diferentes grupos políticos que forman parte de la Comisión un objetivo primordial dentro del método de trabajo que desarrolla?

Mi criterio al frente de la presidencia de la Comisión de Justicia ha sido, rigor en la aplicación de la normativa, a la vez que una flexibilidad de cara a la participación de todos los grupos parlamentarios, con el objetivo de enriquecer el debate parlamentario. En las reformas de la Administración de Justicia siempre es deseable el consenso.

¿Podría decirnos cómo se establece la prioridad u orden de preferencia entre las materias abordadas por la Comisión?

La mecánica para establecer el orden del día de las comisiones, se solventa en la reunión de la mesa y portavoces, convocados a petición mía, en la que junto a la Mesa de la Comisión de Justicia y los portavoces de los diferentes grupos parlamentarios, acordamos los puntos de del próximo orden del día de la Comisión de Justicia. Procuero que la actualidad y el interés general primen en los órdenes del día.

Como usted ya conoce, nuestra Asociación forma parte del grupo de expertos designado para el desarrollo de la Reforma del actual Sistema de Valoración del Daño Corporal en accidentes de circulación, ¿Se tiene en cuenta en la Comisión de Justicia la importancia y trascendencia de esta materia y por tanto de la citada Reforma?

Todavía está en fase de anteproyecto normativo elaborándose por los ministerios comprometidos con esta reforma, Economía y Competitividad y Justicia, llegado el momento se estudiará, pero actualmente existe una Comisión de expertos con el fin de que informe sobre la mo-

dificación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico. Está previsto que los trabajos de dicha Comisión se prorroguen hasta julio del presente año, donde se deberá cerrar un documento sobre la materia. Gracias a su visita todos los Diputados de la Comisión de Justicia son especialmente sensibles a esta cuestión.

¿Cuáles son los objetivos primordiales que desde la Comisión se han marcado y que deberán ser cumplidos en la citada Reforma?

Los principales objetivos que nos hemos planteado desde la Comisión de Justicia son establecer criterios generales para la determinación de la responsabilidad y la indemnización, las reglas para la valoración del daño corporal y las indemnizaciones por causa de muerte, y por último cuantificar económicamente todo ello.

Otra de las esperadas reformas legislativas que más afectan a nuestra especialización es la de la Ley del Contrato de Seguro ¿podría informarnos si en breve se continuará con la misma y para cuándo se prevé que ésta salga a la luz?

Actualmente, la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia se encuentra centrada en la elaboración de un nuevo Código Mercantil, que revisará y regulará importantes figuras e instituciones de la disciplina mercantil. Entre las normas que serán objeto de revisión, destacamos la Ley del Seguro, cuyos trabajos están siendo abordados en colaboración con la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Competitividad. Una vez concluida la labor de la Comisión de Codificación, el texto del nuevo Código Mercantil quedará plasmado en el correspondiente proyecto de ley que el Gobierno remitirá a las Cortes en los próximos meses para su tramitación parlamentaria y aprobación final como ley, que será publicada y promulgada en el Boletín Oficial del Estado.

Dada la situación actual de corrupción política y el colapso de nuestros juzgados con asuntos de esta índole ¿se ha establecido desde la Comisión de Justicia algún plan de trabajo específico para la reforma o adaptación de la normativa actual en la materia?

El Gobierno y el Ministerio de Justicia están en un proceso reformista de profundo calado que hará que la Administración de Justicia responda a las necesidades actuales de la sociedad y sea clave en salir de la crisis. España no tiene en estos momentos la Justicia que necesita.

noticias y actividades



↳ I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DERECHO DE DAÑOS. 14, 15 Y 16 DE MARZO 2013. GRANADA

La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro junto con la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, a través de su departamento de Derecho Civil, celebran el I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños, que tuvo lugar los días 14, 15 y 16 del mes de marzo en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

Este congreso estuvo dirigido por **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, Secretario General de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, **JUAN MIGUEL OSSORIO SERRANO**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada e **INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA**, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada, guiados por el convencimien-



to de que el Derecho de Daños debe ser analizado desde una perspectiva global e integral.

La ponencia de inauguración fue impartida por **José Manuel López y García de la Serrana**, magistrado del Tribunal Supremo. Además, se contó con otros 12 ponentes, entre magistrados, catedráticos y abogados de reconocido prestigio nacional e internacional, como **Juan Antonio Xiol Ríos**, presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, el Dr. **Diego C. Sánchez**, magistrado de la Cá-



mara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, **MIGUEL PASQUAU LIAÑO**, magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJA y catedrático de Derecho Civil, **MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, **FERNANDO PANTALEÓN PRIEGO**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, **MARIANO MEDINA CRESPO**, abogado, presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, **ANTONIO ORTÍ VALLEJO**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada, **JOSÉ PÉREZ TIRADO** y **LUTZ CARLOS MORATINOS MEISNSER**, abogados.

En el congreso se analizaron temas de gran actualidad dentro del mundo de la Responsabilidad Civil, destacando las ponencias sobre “La responsabilidad civil en los accidentes laborales”, “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades insolventes”, “La responsabilidad civil por defectos y vicios constructivos” o “La responsabilidad por falta de información de los riesgos en productos y servicios defectuosos”. Así mismo se desarrolló una mesa redonda sobre “La responsabilidad civil automovilística”, en la que participaron **MARAVILLAS BARRALES LEÓN**, ma-

gistrada de la Sección 1ª de la AP de Granada, **FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ**, Juez Decano de Granada y **ENRIQUE PINAZO TOBES**, magistrado de la Sección 3ª de la AP de Granada.

El jueves día 14 de marzo se ofreció una recepción a los asistentes por parte de Exc-

mo. Alcalde de Granada, **José TORRES HURTADO** en el Carmen de los Mártires, y el viernes día 15, como clausura del congreso, tuvo lugar un cóctel seguido de un concierto del grupo cordobés “ROCKOPOP”, todo ello en el 683 Upper Club (Serrallo Plaza), donde todos los asistentes pudieron disfrutar de una agradable velada.



PRESENTACIÓN DEL NUEVO MANUAL DE VALORACIÓN DE DAÑO CORPORAL



El I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños celebrado en Granada sirvió de marco inmejorable para la presentación de la obra *Manual de Valoración del daño Corporal; Guía de aplicación del Sistema de Baremación para Accidentes de Circulación* (2ª Edición), editada por Thomson Reuters Aranzadi y dirigida por el abogado **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**.

La obra cuenta entre sus autores con **JUAN MIGUEL OSSORIO SERRANO**, catedrático de Derecho Civil, **CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ MARÍN**, catedrática de Derecho Civil, **MARIANO MEDINA CRESPO**, abogado y presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, **LAURA GÁZQUEZ SERRANO**, profesora titular de Derecho Civil, los abogados **ANTONIO OLIVARES ESPIGARES**, **JOSÉ M^a HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES**, **M^a CARMEN RUIZ-MATAS ROLDÁN** y **ANTONIO MIR RUIZ**, así como el médico especialista en valoración del daño corporal **NORBERTO GALLARDO SAN SALVADOR**, concluyendo la misma el director de la publicación, **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**,

secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

Tal y como señala en el prólogo de la obra **Xiol Ríos**, una de las más altas autoridades de la magistratura de nuestro país, “este manual es un eficaz instrumento de tra-

bajo y un poderoso estímulo para la reflexión. Una guía, ciertamente, rigurosa y amplia. La colaboración en la obra de autores prestigiosos de distintas procedencias y cometidos profesionales, profesores de universidad, abogados y médicos, permite, en efecto un tratamiento completo y equilibrado de la materia”.



Un momento de la presentación del nuevo manual sobre Daño Corporal.

→ XV CONGRESO RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. 13 Y 14 JUNIO 2013. MADRID

Inese y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid organizan la XV edición del congreso de Responsabilidad Civil y Seguro, que se desarrollará los próximos días 13 y 14 de junio en hotel Puerta Holiday Inn de Madrid. El mismo está dirigido a abogados y profesionales del Derecho, a gerentes de riesgos y asesores jurídicos de empresas, a suscriptores de entidades aseguradoras y reaseguradoras, mediadores de seguros y técnicos especializados en responsabilidad civil y en seguro.

Las comunicaciones que se presenten por parte de los estudiantes inscritos en el congreso no podrán tener una extensión superior a 5 páginas (impresas a una sola cara) en fuente Times New Roman, tamaño de fuente 12 puntos y un interlineado sencillo.

El precio para grupos (3 o más directivos de la misma empresa) será de 225 euros, mientras que los miembros colegiados del Ilustre Colegio Abogados de Madrid, la **Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro** y los suscriptores Revista R.C. tendrán un descuento especial, quedando el precio del congreso en 234 euros, la misma cantidad que se ha fijado para los mediadores de seguros provinciales integrados en el Consejo General de Colegios de Mediadores de Seguros. La cuota de inscripción para los estudiantes de los últimos años de Derecho será de 27 euros. En todos los casos no se incluye el IVA (21%).

El pago correspondiente a la inscripción en el congreso de Responsabilidad Civil y Seguro debe realizarse mediante

transferencia bancaria a nombre de Wilmington Inese S.L.U. Banco Santander C.C.C.: 0049 6701 13 2716156377. El importe correspondiente a la cuota de inscripción debe ser abonado antes del comienzo del Congreso. En este sentido, y dada

la limitación de plazas, se atenderá al orden cronológico de recepción de inscripciones. La cancelación de inscripción notificada por escrito a ineseformacion@inese.es con 8 días de antelación a la fecha de inicio del Congreso será devuelta.

13 RCS]

XV CONGRESO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL
Y SEGURO

inese

A Wilmington Company



PROGRAMA

Jueves 13 de junio. Sesión de mañana

9:00 Recepción y entrega de documentación

9:30 Apertura del Congreso

SUSANA PÉREZ, directora de Wilmington Inese

SONIA GUMPERT, decana del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

10:00 Conferencia de Apertura *El Seguro de Responsabilidad Civil en la Ley del Contrato de Seguro*

JULIO C. FUENTES GÓMEZ, subdirector general de Política Legislativa del Ministerio de Justicia

10:30 Internet: *El Derecho al Honor y el Derecho al Olvido*

JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN, magistrado. Sala II. Tribunal Supremo

11:00 Coloquio

11:15 Pausa/Café

11:45 *Riesgos cibernéticos. Análisis jurídico y su aseguramiento*

ANDRÉS MARTÍNEZ CLAVEL, director técnico de Desarrollo de Negocio. DUAL

12:15 Coloquio

12:30 *La ejecución provisional*

GONZALO RUIZ-GÁLVEZ, abogado. Socio de Bleuca Legal

13:00 Coloquio

13:15 Fin sesión. Almuerzo libre

Jueves 13 de junio. Sesión de tarde

16:00 *Administradores concursales. Responsabilidad Civil y Seguro*

IGNACIO MEGÍA, director de Siniestros de W.R. Berkley España

ADRIÁN BENITO, director de R.C. de W.R. Berkley España

16:30 Coloquio

16:45 *La Responsabilidad Civil en la Ley de Propiedad Horizontal*

M^a EUGENIA LARA GÓMEZ, abogada

17:15 Coloquio

17:30 *La Responsabilidad Civil de las entidades financieras. El consentimiento en la venta de productos financieros*

D. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña

18:00 Coloquio

18:15 Presentación de comunicaciones por parte de estudiantes de Derecho

18:30 (aprox.) Fin sesión

Viernes 14 de junio

9:30 PANEL: *Responsabilidad Civil de las empresas de seguridad privada*

D. GONZALO ITURMENDI MORALES, abogado. Socio director de Iturmendi y Asociados

10:30 Coloquio

10:45 Pausa/Café

11:15 PANEL: *Responsabilidad Civil en los centros escolares: El acoso escolar*

D. JESÚS J. APARICIO, abogado. Socio director JB Asesores Jurídicos

12:15 Coloquio

12:30 *Gestión de Siniestros de Responsabilidad Civil. ¿Hay cambios?*

D. SANTIAGO MARTÍN GIL, director general de HDI

13:00 Coloquio

13:15 Clausura del Congreso

Moderadores:

ANTONIO ALBANÉS PANIAGUA, abogado. Bufete Albanés & Asociados

D. JOSÉ A. BADILLO, director Revista RC



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Solo si solicita sus ejemplares a través de
buzon@bosch.es
hasta el 31 de julio de 2013

... beneficiarse de un
10% de descuento
por ser miembro de la
Asociación

[BOSCH]

Psiquiatría legal y forense

INFORMACIÓN EXHAUSTIVA SOBRE ESTA OBRA EN: tienda.wke.es



Psiquiatría legal y forense

Santiago Delgado Bueno (Director)

Santiago Delgado Bueno / José Manuel Maza Martín (Coordinadores)

Fieles a la tradición seguida en la Psiquiatría Legal y Forense española, un médico (Santiago Delgado) y un jurista (José Manuel Maza Martín), aúnan esfuerzos para ofrecer adecuada respuesta a todas las cuestiones legales que suscita la salud mental. Así, en este Tomo 5.º, en el que participan más de 80 especialistas, se examinan todos los conflictos legales relacionados con la psiquiatría, despejando los numerosos interrogantes que concurren en la práctica forense.

Se culmina así el Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses, una obra interrelacionada entre sí a través de los seis tomos que la conforman y que cuenta, además, con la cobertura de una plataforma digital (www.digital.bosch.es), desde la que el lector podrá acceder a un amplio repositorio de documentación relacionada a texto íntegro, fotografías, etc. que otorgan un valor añadido a un Tratado ya de por sí único en lengua española. El presente Tomo de Psiquiatría Legal y Forense es una herramienta fundamental, en la que se recogen todas las patologías que actualmente son susceptibles de valoración: Imputabilidad, peligrosidad, capacidad..., todos ellos conceptos analizados con el máximo rigor.

A la vez que la sociedad progresa y las tecnologías avanzan, aparecen nuevos comportamientos en los que las patologías psiquiátricas pueden evidenciar ciertas implicaciones con su correspondiente traducción en el orden penal, civil, canónico, laboral, etc. y que son debidamente estudiados en la obra. También se incluyen temas muy novedosos, como la psicopatología en la inmigración u otros avances modernos como el tratamiento quirúrgico de los trastornos mentales. Cuestiones no menos polémicas como los tratamientos psiquiátricos involuntarios, la psiquiatría penitenciaria, la capacidad en los procesos de toma de decisión, etc., son abordadas de forma comprometida, aportando un análisis profundo tanto jurídico como psiquiátrico.

Precio Ant.: ~~280,00 € + IVA~~

Precio por ser miembro de
la Asociación: **252,00 € + IVA**

Nº de páginas: 1596

Edición: 2013

ISBN: 9788497906944

Colección: Tratado de
Medicina Legal y Ciencias
Forenses

Encuadernación: Cartoné

SOLICITE SUS EJEMPLARES HASTA EL 31 DE JULIO A:
buzon@bosch.es

... beneficiarse de un **10%** de
descuento por ser miembro de la
Asociación

ahora
252 €
+ IVA



XIII CONGRESO NACIONAL

*de Abogados Especializados
en Responsabilidad Civil y Seguro*



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Del 14 al 16 de Noviembre 2013
Ciudad de la Justicia de Valencia
VALENCIA

