

nº 74

Segundo Trimestre. Año 2020



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Cuestiones
relacionadas con el
contrato de seguro
de Defensa Jurídica**

**La cuantificación
del daño
por falta de
información en el
consentimiento
informado**

**Responsabilidad
Civil por los hechos
dañosos cometidos
por los menores en
las redes sociales**

asociacionabogadosrcs.org



Congreso Nacional
Asociación Española de Abogados
Especializados en
Responsabilidad Civil y Seguro

Madrid

12, 13 y 14 de noviembre de 2020
Presencial y Virtual

www.asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

ORGANIZAN



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO



nº74

Segundo Trimestre. Año 2020



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 74

EDITORIAL

La responsabilidad civil de las Residencias de Ancianos ante los daños causados por el COVID 19

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

DOCTRINA

• Cuestiones relacionadas con el contrato de seguro de Defensa Jurídica

Antonio Raventós Riera.....9

• La cuantificación del daño por falta de información en el consentimiento informado

M^a Isabel Morell Jiménez37

• Responsabilidad Civil por los hechos dañosos cometidos por los menores en las redes sociales

Nuria Valdes Antón.....65

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 22 de Junio de 2020.

RESPONSABILIDAD CIVIL: El inicio del cómputo para la prescripción de la acción en reclamación por daño corporal se computa desde el alta médica, con independencia de que esta fecha no coincida con la de la consolidación de las secuelas.....87

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 23 de Junio de 2020.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Contrato de seguro de incapacidad permanente. Se considera como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, la que, si bien define lo que se entiende por invalidez permanente absoluta introduce un requisito cual es exigir su naturaleza irreversible..95

■ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 24 de Junio de 2020.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Los problemas de la identificación del responsable del daño. Una sentencia que sobrepone la justicia a la seguridad, con apoyo en la doctrina normativa de la actio non nata.109

- SAP de Valencia de 1 de Junio de 2020
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil extracontractual. Seguro obligatorio de viajeros en transporte ferroviario. Se obliga a Renfe a indemnizar con cerca de 20.000 euros a una pasajera de un tren AVE Sevilla-Valencia que sufrió lesiones al caerle una maleta en la cabeza, al encontrarse colocada de manera defectuosa. Corresponde a Renfe una obligación "in vigilando" sobre la colocación de los equipajes en lugares adecuados y sin riesgo para los demás usuarios.....115

- SAP de A Coruña de 25 de Junio de 2020
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se estima la demanda al considerar que existe relación de causalidad entre las lesiones sufridas por la demandante, conductora del vehículo, y el accidente acaecido, al considerar que la prueba médica aportada por la demandante acredita la presencia de una importante contractura, que justifica las algias. Ausencia total de rigor científico respecto a la prueba biomecánica, pues se fijan unos valores por debajo de los cuales se concluye que no es posible que se produzcan lesiones, pero no se especifica quién determina esos valores, que además cada cierto tiempo son modificados.
.....123

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*133

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

El accidente internacional -
 "Forum-Shopping" y jurisprudencia Alemana, Italiana y Española reciente

Por *Lutz Carlos Moratinos Meissner*153

NOTICIAS

- Publicación del informe razonado ex post de evaluación previsto en la disposición adicional primera de la ley 35/2015, de 22 de septiembre.....157

EDITA:

Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro
C/Trajano, 8, Esc. 1ª - 1ºC · 18002 Granada · Tel.: 902 361 350
C.I.F.: G-18585240

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Mariano Medina Crespo (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), Javier López y García de la Serrana (Secretario General), José María Hernández-Carrillo Fuentes (Secretario de Actas-Tesorero), Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Carmelo Cascón Merino, Diego Elum Macias, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Susana Sucunza Totoricagüena, Luis Julio Cano Herrera, José Antonio Badillo Arias, Alberto Pérez Cedillo, Fernando Talens Aguiló, José Pérez Tirado, Lutz Carlos Moratino y Francisco José Ledesma de Taoro.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

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

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

Juan Antonio Xiol Ríos, Mariano Medina Crespo, Javier López García de la Serrana, Andrés Cid Luque y José María Hernández-Carrillo Fuentes.

DISEÑO:

Aeroprint Producciones S.L.
Tlf. 958 292 739 • info@aeroprint.es

IMPRIME:

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

D.L. GR-1228/02
ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org

La responsabilidad civil de las Residencias de Ancianos ante los daños causados por el COVID 19

por Javier López y García de la Serrana
Director

su responsabilidad por incumplimiento de las mismas.

En este sentido en primer lugar deberemos estar al tipo de contrato que se haya establecido entre la Residencia y el residente, pues dependiendo del mismo se habrán asumido funciones de alojamiento, comida, cuidado y asistencia o haberse asumido también funciones de asistencia médica, vigilancia y control. En general, en este tipo de contratos se asume dos tipos de funciones:

Alojamiento y atención de aquellas personas que precisan de asistencia continuada en la realización de la vida diaria.

La adopción de medidas de protección y control en los casos en los que por motivos de índole física o psíquica haya que prevenir situaciones de riesgo para la propia seguridad de los residentes. En este caso la función de la Residencia avanza en la necesidad de medios de vigilancia y control, pues existe un condicionante previo que pone en evidencia un más que probable riesgo de que la seguridad y salud del residente pueda verse afectada.

Pues bien, bajo esta premisa y en cuanto a la responsabilidad que se genera para las Residencias de ancianos ante los posibles daños sufridos por éstos durante su permanencia en dichos centros, se da un claro supuesto de yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, y ello por cuanto la causa origen de tales daños se sitúa tanto en el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato que une a ambas partes, como por la infracción del deber general de no causar

Durante estos meses atrás una de las situaciones que con más dureza hemos presenciado ha sido sin duda lo acontecido en las Residencias de Ancianos, dónde cada día conocíamos el gran número de personas fallecidas a causa del Covid 19. Las noticias nos retransmitían una carencia de recursos, falta de asistencia médica y una aparente total descoordinación entre los medios humanos y materiales de las propias residencias, la de los hospitales y las del mismo Gobierno. Hemos oído hablar de responsabilidad del Estado, de responsabilidad de los empresarios que explotan las citadas residencias, de responsabilidad de los empleados, y un sinfín de posibles más responsables ante lo ocurrido, si bien es necesario hacer un análisis detallado de la materia ante la que nos enfrentamos para, si quiera, dar un principio de respuesta a las numerosas reclamaciones que familiares y allegados de los residentes están presentado y seguirán haciéndolo.

Nos centraremos aquí en las residencias de titularidad privada y para ello deberemos conocer qué características forman parte de las relaciones jurídicas nacidas entre tales establecimientos y sus residentes, para con ello conocer qué obligaciones son asumidas por estos centros y hasta dónde puede llegar



daño a otro, al existir una causa que acredita la negligencia en la prestación de sus servicios que ha sido la que ha provocado tales daños. Así, en el caso de las muertes por Covid 19 la responsabilidad de los centros o residencias podría encontrarse tanto por el hecho de no haber prestado las medidas necesarias para evitar el contagio entre los residentes, como por el incumplimiento en la obligación de adoptar las medidas necesarias de asistencia y cuidado con posterioridad al contagio de aquellos. En este sentido debemos pensar que un principio básico para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las Residencias va a ser la individualización de cada caso concreto, pues la atención, cuidado y el control y vigilancia por parte de éstas deberá adaptarse a cada tipo de residente, analizando sus propias características y dispensando al mismo las medidas específicas que su situación particular haga necesarias. Se trata de adaptar las funciones asumidas por este tipo de centro a las necesidades de cada anciano, pues solo de este modo podremos concluir que se ha cumplido con la diligencia debida en la prestación de estos servicios.

En el caso concreto del Covid 19 habrá que analizar si, una vez conocidos los parámetros a tener en cuenta en este tipo de enfermedad, se emplearon todos los medios necesarios para evitar el contagio entre los residentes, tales como medidas de higiene, aislamientos dentro del propio centro, análisis de la situación de riesgo de cada anciano u otras que pudieran haber minimizado tales contagios. Asimismo y una vez producido un contagio también deberá estudiarse si la residencia supo reaccionar ante dicha situación y dispuso de todo lo necesario para que no se extendieran tales contagios. Evidentemente todas estas previsiones pasan por extremar las medidas de vigilancia, control y cuidado de los residentes y en este punto habrá que analizar si se pusieron en práctica los medios humanos y materiales necesarios para esta situación tan excepcional.

Y es en este sentido como nuestra Jurisprudencia se viene pronunciando en temas relacionados con la responsabilidad de las residencias de ancianos, generada a raíz de algún accidente ocurrido dentro de las mismas. Debemos tener en cuenta la línea marcada por esta Jurisprudencia, pues entendemos que será muy parecida la que pueda aplicarse a los supuestos que con origen en el Covid 19 sean enjuiciados; claro está que con los condicionantes que una pandemia como ésta requiere e impone.

Tomemos como ejemplo la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ponente **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**, de 11 de marzo de 2020. En la misma se somete a consideración de la Sala la posible responsabilidad de la residencia donde estaba ingresada una anciana de 77 años que fallece, supuestamente de un infarto, cuando estaba sola sentada en el patio de dicho centro. Esta sentencia parte de unas premisas claras para determinar el fallo de la misma, cual es en primer lugar que las residencias de ancianos no asumen de manera genérica y automática una obligación de vigilancia permanente y continua sobre los residentes, salvo en supuestos muy específicos en los que en atención a la situación física o psíquica del residente así se requiera. En segundo lugar se reitera la necesidad de que exista una probada relación de causalidad entre la prestación realizada por la residencia y el daño sufrido por la anciana, lo que se traduce en este caso, y aplicando la doctrina en materia de consumidores y usuarios, en el supuesto de que no se hayan dispensado todos los servicios sanitarios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007, 23 de octubre de 2008 y 6 de febrero de 2009.

Esta sentencia concluye por tanto que no ha existido una falta de diligencia en las obligaciones asumidas por la residencia que pueda considerarse la causa determinante del fallecimiento de la anciana, pues el infarto sufrido por la misma podría haberse desencadenado del mismo modo aunque ésta hubiera permanecido en su habitación o en una de las zonas comunes de la residencia. La anciana no necesitaba de una asistencia permanente en atención a su estado médico, no requería de una vigilancia y control constante, motivo que impide que podamos hablar de falta de diligencia debidas en las medidas de vigilancia por parte de las residencias tal y como alegaba el recurrente. No se considera por tanto que al personal del centro le sea atribuible la muerte natural de la residente por omisión de la diligencia debida y desatención de los deberes de cuidado requeridos por los servicios prestados.

Tomando así como precedente los fundamentos de derecho que avalan la citada Sentencia y entendiendo que hacen resumen de la doctrina que impera en esta materia, cabría plantearse lo que antes anunciaba, sobre los posibles y determinantes condicionantes que la excepcional situación creada por el Covid 19 añade a este panorama jurídico. Y es

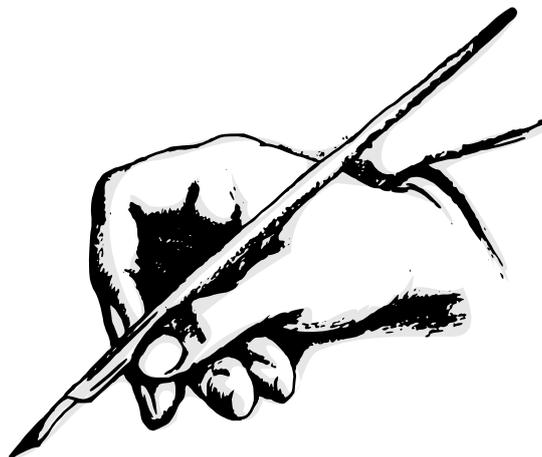
que no podemos pasar por alto elementos tan importantes que condicionan la situación vivida en este país por la citada pandemia, elementos como la excepcionalidad, imprevisibilidad, limitación de conocimientos científicos, falta de protocolos de actuación, retraso en el conocimiento de las medidas de control, colapso de los hospitales, falta de personal sanitario, y un largo etcétera de situaciones que complican el posible análisis sobre un debido cumplimiento de las obligaciones de asistencia, control o vigilancia de las que venimos hablando a cargo de las residencias.

Como en muchos otros sectores de la Sociedad, empezando por el sanitario, educativo o mercantil, esta pandemia ha desdibujado los principios o protocolos que teníamos establecidos para reaccionar a cada tipo de circunstancia, y la reacción o capacidad de respuesta ante lo imprevisto se ha tenido que ir adaptando día a día de conformidad a las nuevas circunstancias que se iban produciendo. Estas situaciones, entiendo, que no podrán ser obviadas por nuestros Juzgados y Tribunales cuando se enfrenten al enjuiciamiento de este tipo de asuntos, pues son muchos los elementos a tener en cuenta a la hora de evaluar qué ha fallado y hasta dónde se podría haber hecho para evitar que estos fallos produjeran tantos fallecimientos. Es evidente que junto a la posible responsabilidad de las residencias habrá que analizar detenidamente muchas otras posibles responsabilidades, como las de los propios centros sanitarios o hospitalarios donde deberían haberse derivado los ancianos contagiados, si es que realmente se impidió que accedieran a los mismos, o la del propio Estado por su falta de diligencia a la hora de procurar que todos los medios sanitarios, médicos o farmacéuticos estuvieran a disposición de la sociedad durante la pandemia y en el momento

en el que aquella más lo necesitaba. Y por los pocos pronunciamientos judiciales que relacionados con el tema vamos conociendo, parece que nuestros Tribunales lo van a tener muy en cuenta, así podemos detenernos a analizar el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo de 30 de abril de 2020, en el que se obliga a la Comunidad de Madrid a medicalizar las residencias de ancianos de la citada Comunidad, concretando que el término medicalizar supone dotar de medios sanitarios a centro y al personal, no solo para la prevención de los contagios sino también para la detección y el seguimiento de nuevos casos. Son por lo tanto elementos internos y externos los que habrá que analizar y tomar en consideración para decidir si el deber de diligencia debida dentro de las obligaciones asumidas por las residencias fue cumplido o no. El estudio sobre la relación de causalidad debe ser minucioso y no olvidar cada uno de estos condicionantes, pues solo así podrán depurarse debidamente las responsabilidades generadas.

Desde luego que oiremos hablar de la famosa fuerza mayor o circunstancias excepcionales que impidieron adoptar medidas distintas de control, vigilancia o asistencia, pero entiendo que son otros muchos elementos a tener en cuenta los que determinarán el nudo gordiano en estos temas. La pandemia nos ha obligado a que desde todos los ámbitos de la Sociedad repensemos nuestros protocolos y sistemas de seguridad, nuestra forma de actuar y la diligencia que prestamos en nuestros servicios, por lo que con ello seguro que hemos avanzado en algo.

JULIO DE 2020





Cuestiones relacionadas con el contrato de seguro de Defensa Jurídica

Antonio Raventós Riera
Abogado

Sumario

I.- EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

II.- CONFLICTO DE INTERESES

III.- LA CESIÓN DEL CRÉDITO

IV.- DEFENSA JURÍDICA.

El presente trabajo tiene por objeto exponer el criterio que sostengo en relación a la cesión del crédito referido al contrato de seguro, el conflicto de intereses entre el asegurado y su aseguradora, el incumplimiento de contrato por parte de la aseguradora, y el siempre discutido ámbito del seguro de la defensa jurídica.

No pretendo convencer a nadie. Cada cuál es libre de exponer su parecer o mostrar conformidad con otro criterio, y más aún en el mundo del derecho en el que todo es opinable con mayor o menor razón. Lo que a continuación expongo es fruto de la experiencia propia y el reflejo del estudio de esa materia a la vista de las resoluciones judiciales de las que

siempre, para bien o para mal, he aprendido a lo largo de los ya muchos años que llevo en la profesión, así como la asistencia presencial, y ultimamente “on line”, a las conferencias en relación a la Defensa Jurídica, si bien lo he ampliado añadiendo mis argumentos respecto la cesión del crédito dentro del seguro, el conflicto de intereses y su conexión, que no es lo mismo, con el incumplimiento por parte del asegurador a la prestación.

Evidentemente, cualquier opinión, crítica, comentario y argumento a favor o en contra, siempre será bien recibido ya que nos enriquecerá a todos.

I.- INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Aunque resulte conocido, conviene recordar el art. 1 de la Ley 50/80 de 8 de Octubre de Contrato de Seguro:

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

Elementos esenciales son, por una parte el pago de la prima, y por otro, el cumplimiento por parte de la aseguradora de la garantía contratada. Queda claro que sino se ha pagado la prima cuando el siniestro se ha producido, no hay cobertura, y el asegurador queda eximido del pago de suma alguna.

Ahora bien y como lógica prestación al contrato, pagada la prima, corresponderá al asegurador hacerse cargo de las garantías contratadas. De no hacerlo, podrá ser objeto de indemnización de daños y perjuicios, que suelen ser habitualmente, el importe no pagado de la cobertura más los intereses del art. 20 de la LCS.

El legislador ha tenido cuidado de recoger en la Ley del Contrato de Seguros cuáles son las consecuencias para el asegurado caso de incumplir con determinadas cuestiones relacionadas con el contrato de seguro.

En el texto legal hay preceptos que regulan las consecuencias a los incumplimientos por parte del asegurado: art. 14 pago de la prima; art. 15 pago prima fraccionada; art. 16, comunicación del siniestro por parte del asegurado dentro del plazo so pena de que se le reclamen los daños y perjuicios que la dilación haya ocasionado (nunca el impago de la indemnización que corresponda por parte de la aseguradora), y el art. 17 obligación de emplear medios para evitar el agravamiento de las consecuencias del siniestro, con derecho del asegurador de reducir su prestación en proporción oportuna.

Respecto las obligaciones del asegurador, el art. 18 dispone la obligación de pago de la indemnización tras las averiguaciones e investigaciones oportunas. En todo caso dentro del plazo de cuarenta días, deberá hacer pago del importe mínimo.

El efecto práctico más relevante en relación en relación con la mora del asegurador es el previsto por el art. 20 del texto legal: un recargo en los intereses por demora, si bien en la actualidad difícilmente llega a producir el efecto sancionador que pretende, interés al tipo del 20%, ya que éste es a partir del tercer año, y con efecto no retroactivo, de tal suerte que el tipo aplicable a los dos primeros años desde la fecha del siniestro, 5,5% desde hace cierto tiempo, difícilmente resulta gravoso para las aseguradoras.

Anteriormente el interés al tipo del 20% se aplicaba al transcurrir el término de tres meses desde la producción del siniestro. El art. 20 en la redacción original de la Ley de Contrato de Seguro, decía:

3º. Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

Y en esa línea la Ley Orgánica 3/89 de 21



de Junio de actualización del Código Penal introdujo la siguiente Disposición Adicional Tercera:

Las indemnizaciones que deban satisfacer los aseguradores como consecuencia del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, devengarán un interés anual del 20 por 100 a favor del perjudicado desde la fecha del siniestro, si no fueren satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses naturales siguientes a aquella fecha.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación al Consorcio de Compensación de Seguros cuando responda como fondo de garantía

Como se ve, las aseguradoras tenían un plazo de tres meses para pagar el importe mínimo a su asegurado, o al perjudicado.

Pero no se sabe porque razón, (quizas algún grupo de presión?) la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en su Exposición de Motivos (siempre hay que leerlas para ver cuál es el argumento del legislador que le ha llevado

a dictar la Ley), decía:

Se reforma también el interés de demora aplicable a las aseguradoras, derogando la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, y dando nueva redacción al artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, con la finalidad de aclarar los términos de la regulación de la materia y evitar la multiplicidad de interpretaciones a las que se está dando lugar en las distintas resoluciones judiciales.

Se especifica el sistema de devengo de intereses que en dicho artículo se establece; se da un tratamiento homogéneo al asegurado, beneficiario y tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil; se amplía la obligación de abono de intereses a los supuestos de falta de pago del importe mínimo de la indemnización; y se cuantifica el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo, durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero.

Se establece, también, la no acumulación de los intereses que se devengan por aplicación de este artículo 20



con los previstos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta interpretación no uniforme de los intereses no pasaba de ser una excusa para justificar el cambio de una ley que beneficiaba a los asegurados y terceros perjudicados pero perjudicaba los intereses de las aseguradoras. De los tres meses se pasó a dos años al interés legal del dinero más el cincuenta por ciento, “moderando así el interés absoluto”, para luego aplicar el 20%.

El efecto práctico de la reforma fue que la aplicación del 20% de interés, antes frecuente, ahora apenas se produce porque el interés del 20% sólo aparece a partir del tercer año, y con efecto no retroactivo.

No se solucionaron las dudas ni la “multiplicidad de interpretaciones”, hasta tal punto que fue necesario que nuestro Tribunal Supremo concretara que el interés al tipo del 20% no era con carácter retroactivo tras los dos años, sino que únicamente se aplicaba a partir del tercer año. Así la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007. En esa Sentencia el Tribunal Supremo Fallaba que:

“...establecer que el interés de demora a satisfacer al lesionado por la aseguradora recurrente debe calcularse, durante los dos primeros años siguientes al siniestro, al tipo legal más su 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20% si aquel no resulta superior”

O sea que cuando tengamos un interés legal del dinero al 14%, ya no se aplicará el 20%, sino que estaremos ante un 21% durante los dos primeros años.

A pesar de la reforma las dudas siguen: nadie sabe que pasa si el asegurador no incurre en mora, supuesto en el que se le aplica el art. 20, sino que simplemente la indemnización A SU ASEGURADO no responde al principio de indemnidad, o es un caso negligente de impago, o cualquier otro supuesto de incumplimiento contractual.

A mi modo de ver la LCS no da solución al supuesto de incumplimiento contractual por parte del asegurador que ha cobrado la prima y luego, por cualquier causa rechaza hacerse cargo del siniestro, y repito lo de contractual por su importancia, en su relación con el asegurado. Por eso hay que acudir al art. 4.3 del C.C. que

prevé la aplicación supletaria del citado código a otras leyes.

Deberá aplicarse el art. 1101 Código Civil:

Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

Vamos al genérico de que “...de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas.”; el texto no ofrece dudas interpretativas: el incumplimiento de las obligaciones contraídas entre las partes mediante contrato, lleva aparejada indemnización de daños y perjuicios. En consecuencia, si una aseguradora, por cualquier causa, no cumple con el contrato de seguro en relación con su asegurado, deberá indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados, y ahí el cajón de sastre admite todo lo que se pueda probar y acreditar. No hay límite alguno. Ni en la Ley ni en el contrato.

Recalco que estamos ante una cuestión que afecta al asegurado, no a un tercero ajeno a la relación contractual, propio de la extracontractual, ya que para estos casos existe la acción directa del art. 76 y el devengo de intereses del art. 20. Lo que contemplo ahora es el perjuicio propio derivado del incumplimiento de contrato por parte de la aseguradora por la razón que fuere.

Es curioso que todos, y ahí me incluyo, cuando hemos estado ante un supuesto en el que nuestra propia aseguradora no ha cumplido con la prestación que le exigimos, nos hemos limitado a efectuar una reclamación cuantitativa del importe que creemos corresponde al daño que nos ha producido en relación al interés asegurado. Pero nada más. Que yo sepa, nadie ha reclamado la ingente cantidad de molestias que ha producido al asegurado el hecho de que su propia compañía no le pague, y ese perjuicio, es reclamable, y perfectamente incardinable también dentro de un prudencial daño moral.

En la relación contractual aseguradora asegurado, es éste quién está en la posición más débil. Ha pagado la prima, sucede el siniestro, reclama, viene el perito de la compañía, y luego, recibe la escueta comunicación:

“Lamentamos comunicarle que tras las averiguaciones practicadas no podemos

hacernos cargo del siniestro referenciado.

Quedamos a su entera disposición y le saludamos muy atte."

Y ya está. Expediente archivado. Pero oiga, dígame algo más...Nada. Silencio. La única solución es la queja al corredor (normalmente un amigo/familiar/ conocido), ya que la aseguradora es una línea telefonica destinada a hacer perder la paciencia al más Santo de todos los Santos esperando que algún tramitador o gestor, tenga a bien contestar, y entonces se lo saca de encima con aquello de "lo he intentado todo, he llamado al responsable del expediente, al jefe de siniestros..., a su superior etcc..., pero me dicen que no. Se le pregunta: Oye, pero por qué?, pídemle copia del informe pericial. Ah no, me dicen que es un documento interno, que no lo facilitan...

Y ahí, a menos de que el asegurado sea un luchador, se termina el asunto. La cara de felicidad del usuario del seguro que muestra la primera página del condicionado general de la póliza se convierte en un gesto de desesperacion y sospecha de que le han tomado el pelo.

Prima cobrada y prestación denegada por lo que sea.

Permítaseme un comentario real: tengo un asunto en el que al asegurado absuelto tras una causa penal, su aseguradora le ha negado el pago de la intervención del Letrado ajeno al de la cia, manifestándole por carta:

"...mantenemos el rechazo del siniestro por dolo, aunque fuera injustificado."

Es eso un incumplimiento de contrato por parte del asegurador?. ¿Cabe en ese supuesto solicitar se pague el coste que le ha supuesto la asistencia letrada de un letrado ajeno al de la aseguradora sin límite cuantitativo alguno al asegurado?.

Las únicas respuestas son las positivas. La aseguradora niega la cobertura y el asegurado debe buscarse la vida. Por tanto si la falta de cobertura es un incumplimiento de contrato, y el asegurado tenía razón, debe ser indemnizado por el total del perjuicio que se la ha ocasionado porque esa falta de la prestación por la aseguradora era del todo injustificada.

Quiero recordar en ese sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de lo Civil, Sentencia nº 401/2010, de 01.07.2010, Recurso

Casación 1762/2006, Ponente Excmo Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

En esa Sentencia se estudió el recurso planteado tanto por la OCU como por varias aseguradoras contra la de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, en relación a la nulidad de distintas cláusulas de las pólizas de seguro de las aseguradoras Caser, Allianz, y Mapfre.

En lo que aquí interesa, el TS confirmó la nulidad declarada por la Audiencia Provincial de la cláusula de la póliza que dejaba a la decisión de la aseguradora el acudir o no a la acción judicial así como decidir si se iba o no a la vía de los recursos.

La AP en su sentencia, confirmada por el TS, dijo que la presencia de esas cláusulas:

"resulta incompatible con el principio de igualdad que ha de regir en las relaciones entre partes, y se deja en manos exclusivas de la aseguradora, no sólo la interpretación del contrato, sino la decisión de acudir o no a la vía de los recursos"

O sea que cuando la aseguradora niega al asegurado la posibilidad de reclamar judicialmente, lo que se está produciendo es un incumplimiento de contrato (no un conflicto de intereses), y en consecuencia eberá la aseguradora hacer frente a las consecuencias del incumplimiento del contrato, si se declara su improcedencia judicialmente.

Repito que no estamos ante una situación de mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el asegurador; estamos ante un incumplimiento total del asegurador al compromiso contraído en méritos del contrato de seguro. Y el art. 20 LCS también es aplicable a estos supuestos como no puede ser de otra manera, y de hecho así se produce en nuestros Tribunales.

Pero ¿que pasa si en el supuesto de que el asegurador considera inviable la reclamación y el asegurado, con asesoramiento externo, pleitea y pierde el asunto?. ¿A quién corresponderá pagar la intervención tanto del Letrado elegido por el asegurado, como las costas que se han ocasionado?.

Desde luego estaríamos ante un incumplimiento de contrato por parte del asegurador al negarse a cumplir con el compromiso que asumió mediante la cobertura

de defensa jurídica en este caso, pero a la postre resulta que el asegurador tenía razón y la reclamación era inviable.

Lógicamente el asegurador en este caso negará pago alguno. Deberá el asegurado hacer frente tanto a la factura del letrado propio como a las costas, para luego reclamar el pago a su aseguradora, entidad que opondrá con toda certeza la inviabilidad de aquel asunto que rechazó sostener. Cuál deberá ser la respuesta judicial en este caso?

Aquí entra en juego la equidad y en sentido común. Hay reclamaciones que se pierden por carecer de todo fundamento, y otras que se pierden por estar mal planteadas. Se deberá analizar cuál de los supuestos es el procedente. Estaríamos en un caso semejante al de la “pérdida de la oportunidad”.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia ya citada nº 401/2010, admitió la valoración de la viabilidad de la reclamación judicial por “carecer de medio de prueba suficiente” o “en función de la responsabilidad del accidente” o “por tratarse de reclamaciones claramente desproporcionada con la valoración de los daños y perjuicios sufridos”. Y en esa misma sentencia rechazó la exclusión de la póliza en la que se recogía de manera genérica la exclusión de cobertura a “las reclamaciones temerarias y recursos inviables...” de tal suerte que únicamente se abonarían los honorarios si la acción prosperaba.

En la línea que apuntaba anteriormente del derecho indemnizatorio conforme el art. 1101 del Código Civil ante el incumplimiento de la aseguradora, se han de reseñar las siguientes Sentencias:

Y la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, Sentencia de 4 Diciembre de 2013, rollo 4/2013:

En este caso cabe formular una interpretación analógica al supuesto del conflicto de intereses, pues no es lo mismo el caso en el que no existiendo negativa la compañía el asegurado optase por contratar por su cuenta los servicios de profesionales para la defensa de sus intereses, del presente caso en que la asistencia jurídica solo opera para llegar a un acuerdo amistoso pero no para las reclamaciones que la aseguradora considere improcedentes por vía judicial. Además, instado un procedimiento penal en el que se llegó a un acuerdo que motivó

el sobreseimiento por transacción, lo lógico es que se hubiera liquidado los honorarios del letrado que asumió la defensa del demandante, por lo que el rechazo de la aseguradora a la reclamación realizada por el demandante es contraria a la efectividad del derecho y por ello, en este caso la limitación establecida sí que opera como cláusula limitativa de los derechos del asegurado al no existir una previsión contractual en cuanto al límite en el supuesto en que exista éxito en la reclamación del asegurado, a pesar del criterio en contra (justificado o no) del asegurador, que debe tener una solución diferente al caso en que el asegurado elige abogado y procurador diferente a los que integran los servicios jurídicos de la aseguradora sin un motivo que lo justifique.

En otra caso lo que sucedería es que la cobertura de defensa jurídica quedaría al libre arbitrio del asegurador, que decide unilateralmente si las acciones que pretende ejercitar su asegurado son viables, debiendo soportar en su caso, y de forma injustificada el asegurado el exceso sobre el límite de cobertura pactado, siendo forzado a ello por la actitud del propio asegurador.

AP Madrid, Sec. 20.ª, 223/2015, de 16 de junio Recurso 500/2014. Ponente: JUAN VICENTE GUTIERREZ SANCHEZ.

TERCERO.- Tampoco compartimos la conclusión que obtiene la Juzgadora de instancia, en el sentido de que dicha pretensión no se encuentre amparada en la póliza de seguro que vincula a las partes. Las cantidades reclamadas por la J.A. DEL CAMPO, se le han ocasionado por la asistencia preceptiva de profesionales, que se ha visto obligada a contratar para hacer valer los derechos que le atribuía el contrato de seguro concertado con la demandada, como consecuencia de un siniestro cubierto por la Póliza, que fue inicialmente rechazado por la aseguradora y que finalmente se ha visto obligada a soportar por decisión judicial. Dicha reclamación sí ha de considerarse incluida dentro de lo que constituye objeto del contrato, tal como se delimita éste en las condiciones especiales de la Póliza, pues las diferentes garantías que se ofrecen al asegurado, lo son por hechos derivados del riesgo especificado en ella y los gastos aquí reclamados se le han ocasionado a la asegurada, una vez ocurrido el riesgo y ante el incumplimiento



contractual en que incurrió la aseguradora, al no haberlo asumido inicialmente, lo que hace surgir además, la obligación que los artículos 1.101 y ss del cc impone a todo contratante de indemnizar en los daños y perjuicios causados a quién incurre en cualquier incumplimiento de sus obligaciones.

Ejemplo claro de la obligación derivada del incumplimiento de contrato por parte de la aseguradora.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, 236/2015, de 18 de mayo Recurso 401/2013. Ponente: MILAGROS MARTINEZ RIONDA.

En consecuencia, la condena que se establece en el apartado segundo de fallo recurrido sólo puede referirse, de acuerdo con el concreto alcance de la pretensión deducida en el suplico de la demanda y en los sucesivos escritos de cuantificación (folios 54,57 y 63), como la referida al reembolso de las cuotas de amortización del préstamo satisfechas por el actor, que han de ser liquidadas en ejecución y detraídas (hecho octavo de demanda) del saldo del préstamo a la fecha del siniestro, sin más intereses que los de mora procesal, al no solicitarse indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual (fundamento jurídico quinto); en definitiva, la cantidad total objeto de condena, sumando los pagos a la beneficiaria y los reembolsos pretendidos por el demandante nunca podrá superar los 94.815,84 euros y, mucho menos ,el límite de la cantidad inicialmente fijada en el suplico (100.775,37).

Obsérvese que en ese caso no hubo lugar

a indemnización por daños y perjuicio al no haberlo solicitado y obrar el Tribunal de manera congruente.

AP Zamora, Sec. 1.ª, 29/2015, de 13 de febrero Recurso 248/2014. Ponente: ANA DESCALZO PINO

Sin discutir los datos que se establecen en la sentencia de instancia, no se interrumpió la prescripción para el ejercicio de la acción en vía administrativa y posterior Jurisdiccional en la vía contencioso-administrativa, es lo cierto que dicha actuación o falta de actuación supone un incumplimiento de la lex artis, pues se ha privado la posibilidad de ejercitar una acción frente a otro de los posibles responsables en la causación de los hechos, el titular de la Autovía donde suceden aquellos, y en consecuencia ha existido un incumplimiento contractual al no haber desplegado toda la diligencia debida al objeto de proceder a la defensa del asunto. Se entienden totalmente correctas las consideraciones expuestas en la sentencia de instancia para determinar la existencia de dicha responsabilidad, así como que la consecuencia de dicha impericia profesional no es otra que la pérdida de una mera expectativa al privársele del ejercicio de una acción.

Respecto a las costas de instancia y dado que la estimación del recurso que se realiza en esta apelación en cuanto a la responsabilidad por incumplimiento contractual de la aseguradora CATALANA OCCIDENTE, S.A., trae consigo una estimación parcial de la demanda en la instancia, debe revocarse el

pronunciamiento condenatorio en costas respecto a dicha demandada y en su lugar declarar que no se hace pronunciamiento sobre las costas causadas, art 394. LEC

Aquí la Sala declara el incumplimiento contractual de la aseguradora por la falta de lex artis del letrado designado para llevar la defensa de los intereses del asegurado. Considera la Sala que la mala praxis desarrollada por el letrado constituye un incumplimiento de contrato en relación al asegurado.

Y aunque cita conflicto de intereses, lo cierto es que la siguiente Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sec. 2.ª, 235/2014, de 10 de octubre Recurso 387/2014. Ponente: FERNANDO PAUMARD COLLADO, lo que resolvió fue más bien un incumplimiento de contrato por parte de la aseguradora al rehusar el siniestro.

SEGUNDO. El recurso no puede prosperar porque, a juicio de esta Sala, sí ha quedado acreditada la existencia de un conflicto de intereses entre Asegurado y Aseguradora, frente a la reclamación planteada, contra la Comunidad de Propietarios demandante, por daños derivados de atascos de la red de saneamiento y desagüe, bajantes, por Dª Carmela; y es que, en efecto, al recibir la demanda de la perjudicada, la Comunidad de Propietarios dio parte de siniestro a la Aseguradora con quién tenía firmada póliza de seguro de responsabilidad Civil; procediendo de manera inmediata, la Compañía de Seguros (el 8/2/2011, doc. Nº5 de la demanda), a rehusar el siniestro al considerar que no era objeto de cobertura, lo que obligó a la Comunidad de Propietarios demandada por la Sra. Carmela a defenderse, en el juicio por ésta promovido, mediante profesionales de su libre elección. Por tanto, vemos que, en primer lugar, la asegurada se vió compelida a defenderse por sí misma ante la contumaz negativa de la Aseguradora a asumir las obligaciones derivadas de la póliza de seguro firmada con la Comunidad de propietarios hoy apelada; pero es que, además, cuando la Compañía de Seguros compareció, mediante Intervención Voluntaria, que no provocada, en el Procedimiento iniciado por demanda de la Sra. Carmela (J.O. nº695/2011, seguido en el Juzgado de 1ª Instancia nº5 de esta capital), lo hizo para apoyar la tesis de la actora, al sostener que la causa de los daños era la deficiente labor de mantenimiento de

la red de desagüe y de los bajantes de la Comunidad; es decir, prácticamente daba la razón a la demandante, para así no tener que hacer frente a su obligación contractual plasmada en el contrato de seguro que le vinculaba a la Comunidad de Propietarios recurrida.

Por tanto, es innegable, por todo ese cúmulo de argumentos, que existía un claro conflicto de intereses que obligó a la allí demandada (J.O. 695/2011) a defenderse por sus propios medios; lo que significa que la hoy apelante debe asumir los gastos de defensa que a la Comunidad de Propietarios del DIRECCION000 nº NUM000, se le ocasionaron en el J.O. nº 695/2011.

CONCLUSIONES

.- El rehusé de siniestro es un incumplimiento de contrato, no un conflicto de intereses.

.- El rehusé del siniestro que se declare judicialmente injustificado, como real y verdadero incumplimiento de contrato que resulta ser, es merecedor de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados sin límite alguno, y por cualquier concepto que se pueda acreditar.

II.- CONFLICTO DE INTERESES

En la Ley de Contrato de Seguro solo hay dos artículos que hagan referencia al conflicto de intereses: art. 74 dentro del ámbito de la responsabilidad civil, y art. 76.d) en el ámbito de la defensa jurídica.

Pero esos dos artículos se refieren a ramos de seguro distintos y por eso se encuentran en dos secciones distintas de la Ley reguladora: el art. 74 es el propio de la Responsabilidad Civil, mientras que el art. 76 d) es propio del ámbito de la defensa jurídica.

Sus efectos y consecuencias son distintos.

De entrada hay que concretar que se puede entender por "conflicto de intereses". El art. 74 de la LCS no lo define pero da una referencia de qué es el conflicto de intereses básico: el conflicto de intereses surge cuando quién reclame esté también asegurado por la aseguradora del causante. Luego indica que pueden existir otros posibles conflictos de intereses, pero sin concretarlos.

Se podría considerar como definición de conflicto de intereses: “Es aquel que se produce cuando, por cualquier causa, el interés del asegurado es distinto al del asegurador una vez se ha aceptado el parte de siniestro comunicado”

Conviene tener muy presente que una cosa es el incumplimiento del contrato por parte de la aseguradora, al que me he referido antes, cuya consecuencia directa será la reclamación de daños y perjuicios por el asegurado como ya se ha expuesto, y otra muy distinta que se produzca un conflicto de intereses, por la razón que sea, entre la aseguradora y su cliente.

A diferencia del conflicto de intereses en el que el siniestro es aceptado por el asegurador, en el incumplimiento del contrato el asegurador toma conocimiento del siniestro facilitado por su asegurado, pero luego, y por la causa que sea, niega la prestación o hacerse cargo de la garantía suscrita.

Valga un ejemplo: daños materiales en los que, en aplicación del convenio CICOS la aseguradora del perjudicado (que ha peritado el vehículo) ofrece determinada suma a la que el cliente (el perjudicado, su propio asegurado) no muestra conformidad. Es sabido que por el convenio CICOS es la aseguradora del perjudicado la que perita y paga los daños a su propio cliente, percibiendo de la compañía del causante el módulo de compensación sea cuál fuere la suma que ha tenido que pagar por la reparación del vehículo del perjudicado (estamos ante el supuesto de dos partícipes en el accidente exclusivamente).

Bien, resulta que el perjudicado no acepta la solución que le ofrece su propia aseguradora; pide el informe pericial (que no se lo darán voluntariamente, habrá que pedirlo en pleito o vía diligencia preliminar), e insiste se reclame a la aseguradora del causante la suma que considera como la procedente en base a un propio informe pericial (que ha tenido que costear él directamente) o por otras causas. En todo caso exige se reclame mayor suma. Su aseguradora, se niega, y el asegurado, reclama por su cuenta. ¿Estamos ante un conflicto de intereses o ante un incumplimiento del contrato? La aseguradora del perjudicado no ha rechazado el asunto, pero considera que la oferta de pago es suficiente.

A mi modo de ver estaríamos ante un conflicto de intereses ya que la diferencia entre

la aseguradora y su cliente no es por razón del contrato de seguro sino en razón a lo que se considera como indemnización suficiente y conforme los intereses del asegurado/perjudicado.

En este caso, cuál es el límite “pactado en la póliza” que deberá hacer frente el asegurador ante ese conflicto de intereses? Aquí la respuesta que daría una aseguradora sería que solo pagaría caso de que el asegurado ganase el asunto obteniendo mayor suma que la propuesta inicialmente, y, en segundo lugar, que el límite pactado es el que consta en relación a la defensa jurídica.

Esa doble respuesta en fruto de una interpretación interesada y errónea -pero continua- de las aseguradoras que ha ido calando en los Tribunales pero que en modo alguno puede ser aceptada.

Por un lado, y se ha reseñado anteriormente, el Tribunal Supremo considera que no cabe admitir el hecho de que la aseguradora pagará sólo si la reclamación del asegurado es exitosa.

En segundo lugar, limitar cuantitativamente la limitación a la que se refiere el citado art. 74 es confundirse y querer confundir. El art. 74 es propio de la responsabilidad civil, y el límite al que hace mención no es otro que el previsto en la póliza para el caso de conflicto de intereses.

Pero no cabe entender que el límite pactado para la defensa jurídica, que no está referido al conflicto de intereses, sino al máximo riesgo a cargo de la aseguradora como defensa jurídica, sea el límite en el supuesto de conflicto de intereses en la responsabilidad civil.

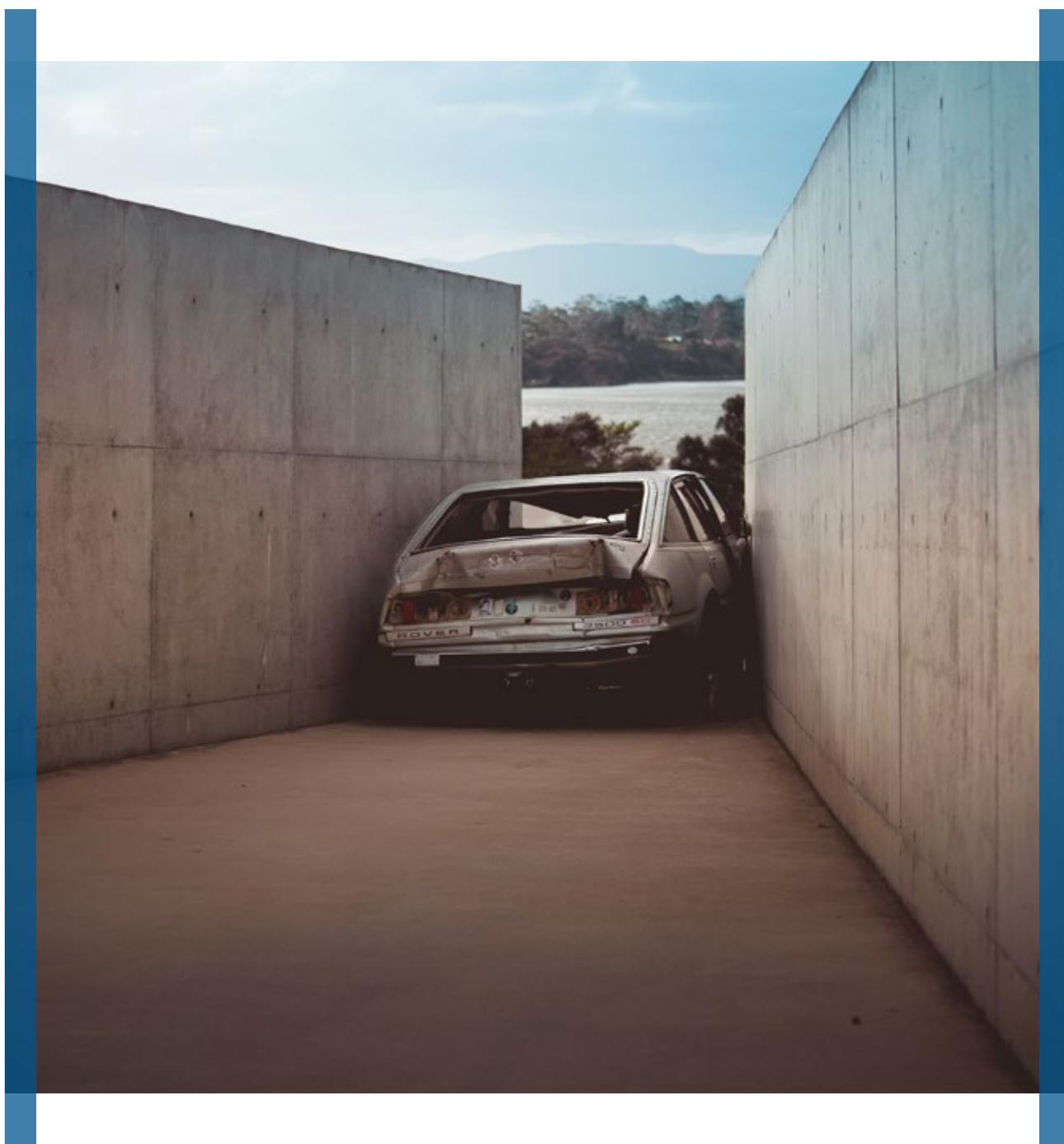
El límite previsto para esos supuestos habrá que buscarlos en la póliza. Si es que está.

En esa línea la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de los Civil, de 14 de julio de 2016**, Ponente Excmo. Sr. Seijas Quintana, que dice:

“El importe máximo a satisfacer para pago de honorarios de profesionales libremente designados por el beneficiario y gastos del proceso, dice la cláusula en cuestión (incluida en las condiciones generales), «es de 1.500 Euros por siniestro». Pues bien, en el caso, estamos ante un conflicto de intereses, puesto que la aseguradora del actor era también aseguradora del demandado y asimismo

demandada en el pleito del que derivan los honorarios ahora reclamados. Supone que no ha sido la libre voluntad del asegurado sino el propio conflicto lo que obligó al asegurado a tener que nombrar abogado y procurador para la reclamar el daño sufrido, que finalmente tuvo que abonar la aseguradora en la parte cubierta por el seguro, sin que la póliza, que en las condiciones particulares contempla como riesgo asegurado la defensa jurídica, sin limitación alguna, incluya ni en estas condiciones ni en las generales, un pacto especial y expresamente aceptado por el

asegurado que limite la responsabilidad de la aseguradora en supuestos como este de conflicto entre ambos. Extender el límite máximo de la obligación del asegurador a los mil quinientos euros supone, en primer lugar, una limitación a la libre designación de abogado y procurador necesario para la efectividad de la cobertura, y, en segundo, derivar contra el asegurado una interpretación extensiva y contraria a su interés, que es el que se protege en esta suerte de contratos de adhesión. El efecto no es otro que el rechazo de una cláusula limitativa del derecho del asegurado, cuya



validez está condicionada al régimen especial de aceptación previsto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, que se cita en el motivo como infringido, con la consecuencia de hacer responsable a la aseguradora del pago generado por estos profesionales que ha tenido que procurarse para plantear la reclamación y que no es otro que aquel que viene determinado en la sentencia del juzgado, incluido el pago de los intereses que ha sido aceptado por el recurrente, que no apeló la sentencia, y que no ha sido cuestionado por la recurrida”.

La aplicación de la anterior, doctrina, al presente supuesto, en el que como se ha indicado existe un claro conflicto de intereses, en el que el asegurado no optó por su libre voluntad a la elección de letrado y procurador ajenos a los que la compañía aseguradora le pudiera proporcionar, sino que fue una decisión, prácticamente impuesta por la propia aseguradora, y en el que se trata de aplicar una limitación del derecho asegurado, que no ha sido pactada y que requiere expresamente ser aceptada por el asegurado, conforme señala el art. 3 del Contrato de Seguro, circunstancia que no se da, forzosamente ha de entenderse que dicho límite de 1.500 euros para la cobertura por defensa jurídica solo se puede entender aplicable a los casos en que el asegurado prescinde de la defensa proporcionada por la aseguradora y designa abogado de su elección, pero no a los casos como este, en que se ha visto obligada a ello al existir conflicto de de intereses y que ha sido necesaria su designación para garantizar su derecho de defensa. “

En el mismo sentido y dentro de la llamada jurisprudencia menor, y siguiendo la doctrina expuesta en esa Sentencia del Alto Tribunal, se pronuncian entre otras la sentencia de la **AP de Valencia, Sección 6 de 30 de enero de 2018:**

“Esta sentencia contempla un supuesto idéntico al que ahora nos ocupa, que es el de la existencia de conflicto de intereses al estar las demandantes que son la únicas que se vieron involucradas en el accidente, aseguradas en la misma compañía, y si bien en este caso, en las condiciones particulares es donde se limita la defensa jurídica a 600 euros y también en la generales que se remiten al límite fijado en aquellas, no estamos ante un supuesto en el que las aseguradas hayan decidido libremente designar Abogado y Procurador

de su elección, sino que a ello se han visto obligadas a causa de la existencia del conflicto de intereses, supuesto que no contempla la póliza más que cuando en las condiciones generales (artículo 39.2) dice que en estos casos “la Aseguradora informará inmediatamente al asegurado sobre los derechos que le asisten.”

El texto del art. 39.2 que se recoge en la Sentencia de la Audiencia de Valencia, es el mismo que consta a la página 30 de la póliza aportada de adverso como documento número tres:

Obsérvese que, como ya se ha dicho, para nada cita límite alguno para el caso de conflicto de intereses, sino que únicamente indica que la aseguradora “...informará inmediatamente al Asegurado sobre los derechos que le asisten...”, lo que no consta hubiere hecho.

Y esta **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia**, añade: 8

Por tanto, dicho límite de 600 euros para la cobertura por defensa jurídica solo se puede entender aplicable a los casos en que el asegurado prescinde de la defensa proporcionada por la aseguradora y designa abogado de su elección, pero no a los casos como este, en que se ha visto obligada a ello al existir conflicto de intereses para garantizar su derecho a la defensa.

Y con anterioridad se había pronunciado de esta misma **Audiencia Provincial sección 7 del 02 de abril de 2013.**

La primera conclusión a la que se llega, tras exponer el contenido de ambas pólizas, de sus condiciones generales y particulares es que la limitación del capital asegurado en el riesgo de defensa jurídica realizada por profesionales distintos a los de la entidad aseguradora es una cláusula delimitadora del riesgo pues las condiciones generales remiten a la condición particular para establecer el importe máximo asumido, y no constituye una cláusula limitativa de los derechos del asegurado pues el condicionado general así lo prevé. Sin embargo, en el caso que se enjuicia, la cuestión controvertida no afecta exclusivamente a considerar si se trata de una cláusula delimitadora del riesgo o limitativa de los derechos sino que debe profundizarse en el análisis de la

efectividad del derecho de defensa jurídica cuando la causa que motiva la elección de un profesional diferente a los que integran los servicios jurídicos de la aseguradora se debe a conflicto de intereses, como ocurre en el presente caso en el que la aseguradora Mapfre lo es tanto del vehículo del perjudicado como del responsable de la colisión.

El seguro de defensa jurídica se encuentra regulado los artículos 76 a) y siguientes de la LCS , y se define como la obligación que asume el asegurador, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, hacerse cargo de los gastos en que puede incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral y a prestar los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro, y en el artículo 76 d) se contempla el derecho a la elección libre de procurador y abogado que haya de representarle y defenderlo en cualquier clase de procedimiento y, especialmente, a la libre elección de sus profesionales en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato. El conflicto de intereses es evidente como también lo es que las lesiones sufridas por el demandante a consecuencia de la colisión requerían de un asesoramiento jurídico independiente al de la entidad aseguradora, máxime cuando el importe indemnizado ascendió a 19.532,26 €, por lo que era inadmisibles que los profesionales de la entidad aseguradora lo defendieran cuando al mismo tiempo tenían que defender los intereses de esa aseguradora que también lo era del vehículo causante. La limitación de cobertura en las condiciones particulares debe ser objeto de interpretación pues no es lo mismo el caso en el que no existiendo conflicto de intereses un asegurado designa profesional que lo defienda que el caso que se contempla en el que existe una incompatibilidad objetiva que obliga al asegurado a acudir a otros profesionales para la defensa de sus derechos. Además, instado un procedimiento penal en el que se llegó a un acuerdo que motivó el sobreseimiento por renuncia, lo lógico es que se hubiera liquidado los honorarios del letrado que asumió la defensa del demandante, por lo que el rechazo de la aseguradora a la reclamación realizada por el demandante es contraria a la efectividad del derecho de defensa cuando existe

un conflicto de intereses con la entidad aseguradora. En ese caso sí que opera como cláusula limitativa de los derechos del asegurado al no existir una previsión contractual en cuanto al límite en el supuesto de que exista conflicto de interés que debe tener una solución diferente al caso en que el asegurado elige abogado y procurador diferente a los que integran los servicios jurídicos de la aseguradora.

Y la Audiencia Provincial de León, Stcia. De 18.05.2018, rollo 105/2018, con cita a la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil de 14 de Julio de 2016, dice:

La aplicación de la anterior, doctrina, al presente supuesto, en el que como se ha indicado existe un claro conflicto de intereses, en el que el asegurado no optó por su libre voluntad a la elección de letrado y procurador ajenos a los que la compañía aseguradora le pudiera proporcionar, sino que fue una decisión, prácticamente impuesta por la propia aseguradora, y en el que se trata de aplicar una limitación del derecho asegurado, que no ha sido pactada y que requiere expresamente ser aceptada por el asegurado, conforme señala el art. 3 del Contrato de Seguro, circunstancia que no se da, forzosamente ha de entenderse que dicho límite de 1.500 euros para la cobertura por defensa jurídica solo se puede entender aplicable a los casos en que el asegurado prescinde de la defensa proporcionada por la aseguradora y designa abogado de su elección, pero no a los casos como este, en que se ha visto obligada a ello al existir conflicto de intereses y que ha sido necesaria su designación para garantizar su derecho de defensa. En este sentido se pronuncian entre otras la sentencia de la AP de Valencia, Sección 6 de 30 de enero de 2018 .

Más recientemente, la AP Zaragoza, Sección Cuarta, Sentencia de 25.06.2019:

La cuestión nuclear de este proceso se centra en determinar si el límite de 1.500 €; opera solo respecto al supuesto en el que el asegurado ejercite el derecho a elegir libremente el procurador y abogado se hace extensivo al supuesto en el que hay un conflicto de intereses. La exposición de la cobertura es en las condiciones generales, confusa.

El derecho a la libre elección se contiene

en la descripción de la protección jurídica, sin más matización de que sea necesaria la intervención de los profesionales (pág. 5). Nada se dice del supuesto de conflicto de intereses.

Sí que aparece recogido el supuesto en la descripción del “procedimiento” para la garantía de la protección jurídica. Y después en los capitales asegurados no se contiene diferenciación alguna.

SEGUNDO.- No se pueden tratar ambos supuestos de manera idéntica. El asegurado presta a través de profesional servicios de dirección letrada. Dado que esos servicios se basan en una relación de confianza, no ya en las condiciones generales sino en la Ley del Contrato de Seguro se previene ese derecho del asegurado (art. 76 LCS).

Ese mismo derecho, pero sobre una base diferente, se recoge para el supuesto de conflicto de intereses, pues aquí ese derecho es para el asegurado una necesidad, sin que la invocación del genérico derecho a elegir sea parificable a aquél en el que la quiebra en la confianza es secuencia a un conflicto de intereses.

Por eso la afirmación que se contiene en la pág. 6 relativa a la limitación del capital cubierto para el supuesto genérico de libre elección no cumple los requisitos de transparencia para el caso de conflicto de intereses que se exigen para las condiciones generales en el art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro.

Se debe además tomar nota de que si bien el art. 74 cita para el conflicto de intereses la obligación del asegurador de hacer frente a la



dirección jurídica que elija el asegurado hasta “el límite pactado en la póliza”, el art. 76 d) de la Ley de Contrato de Seguro para nada prevé una limitación cuantitativa en caso de conflicto de intereses por lo que el tratamiento será muy distinto para el supuesto de que el asegurado en el ámbito de la defensa jurídica opte por Letrado ajeno al de la aseguradora, en cuyo caso tendrá la limitación cuantitativa que obre en el condicionado particular, al darse el caso de que por la existencia de un conflicto de intereses, el asegurado se vea obligado a depositar su confianza en Letrado ajeno al de la aseguradora, y para ese supuesto el texto legal no prevé limitación alguna.

Desde luego no creo que se me diga que esa falta de limitación es “un olvido de legislador” ya que conviene recordar que la Sección Novena de la Ley de Contrato de Seguro se incorporó por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, diez años después de la entrada en vigor de la Ley de Contrato de Seguro.

Me surge la duda de aquellos casos en los que las aseguradoras sean distintas pero estén integradas en el mismo grupo de sociedades; es decir dependen de la misma dirección ejecutiva o una de ellas es la propietaria de la otra. ¿Hay conflicto de intereses en este supuesto, cuando el perjudicado está asegurado en una entidad y el causante en la que es matriz de aquella...?

Creo francamente que sí. Si concurren las circunstancias exigidas por la legislación mercantil, aunque tenga distintos CIF se pueden considerar como una misma aseguradora, más aún si se tiene en cuenta que casi todas Aseguradoras “low cost”, con contratación prácticamente en su totalidad por internet, son propiedad de importantes compañías de seguros, y se publicitan a través de éstas.

CONCLUSIONES

- A menos de que en la póliza se especifique claramente la cuantía para el supuesto de conflicto de intereses, caso de producirse, no tendrá limitación alguna respecto la intervención de profesionales ajenos a los de la aseguradora.

- En modo alguno cabe aplicar la cuantía determinada para la libre elección de Letrado como la correspondiente al conflicto de

intereses, ya que en éste caso el asegurado se ha visto en la necesidad de contratar a otros operadores jurídicos.

III.- CESIÓN DE CRÉDITO

El contrato de cesión de créditos es la transmisión de la titularidad del derecho de crédito por el acreedor a otra persona. Por efecto de la cesión, una persona distinta del anterior acreedor pasa a ser la acreedora del deudor.

La cesión es consecuencia del negocio jurídico en cuya virtud se produce ese desplazamiento patrimonial. No necesariamente de una compraventa aunque el Código Civil regule la cesión de créditos como una forma de compraventa (DÍEZ PICAZO - GULLÓN).

Su objeto puede ser múltiple. El artículo 1112 del Código Civil dispone que “todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”

Las condiciones a las que la deuda estaba sometida (forma de pago, intereses, etc.) no se ven alteradas por la cesión.

El crédito cedido puede venir acompañado de otros derechos, conocidos como derechos accesorios. Puede tratarse de la existencia de fiadores, de una hipoteca, de una prenda, de un privilegio en el cobro de la deuda, entre otros.

Como regla general, la cesión del crédito comprende también la cesión de sus derechos accesorios (art. 1528 C.C.). Sin embargo, el cedente y el cesionario pueden excluir de la cesión de algunos o todos los derechos accesorios al crédito.

Cuálquier derecho de crédito es transmisible salvo pacto en contrario (art. 1112 C.C.), y tampoco requiere el consentimiento del deudor.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2015 (STS 4339/2015) manifiesta:

“Como ha declarado esta Sala anteriormente (sentencia núm. 829/2004, de 13 de julio, y 679/2009, de 3 de noviembre), la cesión de crédito es un negocio de disposición, bilateral, cuyos sujetos son el antiguo acreedor, cedente,

y el nuevo, cesionario. Solo es necesario el consentimiento de ambos, pero no el del deudor cedido, al que tan sólo debe notificarse la cesión para impedir su eventual liberación con el pago al acreedor cedente, que establece el art. 1527 del Código Civil.

La cesión produce el efecto de una inmediata transmisión, a favor del cesionario, del crédito del cedente contra el deudor cedido. No es necesario para ello acto alguno complementario; en particular, un traspaso posesorio a modo de tradición, pese a estar el negocio regulado en el Código Civil en el título IV del libro IV, de la compraventa. Tampoco es necesario para su eficacia, como se ha dicho, el consentimiento ni el conocimiento del deudor, salvo a los fines previstos en el art. 1527 del Código Civil, que le libera si paga al cedente antes de conocerla.”

Dice también la referenciada Sentencia que

“La cesión de créditos no requiere el consentimiento del deudor. Una vez perfeccionada por la conjunción de los consentimientos de cedente y cesionario, la transmisión del crédito se produce y el cesionario se convierte en acreedor, sin necesidad de que el deudor cedido lo consienta, ni siquiera que lo conozca. La liberación del deudor que paga al cedente antes de tener conocimiento de la cesión no se produce porque este siga siendo su acreedor, sino porque lo ha hecho de buena fe a quién seguía siendo el acreedor aparente. Los arts. 1164 y 1527 del Código Civil no condicionan la eficacia de la cesión al conocimiento del deudor cedido, sino que protegen la buena fe del deudor que paga al acreedor original porque considera que sigue en posesión del crédito, esto es, protege al deudor frente a la apariencia de titularidad de quién recibe el pago, en la que pudo legítimamente confiar.”

Del contenido de esta Sentencia, que confirma la jurisprudencia del Alto Tribunal, pues son varias las sentencias que cita, se concluye que no es necesaria la notificación de la cesión del crédito al deudor, que viene obligado a pagar el crédito cedido al cesionario que en virtud de la cesión se convierte en acreedor y, por tanto, legitimado para reclamar.

Sigue esa doctrina la muy reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 151/2020, de 5 de marzo:

La regla general en nuestro Derecho es la de la libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones, salvo pacto en contrario. Así resulta del art. 1.112 CC, conforme al cuál “Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”; de lo que es una manifestación más la regulación del Código sobre la cesión de créditos contenida en sus arts. 1.526 y siguientes.

Siendo la cesión de un crédito un negocio jurídico válido, sus efectos han sido precisados por la jurisprudencia de esta sala. Así la sentencia de 30 de abril de 2007 señaló sus tres principales efectos jurídicos, sistematizando la doctrina jurisprudencial en la materia:

“a) el cesionario adquiere la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía el acreedor cedente, permaneciendo incólume la relación obligatoria (SS. 15 nov. 1990, 22 feb. 2002, 26 sept. 2002, 18 jul. 2005); b) el deudor debe pagar al nuevo acreedor (SS. 15 mar. y 15 jul. 2002, 13 jul. 2004); y c) al deudor le asiste el derecho de oponer al cesionario, todas las excepciones que tuviera frente al cedente (SS. 29 sept. 1991, 24 sept. 1993, 21 mar. 2002)”.

Ello supone que el cesionario, como señaló la citada sentencia de 30 de abril de 2007, en vía de principios, “puede reclamar la totalidad del crédito del cedente, con independencia de lo pagado (compraventa especial), y el deudor sólo está obligado a pagar la realidad de lo debido (incumplido)”.

Y añade, descartando la posible tacha de ilicitud por enriquecimiento injusto del cesionario:

“Frente a ello debe rechazarse la alegación de enriquecimiento injusto efectuada [...] porque no hay empobrecimiento, ya que, cuálquiera que fuere el acreedor, la entidad deudora paga lo que tiene que pagar (lo adeudado), y, además, la posibilidad de reclamar el importe íntegro del crédito, y no lo que se pagó por él, tiene su fundamento en la ley, como lo revela indirectamente la propia regulación del denominado “retracto de crédito litigioso” (arts. 1535 y 1536 CC)”.

Salvo para la cesión del crédito hipotecario, que debe ser formalizada en escritura pública e inscribirse en el Registro de la propiedad, la ley no exige que la cesión de un crédito se formalice

ni en escritura pública ni en documento privado: se aplica el principio de libertad de forma. No obstante, el pacto escrito otorga seguridad y evita problemas que puedan surgir en el futuro.

La cesión de crédito está regulada en el Código Civil en sus artículos 1112, 1526 y siguientes, sin que nuestro ordenamiento jurídico disponga de un modelo específico de documento de cesión. No prevé que se tenga que exigir formalizar la cesión del crédito en escritura pública. Así, la simpleza de la cesión del crédito puede llegar a la extensión de una sola línea:

“mediante la presente cedo los derechos derivados de la póliza n° XXXXX a D. XXXXXx”

Aunque sería suficiente la escueta línea anterior, la prudencia aconseja que el redactado de la cesión del crédito determine con exactitud cuál es el derecho de que se cede. Referido al ámbito de seguro, un ejemplo de cesión podría ser:

D. XXXXXXXXXXXX en su calidad de asegurado de la póliza n° XXXXXX suscrita

con la entidad XXXXX ,CEDE mediante el presente documento, a D. XXXXXx todos los derechos derivados de la citada póliza en relación al siniestro de fecha XXXXXX referenciado con el número XXXXXXX por dicha aseguradora.

Ejemplo que considero es suficiente para aquellos supuestos en los que se cede el crédito frente a la propia aseguradora.

Si el objeto de la cesión es la reclamación de daños y perjuicios a la aseguradora del responsable del accidente, el texto será similar pero determinando cuál es la aseguradora de ese causante. Y, desde luego, la fecha del accidente y la referencia/parte de siniestro, si se conoce, o en su caso los demás elementos que puedan ser necesarios para determinar que es lo que se está cediendo.

En éste último caso, aunque nuestro ordenamiento no lo exige, creo que si que es conveniente participar a la aseguradora a quién se va reclamar la existencia de la cesión. Si nos remitimos a la reclamación del daño personal propio de un accidente de circulación, al tener que efectuarse la reclamación previa, deberá



justificarse, a mi modo de ver, la legitimación de la reclamación, aunque en la práctica, esas reclamaciones previas se hacen por los Letrados en interés de sus propios clientes, a diferencia de lo que se produciría en caso de una cesión en el que quién estuviera reclamando lo estuviera haciendo en interés propio, pero por experiencia propia raros son los casos en que se cede el derecho de crédito en relación al daño personal propio padecido.

Hay que tomar nota de una diferencia importante: en el supuesto de cesión contra la propia aseguradora, no es necesario comunicar el negocio efectuado para que tenga eficacia y validez en relación con la aseguradora, pero en el supuesto de cesión del derecho de crédito del daño personal, es muy conveniente poner en conocimiento de la aseguradora responsable dicha circunstancia para evitar que proceda a efectuar pago de la indemnización al cedente.

Se debe quedar muy claro qué es lo que se cede para evitar ambigüedades, no siendo tampoco exigible y/o necesario que se tenga que predeterminar la cuantía del derecho que se cede. Lo que se cede es un derecho de crédito frente a una persona, por la existencia de un hecho que origina la indemnización. El hecho de que no se cuantifique no impide la pertinencia de aquello que se transmite, que es la posibilidad de reclamar al tercero. Es ese derecho titularidad del asegurado el que se cede y que se identifica en el documento de cesión.

Respecto la cesión de derechos, su eficacia y requisitos, y como epitome a muchas otras, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 21ª, 427/2019 de 6 de Noviembre:**

el contrato de cesión de créditos a que se refiere el art 1526 del Código Civil, no requiere de especiales requisitos de forma, bastando el acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario, sin que tampoco precise para su perfección ni el consentimiento ni el conocimiento del deudor, sin perjuicio de que si éste paga al acreedor cedente antes de tener conocimiento de la cesión quede libre de la obligación (art 1527 del Código Civil), y de los efectos respecto a los créditos compensables establecidos en el artículo 1198 del mismo cuerpo legal.

Como se ha señalado antes, el art. 1528 del Código Civil dispone que la cesión del crédito llevará aparejada "...todos derechos accesorios,

como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio".

¿Qué se puede considerar como "privilegio"? A mi modo de ver, la concurrencia en el cedente de determinados beneficios tanto de derecho sustantivo como procesales.

En ese sentido, el privilegio más relevante, en el ámbito concreto del contrato de seguro, lo constituye el del fuero: litigar en la sede judicial de su domicilio, sin que se le puede imponer criterio territorial en sentido contrario (art. 24 LCS).

La cesión del derecho de crédito efectuada a un tercero por parte del asegurado llevará inherente el privilegio de que el cesionario pueda litigar en su domicilio.

Se puede argumentar que el derecho a litigar en su propio domicilio es inherente a la condición de asegurado, de tal suerte que al efectuarse la cesión, se ha cedido el privilegio pero éste es el de litigar en el domicilio del asegurado cedente, y no en el domicilio del cesionario. Frente a dicha argumentación remitirme a la doctrina expuesta por las Sentencias del Tribunal Supremo expuestas y que concluyen que con la cesión, se ceden todos los derechos del cedente a favor de cesionario, y uno de éstos, es el de litigar en su domicilio.

Otro de los privilegios de la cesión será que el cesionario será merecedor de los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro. No sorprenda la anterior afirmación. No es fruto de una falta de reflexión. No estamos ante la subrogación del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro; estamos ante la cesión de crédito del asegurado a favor de un tercero ajeno a la relación asegurado-aseguradora.

Confirma ese razonamiento la **Sentencia de Sala Primera del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2017 (ROJ: STS 2364/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2364)**, que en relación a la diferencia de efectos y consecuencias jurídicas entre el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro, y el instituto de la cesión de crédito, dice:

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC por interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta sala, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

En el primer motivo, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1112 ,

1212 y 1528 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de esta sala respecto al contenido de la cesión de crédito. Argumenta que, junto con el crédito principal, son objeto de la cesión todos los derechos anexos y accesorios, entre los que se encuentra el recargo por demora.

2. El motivo debe ser estimado.

Esta sala, en el plano de las relaciones entre aseguradoras y respecto al ejercicio de la acción subrogatoria prevista en el artículo 43 LCS, ha declarado la improcedencia de la aplicación del recargo por demora previsto en el artículo 20 de dicha Ley. Entre los fundamentos que justificaron esta conclusión, expuestos en la sentencia 43/2009, de 5 de febrero se ha señalado lo siguiente:«[...]A) Desde el punto de vista literal, no puede afirmarse que ni el artículo 20 LCS ni el artículo 43 LCS hayan previsto la solución a la cuestión planteada.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el 43 LCS limita el ejercicio de la acción subrogatoria a la cantidad efectivamente satisfecha, pues la concede «una vez pagada la indemnización» y precisa que comprende los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieron al asegurado frente a las personas responsables del mismo «hasta el límite de la indemnización». Así lo ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de junio de 1988 y 7 de mayo de 1993), precisando que el reembolso únicamente puede referirse a dicha indemnización cuando se halla dentro de la cobertura del contrato de seguro (STS de 5 de marzo de 2007, RC n.º 382/2000). Por otra parte, la nueva redacción del artículo 20 LCS establece con mayor precisión los sujetos a los que afecta a mora del asegurador, entre los cuáles figura el «tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil», figura en la que no puede incluirse la aseguradora que ejercita la acción de subrogación, entre otras razones, porque ésta puede tener lugar en general en los seguros de cosas (dado que el artículo 43 LCS figura entre las disposiciones generales de los seguros de daños), mientras que la acción directa por parte del tercero perjudicado, a la que parece referirse específicamente el legislador, sólo cabe en el seguro de responsabilidad civil (artículo 76 LCS), específicamente mencionado en el artículo 20 LCS.

»B) Desde el punto de vista sistemático, no pueden aceptarse los argumentos que parten de la equiparación absoluta entre la acción subrogatoria que corresponde al acreedor, al cesionario de un crédito o a quién paga en interés del deudor, con arreglo a los artículos 1111 y 1212 CC , y el ejercicio de la acción subrogatoria que contempla el artículo 43 LCS . Esta es una acción de carácter específico legalmente prevista en favor de las aseguradoras fuera de los supuestos previstos en el CC y con unos requisitos determinados en función de la indemnización efectivamente satisfecha, del importe del daño causado y del ámbito de la cobertura del contrato. Por el contrario, no pueden ser desechadas las argumentaciones que hacen hincapié en el carácter extraordinario que tiene el recargo por demora previsto en el artículo 20 LCS , el cuál, si bien no puede afirmarse que por sí mismo imponga una interpretación restrictiva, obliga, para determinar su alcance, a examinar la finalidad con que se concibe tanto el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 43 LCS , como el recargo por demora de la aseguradora contemplado en el artículo 20 LCS .

»C) Desde esta perspectiva teleológica, la mora prevista en el artículo 20 LCS , en algunas modalidades, como el abono del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber o la reparación o reposición del objeto siniestrado (artículo 20.2.ª LCS), carece de sentido en relación con la aseguradora como sujeto pasivo. Por otra parte, la finalidad del artículo 20 LCS radica en fomentar el rápido resarcimiento del asegurado o perjudicado imponiendo sobre la aseguradora que retrasa injustificadamente el cumplimiento de su obligación un recargo indemnizatorio de notoria importancia, a la que se hace referencia en STS de 1 de marzo de 2001 dictada por el Pleno de esta Sala. Esta finalidad pierde su sentido cuando se trata de las relaciones entre aseguradoras».

Por el contrario en el caso que nos ocupa, a diferencia de lo anteriormente señalado, no hay óbice alguno en considerar que el recargo de demora, previsto en el artículo 20 LCS , forma parte del contenido contractual de una cesión de crédito expresamente contemplada en la reglamentación contractual del contrato de seguro que vincula a las partes. En efecto, no hay disposición legal que la prohíba, por lo

que las partes pueden acordarla al amparo del artículo 1255 del Código Civil ; sin que haya fundamento para una aplicación restrictiva de la cesión de los intereses de demora. A su vez, la legitimación resultante no es extraordinaria o legal, pues deriva del propio título contractual acordado por las partes. De forma que, una vez perfeccionada la cesión, el cesionario adquiere la titularidad del crédito cedido con el contenido contractual que tenía en origen, por lo que puede exigir dicho crédito a el deudor cedido sin ninguna restricción o limitación al respecto (artículos 1112 y 1528 del Código Civil).

Por lo que la cuestión planteada, que accede por primera vez a esta sala, debe resolverse en favor de la aplicación del recargo de demora previsto en el artículo 20 LCS, como parte integrante de los derechos que conforman el contenido obligacional del crédito cedido.

Ya lo dice la propia Sentencia: es la única que ha accedido a casación. No constituye jurisprudencia ya que como es sabido, se precisan dos Sentencias para que se pueda considerar la existencia de jurisprudencia, pero no deja de ser un aviso de la línea que refleja el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Consecuentemente, la cesión efectuada llevará consigo tanto el derecho a exigir la aplicación del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguros, así como el derecho a litigar en el domicilio del cesionario, entre otros, derechos que siendo titularidad del cedente son transmitidos al cesionario al no hacerse constar en el documento de cesión reserva alguna.

CONCLUSIONES

- La cesión del derecho de crédito en relación al derecho del asegurado a reclamar a su propia aseguradora no está sujeto a formalidad alguna. Basta su constancia en documento al efecto.

- La cesión del derecho de crédito no precisa de la aceptación del obligado con el cedente.

- La cesión del derecho de crédito conlleva, por mandato legal, la de todos los privilegios que le son inherentes, entre ellos la de litigar el cesionario en su propio domicilio.

- La cesión del derecho de crédito lleva consigo la aplicación del art. 20 de la Ley de

Contrato de Seguro, que recuérdese, deberán ser impuestos de oficio salvo la existencia de causa justificada conforme el art. 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro.

IV.- DEFENSA JURIDICA

La defensa jurídica constituye uno de los seguros voluntarios a los que hace mención el art. 2.5 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor.

Normalmente se suscribe pero el asegurado no participa para nada en la determinación de la cuantía de la cobertura.

El riesgo que se cubre es el que deriva de la intervención del asegurado en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral. El asegurador cubrirá todo el coste por la intervención del asegurado en esos procedimientos, pero con la salvedad de que en caso de fuera el asegurado quién eligiera el Abogado y Procurador para su defensa y representación, los honorarios de éstos vendrían limitados por la suma determinada en el condicionado particular de la póliza, y no en el general.

La intervención de otros profesionales que no recoge expresamente el art. 76 d) de la Ley reguladora no puede considerarse excluida. Me refiero tanto a la intervención del notario en el poder para pleitos, así como a los peritos, tanto el de parte o el judicial. Si tenemos en cuenta que el art. 76 a) contempla la expresión "...a hacerse cargo..." queda claro que será a cargo de la aseguradora los costes generados por estos.

Uno de los puntos más conflictivos es el que hace mención a la limitación cuantitativa de la cobertura que se hace constar en la póliza como la suma máxima a la que hará frente la aseguradora caso de que el asegurado, haciendo uso de la facultad que le otorga el art. 76 d) elija Letrado y Procurador ajenos a los que le facilita la aseguradora.

Es evidente que la prima se corresponde con el capital asegurado. No voy a analizar otras cuestiones como aquellas sumas aseguradas que por lo bajo de su cuantía constituyen verdaderas cláusulas sorpresivas, lesivas para el asegurado, que desnaturalizan el contrato de seguro suscrito por defensa jurídica. Voy a la limitación cuantitativa en sí.

Como he dicho, la prima se corresponde con

el capital asegurado. Ahora bien lo que no es de recibo es concluir que como se ha garantizado un capital para la defensa jurídica de mil euros, por ejemplo, todo lo que tenga relación con un procedimiento tenga que tener como límite dicha cantidad. Discrepo del parecer de las aseguradoras, y de alguno organos jurisdiccionales en ese punto. Hay una diferencia esencial que debe hacernos reflexionar y que debe ser expuesta ante los Tribunales: una cosa es la LIBRE elección de Letrado y Procurador (dejando aparte lo dicho respecto aquellas pólizas de cuantía muy, o extremadamente baja), y otra muy distinta la NECESIDAD del asegurado de buscar a otros profesionales, fundamentalmente Abogado, para defender sus intereses porque la aseguradora tiene un criterio distinto en el "litigio", o hay un conflicto de intereses, sea cuál sea.

En esos casos no hay límite a menos de que en la póliza se haya hecho constar expresamente.

Cuando una aseguradora suscribe una póliza de defensa jurídica está asumiendo un riesgo: el propio que genera todo proceso. Pero cuando además discrepa con su asegurado de la forma de proceder judicialmente, o consta otro conflicto de intereses, o no le da la cobertura contratada, por las razones que sean, razones que a la postre resulten infundadas por ganar el asunto el asegurado, la aseguradora habrá incrementado el riesgo por negarse a asumir la cobertura.

En ese momento queda claro que no se puede limitar al asegurado los honorarios de los profesionales a los que se ha visto necesitado contratar cuando ha sido la negativa de la aseguradora la causa de la actuación del asegurado.

Más adelante recojo una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que, en parte, resuelve acertadamente el asunto a mi modo de ver.

Hay varias diferencias entre el art. 74 y el art. 76 a) de la Ley de Contrato de Seguros:

.- Tienen, por mandato legal, la prima claramente diferenciada.

.- El art. 74 LCS, es el propio de la reclamación al asegurado; el art. 76^a), se refiere a la reclamación del asegurado

.- El art. 74 prevé un límite cuantitativo en

caso de conflicto de intereses (el pactado en la póliza); el art. 76 d), al tratar el conflicto de intereses no hace constar limitación cuantitativa alguna.

.- El art. 76 f) contempla también el supuesto de desavenencia sobre el modo de tratar una cuestión litigiosa (ojo litigiosa = proceso) momento en el que el asegurado deberá ser informado del derecho a elegir libremente los operadores jurídicos que considere oportuno. En ese caso los honorarios de éstos, no tendrán límite alguno.

El riesgo es que el asegurado intervenga de hecho reclame, en un procedimiento o proceso (judicial o arbitral), en cuyo caso la aseguradora asumirá el coste de los gastos en que pueda incurrir el asegurado, como reza el precepto, y además se obliga a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro.

Qué ser puede considerar como "asistencia jurídica judicial y extrajudicial"?, pues a mi modo de ver el asesoramiento jurídico puro y duro. Asesoramiento ajeno a un proceso o procedimiento. Son dos cosas distintas que no pueden confundirse en la manera que se hace por las aseguradoras en el sentido de incluir dentro de la asistencia jurídica extrajudicial las reclamaciones previas a un procedimiento, de tal suerte que según dicen las aseguradoras, son éstas quienes tienen la exclusividad de las gestiones amistosas. Eso no es así. El asegurado tiene todo el derecho, en base precisamente a la tutela judicial defectiva, a designar a quién le parezca oportuno para que ejerza la defensa de sus intereses, primero amistosamente, y luego, en caso de fracaso, mediante el proceso.

Piénsese en la disparidad de criterios implícitos tras un siniestro: la aseguradora por aquello de hoy por tí, mañana para mí, y por los convenios internos a los que el cliente es ajeno, intentan un pacto aunque sea a la baja, y luego ya convencerán al cliente de que vale más un toma que no dos "te daré". En sentido contrario, encomendado un asunto a un Letrado ajeno a la aseguradora, el interés de éste es superior al de la aseguradora.

Llegado este punto citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, Rollo 273/2015 de 19 de Mayo, que estudiaba el siguiente supuesto de hecho: seguro a todo riesgo, incluyendo defensa jurídica, en el que por la razón que sea la aseguradora negó satisfacer al asegurado la pretension. Éste

pleiteó y ganó el juicio y posteriormente vuelve a demandar a su aseguradora reclamando el pago del coste que le supuso el juicio contra su propia cia. En primera instancia se desestima la demanda, pero la Audiencia estima el recurso y condena a la aseguradora a pagar la suma de 2.544,90 euros suma que se incardina dentro del límite previsto en la póliza en el art. 61 del condicionado general (3.000 euros).

Voy a dividir la Sentencia en dos trozos: uno el referido a la estimación principal del recurso, y el segundo, el que hace referencia al límite cuantitativo aplicado y que no comparto.

Así, al Fundamento de Derecho Segundo, la Sentencia recoge:

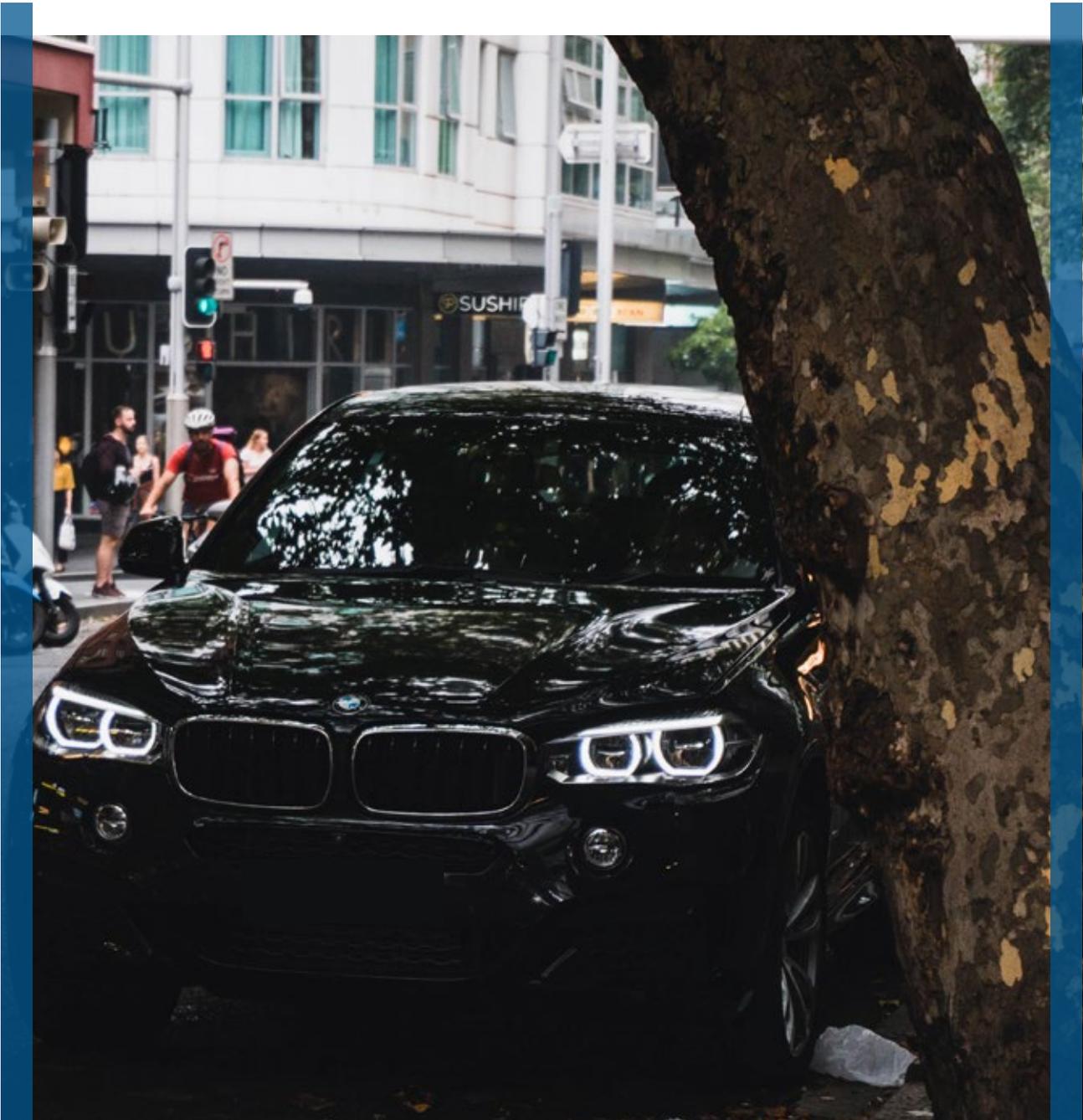
SEGUNDO.- Es incuestionable que la póliza de seguro suscrita, junto al seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria y al seguro de responsabilidad civil de suscripción voluntaria, comprende el seguro de defensa jurídica, pues en el desglose del recibo de la prima se recoge como concepto propio el de “garantía de defensa y reclamación” se fija el importe a que asciende su prima. Paralelamente en los arts. 51 a 62 de las condiciones generales se recoge el clausulado atinente al seguro de “defensa y reclamación. Así en el art. 51 se establece el objeto de la cobertura disponiendo en su apartado a) que por “e sta garantía el Asegurador asume la cobertura de los gastos de defensa,... del Asegurado como consecuencia de accidentes de circulación. También es objeto de cobertura la prestación de determinados servicios o el pago de los mismos, relacionados con el uso y circulación del vehículo descrito en las Condiciones Particulares”. Es decir, son objeto de cobertura los gastos de defensa derivados de accidente de circulación, y en el presente caso se reclaman los gastos de defensa derivados de otro pleito anterior planteado como consecuencia de la negativa de la aseguradora a satisfacer a su asegurada la indemnización derivada de daños propios en el vehículo sufridos como consecuencia de un hecho de la circulación, lo que determina sin duda la subsunción del caso al supuesto de hecho previsto en la mencionada estipulación. Por su parte el art. 55, referido a la reclamación de daños materiales, en su apartado a) dispone que “e l Asegurador garantiza el pago de los gastos necesarios para la tramitación amistosa y judicial de siniestros, en orden a la obtención y con cargo a los terceros

responsables, de las indemnizaciones debidas por los daños y perjuicios causados en accidente de circulación...”. Y en su apartado b) se establece que “en el supuesto de que el Asegurado tenga concertado un seguro que cubra los daños propios del vehículo (que también es el caso), el Asegurador garantiza el pago de los gastos de reclamación para la obtención de la indemnización por los daños no cubiertos por aquél, o cuando no haya entrado en juego dicho seguro por causa ajena a la voluntad del Asegurado “. Ciertamente del apartado a) parece desprenderse que la aseguradora asume los gastos de defensa únicamente en el supuesto de que reclamación frente a terceros responsables civiles de siniestro causante de daños en el vehículo asegurado. Sin embargo esta interpretación no puede ser compartida, en primer lugar, porque determinaría la confusión del seguro de defensa jurídica regulado en los arts. 76 a) a 76 g), con la asunción de la defensa inherente (en principio) al seguro de responsabilidad civil regulado en los arts. 73 a 76 LCS y más concretamente en el art. 74, el cuál dispone que salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado. Esta defensa

jurídica responde a la consideración de que siendo el interés cubierto por el seguro de responsabilidad civil el patrimonio del asegurado, si no se otorgase esa defensa jurídica, la reclamación de la víctima (que en nuestro caso sería el “tercero”), supondría a aquél una pérdida equivalente a los gastos de defensa tenidos que soportar por el proceso. Por el contrario, el art. 76 a) LCS establece que “por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura de seguro”. Por lo tanto según definición legal el seguro de defensa comprende toda intervención del asegurado en cualquier procedimiento o proceso, y si bien ese seguro -como cualquier otro-, quedará delimitado por el propio contrato de seguro, de manera que en un plano teórico sería admisible su circunscripción a cierta clase de reclamaciones judiciales o extrajudiciales,

lo que en modo alguno puede admitirse es que la suscripción de un contrato de seguro de defensa jurídica, por el que se paga una prima específica no se olvide (aunque englobada en un recibo comprensivo de todas las correspondientes a cada uno de los seguros concertados en una sola póliza), tenga un ámbito igual al de defensa jurídica englobado en sus estrictos contornos al de responsabilidad civil, pues tal sería el caso de aceptarse la interpretación postulada por la aseguradora y acogida por la sentencia apelada y determinaría la contratación de

dos seguros (el de responsabilidad civil y el de defensa) con un mismo ámbito de cobertura, deviniendo inútil esa duplicidad y contraviniendo lo establecido en el art. 76 c) el cuál exige que se estipule de manera independiente aunque pueda ser incluido en una misma póliza conjuntamente con otros seguros. Por el contrario una interpretación conjunta de los apartados a) y b) de la cláusula general 55 mencionada, que resulta ser contra proferentem, en armonía con los arts. 76 a) a 76 g) LCS determina que la aseguradora haya de responder a



la defensa jurídica de su asegurado, bien, haciéndose cargo de los gastos en que éste pueda incurrir por su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, como es aquí el caso, o bien, prestando los servicios de asistencia jurídica derivados de la cobertura del seguro, sin limitación a las reclamaciones derivadas de la responsabilidad civil frente a terceros. Como expresa la SAP Valencia, Secc. 11ª, de 2 de mayo de 2012, el seguro de defensa jurídica sólo viene vinculado al objeto del seguro cuando se trata de prestar la propia aseguradora la asistencia jurídica, pero no cuando se trata de cubrir los gastos derivados de la asistencia jurídica en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, en cuyo caso responderá siempre, salvo que exista cláusula delimitadora de riesgo que le exima de tal cobertura, lo cuál no ocurre en el caso enjuiciado por las razones ya expuestas. Por tanto, aunque la reclamación frente a la aseguradora no se halle cubierta nominalmente en el seguro de defensa contratado, sí ha de entenderse que está garantizada por propia definición de dicha clase de seguro.

Asímismo el art. 76 d) otorga al asegurado la facultad de designación de procurador y abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento y tiene asímismo, derecho a la libre elección de Abogado y Procurador en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato, y también a tenor de lo dispuesto en el en párrafo segundo del art. 76 f) en caso de desavenencia, lo cuál, es claro en el presente caso, pues la discordia o disparidad de interpretaciones del ámbito del seguro voluntario con relación a la indemnización que postulaba la ahora apelante en el anterior proceso fue el objeto del anterior proceso.

Nada que oponer al razonamiento que considero de lo más acertado; el art. 76 a) de la Ley de Contrato de Seguro no contempla diferencia alguna. El asegurador asume el coste de la intervención del asegurado en un procedimiento o proceso. Recuerdese: ese es el riesgo que asume el asegurador. Así, y aunque podríamos estar más ante un “incumplimiento de contrato” ya que por lo que se ve la aseguradora no quiso cubrir la pretensión de su asegurado a todo riesgo, lo que motivó que éste reclamase y obtuviera una sentencia favorable, y ahora, el asegurado le reclama nuevamente

el coste de auquel primer procedimiento, reclamación que es estimada por la Audiencia al considerar que el seguro de defensa jurídica contempla también la reclamación a la propia aseguradora.

La Audiencia estima así la pretenion y revoca la Sentencia de instancia, para entrar seguidamente a analizar la limitación cuantitativa de la defensa jurídica:

TERCERO.- Sentado que el seguro de defensa jurídica alcanza en el presente caso la reclamación de los gastos de abogado y procurador formuladas por la asegurada apelante, la siguiente cuestión a resolver es si está o no sujeta a límites en su cuantía. En este sentido, el art. 61 de las condiciones generales fija un límite de 3000 ? al disponer que el asegurador satisfará los honorarios del abogado designado libremente por el asegurado hasta ese límite, como también respecto de los derechos del procurador, cuando su intervención sea preceptiva, y fue el caso. La apelante entiende que ésta cláusula es limitativa de derechos y por no haber sido aceptada de forma expresa no puede ser objeto de aplicación. Respecto de la distinción entre las cláusulas delimitativas del riesgo y las cláusulas limitativas de derechos

existe un cuerpo de jurisprudencia consolidado, especialmente desde la STS del Pleno de la Sala, de 11 de septiembre de 2006 -citada en la STS de 1 de octubre de 2010, entre otras-, que recogiendo la expresada en otras Sentencias anteriores, que cita, sienta la doctrina que, en síntesis, considera que son cláusulas delimitadoras del riesgo las que tienen por finalidad concretar el riesgo, esto es, el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla, determinando pues qué riesgo se cubre, qué cuantía, durante qué plazo y que ámbito espacial, tratándose de cláusulas susceptibles de ser incluidas en las condiciones

generales y respecto de las cuáles basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado, mientras que limitativas de derechos son las que operan para “restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se

ha producido”, las cuáles, están sujetas, en orden a su validez y como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, a los requisitos de: a) ser destacadas de modo especial; y b) ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3 LCS).

A la luz de esa doctrina jurisprudencial, no puede sino concluirse que el art. 61 de las Condiciones Generales de la póliza de seguro tiene la naturaleza de una cláusula delimitadora de los derechos del asegurado, al establecer el ámbito cuantitativo de la cobertura de defensa jurídica, con carácter general, sin que se trate de una limitación o restricción de los derechos del asegurado sobre este particular, que se hubieran reconocido con mayor amplitud en otros apartados de la póliza. Se trata de la única previsión de la póliza acerca de la delimitación cuantitativa de la cobertura de defensa jurídica, que por ello vincula a las partes contratantes. Ese límite es expresión de la suma asegurada que representa la medida en que queda cubierto por el seguro el interés asegurable y sirve de base para el cálculo de la prima (a mayor suma, mayor prima), y representa, además, el límite máximo de la prestación del asegurador (art. 27 LCS). Por todo ello, la pretensión de la actora queda sometida al límite cuantitativo de 3.000 euros establecido en el citado art. 61 del Condicionado General, límite pactado que configura la obligación indemnizatoria de la aseguradora (art. 1 LCS).

No comparto ahora el parecer de la Audiencia. Voy a lo que he dicho a lo largo de este trabajo: el asegurado no eligió LIBREMENTE Abogado y Procurador; lo hizo NECESARIAMENTE ante la negativa de la aseguradora a hacer frente a las consecuencias del siniestro. Por eso, y a mi modo de ver, cuando el asegurado se ve obligado a contratar los servicios de otros operadores jurídicos ante la postura de la aseguradora, ésta no puede alegar el límite cunatitativo de la defensa jurídica como excusa para eludir el pago total de la suma que se le reclama.

De seguir la tesis de la Sentencia, y que muchos otros Tribunales han aplicado hasta la fecha, se produciría lo injusto de que la aseguradora, conociendo el límite del riesgo cuantitativo de la defensa jurídica, rechazara el asunto con la certeza de que en todo caso el coste de ese rechazo será el que consta en la póliza como el propio de la defensa jurídica

cuando son dos cosas completamente distintas.

La duda me surge al desconocer la póliza en su condicionado particular, ya que la Sentencia transcrita unicamente hace mención al Condicionado General para citar la limitación cuantitativa de la póliza, limitación que no debía haber sido aplicada.

Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, Sentencia 440/2016 de 21 de Noviembre, rollo 539/2016.

De este modo, en las Condiciones Particulares de la Póliza de Seguro concertada con la entidad Generali España, S.A. (antes, Estrella Seguros) -documento señalado con el número 2 de los presentados con la Demanda- se pactó la garantía de “Defensa Jurídica”, añadiéndose la expresión “incluido”. Es en las Condiciones Generales del Contrato de Seguro donde se limita la garantía a 1.500 euros, cuando los profesionales (Abogado y Procurador) son elegidos por el propio asegurado (que es el caso). Se trata -a nuestro juicio- de una clara cláusula limitativa de los derechos del asegurado (no delimitadora del riesgo - porque no lo define ni lo concreta-), en la medida en que, de un lado, en las Condiciones Particulares, no consta ningún tipo de limitación cuantitativa de la cobertura, y, de otro, tampoco se acredita -no ya que las Condiciones Generales hubieran sido entregadas al asegurado- sino la aceptación expresa y escrita de tal condición limitativa. Y a ello no obsta el que, en las Condiciones Particulares, solo conste la expresión “incluido”, en la medida en que lo auténticamente relevante es que no establece ningún tipo de limitación económica de la garantía cuando, en ese mismo documento, sí consta el límite de la responsabilidad civil voluntaria con límite por siniestro de 50.000.000 euros y también la del seguro del conductor, con un capital asegurado de 12.021 euros; luego, si a la cobertura de Defensa Jurídica no se establece límite alguno en las Condiciones Particulares, no puede después reducirse esa misma garantía en unas Condiciones Generales que -insistimos- no consta que hubieran sido aceptadas por el asegurado, prueba de este hecho (el de la aceptación de dicho Condicionado) que incumbía a la entidad aseguradora demandada y que no ha verificado.

Cuando la intervención de otros operadores

jurídicos ajenos a los de la aseguradora, ha sido necesaria por existir un conflicto de intereses, o por rechazo a dar la cobertura, o por desavenencias en la manera de tratar un litigio, el límite cuantitativo que pudiera constar en el condicionado particular (no en el general), no es aplicable

La intervención de otros profesionales que no recoge expresamente el art. 76 d) de la Ley reguladora, pienso en peritos, médicos,..., no puede considerarse exceptuados de los “gastos” del procedimiento. Me refiero tanto a la intervención del notario en el poder para pleitos, así como a los peritos, tanto el de parte o el judicial. Si tenemos en cuenta que el art. 76 a) contempla la expresión “...a hacerse cargo...” queda claro que será a cargo de la aseguradora los costes generados por estos.

Dicho lo anterior, y como ya se ha dicho, una de las consecuencias más importantes de esa rama del seguro no es otra que la libertad del asegurado para elegir al Abogado y al Procurador que le deban defender y representar, y que no estarán sometidos a las instrucciones del asegurador.

Ese derecho a la libre elección de Letrado constituye uno de los pilares de tutela judicial efectiva proclamada por el art. 24.2 de La Constitución Española, Carta Magna que bajo el epígrafe “Protección judicial de los derechos”, dispone:

“1. 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.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

Siendo así que el Tribunal Constitucional ha proclamado constantemente que el justiciable pueda encomendar su asesoramiento técnico a quién merezca su confianza y considere más idóneo para instrumentalizar su defensa

Sentencia del Tribunal Constitucional

7/1986 de 21 de Enero:

Por lo que el derecho a la defensa y asistencia de Letrado, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, por imperativo del art. 10.2 de la misma, comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quién merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación.

Y la posterior 12/1993 de 18 de Enero

No obstante todo ello, en el presente caso no se cuestiona la legitimidad de la facultad otorgada a los Letrados designados de oficio de considerar improcedente el recurso de suplicación, sino que esa facultad pueda cerrar definitivamente la vía del recurso. Para resolver sobre la constitucionalidad de la aplicación estricta hecha por el Juzgado de lo Social de dicho art. 155 -que, indudablemente, se acomodó al tenor literal del precepto-, debemos tener en cuenta que la mera designación de Letrado de oficio no satisface el derecho de asistencia letrada reconocido en el art. 24.2 C.E., sino que se requiere una prestación de la asistencia de modo real y efectivo; por otro lado, la legítima opción por la asistencia del turno de oficio cuando se tenga efectivamente derecho a ello no debe impedir al ciudadano recurrente acudir, en su caso, a un Abogado de su libre designación (SSTC 37/1988 y 106/1988), pues de otra manera se estaría dando un trato distinto a quienes litigan con Letrado del turno de oficio que a quienes litigan con Letrado libremente designado, pues éstos últimos nunca verán impedido su acceso al recurso de suplicación por el juicio negativo de dos letrados acerca de la sostenibilidad del recurso

Queda claro pues que a nadie se le puede imponer depositar sus intereses a un Letrado ajeno a su confianza.

La gran diferencia entre la intervención de Letrado en el seguro de responsabilidad civil y en el de defensa jurídica, es que en aquel, quién decide es la aseguradora ya que es la que hará frente a la carga patrimonial a la postre

se determine, mientras que en el caso de la defensa jurídica, es el asegurado quién decide el Letrado que debe intervenir.

En pocas palabras se puede decir que la aseguradora designa al Letrado cuando se trate de una reclamación al asegurado (salvo supuestos de conflicto de intereses); mientras que cuando se trate de una reclamación del asegurado, es éste quién decide quién será el Letrado que defenderá sus intereses.

A mi modo de ver queda claro que el límite cuantitativo de la garantía de defensa jurídica debe constar en el condicionado particular y no en el general, de tal suerte que si el condicionado particular simplemente pone "incluido", cuando el siniestro se produce no puede decirse que en el condicionado general consta una determinada cantidad como suma máxima garantizada cuando haya libre elección de Letrado por parte del asegurado. Estamos ante un "límite" (y lo pongo en cursiva) cuantitativo de la garantía de la defensa jurídica.

La distinción entre cláusulas delimitadoras y las limitadoras del seguro está consolidada en la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales. Así, se entiende como cláusulas delimitadoras: aquellas mediante las cuáles se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, y hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla; la jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitadoras aquéllas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial.

Son cláusulas limitadoras, se entiende aquellas que operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido. (STS 961/2000, de 16 de octubre, recurso de casación núm. 3125/1995). En cuanto que limitativas de los derechos del asegurado, están sujetas al requisito de la específica aceptación por el asegurado que impone el art. 3 LCS.

Como indica la STS 7 de julio de 2003, "las cláusulas particulares y generales del contrato señalan el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura de forma positiva -determinados daños- y de forma negativa -ciertos daños o, mejor, ciertas causas del daño- quedando así delimitado el riesgo-

.- Las cláusulas lesivas, en condiciones generales, para los asegurados son radicalmente nulas.

.- Las limitativas, cuya validez y eficacia está supeditada a que sean redactadas en forma clara y precisa, destacadas de modo especial y específicamente aceptadas por escrito.

.- Las delimitadoras del riesgo, válidas sin más exigencia que las propias de toda cláusula contractual integrante de un contrato de adhesión y la especial de estar sujetas a la vigilancia de la Administración.

El Tribunal Supremo declara en la Sentencia de 28 de noviembre de 2011 que:

"Sobre la distinción entre cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo se ha pronunciado la sentencia de 11 de septiembre de 2006, del Pleno de la Sala, dictada con un designio unificador, la cuál, invocando la doctrina contenida en las SSTs de 16 octubre de 2000, RC n.º 3125/1995, 2 de febrero de 2001, 14 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2006, seguida posteriormente, entre otras, por las de 12 de noviembre de 2009, RC n.º 1212/2005, 15 de julio de 2009, RC n.º 2653/2009 y 1 de octubre de 2010, RC n.º 2273/2006, sienta una doctrina que, en resumen, considera que delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad concretar el riesgo, esto es, el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla, determinando pues, qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, tratándose de cláusulas susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuáles basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado, mientras que limitativas de derechos son las que, en palabras de la STS de 16 de octubre de 2000, operan para "restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido", las cuáles, afirma la de 15 de julio de 2009, RC n.º 2653/2004, están sujetas, en orden a su validez y como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, a los requisitos de: (a) ser destacadas de modo especial; y (b) ser específicamente aceptadas por escrito (artículo 3 LCS)."

Y las sentencias del Alto Tribunal de 22 de abril y 14 de septiembre de 2016 declaran que:

“ 1.- Desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

No obstante, como expresa la sentencia de esta Sala núm. 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.

La sentencia 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta Sala 1ª, (verbigracia sentencias núm. 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio), según la cuál son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal.

Otras sentencias posteriores, como la núm. 82/2012, de 5 de marzo, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, como dijimos en la sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).

A su vez, la diferenciación entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de derechos, cuando el asegurado es un consumidor, ya viene establecida en la exposición de motivos de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al decir que “en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación (de abusividad), ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”.

La Ley de Contrato de Seguro no recoge el concepto de cláusula abusiva por lo que, si estamos ante la presencia de un consumidor, se deberá estar al contenido del art. 82 del Texto Refundido Ley General Consumidores e Usuarios que considera como “abusiva”:

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato

Equiparándose así la cláusula lesiva a la abusiva. Y en palabras del Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceler, la falta de definición por la Ley de Contrato de Seguro de lo que se considera cláusula lesiva supone dejar la precisión del concepto y la calificación en cada caso de la cláusula. Se trata de aquellas que distorsionan y rompen el equilibrio o equivalencia de las prestaciones propias del contrato, pudiéndose insertar, según dice la doctrina, tanto en las condiciones generales como en las particulares, y añade, siguen así el criterio del Alto Tribunal en relación al conocimiento del consumidor en situaciones hipotecarias, que no obstaría a dicha calificación el hecho de haber sido negociadas ya que el tomador del seguro carece en principio de conocimientos y la preparación necesaria para detectarlas al momento de suscribir el contrato.

De hecho las omisiones que puedan tener el contrato o la Ley de Contrato de Seguro pueden ser perfectamente suplidas por la legislación protectora de los consumidores.

Surge también la duda respecto a aquella póliza de defensa jurídica en la que se garantizan unas sumas tan exiguas que hace del todo inviable la participación de letrados ajenos a los de la aseguradora. La doctrina entiende que ese tipo de cláusulas pueden tener el carácter de lesivo ya que desnaturalizan el contra.

¿Qué pasa con aquellas cláusulas impuestas por la aseguradora, que disponen la reserva de ésta a aceptar la designa por parte del asegurado a letrados ajenos a los de la aseguradora?

Es ejemplo de cláusula abusiva, lesiva para el asegurado. En el condicionado particular como la defensa y reclamación como incluida, para luego en le general hacer mención a que la aseguradora se reserva el derecho a aceptar la designa de letrado ajeno a la aseguradora. Es un fiel reflejo de la infracción al principio de la tutela judicial efectiva.

En el mercado hay pólizas que cubren la defensa jurídica cuando sea ejercitada por Letrado ajeno a los de la aseguradora hasta 150 euros por año, 200 y 600 por siniestro, ah, y con el IVA incluido. O sea que en primero de los casos la defensa de los intereses encomendados a un Letrado ajeno a la aseguradora, representará una minuta de honorarios a cargo de esta de 123,97 euros más IVA. Un poco más que el precio hora de un taller de automóviles de alta gama.

Es evidente que en estos casos estamos ante cláusulas claramente calificadas por el art. 3 de la LCS como cláusulas "lesivas" que deben ser expresamente conocidas y aceptadas por el asegurado para evitar "sorpresas" posteriores. Es lo que se ha dado a conocer por el TS como cláusulas lesivas que desnaturalizan el contrato de seguro haciéndole perder su función. Amén de que son cláusulas sorprendentes para el asegurado.

El Tribunal Supremo ha aplicado a las condiciones generales las normas relativas a la interpretación de los contratos; y en el artículo 3 la ley ha querido distinguir entre cláusulas lesivas y limitativas, pues la diferencia tiene trascendencia en cuanto que éstas últimas son válidas, aún cuando no sean favorables para el asegurado, cuando éste presta su consentimiento, de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento, mientras que las cláusulas lesivas son inválidas siempre, es decir, el concepto de condición lesiva ha de entenderse, por lo tanto, que es más estricto

que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas.

CONCLUSIONES

.- El seguro de Defensa Jurídica no es un seguro de reembolso. Es una indemnización.

- Cubre todo el coste (gastos dice la Ley) que supone al asegurado la intervención en un procedimiento o proceso administrativo, judicial (en todos sus órdenes) o arbitral.

.- El riesgo asegurado es precisamente la intervención del asegurado en el ámbito de la Justicia sea cuál sea la jurisdicción, así como en un procedimiento arbitral, sea de consumo u de otra clase.

- No excluye las intervenciones necesarias previas al procedimiento en sí. Me refiero expresamente a la reclamación previa del art. 7 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, que al ser éste un requisito de procedimentabilidad forma parte del proceso.

- No se limita únicamente a la intervención letrada sino que incluye todo aquello que forma parte del proceso, desde el coste de la escritura notarial de poder para pleitos, hasta la intervención de los peritos de parte, o el perito judicial, así como el Abogado, el procurador e incluso las indemnizaciones a testigos.

- Desde luego están incluidas también las costas del proceso.

- No se incluyen, por mandato expreso del art. 76.b) LCS, las multas y sanciones.

.- La limitación cuantitativa pactada en la póliza respecto la defensa jurídica y el derecho del asegurado a designar al Letrado y al Procurador que hayan de defenderle y representarle, lo es solo para el supuesto de que el asegurado haga, con la plena libertad que le da la tutela judicial efectiva, uso de dicho derecho, y no para el caso de que por conflicto de intereses u por incumplimiento de contrato, el asegurado se vea en la obligación de tener que buscar un Letrado y/o Procurador a tal efecto.



La cuantificación del daño por falta de información en el consentimiento informado

M^a Isabel Morell Jiménez
Abogada

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN

II.- DERECHO DE INFORMACION Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

2.1.- REGULACION LEGAL

2.2.- DEFINICION Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

III.- FORMAS DE INDEMNIZAR EL DAÑO POR OMISION O DEFICIENCIAS EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

3.1.- CUANTIFICACION POR LOS TOTALES PERJUICIOS CAUSADOS.

3.2.- CUANTIFICACION CON EL ALCANCE PROPIO DEL DAÑO MORAL

3.3.- CUANTIFICACION POR APLICACIÓN DE LA TEORIA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD

IV.- CONCLUSIONES

V.- BIBLIOGRAFIA

I.- INTRODUCCIÓN

En la actualidad el auge y protagonismo que los **Derechos fundamentales** han experimentado, en el ámbito sanitario, se traduce en una progresiva evolución del concepto enfermo hacia términos más independientes y materialistas, produciéndose el coherente cambio conceptual, como opina **Garrido Jiménez**¹ de enfermo-paciente a enfermo-usuario. Por ello, el carácter altruista, con grandes dosis de protección y beneficencia que dirige cualquier relación médico-enfermo, debe dividirse y ceder su protagonismo **con el principio de autonomía**², del que es titular el usuario de la medicina, demandante en cualquier actuación médica de la que resulte un incumplimiento contrafactual o que ocasione un daño derivado del proceso médico.

Es indiscutible que, en el sector sanitario, el representante máximo de la libre autodeterminación del paciente lo constituye el **consentimiento informado**³ que se conforma como un elemento imprescindible, producto de la voluntad libre del enfermo, para la legitimación inicial de cualquier acto médico.

Es fácil apreciar que, debido a la trascendencia que la información sanitaria presenta en el momento actual, se hace indispensable que los profesionales de la medicina se conviertan en verdaderos informadores, preocupados por la fidelidad de sus manifestaciones y por las significativas repercusiones que la inobservancia del deber de informar con precisión puede generar en su quehacer diario. Como dice, **Vicandi Martínez**⁴ debemos tener presente que tanto el derecho de información como el consentimiento

informado, no son sinónimos, pero sí son las dos caras de una misma moneda. El derecho de información envuelve al consentimiento informado, pero este último sólo es una parte del primero,⁵ Así que, **la correcta información** al paciente se convierte en premisa necesaria para que pueda emitirse un **consentimiento válido**, por lo que esta información imprescindible para el paciente ha de extenderse sobre el diagnóstico, el pronóstico y las opciones de tratamiento y, muy especialmente, sobre cómo va a efectuarse este último, su duración y los riesgos inherentes.

Por tanto, la importancia de estos conceptos que se han intercalado en las relaciones médico-paciente, es incuestionable, hasta el punto de formar parte de la esencia de la *lex artis*⁶, debiéndose entenderse de esta afirmación que su vulneración conformaría un atentado

1 Garrido Jiménez, José Manuel. (2010) Análisis causal del acto médico y su importancia en el consentimiento informado. Dykinson

2 Sangüesa Cabezudo, Ana María. (2012) Autonomía del paciente. Consentimiento informado. Lefebvre. Según esta autora en el ámbito de la salud el derecho a decidir libremente fue incorporado a la Ley 14/1896, 25 de abril General de Sanidad, otorgando un ámbito de libertad que abre al paciente un conjunto de derechos que obtienen su correspondiente protección, mediante la imposición de obligaciones a los centros sanitarios, que se insertan en el desarrollo de la correcta prestación.

3 Artículo 10.4 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999.

4 Vicandi Martínez, Arantzazu. (2012) El derecho a la información. Un campo de batalla entre la medicina y el derecho. DS: Derecho y salud.

5 Cantero Martínez. Josefa. (2005) Autonomía del Paciente: del Consentimiento Informado al Testamento Vital, Edisofer S.L. Esta autora califica esta situación o relación, como un derecho de carácter "bifásico" porque el consentimiento informado requiere la previa información. Concretamente señala". Esta definición tan explícita recalca la dependencia de este derecho respecto del derecho de información, lo que, a mi juicio, nos permitirá calificar el derecho al consentimiento informado como un derecho de carácter bifásico, en la medida en que sólo puede ser eficazmente ejercitado si previamente ha habido la correspondiente información. Solo a partir de una información y adecuada de su proceso el paciente está en condiciones de emitir válidamente su consentimiento".

6 Vázquez López, J. Enrique. (2010) La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). Cuadernos de Medicina Forense. El concepto de "Lex artis ad hoc" es una construcción jurisprudencial, siendo significativa la Sentencia Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 1991, que la define como "aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)

contra la misma⁷.

Todo lo anterior, como opina **Tapia Hermida**⁸ es necesario para que este, el paciente, pueda ejercer su derecho fundamental a la libertad, eligiendo entre otras alternativas terapéuticas, un centro médico diferente más adecuado, no someterse a tratamiento, no ser informado, etc. En estos términos, resulta significativa la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001**⁹ que destaca el origen

⁷ Vicandi Martínez, Arantzazu. (2018) Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Artículo cuarto. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disposición final segunda. Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Dykinson, S.L.

⁸ Tapia Hermida, Alberto J. (2019) La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. Acción Directa y Pérdida de oportunidad. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro

⁹ STS de la Sala 1ª de 11 de mayo de 2001, Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luís. En su Fundamento de Derecho Séptimo dice: "Sobre el deber/derecho de Información aludido, se subraya que consistirá en informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado (S 25- 4-1994). Asimismo, se ha expuesto que «...la información del médico preceptiva para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1,1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias -Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio (RTC 1989, 132) - en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Uni-

constitucional de este deber/derecho de información.

II.- DERECHO DE INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

2.1.- REGULACION LEGAL

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*¹⁰, que entró en vigor el 15 de mayo de 2003, regula de forma clara y específica todo lo relacionado con la información, la titularidad de dichos derechos, y el subsiguiente Consentimiento Informado. Resulta de interés para este trabajo, comenzar por la regulación que la referida ley realiza respecto

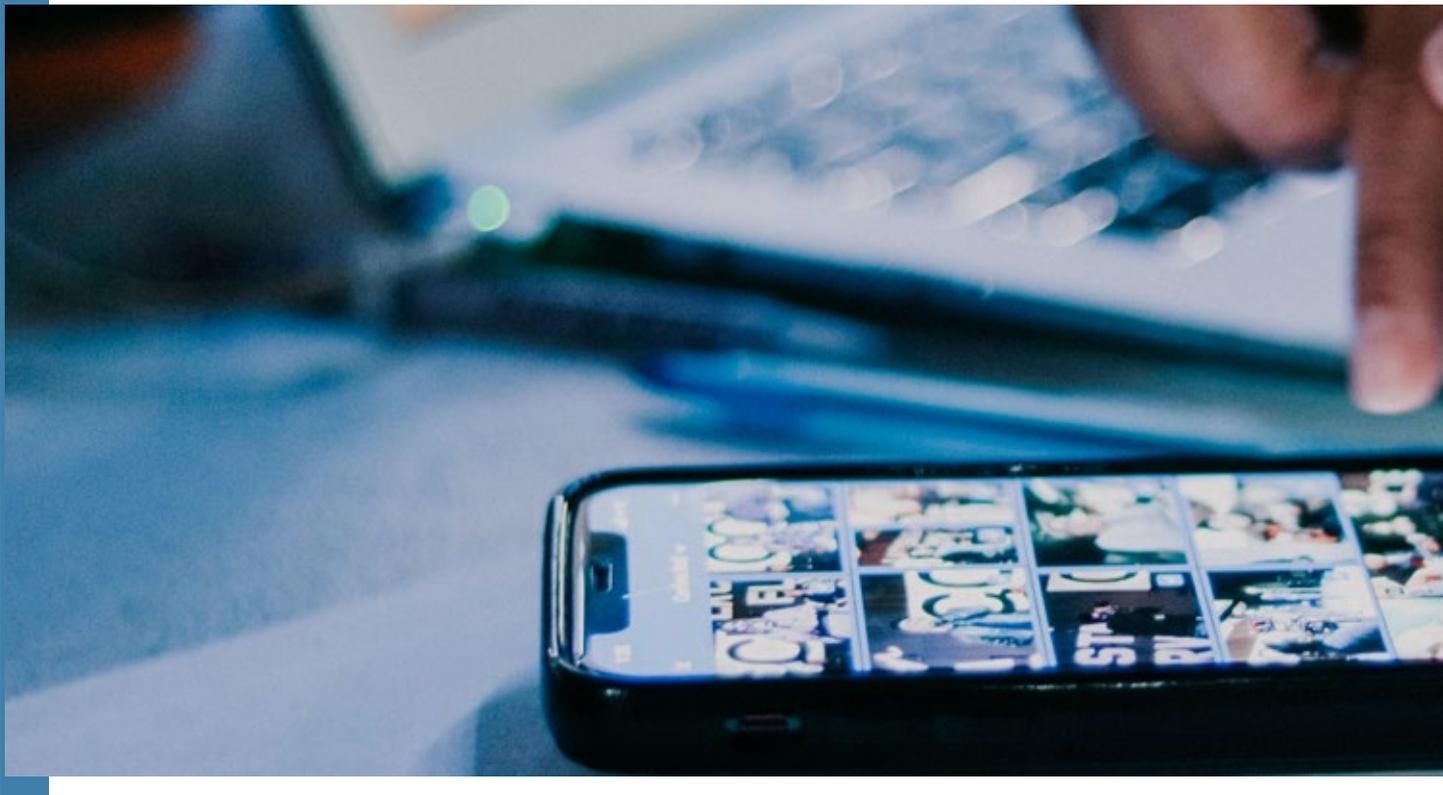
das, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos» (Sentencia 12-1-2001 [RJ 2001, 3]). En la propia Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 3, se prescribe respecto a la integridad de la persona: «1.- Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2.-En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley...»

¹⁰ Seuba Torreblanca, Joan C. y Ramos González, Sonia. (2003) Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Indret: Revista para el Análisis del derecho. El legislador español sigue con esta ley el modelo adoptado por diversas Comunidades Autónomas, siendo la primera de ellas en Cataluña, Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente, y a la documentación clínica; le siguen Galicia, Extremadura, Madrid y Aragón.

a los citados deber de información y el consentimiento informado. De este modo observamos como, se dispone el mandato, con carácter previo, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad general. Así el ART 2 de la citada ley recoge como segundo principio básico de la misma que *“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.”* En igual sentido el principio básico sexto del mismo artículo establece que: *“Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.*

Con relación a, la definición del consentimiento informado se recoge en el ART. 3 de la citada Ley: *“Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.”*

Continuando con el derecho a la información sanitaria o asistencial, establece el ART. 4 de la LBAPIC: *“1.-Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, (información que debe concretarse en el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios -STS 24 de noviembre de 2016-) salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, (que la información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente -STS 12 de abril de 2016-) comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (la falta de información, condiciona la voluntad del paciente, siendo el consentimiento otorgado, un consentimiento viciado, al no conocer el paciente, las consecuencias de la intervención, los riesgos y las contraindicaciones. Es un consentimiento prestado sin conocimiento de causa, y, por ello, ineficaz. Se trataría de un consentimiento desinformado. -SAP Barcelona, Sección 4ª, de 13 de septiembre de 2016) 2.-La información*



clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades (en aras a que entienda la actuación médica que se le practicará y las consecuencias que de la misma se puedan derivar, pues, de lo contrario, se le privaría de los elementos de comprensión necesarios para elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos o incluso acudir a un especialista o centro distinto-STS de 24 de noviembre de 2016) y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. 3.-El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. (STS 23 de octubre de 2015) Los profesionales (cualquier otro facultativo, entendido en sentido generalista STS 26 de noviembre de 2016) que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.”

Y considerando clave en nuestro estudio, la regulación del Consentimiento Informado, en cuanto a que debemos entender por el mismo, forma de prestarse según circunstancias, frente a que actuaciones médicas y cuáles son sus límites, el ART 8 establece: “1.-Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita

el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2.-El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. (en los supuestos enumerados, la aceptación debe constar firmada por el propio interesado, so pena de resultar invalido el mismo-SAP Barcelona, Sección 1ª, de 23 de Octubre de 2017-) 3.-El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.4.-Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud. 5.-El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Con relación a las condiciones de la información y el consentimiento informado, el ART 10 dispone: “1.-El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención (no son necesarios aquellos que no tienen un carácter de típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado STS de 24 de noviembre de 2016) d) Las contraindicaciones 2.- El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”

2.2.- DEFINICIÓN Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Como indica Adan Domenech,¹¹ la juris-

¹¹ Adan Domenech, Federico. (2018) Todas las actu-



prudencia hace referencia al **consentimiento informado**, destacando dos extremos. En primer lugar, constituye presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*, y, por tanto, forma parte de toda actuación asistencial (STS 23 de octubre 2015) y, en segundo lugar, se erige como una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica. (STS 26 de noviembre de 2016). Como consecuencia de la importancia que requiere la necesidad de mantener informado al paciente, el cumplimiento de este deber ha sido considerado por la jurisprudencia, por un lado, como una obligación del personal sanitario (STS 24 de noviembre de 2017) y, por otro, como un derecho del paciente.

En estos términos, encontramos jurisprudencia reciente acerca de lo que se considera consentimiento informado y sobre el derecho de información, contenido, responsable, forma y tiempo, amplitud, carácter personalizado y titular de la misma, destacando entre otras la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016**¹², en la que se define el **consentimiento informado: ES** presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica (...) es un acto que **DEBE HACERSE** efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que **OBLIGA** tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y **HACERLO** de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto." Y añade la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016 "aún en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias."

El consentimiento informado, **INCLUYE** el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuti-

alizaciones jurisprudenciales reseñadas en la ley proceden de su artículo: Responsabilidad sanitaria y consentimiento informado. Wolters Kluwer

12 STS de la Sala 1ª de 24 de noviembre de 2016, Pte: Seijas Quintana, José Antonio

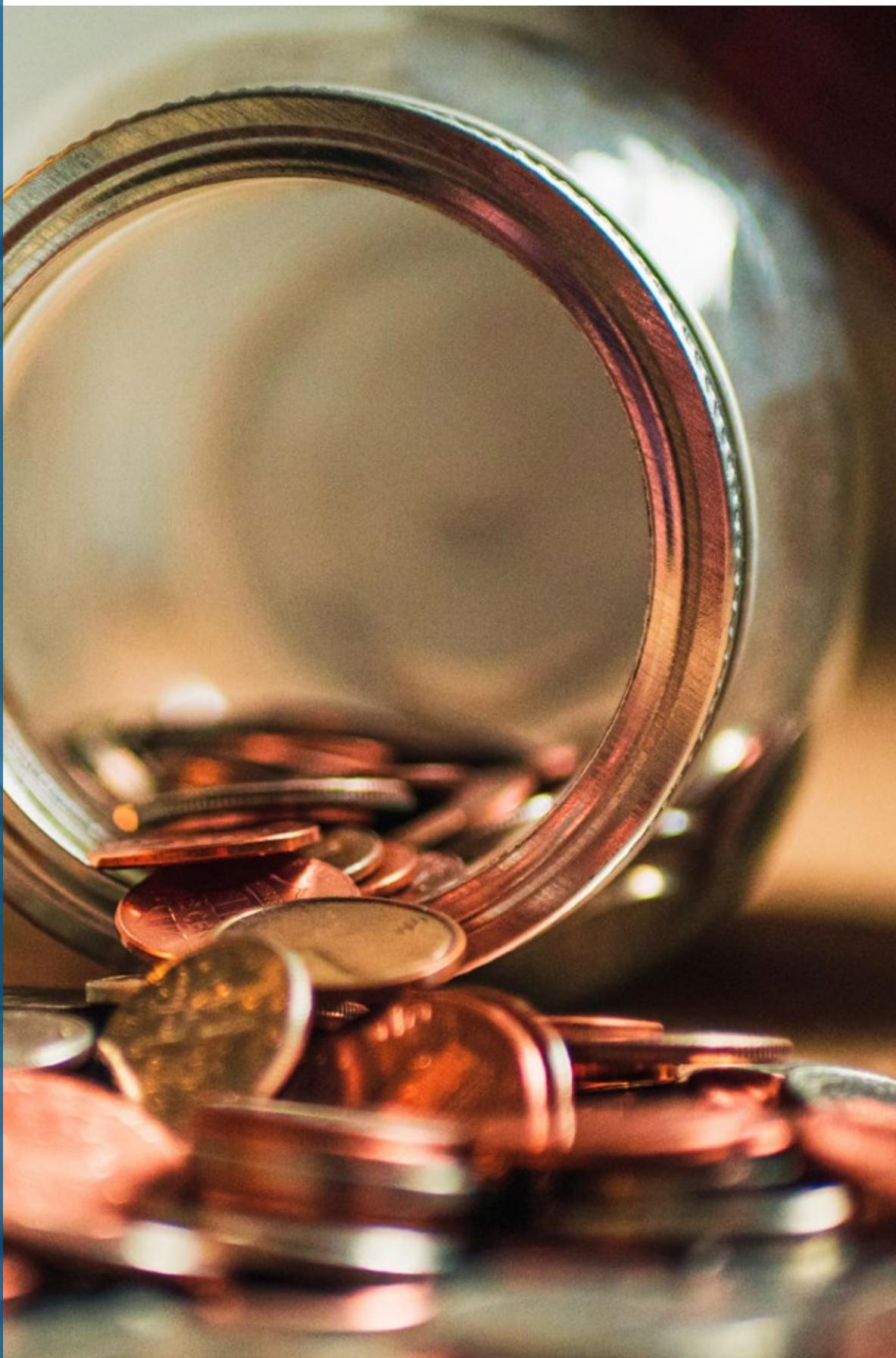
cas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria. El art. 10.1 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, incluye hoy como INFORMACION BASICA los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones.

Y respecto al derecho de información, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016**¹³ "- Con la misma reiteración ha declarado esta Sala que la información por su propia naturaleza INTEGRAL un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente. ES, además, acorde con el contenido del derecho fundamental afectado y con la exigencia de una interpretación de la legalidad en sentido más favorable a su efectividad, con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en si misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis*, pues una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico."

Añade la **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018**¹⁴ "Esta Sala ha declarado reiteradamente que la información al paciente HA DE SER puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen. (...)

13 STS de la Sala 1ª de 12 de abril de 2016, Pte: Seijas Quintana, José Antonio

14 STS de la Sala 3ª de 15 de marzo de 2018, Pte: Tola Tribiño, Cesar



Igualmente hemos señalado que, el consentimiento prestado mediante documentos impresos constituye una exigencia impuesta por el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1.986, si bien se permite su práctica en forma verbal.

DECIMOCUARTO: También hemos destacado, en sentencia de 4 de abril de 2000 que “Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad”. No obstante, en sentencia de 21 de diciembre de 2006 hemos matizado que: “en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas.” (...) Por ello, entendemos que esta deficiente información supone un incumplimiento de la *lex artis* ad hoc que revela un funcionamiento anormal del servicio sanita-

rio que acarrea la responsabilidad patrimonial de la Administración, por haberse producido a consecuencia de la intervención quirúrgica un daño antijurídico al reclamante”. (...) Por fin y en cuanto a los riesgos, se debe informar de aquellos relacionados con las circunstancias personales o profesionales, lo que se individualiza en el caso concreto con relación a la edad, salud y dedicación del paciente; también los riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia médica o directamente relacionados con el tipo de intervención (riesgos típicos). En caso de que el riesgo sea atípico, es decir imprevisible o anómalo, de los que no se producen habitualmente en el tipo de intervención, no cabría incluirlo entre los riesgos que deben ser informados al paciente.”

Y respecto a la prueba de la información, no siempre rige el principio general, así la **Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de mayo de 2014**¹⁵ “Incumbe por lo demás al facultativo la justificación de haber proporcionado al paciente una adecuada información no sólo por tratarse de un hecho que integra una de las obligaciones fundamentales del médico, sino también en aplicación del principio de facilidad probatoria que consagra el artículo 217 LEC. “

Nos encontramos por tanto con una extensa jurisprudencia, sobre ambos conceptos,

¹⁵ SAP Barcelona, Sección 16ª, de 22 de mayo de 2014, Rec. 667/2012



que nos servirán de referencia para apreciar la existencia de una responsabilidad, ante el incumplimiento por parte del personal sanitario del deber de información, así como ante el incumplimiento por parte del paciente de un consentimiento expreso; siendo el aspecto prioritario entender, como mantiene **López y García de la Serrana**¹⁶ que para estimar dicha responsabilidad, realmente debemos de partir de que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento del médico ante su deber de información al paciente y el daño experimentado por este.

Sin embargo, como opina **García Garnica**¹⁷ no basta con la existencia del daño y su relación causal, siendo imprescindible probar la concurrencia de culpa en el actuar dañoso. Es por ello, que para apreciar si el profesional actuó de forma negligente o no, se utiliza el parámetro de la adecuación a la *lex artis ad hoc*, la cual integra el deber de información del médico al paciente.

III.- FORMAS DE INDEMNIZAR EL DAÑO POR OMISION O DEFICIENCIAS EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Son palabras de **Sardinero García**¹⁸, el

¹⁶ López y García de la Serrana, Javier. (2011) La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica. *Economist& Jurist*.

¹⁷ García Garnica, M^a Carmen. (2006) La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial. En A. Orti Vallejo (coord.). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Thomson Reuters Aranzadi.

¹⁸ Sardinero García, Carlos. (2016) *Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal por Falta de Información en el Ámbito Clínico. Criterios Indemnizatorios*. Tirant lo Blanch. Establece hasta ocho formas de abordar la reparación del daño ante la falta de información: 1.-Imprudencia de responsabilidad por infracción del deber de informar, si no concurre con daños físicos o materiales derivados del tratamiento 2.-Procedencia de la responsabilidad por infracción del deber de informar, por daños morales, aunque no concurre con daños físicos 3.-Procedencia de la responsabilidad por inadecuada información únicamente si hay resultado lesivo y, además, es derivado de mala praxis 4.-Imprudencia de responsabilidad civil por infracción del deber de informar, como daño moral autónomo, aunque se aprecie mala praxis en el tratamiento médico 5.- Procedencia de responsabilidad por inadecuada información, por generar un daño moral autónomo que no depende de que el acto médi-

“caos” y quizás el desconcierto desde mi punto de vista, que nos encontramos a la hora de abordar la cuantificación del daño por falta de consentimiento informado. Desde su perspectiva, existen hasta ocho formas de solucionar la reparación del daño ante la falta de información en el tratamiento médico, sin que su planteamiento constituya un *numerus clausus*.

En opinión de, **López y García de la Serrana**¹⁹, existen en la actualidad dos posturas claras en relación a que daños deben ser indemnizados ante la falta de consentimiento informado, una **resarcitoria** por la que la cuantía de la indemnización debe comprender la totalidad del daño y otra **reparadora**, por la que el quantum indemnizatorio solo sería el daño moral ocasionado por la pérdida de oportunidad, al no ser viable determinar si el paciente sabiendo esa información omitida hubiera consentido el acto médico. Desde este punto de vista, no existiendo una postura sosegada sobre esta materia, las sentencias dictadas en la jurisdicción civil se dirigen hacia la postura resarcitoria que indemniza el total daño valorado, mientras que las resoluciones de la jurisdicción contenciosa-administrativa se decantan por reparar el daño moral por pérdida de oportunidad, indemnizando un porcentaje que oscila entre el 15% y el 50% sobre la valoración de las lesiones. Tras un análisis de diferentes sentencias, concluye afirmando que la cuantificación del daño queda a discreción de los jueces, mientras no existan parámetros con los que guiarse, causando situaciones discriminatorias y una gran incertidumbre, opinión que no es contrapuesta con la defendida por el anterior autor y con la que estoy totalmente de acuerdo.

Tomando en consideración estas posturas, me encuentro con numerosos pronunciamien-

co en si mismo considerado, se acomodo o no a la praxis médica 6.-Procedencia de la responsabilidad por inadecuada información por aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad 7.- Moderación de la indemnización por falta de información en el supuesto que no exista mala praxis en el desarrollo del tratamiento 8.-Si no hay consentimiento, el profesional de la medicina debe responder de todas las consecuencias derivadas de la intervención, con independencia de que el tratamiento se aplique con corrección.

¹⁹ López y García de la Serrana, Javier. (2018) *Responsabilidad Profesional en el ámbito sanitario: La valoración y cuantificación del daño. Síntesis y análisis de casos prácticos*. Master Propio en Responsabilidad Civil 6^a Ed de la Escuela de Estudios y Prácticas Jurídicas de Granada.

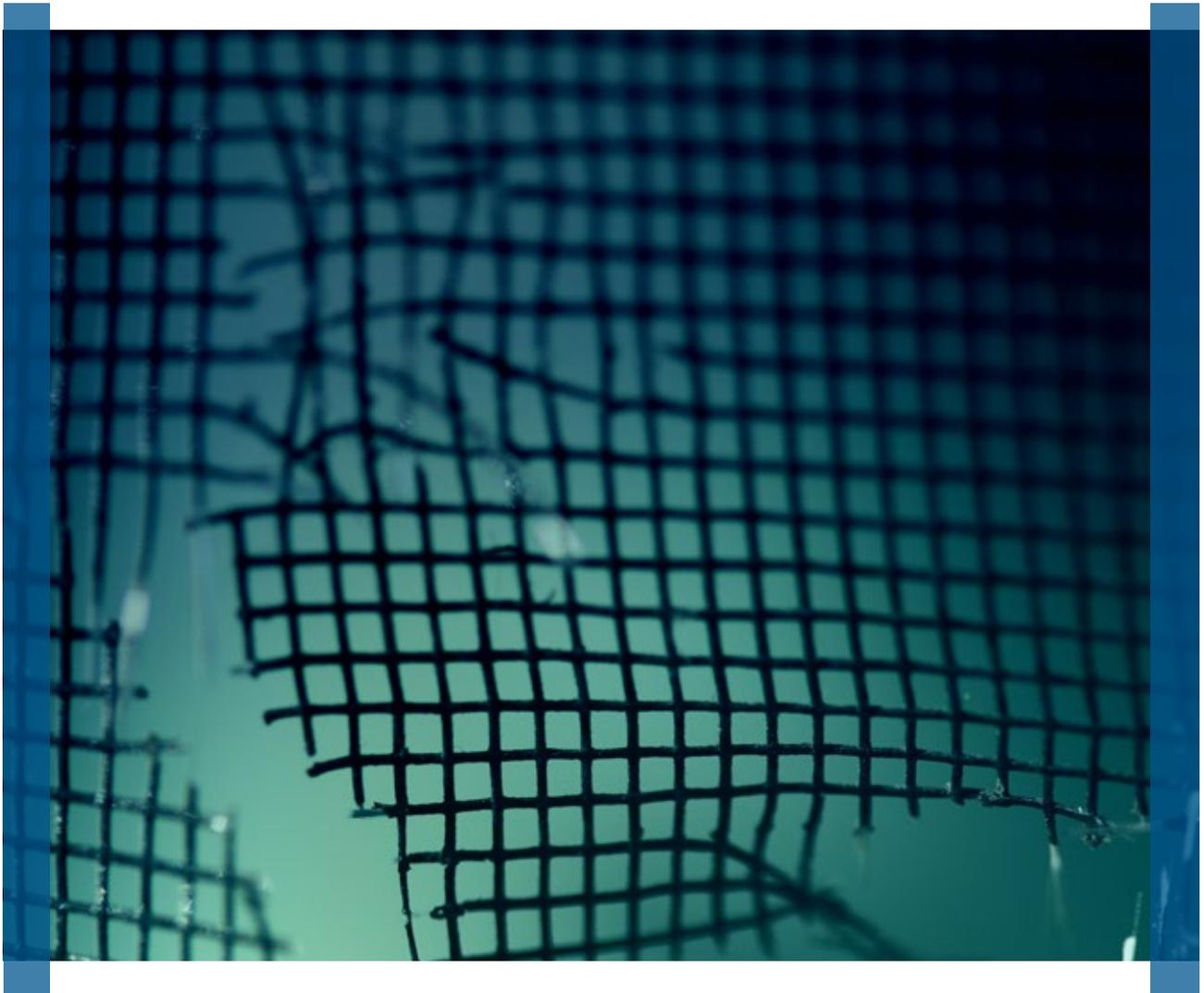
tos judiciales de lo civil y contencioso administrativo, en materia de responsabilidad civil y patrimonial por falta de consentimiento informado que, plantean tres formas para dar solución a la cuantificación de la suma indemnizatoria: por los totales perjuicios causados, por el alcance propio del daño moral y por la pérdida de oportunidad o expectativas. Con todo lo anterior, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 2016**²⁰, entre muchas otras, consideró que tanto la Sala de la jurisdicción civil como la de la contencioso-administrativo del TS se ha ocupado de la **omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo**, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la

intervención médica cuyos riesgos se han materializado.

Así, se ha venido distinguiendo entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, **no habría lugar a indemnización** (STS 29 de junio de 2007), sin perjuicio de que en ciertas circunstancias, se pudiese determinar **la existencia de un daño moral**, de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede la **indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado** (SSTS 23 de abril de 1992 ; 26 de septiembre de 2000 ; 2 de julio de 2002 ; 21 de octubre de 2005).

²⁰ STS de la Sala 1ª de 8 de abril de 2016, Pte: Baena Ruiz, Eduardo

Cuando no existe incertidumbre causal en los términos antes expuestos, surge la **teoría de la pérdida de oportunidad** en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de



haber omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (SSTS de 10 de mayo de 2006 ; 30 de junio de 2009 y la citada en el recurso de 16 de enero de 2012).

Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011 y reitera la de 16 de enero 2012 están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007 , 23 de mayo , 29 de junio y 28 de noviembre de 2007 ; 23 de octubre de 2008).

Tienen además que ver con distintos **factores**: riesgos preVISIBLES, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre de 2005 - cicatriz queloides-; 10 de mayo de 2006 -ostecondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero de 2004 -corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos preVISIBLES y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre de 2006 - artrodesis-; 15 de noviembre de 2006 - litotricia extracorpórea-; 27 de septiembre de 2010 - abdominoplastia-; 30 de junio de 2009 - implantación de prótesis de la cadera izquierda-); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio de 2008 -extirpación de tumor vesical-); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre de 2009 -vitrectomía-); necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero de 2009 - cifoescoliosis-; 7 de marzo de 2000 -extracción de médula ósea-), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre de 2005 y 23 de noviembre de 2007 -síndrome de Down).

Todas estas circunstancias plantean un **doble problema**: en primer lugar, de **identificación del daño**: corporal, moral y patrimonial; en segundo, de **cuantificación de la**

suma indemnizatoria, que puede hacerse de la forma siguiente:

Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención.

Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad.

Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso)”.»

En todo caso, y ello será esencial para el tema que nos ocupa, el Tribunal Supremo ha declarado que, aunque se incumpla el deber de información, **si no se ha producido daño** o las resultas de la intervención médica eran inevitables, **no se genera un derecho a indemnización**. Por el solo incumplimiento del deber de información no nace un derecho de resarcimiento, siendo exigible la constatación objetiva de un daño (STS, Civil sección 1 del 11 de Abril del 2013 (ROJ: STS 2069/2013) y la falta de información no es per se una causa de resarcimiento pecuniario, salvo que haya originado un daño derivado de la operación quirúrgica, evitable de haberse producido (STS, Civil sección 1 del 04 de Marzo del 2011 (ROJ: STS 1804/2011) y las que cita). La prueba del nexo causal resulta imprescindible y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (STS, Civil sección 1 del 13 de Julio del 2010 (ROJ: STS 3910/2010) y las que cita). (la Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de junio de 2013)

3.1.- CUANTIFICACION POR LOS TOTALES PERJUICIOS CAUSADOS:

Avalando esta postura jurisprudencial descubrimos numerosas resoluciones que, de una manera, más o menos evidente, determinan que debe ser el transgresor o incumplidor de la falta de información quien responda de todas las consecuencias que tienen su origen en el acto médico precedido de una inadecuada información.

En esos términos, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril 2016**²¹, estimó el recurso de casación interpuesto por la actora y declaró la responsabilidad del médico, condenando a los demandados (médico y compañía aseguradora) a pagar a la paciente la suma de 220.175 €, prácticamente el 100% de lo solicitado en la demanda, más los intereses legales y respecto a la aseguradora los del Art. 20 LCS, que **fundó en la falta de consentimiento informado**, al no haber probado el médico que proporcionará previamente a la paciente información bastante sobre los riesgos de los actos médicos practicados consistentes en, una artroscopia de rodilla y, días después, una infiltración en la rodilla operada; uno de cuyos riesgos previsibles (infección del líquido sinovial por una bacteria «Pseudomonas aeruginosa» resistente a los antibióticos) vino a realizarse, con severas consecuencias dañosas para la paciente: entre ellas, una incapacidad permanente total para su trabajo.

Y sobre estos documentos, en el seno actuaciones penales previas, el médico forense en respuesta a una de las preguntas que se le formuló a propósito del informe que emitió sobre el caso: «Si los tres documentos que aparecen en el historial como de consentimiento informado hacen referencia a las lesiones, evolución y pronóstico de la paciente en cada momento» declaró:

«El documento de consentimiento informado puede considerarse como el reflejo de que se ha facilitado la información al paciente de forma correcta, correspondiéndose con el acuerdo entre dos voluntades (médico-paciente). Hay documentación que así lo acredita».

Sin embargo, en este caso, sostiene el Tribunal supremo que tal declaración resulta ambigua y se enfrenta de manera tajante con el pronunciamiento que la sentencia recurrida realiza sobre los documentos de «consentimiento informado» que la paciente firmó, y que la Sala vuelve a transcribir:

«[S]e trata de un simple y escueto impreso, más próximo a un mero acto administrativo que médico, que no satisface aquellos mínimos éticos de una información adecuada, pues en los tres se le **ofrece a partir de un modelo predeterminado** para cualquier procedimiento terapéutico, en el que no aparece concretado ningún riesgo, y sin acreditación alguna por parte del médico de haber proporcionado alguna previa información, como así se establece también en la sentencia que ahora se combate».

Y con semejante criterio se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo, cuando establece “(...) Precisamente porque no puede relegarse a la categoría de simple trámite administrativo, tiene declarado el Tribunal Supremo **la invalidez del consentimiento prestado mediante documentos impresos tipo o “modelo”**”.

Esto constituye un ejemplo claro, de lo que **Pasquau Liaño**²² define como, la regla del “siempre y todo”: “si se acredita que el paciente no recibió información (o no logra probarse que la recibiera) sobre el concreto daño o complicación que ha sufrido, ese solo hecho determina, en primer lugar, que el facultativo es responsable (sea cual fuere la magnitud, probabilidad y frecuencia del riesgo), y en segundo lugar, que lo es en la totalidad del mismo, exactamente igual que si lo hubiese causado por negligencia.”

En otro caso analizado por **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2016**²³, en el que el médico y la compañía recurrieron en casación por considerar, en este caso, el médico que se había cometido infracción del artículo 10 de la LBAPIC, en relación con los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, en cuanto a la cuantificación del daño causado por el defecto de información y por oponerse la sentencia a la doctrina de esta Sala, pretendiendo una reducción del 50% en la indemnización al considerar que ha existido buena praxis médica y la cirugía era curativa y necesaria, sin alternativa y

22 Pasquau Liaño, Miguel. (2012) Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio. Ponencias sobre Responsabilidad Civil y Derecho de la Circulación. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Sepin.

21 STS de la Sala 1ª de 5 de abril de 2016, Pte: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando

23 STS de la Sala 1ª de 30 de marzo de 2016, Pte: Seijas Quintana, José Antonio

la complicación, además, infrecuente; el recurso es desestimado.

Sin embargo, como razona la sentencia recurrida, por mucho que **sea infrecuente** en una cirugía artroscópica -se cifra su incidencia en un 0'7%-, el grave riesgo que aquí se materializó -estadísticamente constatable- **no puede calificarse de atípico**. Nótese que el propio perito, considerando el riesgo de infección “especialmente grave” al poder desembocar en sepsis generalizada y provocar la muerte, afirmó que, tratándose de una complicación “propia de cualquier cirugía”, resulta en particular “muy conocida dada la gran cantidad de procedimientos artroscópicos que se ejecutan”. En lo referente a, la cuantificación de la indemnización por falta de información relativa al riesgo, quedó determinada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de mayo de 2014, en la cantidad de 118.447,52 euros, acudiendo para la valoración del daño al baremo previsto para la responsabilidad de accidentes de circulación del año 2010 y por los siguientes conceptos: el periodo de estabilización de las lesiones, secuelas (prótesis de hombro, hombro doloroso y perjuicio estético), incluidos los factores correctores por perjuicios económicos y por la incapacidad permanente total.

El recurso es desestimado por el Tribunal Supremo, por entender: 1.- No es suficiente para acreditar el interés casacional la cita de sentencias, es necesario justificar de qué forma ha sido vulnerada su doctrina por la sentencia recurrida, lo que no cumple el recurso. 2.- El recurso se limita a citar dos sentencias, que resuelven sobre los criterios a tener en cuenta para identificar y cuantificar el daño en supuesto de falta de información, acogiendo la sentencia el primero de ellos por **el total perjuicio causado**, en razón a la posibilidad de que, de haber conocido el paciente las consecuencias resultantes, no se hubiera sometido al tratamiento o intervención. Se argumenta de una doble forma: a) Siendo indiscutible tanto el daño como su relación de causalidad con la controvertida intervención quirúrgica y la infección que lo provocó, es evidente que, al omitirse precisamente sobre tal riesgo la obligada información previa al consentimiento, se privó a la paciente del derecho de actuar en consecuencia, con pleno conocimiento, antes de dar su autorización, y b) Por mucho que la intervención estuviera bien indicada, no existía necesidad vital ni hay prueba bastante en autos para pensar que la demandante se hubiera decidido en todo caso por la cirugía aun conociendo el grave riesgo que asumía y sus posibles consecuencias.

En otro supuesto analizado, se reparó íntegramente el daño reclamado concediendo una indemnización de 70.000 euros que quedó fijada por la sentencia de primera instancia y aunque fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona, finalmente es confirmada en su integridad por el Tribunal Supremo, desglosado en: intervención por laparoscopia para reducción de estómago mediante colocación de una banda gástrica (6.000 euros); una segunda operación en la que se tuvo que extraer la banda (14.000 euros), además (5.000 euros) de *pretium doloris*, como dolor físico, y (45.000 euros) de daño moral. Así en **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2015**²⁴, se juzgó este caso, en el que fue necesaria que la actora se sometiera a una nueva intervención para conseguir la reducción de estómago y que hubo una vuelta a la situación de obesidad a pesar de ello; extremo este del que no fue informada. Es hecho probado de la sentencia, lo siguiente: “ El perito (f. 216 y ss.) coincide con su colega en que un alto porcentaje (para él del 40% o de 23 sobre 82, es decir, del 28%) de pacientes recupera peso”: y que “ **El documento de “consentimiento para intervención quirúrgica”** (f.281), cumplimentado poco antes de la operación, **no se presenta en su forma como un documento informativo sino de autorización o encargo** y aunque refiere que la intervención propuesta es de “reducción gástrica”, no especifica qué alcance tenía la intervención (banda, no seccionado gástrico, ni by-pass), ni la técnica que se iba a aplicar (laparoscopia) y, por ello, al decir que la paciente “ha sido informada de los riesgos y características de la intervención, así como del índice de reconversión”, no parece que ello sea suficiente para considerar cumplido el deber de informar. La cuestión clave no sería, por tanto, si pudo escoger una u otra técnica, sino si tuvo oportunidad de rechazar el tratamiento, tras conocer el elevado porcentaje de fracasos y si ello produjo daño o lesión.

En definitiva, el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal es la in-

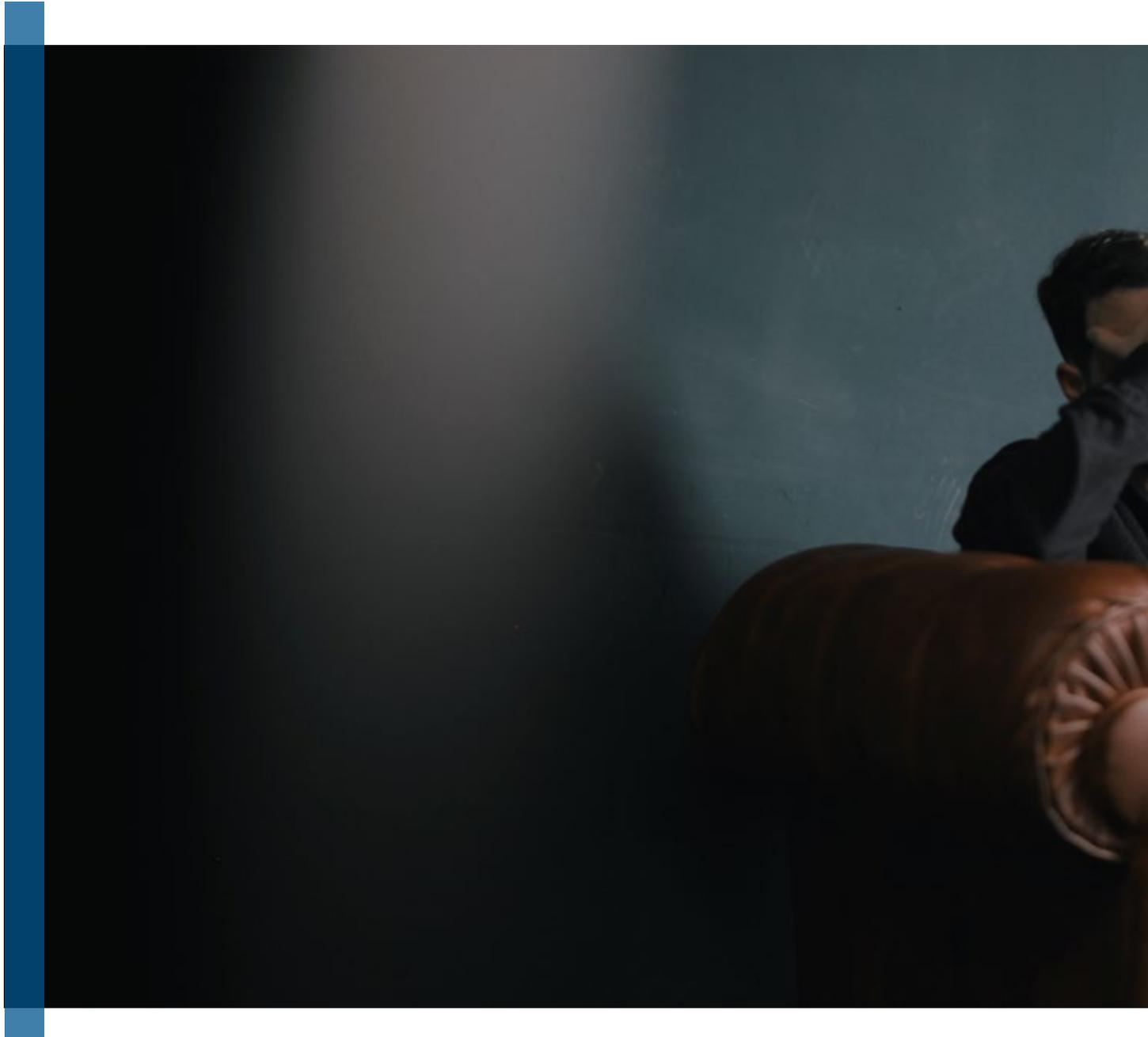
²⁴ STS de la Sala 1ª de 8 de septiembre de 2015, Pte: Sejas Quintana, Jose Antonio

formación que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses.

Se admite, el único motivo de casación formulado por la paciente, vulneración del artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad²⁵, vigente en el momento en que se produjeron los hechos, y de la doctrina reiterada de esta Sala sobre las consecuencias de la inexistencia de consentimiento informado. Era

²⁵ Apartado 5 del artículo 10 derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica («B.O.E.» 15 noviembre).

obligatorio cumplir con el deber de informar por parte del médico, para permitir que la paciente **pudiera ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses** y así decidir sobre aspectos que afectan a su salud, pues a través de la información podía decidir no someterse a la intervención, contrastar con otros facultativos, cambiar de centro o especialistas. La doctrina jurisprudencial más próxima al caso analizado, de falta de información, no discutida, y de una correcta praxis médica, refiere que el daño, como hemos comentado, resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento. Es cierto también que, la falta de información no es “per



se” una causa de resarcimiento pecuniario, es decir, no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido, pero también lo es que, en este caso, se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente.

Resulta significativa y una excepción esta sentencia, única de la jurisdicción contenciosa-administrativa que incluyo en esta categoría en la que reconocida por la Administración la falta de consentimiento informado y no existiendo mala praxis, se tuvo en cuenta las secuelas que padece el paciente a la hora de valorar el daño y su reparación, como si se hubiese causado directamente por una deficiente intervención,

descartando aquellas que no han quedado acreditadas o constatadas, siendo sin embargo indemnizado como daño moral. Así el **Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo 2015**²⁶, establece que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva, pues pese a reconocer la relación causal entre la actuación médica y el resultado producido, no resolvió sobre la cuestión relativa a la infracción de la *lex artis* por ausencia de consentimiento informado y por ello incrementó la cuantía indemnizatoria en función de la ausencia de dicho consentimiento, condenando a la administración demandada a abonar 300.000 euros, de la que habrá que descontarse 18.000 euros ya reconocidos en vía administrativa.

La parte actora tanto en el escrito de demanda, como en el de conclusiones, asoció la infracción de la *lex artis* no solo a la deficiente práctica sanitaria sino también, a la **ausencia de consentimiento informado escrito**, al operarse con anestesia epidural lo que le provocó paraplejía. Si embargo, en la sentencia recurrida se rechaza una eventual negligencia del acto médico, **prescindiendo** de todo pronunciamiento sobre el alcance, **a efectos indemnizatorios, de la ausencia de consentimiento informado**.

El Tribunal Supremo, acoge este primer motivo de impugnación, y resuelve, ya como jueces de instancia, sobre el alcance indemnizatorio por la ausencia de consentimiento informado, sin examinar la posible negligencia en el acto médico.

Por la propia Administración, en la resolución recurrida en la instancia, se reconoce una indemnización de 18.000 euros “*por la limitación de la autonomía del paciente*” por la omisión de consentimiento informado. Este reconocimiento, conduce a rechazar los argumentos de la compañía aseguradora, consistentes en que, tratándose la aracnoiditis de un riesgo atípico, absolutamente infrecuente, y extremadamente raro, “no existía la obligación de información, debiendo soportar el paciente el perjuicio causado”.

Por tanto, partiendo del hecho no controvertido, de que no existió el preceptivo consentimiento informado del paciente, queda por examinar si entre la operación quirúrgica con anestesia epidural efectuada al actor y el resultado dañoso producido existe una relación de causa a efecto. Y la respuesta es afirmativa, se

²⁶ STS de la Sala 3ª de 26 de mayo de 2015, Pte: Cordero Blas, Jesús



desprende de lo actuado en autos, la Administración ni siquiera discute que la lesión derivó de la intervención quirúrgica y de la previa administración de anestesia epidural, reconociendo expresamente su relación causal con aquella operación, aunque descartando la responsabilidad por entender no producida la infracción de la *lex artis*.

Y en lo referente a la **cuantía de la indemnización** que reclama la actora, por la infracción de la *lex artis* derivada de la falta de consentimiento, dentro del inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado “*pretium doloris*”²⁷, la Sala considera adecuado fijar la suma correspondiente en la cantidad de 300.000 euros. Se razona que dicho importe, **se atempera adecuadamente a las secuelas que el interesado padece**. Si embargo la indemnización procedente no se fijará en la cuantía solicitada por el recurrente en su demanda, al no acreditarse algunos de los conceptos que se incluían como secuelas indemnizables o no han sido ni siquiera mínimamente constatados, como el daño moral por la disfunción eréctil severa que dice padecer el recurrente y que perjudicaría moralmente a su esposa, o afectan a perjuicios padecidos por personas distintas del recurrente (sus padres, la propia esposa y su hijo), o, en fin, resultan una pura duplicación del daño moral derivado de la patología que padece el actor, como aquellos que se asocian a la imposibilidad de desarrollar actividades deportivas o su participación como miembro activo de una asociación de ayuda en carretera.

Los próximos dos casos estudiados sobre cirugía estética en los que, como opina **Arbesú González**²⁸, no cabe duda de que, de conformidad con el principio de reparación integral del daño, *restitutio in integrum*, el perjudicado ha de ser indemnizado de forma total y por tanto,

27 Castillo Martínez, Carolina del Carmen. (2018) El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación. Actualidad Civil. La concreción del *pretium doloris* constituye una tarea dificultosa y, a menudo, imprecisa, pues éstas y no otras son las condiciones que habitualmente plantea la determinación de la propia noción de daño moral. En la actualidad parece encontrar arraigo la idea de que el daño moral se encuentra representado por el sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden ocasionar determinadas conductas o actividades que implican una agresión directa a bienes integrantes de su acervo tanto material como de índole extrapatrimonial

28 Arbesú González, Vanesa. (2016) La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética. Dykinson.

la indemnización ha de extenderse a todos los daños (Art. 1106 CC). Por lo anterior, la indemnización comprende: *daño emergente* y *lucro cesante*, este último, siempre que conste acreditado y no sobre la base de simples hipótesis o presunciones. Dentro del daño emergente, tendremos que separar, a su vez, los daños materiales y los daños morales, y dentro de los primeros, se encuadran los daños patrimoniales y los daños corporales. Los daños de mayor complejidad en cuanto a su prueba, y consiguiente valoración son los morales. Y en el ámbito de la responsabilidad médica, la doctrina y la jurisprudencia siempre han comprendido que, ante la presencia de daños corporales, existen daños morales, también definidos como el *pretium doloris*. En esta línea, define **Llamas Pombo**²⁹ el daño moral como “*el irrogado al ser humano en sus valores más íntimos y personales, en la profundidad de la psique (de ahí el llamado pretium doloris): daño que afecta directa y contundentemente al espíritu*”.

En estos próximos asuntos analizamos, sobre intervenciones de cirugía estética en la que se mantiene, por el Tribunal Supremo, que en la cirugía satisfactiva la obligación del médico no es de resultados, este no está garantizado salvo que de las circunstancias concurrentes se deduzca que existió un aseguramiento del mismo al paciente, comparto la opinión mantenida por **Tapia Hermida**³⁰, expresada en los términos de considerar si se ha asegurado previamente un resultado, en ese supuesto concreto, se habla de una obligación de medios acentuada. Así en el asunto enjuiciado en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015**³¹, se desestima el recurso de casación formulado por el médico que intervino a la actora, Doña Rosa, que acudió a la clínica Dorsia con el propósito claro de conseguir una mejora de su imagen, a través de la cirugía estética (implantación de prótesis mamarias), sin que obtuviera ni en la primera ni en la segunda de las operaciones practicadas por el doctor Nicanor el resultado deseado.

29 Llamas Pombo, Eugenio. (1988) Responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. Trivium.

30 Tapia Hermida, Alberto J. (2019) La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. Acción Directa y Pérdida de oportunidad. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro.

31 STS de la Sala 1ª de 3 de febrero de 2015, Pte: Sejias Quintana, José Antonio

Ahora bien, sea cual fuera la equivocada consideración que la sentencia recurrida tiene sobre la obligación del médico (de medios o de resultados); lo cierto es que también imputa al facultativo la falta de información. Sobre, el cumplimiento de tal deber, señala, no ha sido escrupulosamente acreditado por la parte demandada en esta litis, máxime cuando como hubo de admitir el doctor Nicanor en el acto del juicio, existían distintas opciones y alternativas a la problemática, con pros y contras, sin que por los demandados hayan practicado la declaración del doctor recomendante de la intervención, que al parecer fue quien habría expuesto a la demandante la naturaleza, características, posibilidades, riesgos y consecuencias de los tratamientos existentes en el mercado a efectos de que diera cumplida explicación de lo acontecido en aquella primera consulta. Tales circunstancias determinan que, al doctor Nicanor le incumbía probar que cumplió su obligación de información, lo que no hizo, por lo que responde de los daños reclamados.

Esta falta de información que refiere la sentencia se pretende dejar sin efecto en el segundo motivo del recurso de casación, que se enuncia de la forma siguiente: “ **sobre la inversión de la carga de la prueba en sede de responsabilidad médica**”³². Pues bien, no siendo el recurso de casación el instrumento adecuado para cuestiones de prueba, lo cierto es que existe una imputación expresa de falta de información adecuada, y ésta no ha sido combatida en debida forma, con lo que la sentencia se mantiene, incluso en lo que se refiere a **la indemnización por todos los perjuicios ocasionados** puesto que el daño no es más que la concreción de una intervención innecesaria en principio aceptada por la paciente sin la información precisa de la misma. Así pues, en cuanto a los conceptos reclamados se estima procedente la indemnización concedida por la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de fecha 18 de junio de 2012: por el coste de la primera operación de estética finan-

ciada (4.652,88 euros) más el de la intervención reparadora (4.541,81 euros), en cuanto ambas han sido necesarias para obtener el resultado deseado por la demandante. No así los días de incapacidad temporal reclamados, por cuanto no son consecuencia de una situación sobrevenida, sino voluntariamente decidida y aceptada por la misma para embellecer su cuerpo.

Asimismo, ha lugar la indemnización por daño moral³³ reclamada por importe de 6.000 euros, por cuanto para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable ha de existir un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual (SS 23 de julio de 1990, 22 mayo 1995 y 27 septiembre 1999) y una situación de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, temor o presagio de incertidumbre (SS. 6 julio 1990 y 22 mayo 1995) cuya existencia en el caso presente no ofrece dudas a juicio del Tribunal, pues no son precisas pruebas de tipo objetivo (SS. 23 julio 1990 y 21 junio 1996) acerca de su concurrencia, pues la actora ha estado sometida a tratamiento médico a raíz de la situación de angustia producida por el doloroso proceso vivido, siendo que en el caso presente ese proceso se incardina en una situación de tal notoriedad, que conforme a la doctrina jurisprudencial existente al respecto, no exige una concreta actividad probatoria. Como consecuencia, la suma total de la cuantía de la indemnización asciende a 15.194,69 euros (4.652,88 + 6.000 + 4.541,81).

En un caso similar de cirugía estética, el **Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de mayo**

³³ Maciá Gómez, Ramón. (2010) La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Señala el autor al respecto que el daño moral suele tener, a diferencia del patrimonial, los siguientes elementos integradores, en conjunción o aisladamente: el sentimiento de depresión de la autoestima, los sentimientos de vergüenza, los sentimientos de culpabilidad, los sentimientos de pena, el complejo de inferioridad, la sensación duradera de inseguridad, el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el sentimiento de la privacidad violada, el sentimiento de incapacidad, subjetivo u objetivo, conductas compulsivas originadas con la ofensa, síndromes de ansiedad y/o ansioso-depresivos, alteraciones del sueño, consumo compulsivo o adicción a fármacos o drogas, la inseguridad o la incapacidad para intervenir o debatir sobre determinados aspectos, el deshonor, público o particular o el público desprestigio, el aminoramiento de la pública credibilidad, la disminución de la confianza externa, la limitación de las expectativas sociales ya adquiridas y, en general, todo aminoramiento, normalmente subjetivo, de la garantía personal ante terceros, concepto lindante con el de la heteroestima dañada.

³² Luna Yerga, Alvaro. (2003) Regulación de la carga de la prueba en la LEC. Indret: Revista para el Análisis del Derecho. Opina este autor que técnicamente, no significa que opere una inversión de la carga de la prueba, aunque el resultado material pueda resultar idéntico, sino que, se atribuye las consecuencias desfavorables de la falta de acreditación del hecho a la parte que, de conformidad con los principios de disponibilidad y facilidad probatoria podría haber aportado dicha prueba a un menor coste, es decir, el médico que debiendo aportar el historial clínico, no lo aporta, sufrirá la consecuencia negativa contraria al mismo mediante la prueba de presunciones al constituir un indicio de la veracidad de los hechos alegados por el demandante.

de 2014³⁴, desestima el recurso de casación interpuesto por los codemandados, que denuncian infracción de la doctrina sobre la responsabilidad civil médica (de medios o de resultados), considerando que sea cual fuera la consideración que la sentencia recurrida tiene sobre esta cuestión, lo importante es que, la actora se sometió a dos intervenciones de micro liposucción siendo **el resultado insatisfactorio**³⁵, así como que no se informó adecuadamente de la posibilidad de dicho resultado, produciéndose incumplimiento de la *lex artis* por falta de consentimiento informado.

En la sentencia apelada se establece el quantum indemnizatorio en la cantidad de 27.209,34 euros, por los conceptos de gastos médicos y farmacéuticos, gastos de desplazamiento y honorarios médicos. La Juzgadora de Primera Instancia rechaza el resto de la pretensión indemnizatoria (309.834,78 euros), considerando que la actora no solicita una indemnización por daño moral o por secuelas, sino que lo que realmente está solicitando es un lucro cesante que no acredita.

La Audiencia Provincial considera que el criterio seguido por la Juzgadora *a quo* es excesivamente restrictivo y reduccionista, lo que provoca una consecuencia indeseada: la insatisfacción del derecho de la demandante a ser debidamente **indemnizada por todos los daños y perjuicios sufridos**. Sentado lo anterior, no es ajena a la dificultad que entraña la determinación del importe de la indemnización por los conceptos de los daños estéticos, psicológicos y morales, al basarse la reclamación en criterios de carácter patrimonial. La expresada dificultad ha de ser salvada mediante una racional y ponderada utilización del mecanismo del **arbitrio judicial**³⁶, atendiendo a los perjuicios estéticos

34 STS de la Sala 1ª de 7 de mayo de 2014. Pte: Seijas Quintana, José Antonio

35 Arbesú González, Vanesa. (2016) La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética. Dykinson. Respecto al "resultado insatisfactorio" en un caso similar comenta la autora que, "por la redacción" parece que declara la responsabilidad sobre la base de la no obtención de un resultado en sí, cuando dicha responsabilidad descansa sobre la ausencia del consentimiento informado. La argumentación más clara consistiría, en nuestra opinión, en calificar dichos resultados de la intervención como los daños imprescindibles para decretar la responsabilidad del médico que si bien no tuvieron porqué deberse a una deficiente técnica operatoria, si son indemnizables por la omisión de la *lex artis*, en relación con el consentimiento informado.

36 Magro Servet, Vicente.(2018) ¿Es compatible la

que han quedado como secuelas, el padecimiento o sufrimiento psíquico por las posteriores intervenciones quirúrgicas practicadas con la finalidad de reparar o mitigar tales secuelas, y el trastorno psicológico que éstas han generado. Todo lo que lleva a establecer el importe de la indemnización por los referidos conceptos de daños estéticos, psicológicos y morales, en la cantidad global de sesenta mil euros (60.000). Ascendiendo el total de la indemnización, teniendo en cuenta lo concedido por la sentencia de instancia a 87.204, 34 euros.

Por el Tribunal Supremo se confirmó la indemnización concedida, considerando que, lo cierto es que se declara probado que **los resultados obtenidos** en las dos intervenciones quirúrgico-estéticas no fueron los ofrecidos por el médico ni los deseados por la paciente, la que no fue informada expresamente de esta eventualidad, siendo así que esta afirmación no ha sido combatida en el recurso. Como con reiteración ha dicho esta Sala, mencionándose en este trabajo, **el consentimiento informado** es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial. La información, por lo demás, es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial.

3.2.- CUANTIFICACION CON EL ALCANCE PROPIO DEL DAÑO MORAL

Es cierto, como dice Sardinero García³⁷ que esta postura, lo que hace es vincular la responsabilidad civil a la falta de consentimiento informado, rechazando la relación de causalidad entre esa infracción y las consecuencias del acto médico.

Esta teoría, puede parecer incoherente, pues exige que se produzca un daño y, sin embargo, no le importa que se acomode o no a la

indemnización de daños por lesiones psíquicas o psicológicas con el daño moral? Actualidad Civil. En opinión de este autor, la cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, "no patrimonial" frente al que solo cabe una "compensación" económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho.

37 Sardinero García, Carlos. (2016) Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal por Falta de Información en el Ámbito Clínico. Criterios Indemnizatorios. Tirant lo Blanch.

praxis médica. Para proceder a la reparación de un daño, parece necesario contemplar una relación de causalidad y, en este caso, únicamente se repara el daño moral por la omisión de información, sin que interese nada más, pues en esta teoría la falta de información no desempeña una virtualidad causal.

En estos términos el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de abril de 2018³⁸, al conocer el recurso de casación interpuesto por el paciente con fundamento, entre otros motivos en la indefensión ocasionada por no estar justificada la indemnización tan reducida que se determinó, fijada de forma arbitraria y calificándola como absurda, irrisoria o cicatera, consideró que aunque las lesiones producidas al recurrente no pueden imputarse al tratamiento médico recibido, plenamente conforme a la *lex artis*, se reconoce indemnización por el **daño moral derivado de las irregularidades en el consentimiento informado**, al no estar acreditada la información al paciente de los riesgos concretos que implicaban la operación, vinculando la cuantía indemnizatoria a la ausencia de consentimiento y reconociendo al recurrente una indemnización por daño moral de 10.000 euros.

Por la Sala de Instancia, tras las pruebas aportadas respecto a que la ausencia del consentimiento informado constituye un caso de mala praxis médica, se declara:

“(…) En efecto, examinado el expte. Administrativo, no consta un documento escrito de consentimiento informado específico para la cirugía realizada el 1 de julio de 2007 y para las posteriores cirugías urgentes. (…)

(…) En el presente caso, aunque hay ciertos indicios de que se produjo alguna información verbal (manifestación del neurocirujano e informe pericial de la actora), lo cierto es que no queda del todo claro su alcance, sobre todo en relación con los riesgos concretos de las intervenciones; no olvidemos que la primera era programada (…). En consecuencia, procede una indemnización por este concepto. Ello se traduce en un daño moral reparable económicamente (sent. Del T.S. de 22 de octubre de 2009, 29 de junio de 2010 y 24 de julio de 2012, entre otras). En cuanto a su fijación concreta, el Tribunal Supremo viene entendiendo que dada su difícil valoración, se ha de atender a todas las circunstancias concurrentes (días de hospitalización, entidad del riesgo materializado...).

Pues bien, en el presente caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, se considera una cantidad correcta la de 10.000 euros. De manera que el recurso se estima parcialmente.”

Por tanto, partiendo de la existencia de un consentimiento en base a una información previa “*que no queda del todo claro su alcance, sobre todo en relación con los riesgos concretos de las intervenciones*” concluye que existió esa omisión y, en pura técnica, afirma que existió mala praxis ad hoc en relación con dicha información. Y respecto a la vinculación de la indemnización a la ausencia del mencionado consentimiento informado, la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que “*No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.*”. Ahora bien, a los efectos de indemnización, esa misma jurisprudencia ha señalado que en tales supuestos, no procede la indemnización por el resultado del tratamiento, si este fue, como se ha concluido en el caso de autos, conforme a la “*lex artis*”, porque lo procedente en tales supuestos es, como acertadamente concluye la Sala de instancia, **la fijación de una indemnización sobre la base del daño moral** que se haya ocasionado, para lo cual se ha de atender a las circunstancias del caso; circunstancia que en el supuesto ahora enjuiciado no puede desconocer ni la situación del paciente, la necesidad de las intervenciones y la correcta actuación médica.

Es necesario dejar constancia de que, **la determinación de la indemnización por daño moral** que se fija en la sentencia de instancia con tales condicionantes no es revisable en casación, como regla general. Pero es que, además, es indudable que no puede el Tribunal Supremo por la vía del recurso de casación alterar dicha cuantificación, dado que lo pretendido en el recurso es que la indemnización se fije por la situación de gran invalidez en la que ha resultado del tratamiento con olvido de que, como se ha dicho, es esa una circunstancia no imputable a la asistencia sanitaria que le fue prestada.

Otro ejemplo lo encontramos en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2018**³⁹,

38 STS de la Sala 3ª de 24 de abril de 2018, Pte: Olea Godoy, Wenceslao Francisco

39 STS de la Sala 3ª de 9 de abril de 2018, Pte: Hertero Pina, Octavio Juan

que consideró que la intervención quirúrgica de rodilla mediante artroscopia se llevó a cabo con infracción de la *lex artis* por inexistencia de consentimiento informado, pero no por haberse llevado a cabo una operación que no estaba indicada y sin estudio preoperatorio adecuado. Así, respecto a la ausencia de consentimiento, afirma que es cierto que se firmó el consentimiento informado para la anestesia y que en diversos apartados de la historia clínica se recoge la existencia de información verbal al paciente sobre la intervención, pero también lo es que ello no resulta suficiente para suplir la omisión de la falta de firma del correspondiente consentimiento informado pues, al desconocerse cuáles fueron los términos precisos de esa eventual información verbal, se ignora asimismo si el paciente conocía con suficiente detalle no solo el procedimiento sino también las alternativas al mismo y sus riesgos complicaciones, y en especial los relacionados con su situación previa, así como las secuelas que pudieran derivarse de la intervención, que **no se llevó a cabo en una situación de urgencia** sino mediante una cirugía programada, de manera que no existía ningún peligro para la salud del paciente que obligase a intervenir sin que se hubiese firmado previamente el consentimiento informado.

Entra la Sala de Instancia en la determinación del importe de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la falta de información adecuada al paciente, pronunciándose en los términos de que la omisión o defectos sustanciales del consentimiento informado constituye vulneración de la “*lex artis*” y funcionamiento anormal del servicio público sanitario que produce **un daño moral económicamente indemnizable** al paciente, siendo la cuantificación de la reparación difícil de valorar por los Tribunales dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral, por lo que debe **ponderarse la cuantía a fijar de un modo estimativo** atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias que se aplican para para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, ya que los mismos abarcan la indemnización conjunta de los resultados materiales y del daño moral derivado de ellos, pero no prevén módulos exclusivamente indemnizatorios del daño moral que sean independientes del resultado material producido. En consecuencia, señala que, **aunque el mismo es asimilable al daño moral**, resulta procedente ponderar las

circunstancias del caso, atendiendo a la edad, las circunstancias personales y profesionales del paciente, así como la materialización de un riesgo conocido del que no fue informado, estableciendo una indemnización de 18.000 euros.

No conforme, el recurrente interpone recurso de casación para la unificación de doctrina invocando de contraste dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (que no constituyen jurisprudencia), desestimando el TS el mismo por cuanto concluye que en este caso, falta la justificación de las referidas identidades de hechos, fundamentos y pretensiones, aspectos sobre cuya concurrencia se limita a formular genéricas alegaciones, sin tener en cuenta que, cuando se invoca la infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria, ya se trate de la técnica o medios empleados y su aplicación o del alcance y contenido del consentimiento informado, la valoración de la actuación médica guarda inexorable relación con el tipo de padecimiento que presenta el paciente, el momento y circunstancias en que se recaba y presta la atención, las exploraciones, pruebas y medios que resultan procedentes para efectuar el correspondiente diagnóstico, la valoración de las opciones de tratamiento y demás circunstancias particulares del caso que inciden en la prestación sanitaria, de manera que la falta de una relación suficientemente precisa de esas circunstancias del caso, impide apreciar la identidad exigida legalmente para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. Por lo tanto, como hemos mencionado, no ajustado el recurso a las previsiones legales y criterios jurisprudenciales, se acuerda su desestimación.

En este caso analizado, el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de marzo de 2016⁴⁰, desestima el recurso de casación interpuesto por D^a Angeles, confirmándose la cuantía de la indemnización fijada por la Sala de instancia, de 18.000 euros, en concepto de responsabilidad de la Administración sanitaria, pues aun cuando la lesión misma no es indemnizable debido a la no vulneración de la *lex artis*, sin embargo la **inexistencia del preceptivo consentimiento informado** para la infiltración epidural lumbar, que desembocó, tras varios ingresos hospitalarios, en una situación de incapacidad absoluta para cualquier tipo de actividad, llevó a la Sala de instancia a admitir parcialmente el recurso y conceder la cuantía indemnizatoria recurrida. Es criterio jurisprudencial constante del Tribunal Supremo, que la determinación del monto

40 STS de la Sala 3^a de 15 de marzo de 2016, Pte: Díez-Picazo Giménez, Luis María

de la indemnización en los supuestos de responsabilidad patrimonial no es susceptible de revisión en sede casacional.

La sentencia impugnada, llega a la conclusión de que la lesión sufrida es efectivamente consecuencia de la infiltración epidural lumbar, pero deduce también que, no cabe afirmar que la infiltración epidural lumbar se practicase separándose de las pautas científicas y técnicas válidas en esa materia, ni que la atención médica recibida en los distintos centros hospitalarios fuera incorrecta, en suma, asevera que, si bien existe nexo causal entre la atención sanitaria y la lesión, no hubo vulneración de la *lex artis*. Sin embargo, también concluye, que la infiltración epidural lumbar, se practicó sin el preceptivo

consentimiento informado y, por tanto, esta omisión es constitutiva por sí sola **de un daño moral, que debe ser indemnizado aun cuando la lesión misma no sea indemnizable**. También indica, que la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en estos supuestos no puede extenderse al reconocimiento de una indemnización económica de idéntica cuantía que la que se hubiera reconocido caso de haberse apreciado mala praxis médica y ello por cuanto que, en ambos supuestos, el contenido de la indemnización tiene un contenido resarcitorio distinto, pues en el primero de ellos la misma abarca a los daños físicos, lesiones y secuelas derivadas de la intervención médica en directa relación de causalidad con aquélla, mientras que, acreditada la mala praxis “ad hoc”, en



que consiste la falta de tal consentimiento informado, el contenido de la indemnización se extiende tan sólo a los daños morales, pues resulta contrario al principio de causalidad, que preside el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la indemnización de unos daños que no se han producido por aquella causa, por lo que la misma deberá constreñirse exclusivamente a la indemnización por daños morales.

Por ello, en el presente caso, tomando en consideración la entidad de la información omitida, así como la acreditada procedencia y conveniencia de las infiltraciones realizadas, se estima procedente conceder, **en concepto de daños morales, la cantidad prudencial**, ya actualizada a la fecha de la presente sentencia, de 18.000 euros.

Mediante el recurso de casación, la recurrente tenía por objeto combatir la cuantía de la indemnización otorgada, que considera injustificadamente inapropiada e insuficiente. Afirma no desconocer que “la cuantificación de la indemnización es una cuestión cuya determinación le corresponde al tribunal de instancia”, pero añade, que “es revisable en casación el quantum indemnizatorio fijado por el tribunal de instancia cuando el mismo ha sufrido un ostensible y manifiesto error en la determinación de la indemnización”. El error ostensible y manifiesto procedería, según la recurrente, de la desproporción entre las consecuencias de la infiltración epidural lumbar y la cuantía de la indemnización otorgada. Sin embargo, es criterio jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que la determinación del monto de la indemnización en estos supuestos no es susceptible de revisión en sede casacional, fundamentalmente por tratarse de una cuestión atinente a la valoración de los hechos. Siendo el único daño que se estima indemnizable por la sentencia impugnada, la falta del preceptivo consentimiento informado, hay que hacer abstracción de la gravedad de la lesión sufrida, que no pueden ser tomada en consideración a efectos indemnizatorios.

En este caso el **Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de junio de 2014**⁴¹ inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D^a Eloísa frente a la Sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana. Por la Sala a quo se considera la existencia de daños y perjuicios por la actuación

negligente por parte del hospital clínico universitario, pues quedó **acreditado que la paciente no fue informada de las consecuencias y complicaciones** que podía derivarse de la práctica de la embolización pulmonar y concede indemnización por esa falta de consentimiento informado, sin embargo no se aprecia mala praxis médica a la vista de la totalidad de los informes aportados y sin haber sido practicada prueba pericial judicial alguna, pues la complicación sufrida por la paciente es considerada como una de las posibles de la práctica de dicha prueba, aunque poco frecuente. Igualmente, **aprecia inexistencia de urgencia vital** que hubiera permitido exonerar a los facultativos de facilitar a la paciente dicha información puesto que, la paciente pasó a la UCI para ser controlada, antes de realizarle dicha prueba presentando un buen estado físico y no estando inconsciente, de modo que, aunque la prueba se realizó en horas, no consta que la paciente estuviera impedida o incapacitada para prestar su consentimiento a la realización de la prueba. Y concede, por ello, una indemnización por importe de 6.000 euros, siguiendo la doctrina sentada por esta misma Sala para indemnizar supuestos similares de **falta de consentimiento informado** y tomando en consideración las circunstancias del caso concreto.

El Supremo inadmite el Recurso de Casación para unificación de doctrina por distinta valoración de los hechos y falta de contradicción entre la sentencia recurrida y las citadas de contraste. Entiende que, la diferencia, que no contradicción, entre la sentencia recurrida y las de contraste, radica en el distinto importe de la indemnización que fijan para reparar el daño moral causado como consecuencia de la falta de consentimiento informado; y ello sin embargo, no es bastante para tener por existente aquel presupuesto procesal de fallos contradictorios ante supuestos o litigios sustancialmente iguales.

Y en fin, porque **la cuantificación de aquel daño moral** depende muy mucho, de la distinta valoración de los hechos realizada por los órganos judiciales, de las singulares circunstancias de cada caso concreto, implicando o constituyendo **una labor o reflexión intelectual en la que predomina un juicio subjetivo de ponderación**, difícilmente sujeto a reglas que permitan alcanzar aquella finalidad de reducir a la unidad, de unificar, que es propia de la modalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Respecto al próximo caso analizado, de

41 STS de la Sala 3^a de 30 de junio de 2014, Pte:

Menéndez Pérez, Segundo

acciones de wrongful bith, parece claro que la tendencia jurisprudencial es acorde con la postura manifestada por la doctrina mayoritaria de rechazar la calificación de daño o perjuicio el nacimiento de un hijo, aunque con algunas excepciones que otorgan la indemnización al niño. Y aunque nos encontramos con una postura que asociada el daño a la infracción del derecho de información, dando lugar a resoluciones que reconocen el daño con la imposibilidad de abortar, en la actualidad las resoluciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo, cada vez más consolidadas, son partidarias de reforzar la idea del **daño como infracción del derecho de autodeterminación** de la gestante, lo que, sin duda plantea menos conflictos jurídicos, al ser irrelevante saber qué decisión hubiese adoptado la madre, tomando en consideración únicamente la lesión al derecho de autodeterminación, exteriorizada en la facultad de tomar una decisión informada conforme con los intereses personales y familiares⁴².

Por su parte, en este concreto asunto al que hemos hecho referencia, **el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de Mayo de 2015**⁴³, declara haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia del TSJ Cataluña, que denegó la reclamación por responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento irregular del servicio médico, señalando que resulta acreditada la negligencia en la prestación del servicio sanitario por ausencia de colación o inserción deficiente del anticonceptivo (Implanon), que derivó en un embarazo no deseado, concediendo una indemnización por gastos médicos y daño moral consistente en la **lesión de la facultad de autodeterminación** que provocó el inadecuado acto médico, por importe de 80.000 euros. Tanto sede administrativa como jurisdiccional, la demandante defiende además que **no consta el consentimiento informado previo a la implantación del producto**.

Respecto a la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica, constituye jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de

distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, se ha señalado que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales

“ puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido “, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

La prueba practicada en las actuaciones no permite afirmar con absoluta certeza que el Implanon fuera efectivamente colocado a la Sra. Delia, o que fuera insertado debidamente (por vía subdérmica o justo bajo la piel), o demasiado profundamente (a causa de una inserción intramuscular o en la fascia) provocando su migración. Ni siquiera es completamente descartable que el embarazo tuviera su causa en una ineficacia del producto (improbable, pero que no puede excluirse absolutamente) o en una retirada o extracción del mismo. Lo único que puede afirmarse con seguridad es que los servicios médicos extendieron un parte de asistencia en el que se señala que el anticonceptivo se implantó *“sin incidencias”* y que algo más de tres meses después se detectó el embarazo. Constatada de este modo la relación de causalidad entre el funcionamiento anormal del servicio y el embarazo no deseado, resta por determinar la cuantía de la indemnización que resulta procedente, para lo cual es necesario partir de la doctrina de este Tribunal en relación con el carácter resarcible del daño consistente en el embarazo no deseado, ya que, esta Sala ha declarado en ocasiones anteriores que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, *“ pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth “*, ya que *“ no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida “*.

Ahora bien, estos principios deben matizarse en los casos en los que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre habría querido evitar y que no pudo hacerlo como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios sanitarios. En estos supuestos, la doctrina básica afirma lo siguiente: *“(…)Esta Sala ha considerado que el concepto*

42 Sánchez González, Margarita. (2018) El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por wrongful birth. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid.

43 STS de la Sala 3ª de 19 de mayo de 2015, Pte: Cudero Blas, Jesús

de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre(...) Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurren los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. [...]».

Trasladando la doctrina expuesta al supuesto ahora analizado, es claro que no resulta propiamente indemnizable el embarazo mismo, pero sí la lesión de la facultad de autodeterminación que el inadecuado acto médico provocó, al igual que los gastos (por pruebas médicas) ligados a la determinación de la presencia del Implanon tras constatar el estado de gestación y, sin embargo no resultan indemnizables los gastos por alimentos del nuevo hijo que también se reclaman ya que, no han sido mínimamente acreditados. Ante estas circunstancias, en ausencia de todo criterio orientativo de carácter objetivo que permita cuantificarlo, procede fijar prudencialmente su resarcimiento económico, como ya comentamos, en la suma actualizada de 80.000 euros.

3.3.- CUANTIFICACION POR APLICACIÓN DE LA TEORIA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD

Entre los distintos problemas que se suscitan en materia de causalidad, quizás el más relevante sea en la actualidad, el relativo al resarcimiento de la pérdida de oportunidad. Es destacable, como comenta **Tapia Hermida**⁴⁴, que la jurisprudencia contencioso-administrativa aplique esta doctrina jurisprudencial de oficio aun cuando no se mencione explícitamente por el demandante como así lo expresa la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012**⁴⁵.

Esta doctrina se ha creado para que el paciente dañado se asegure la indemnización y por tanto evitar la impunidad del profesional médico en aquellos supuestos donde la incer-

tidumbre probatoria sobre la relación de causalidad no permite aplicar la teoría clásica de la imputación culpabilística de la responsabilidad sobre la base de la quiebra de la *lex artis* “ad hoc”, dando por supuesta una relación de causalidad; ni el recurso a la imputación objetiva; ni tampoco la compensación de culpas.

Como dice **Sardinero García**⁴⁶ “El concepto de pérdida de oportunidad atiende a una regla de responsabilidad proporcional e hipotética; se reconoce una indemnización a favor de la víctima o perjudicado de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre, que se determina en atención a la probabilidad de que el agente dañoso, no fuera, en realidad, el causante del resultado lesivo. En sentido contrario también se puede determinar en función de las posibilidades hipotéticas que tenía el paciente de haber adecuado el médico su conducta a la diligencia que exigía la naturaleza de su obligación.”

Siguiendo esta doctrina, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016**⁴⁷, desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandante al considerar que la praxis de la intervención quirúrgica fue adecuada y aunque **no se informó al paciente de forma suficiente sobre el riesgo inherente a la intervención**, para conseguir su oportuno consentimiento, no es equiparable a un supuesto de mala práctica médica. Al fijar la indemnización, determinada por el juzgado de primera instancia, que ascendió al importe de 60.101,21 euros, se evalúa la gravedad de la enfermedad, la evolución natural que hubiese tenido, la necesidad de la intervención y su novedad, sus riesgos, entidad de los que se han producido y estado previo, teniendo en cuenta que la lesión ya existía, con evolución desfavorable y que el daño consiste en que con la operación la evolución se acel-

de la verdadera patología que le afectaba y, consecuentemente a un tratamiento adecuado a la misma. (...) En el presente caso, la privación de expectativas no puede reputarse total sino que evidentemente existió un lapso temporal inicial en el que el diagnóstico renal era adecuado a la sintomatología de dolor lumbar que presentaba, pero que al no mejorar debió haberse contrastado y sometido a consideración, por lo que procede reconocer la cantidad global de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 EUROS) que se considera actualizada a fecha de la sentencia”.

44 Tapia Hermida, Alberto J. (2019) La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. Acción Directa y Pérdida de oportunidad. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro.

45 STS de la Sala 3ª de 2 de enero de 2012, Pte: Lecumberri Martí, Enrique: “No obsta a la aplicación de esta doctrina el hecho de que no se mencionara de forma expresa por la parte recurrente en su demanda inicial, puesto que se deduce claramente que el fundamento de su pretensión iba dirigida a un diagnóstico más temprano

46 Sardinero García, Carlos. (2016) Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal por Falta de Información en el Ámbito Clínico. Criterios Indemnizatorios. Tirant lo Blanch.

47 STS de la Sala 1ª de 8 de abril de 2016, Pte: Baena Ruiz, Eduardo.

eró de forma casi inmediata en lugar de ralentizarse, siendo por tanto, evidente que se ha causado un daño corporal por materializarse la agravación de la tetraplejía que sufría, un daño moral por falta de información y una pérdida de oportunidad.

Son hechos probados que, el actor sufrió un traumatismo cráneo-cervical por golpearse en la cabeza al lanzarse al mar y transcurridos más de 3 meses, el diagnóstico definitivo era de tetraplejía completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, por lo que el paciente sufriría de por vida una incapacidad. Ante esta situación, el facultativo, con el fin de garantizar la estabilización y ralentizar al máximo la degeneración, propuso la colocación de un rectángulo de Hartschill mediante una operación quirúrgica. Sin embargo, no informó al paciente de la gravedad de esta intervención, ni de sus riesgos ni de las posibilidades alternativas y, no se dieron por tanto los mínimos requisitos del consentimiento informado, y tras la intervención se agravó su situación.

Para la adecuada decisión el Tribunal Supremo tuvo en cuenta, al igual que la Audiencia Provincial de Barcelona, que no se pone en tela de juicio más que el quantum indemnizatorio derivado de la responsabilidad civil del facultativo, que reside únicamente en la falta adecuada de información sobre los riesgos de la intervención, que esta era paliativa y de conservación del estado del paciente, pero en todo caso no era de urgencia sino programada, y que sin embargo **se le privó de la oportunidad de valorarlos, de decidir con libertad y conocimiento de causa si consentía aquella**. Está claro que la ausencia de información, en conjunción con la clase de intervención, provoca que la incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente sea más débil que si la finalidad de la intervención hubiese sido curativa de la tetraplejía que ya padecía.

Se ha de tener en cuenta, además, que la sentencia recurrida sopesa que la intervención ha acelerado una agravación de la invalidez, pero sin olvidar que la indemnización postulada no puede extenderse a la totalidad del daño padecido de quien ya se encontraba inválido de ambas piernas. Por tanto, lo que se indemniza, dentro de la incertidumbre causal a que se ha hecho mención, en íntima relación con la autonomía de la voluntad, es la agravación de la invalidez del paciente, que ya padecía, ponderando que era previsible que se agravase más adelante en atención a la evolución de ese tipo

de lesiones.

La finalidad, según el factum de las instancias, era garantizar la estabilización y ralentizar al máximo la degeneración y minimizarla, con lo que el beneficio era indudable si el éxito acompañaba a la intervención. La técnica elegida, era novedosa, pero, según el médico forense, cualquiera que fuese la técnica por la que se optase era compleja y con riesgos a ponderar por el beneficio perseguido.

Si la evolución de la lesión secular que padecía culminaría con la invalidez que ahora tiene, y la intervención iba destinada a ralentizar esa evolución y a minimizarla, es razonable que, en principio, se asumiese el riesgo, pero también lo es que, al no informarse de ello al paciente, nos encontramos en **esa franja intermedia de incertidumbre causal que debe ser merecedora de indemnización por privarse al lesionado de autonomía de voluntad para decidir**. Ahora bien, sin perder de perspectiva, como ya se ha razonado, que la lesión ya existía, por imprudencia del recurrente, que la lesión era grave y con evolución desfavorable, el daño indemnizable, puesto en relación con la mencionada ausencia de autonomía de voluntad, consiste, pues, en que la evolución de la lesión, que se quiso ralentizar y minimizar a causa de la operación quirúrgica, se aceleró de forma casi inmediata. Se apoya la Sala, a la hora de identificar y cuantificar el daño, **en la teoría de la pérdida de oportunidad** al tipo cirugía practicada y a la patología que padecía el actor y resto de circunstancias concurrentes.

No cabe duda de que ha existido un daño corporal, la agravación de la invalidez que presumiblemente se alcanzaría más adelante y que la operación pretendía precisamente retrasar y aminorar. Tampoco existe duda del daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, ya que lo que parecía una intervención paliativa y conservativa rápida, desencadenó una notable agravación de su ya delicada situación causada por la tetraplejía que sufría, con el impacto psicológico fácilmente comprensible.

Pero en atención a lo ya razonado, está claro que también supuso una pérdida de oportunidad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes.

En este próximo caso el Tribunal Supremo

en Sentencia de 9 de junio de 2015,⁴⁸ desestimó los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, condenando a la aseguradora al abono de 79.521,67 euros (50% de lo reclamado) por las secuelas (alteración global de mama derecha, síndrome depresivo, perjuicio sexual, alteración neurológica sensitiva, perjuicio estético) causadas a la actora, que se encuentra en situación de invalidez permanente total, ante la inexistencia de consentimiento informado. Así la paciente se encontraba desde el año 2001 en lista de espera para una intervención quirúrgica de reducción mamaria y tras ser derivada por el sistema público fue intervenida en 2006 en una clínica privada donde el doctor que la intervino tenía concertada póliza de seguro de responsabilidad. La Sentencia de primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Zaragoza, estimó en parte el

Recurso de Apelación interpuesto condenando a la aseguradora a pagar 79.521,67 € e intereses del Art. 20 LCS.

Dentro de la motivación de la sentencia recurrida y a la vista de la documental, se concluye que no hubo consentimiento informado, porque: aunque en la historia clínica del cirujano consta que lo hubo, pero en esas circunstancias no se puede valorar su contenido, es decir, no se puede concluir que la actora fuera informada ni aceptara riesgos, inconvenientes o repercusiones negativas. Además, en el mismo informe médico de la demandada se desprende que el riesgo de la evolución posterior, separación de suturas en la aréola, debía ser informado por cuanto es una complicación, así como, en el informe del médico forense consta que “*en este tipo de intervención existe un riesgo estadístico ineludible de necrosis grasa y de infección*”.

48 STS de la Sala 1ª de 9 de junio de 2015, Pte: Baena Ruiz, Eduardo

Es doctrina reiterada de la Sala, que la exi-



gencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor “*ad probationem*”, garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos de la misma.

Tal doctrina es aplicada por la sentencia recurrida cuya “*ratio decidendi*” no se circunscribe a la ausencia de constancia escrita de la información, sino a no estimarse acreditado que la recibiese la paciente en condiciones de tener una cabal comprensión de los riesgos que conllevaba la intervención, debiendo soportar el médico la carga de que la proporcionó a aquella con las explicaciones precisas para que comprendiese su alcance y consentir con conocimiento de causa.

Ante la inexistencia de consentimiento informado se estima, por la Audiencia Provincial de Zaragoza parcialmente la demanda con reducción de la indemnización solicitada, en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidades. En general, en los supuestos de ausencia de consentimiento no se indemniza los perjuicios físicos causados, sino la pérdida de oportunidad porque el paciente no pudo valorar los riesgos y optar entre ser intervenido o desistir de ello, llevando a cabo la cuantificación mediante una fracción del daño producido en función de las circunstancias concurrentes.

En este caso, se trata de una cirugía con finalidad paliativa y estética. No se propuso el interrogatorio de la actora que pudiera haber clarificado sus intenciones y expectativas, y, ante la incertidumbre de lo que pudiera haber ocurrido si se hubiera informado, procede indemnizar en el 50% de lo que hubiera correspondido por una mala praxis médica acreditada.

IV.- CONCLUSIONES

-La finalidad de la información en el sector sanitario es la de proporcionar al paciente el derecho a decidir libremente sobre cualquier actuación que se produzca en su salud, con el objetivo prioritario de que tome la decisión más acorde a sus intereses. Por ello ha de ser objetiva, veraz y completa para la prestación de un consentimiento libre y voluntario.

El consentimiento informado es presupues-

to y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación sanitaria.

-El daño que fundamenta la responsabilidad civil es el resultante de haberse omitido la información previa y debida con anterioridad a la firma del consentimiento.

¿Es necesario con carácter prioritario la regulación de un Baremo de Daños Sanitarios? Los daños ocasionados de la actuación médica deberán ser cuantificados conforme al sistema de valoración regulado en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, el cual sirve como referencia con ocasión de los daños y perjuicios derivados de la actividad médica. El daño ocasionado es el mismo, con independencia de que se utilicen porcentajes al alza o baja, en cada situación concreta enjuiciada.

El quantum indemnizatorio queda en la prudencia, arbitrio y moderación del juez produciéndose una gran incertidumbre jurídica y en ciertos casos un gran desequilibrio para el paciente que reclama daños originados por la actuación médica.

-La medicina es una ciencia inexacta siendo la obligación del médico de medios no de resultados, es decir, que se obligan no a curar sino a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera y resultan necesarios en consonancia con el estado de la ciencia y la denomina “*Lex artis ad hoc*”.

El médico se encuentra sujeto a una responsabilidad subjetiva o por culpa o negligencia, regulado en el Artículo 1101 y 1902 del Código Civil y por tanto, no se le puede exigir una responsabilidad objetiva.

En tanto que obligación de medios, la prueba de que la actuación médica no se ajustó a la *lex artis ad hoc* incumbe a quién la alega, conforme a lo dispuesto en el Art. 217 de la LEC sin embargo esta carga ha de entenderse matizada con arreglo a los principios de facilidad o disponibilidad probatoria, dado que el paciente, en muchos casos, no está en condiciones de aportarla.

-La pérdida de oportunidad ha sido creada para indemnizar el error en el diagnóstico y la falta de información.

-La cuantificación del daño, por omisión o deficiencias en el consentimiento informado, puede ser abordada de muy diversas formas, sin que exista un *numerus clausus* que resuelva

la cuestión.

V.- BIBLIOGRAFIA

Adan Domenech, Federico. (2018) Responsabilidad sanitaria y consentimiento informado. Wolters Kluwer.

Arbesú González, Vanesa. (2016) La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética. Dykinson.

Cantero Martínez, Josefa. (2005) Autonomía del Paciente: del Consentimiento Informado al Testamento Vital. Edisofer S.L.

Castillo Martínez, Carolina del Carmen. (2018) El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación. Actualidad Civil.

García Garnica, M^a Carmen. (2006) La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial. En A. Orti Vallejo (coord.). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Thomson Reuters Aranzadi.

Garrido Jiménez, José Manuel. (2010) Análisis causal del acto médico y su importancia en el consentimiento informado. Dykinson

Llamas Pombo, Eugenio. (1988) Responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. Trivium.

López y García de la Serrana, Javier. (2011) La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica. *Economist & Jurist*.

López y García de la Serrana, Javier. (2018) Responsabilidad Profesional en el ámbito sanitario: La valoración y cuantificación del daño. Síntesis y análisis de casos prácticos. Master Propio en Responsabilidad Civil 6^a Ed de la Escuela de Estudios y Prácticas Jurídicas de Granada.

Luna Yerga, Alvaro. (2003) Regulación de la carga de la prueba en la LEC. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*.

Maciá Gómez, Ramón. (2010) La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*.

Magro Servet, Vicente. (2018) ¿Es compatible la indemnización de daños por lesiones psíquicas o psicológicas con el daño moral? *Actualidad Civil*.

Pasquau Liaño, Miguel. (2012) Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio. Ponencias sobre Responsabilidad Civil y Derecho de la Circulación. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. *Sepin*.

Sánchez González, Margarita. (2018) El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por wrongful birth. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*.

Sangüesa Cabezudo, Ana María. (2012) Autonomía del paciente. Consentimiento informado. *Lefebvre*.

Sardinero García, Carlos. (2016) Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal por Falta de Información en el Ámbito Clínico. Criterios Indemnizatorios. *Tirant lo Blanch*.

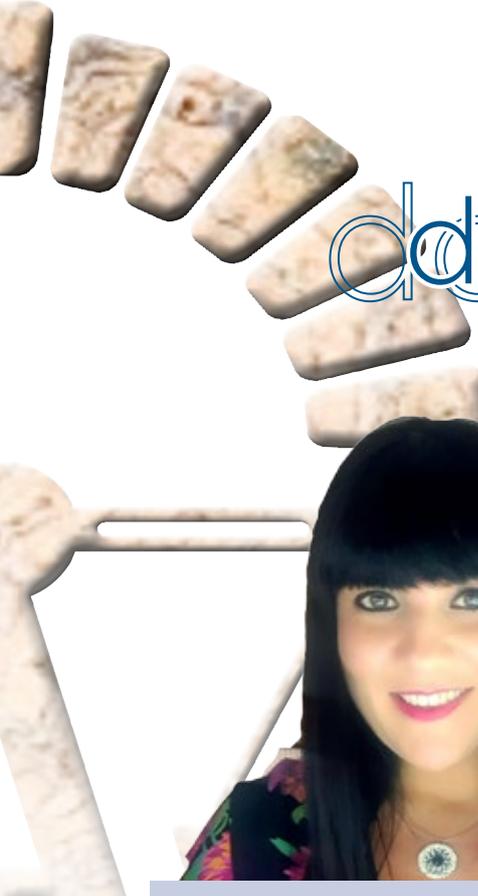
Seuba Torreblanca, Joan C. y Ramos González, Sonia. (2003) Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. *Indret: Revista para el Análisis del derecho*.

Tapia Hermida, Alberto J. (2019) La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. *Acción Directa y Pérdida de oportunidad. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*.

Vázquez López, J. Enrique. (2010) La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). *Cuadernos de Medicina Forense*.

Vicandi Martínez, Arantzazu. (2018) Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Artículo cuarto. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disposición final segunda. Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Dykinson, S.L.*

Vicandi Martínez, Arantzazu. (2012) El derecho a la información. Un campo de batalla entre la medicina y el derecho. *DS: Derecho y salud*.



doctrina

Responsabilidad Civil por los hechos dañosos cometidos por los menores en las redes sociales



Nuria Valdes Antón
Abogada

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN

II.- GLOSARIO PALABRAS CLAVES

III.- MARCO NORMATIVO

IV.- SUJETOS RESPONSABLES

4.1.- RESPONSABILIDAD CIVIL PROGENITORES

4.2.- RESPONSABILIDAD CIVIL CENTRO ESCOLAR

4.3.- RESPONSABILIDAD CIVIL ENTIDAD ASEGURADORA

V.- ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

VI.- LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA

6.1.- APLICACIÓN BAREMO

6.2.- DAÑO MORAL

VII.- CONCLUSIONES

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCIÓN

Es del todo sabido que, nos encontramos ante una nueva realidad social, en el que <<la era digital>> se ha instaurado en nuestras vidas, de una forma impensable hace veinte años. Hasta el punto que, gran parte de nuestra actividad (profesional o privada) tiene lugar en la red.

Así es, el progreso tecnológico ha generado un crecimiento en el uso de las nuevas tecnologías. Constituyendo, el acceso a Internet y el uso de las redes sociales, herramientas, útiles y necesarias, ya no solo para trabajar, sino hasta para relacionarnos.

Por lo que, esta intensidad en la tecnología, ha supuesto la creación de nuevos dispositivos y aparatos electrónicos, tales como <<Smartphone, Tablets, Ipads, videoconsolas, portátiles, relojes de pulsera inteligentes, dispositivos manos libres controlados por voz, principalmente, así como, la aparición de las redes sociales: Facebook, Instagram, Twitter, Tuenti, entre otras.

En definitiva, nuevas tecnologías que han cambiado, incluso, nuestra forma de comunicarnos. Ahora, no importa la distancia y gana protagonismo la inmediatez.

Hasta nuestros propios hábitos se han visto alterados por esta nueva era digital, que está forjando nuevas conductas adictivas, al hacernos cada vez más dependientes y menos conscientes del impacto que tiene la tecnología en nuestras vidas.

Creando, en consecuencia, una sociedad que tiende, al individualismo y en la que sus depósitos de empatía se encuentran bajo mínimos.

Atrás queda, la forma tradicional de comunicarnos, y hasta de cometer delitos, pues ahora, existe una tendencia generalizada de ejecutar los mismos, a través de diversas aplicaciones de mensajería instantánea,¹ o bien, a través de las redes sociales: Facebook, Instagram, Tuenti, Twitter, YouTube.

Configurándose así, una nueva problemática en nuestro contexto sociocultural que afecta, directamente, a los niños y adolescentes, pues se les está facilitando de herramientas digitales,

¹ Siendo la aplicación WhatsApp la más conocida y utilizada

sin previamente, ofrecerles una educación basada en un uso adecuado y responsable que les permita conocer, el efecto negativo de sus actos en la red, privándoles, en consecuencia, de información valiosa que les ayudaría a enfrentarse o a evitar los riesgos a los que se encuentran expuestos en Internet.

Por tanto, tal y como se está enfocando este progreso tecnológico respecto a los menores y adolescentes, conlleva que sean víctimas, especialmente, vulnerables de crear o sufrir, situaciones desagradables que, llegan a desembocar en un acoso constante en la red, en el que los comentarios cargados de odio, las ofensas y amenazas, se convierten en una constante en su infancia, que dada su limitada capacidad de respuesta, hace que lamentablemente, se vean desbordados por dichas situaciones.²

Realidad preocupante que, ha sido el motivo principal que ha despertado la finalidad del presente trabajo, pues a través del mismo, trataré de poner en relieve los posibles efectos que pueden generar los actos realizados por los menores de edad y adolescentes debido a un mal uso en las redes sociales, así como conocer los nuevos términos, requisitos y notas características que permitan delimitar el hecho dañoso, o bien el ilícito penal cometido, así como conocer los sujetos responsables, sus posibles daños, y la cuantificación de los mismos.

Enfoque del trabajo, que debo agradecer a mi tutora, M^a Carmen García Garnica, pues con sus consideraciones me ha permitido centrar mi idea en un solo camino determinante para adentrarme en, el fascinante y complejo, mundo del comportamiento inadecuado que llevan a término los menores de edad en las redes sociales.

Asimismo, quiero destacar las clases que ha impartido en el Máster, pues tiene una capacidad especial para transmitir las ideas, desde la sensatez y la dulzura que le caracteriza. Sabe despertar las ganas, por indagar y conocer, más la materia que está impartiendo. Hasta el extremo que, es capaz de conseguir que, una clase intensa parezca corta, sin olvidar,

² Save The Children. (2019). SASTRE. ANA. Informe sobre "Violencia Viral, análisis de la violencia contra la infancia y la adolescencia en el entorno digital" Se afirma que. <<Un gran número de niños y niñas sufren en silencio abusos, acoso, insultos e incluso, humillaciones a través de las nuevas tecnologías">

su cercanía y atención, a todos los alumnos, siempre dispuesta a ayudar al otro.

Es una suerte haberla conocido y, mucho más, haber podido participar en sus clases, aunque haya sido en la distancia, no ha sido inconveniente para disfrutar de su contenido.

Estoy muy, contenta y agradecida, por la atención recibida tanto por mi tutora M^a Carmen como por todos los integrantes que, impulsan este Máster tan necesario, hoy en día, pues a pesar de que, la materia tratada, resulta compleja a la hora de explicar y razonar, tienen la capacidad de transmitir los conocimientos de una forma que parece sencilla y hasta despiertan la alegría por aprender más.

II.- GLOSARIO PALABRAS CLAVES

En primer lugar, y antes de entrar en el fondo del asunto, considero acertado conocer, de una forma clara y concisa, la definición de determinados términos esenciales que se van a emplear a lo largo del presente estudio, pues hay que tener en cuenta que, el conocimiento de tales conceptos, en la práctica jurídica, nos va a permitir calificar y encuadrar correctamente los mismos, así como sus posibles consecuencias.

En efecto, la práctica nos enseña que, comprender los conceptos y requisitos requeridos, presenta decisiva importancia, ya no sólo para el éxito de la posible acción judicial que se interponga, sino para conocer, adecuadamente, si determinadas conductas

realizadas por menores de edad en las redes sociales, otorgan o no, la posibilidad de exigir responsabilidad civil, o bien, se pueden encuadrar en algún ilícito penal.

Especialmente, cuando los letrados, en nuestros escritos, debemos relatar los hechos, con suma cautela, identificando el origen, la causa y el daño, de ahí, la importancia de asimilar muy bien los distintos términos.

Además, a través de este glosario, podremos conocer los requisitos requeridos por la doctrina y jurisprudencia, al destacarse las notas fundamentales que, nos van a permitir diferenciar y delimitar, entre un comportamiento u otro.

Por ello, a continuación, y dado que el ciberespacio, tiende a generar situaciones de acoso hacia menores de edad que, a su vez, se encuentran inmersos en situaciones de acoso escolar, considero acertado, empezar, en primer orden, por el concepto de acoso escolar.

Para ello, lo más conveniente, es partir, en primer lugar, de la definición otorgada desde de la perspectiva académica y, seguidamente, exponer la definición jurídica ofrecida por nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

Por tanto, desde la perspectiva académica, resulta acertado subrayar la definición de acoso escolar que estableció el psicólogo OLVUES³,

³ Véase. Pérez Vallejo, Ana María- Pérez Ferrer, Fátima.



en particular, determinó que se trataba de <<una conducta de persecución física y/o psicológica que realiza un alumno/a contra otro u otra, al que elige como víctimas de varios ataques en el que sitúa a la víctima en posiciones de la que difícilmente pueden salir por sus propios medios>>. ⁴

Además, puntualizó que, existían dos tipos de acoso, es decir, calificó a los ataques abiertos a la víctima, como <<acoso directo>> y al aislamiento y la exclusión intencionada como acoso indirecto. ⁵

Distinción que, igualmente, es contemplada por la definición otorgada tanto por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº10/2005, de 6 de octubre, como por la Sentencia de la AP Madrid, Sec. 20.ª, 418/2015, de 18 de noviembre. Recurso 683/2014⁶, al establecer que “... los actos concretos que integran el acoso escolar o “la violencia horizontal” pueden consistir en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima.”.

En igual sentido, la Sentencia de la AP de Málaga 452/2009, de 16 de septiembre viene a reconocer que “...el maltrato escolar o “bullying” se manifiesta no sólo a través de peleas o agresiones físicas, sino que con frecuencia se nutre de un conjunto de intimidaciones de diferente índole que dejan al agredido sin respuesta, tales como: intimidaciones verbales (insultos, motes, sembrar rumores...) intimidaciones psicológicas (amenazas para provocar miedo o simplemente obligar a la víctima a hacer cosas que no quiere ni debe hacer), agresiones físicas, tanto directas (peleas, palizas o simples “collejas) como

<<Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención a la reparación del daño>> cit., p 17 y la nota al pie de página número 17.

⁴ Definición de OLVUES. 1999, recogida, igualmente, en el Informe Save The Children P. 21 “una persona está siendo acosada cuando es expuesta, repetidamente y de forma prolongada en el tiempo, a acciones negativas por parte de una o más personas. Es una acción negativa cuando alguien intencionalmente causa, o trata de causar, daño o molestia a otro.

⁵ Véase. Pérez Vallejo, Ana María- Pérez Ferrer, Fátima. <<Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención a la reparación del daño>> cit., p.90.

⁶ Ponente: RAMON FERNANDO RODRIGUEZ JACKSON.

indirectas (destrazo de materiales personales, pequeños hurtos, etc.) y aislamiento social, bien impidiendo al joven participar, bien ignorando su presencia y no contando con él en las actividades normales entre amigos o compañeros de clase...”.

Por tanto, se constata así que, el acoso escolar puede presentar diferentes comportamientos, lo que refuerza la importancia de prestar atención a los detalles, especialmente, en aquellos menores que tienden a ser más vulnerables, bien por su timidez y prudencia, o bien, por presentar hábitos distintos respecto al resto de sus compañeros, que hace que sean objeto de acoso.

Tal y como así, reconoció la Sentencia de AP Palencia, Sec. 1.ª, 55/2016, de 18 de marzo. Recurso 57/2016.⁷, según la cual “...El hecho de que Blanca fuera una niña un tanto tímida, cohibida, discreta o retraída o con más o menos dificultades de integración social y escolar, no solo no limita la responsabilidad del colegio, sino que la agrava; pues pone de manifiesto que precisamente su carácter y vulnerabilidad exigían de un especial deber de vigilancia sobre su entorno académico y sobre su relación con sus compañeras de clase por parte de profesores y tutores...”.

Sin embargo, resulta llamativo que, a pesar de la trascendencia que tienen estos comportamientos de acoso, todavía, no exista una definición jurídica unánime ofrecida por nuestra doctrina al respecto.

No obstante lo anterior, conviene precisar que la Instrucción 10/05 de la Fiscalía General del Estado sobre el Tratamiento del Acoso Escolar, ha definido la situación de acoso escolar al establecer que dicha situación “ comprende un catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos sobre otro, susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral. ⁸

⁷ Ponente: JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA.

⁸ La SAP Barcelona nº 412, de 12 de junio de 2012, define igualmente el acoso escolar apoyándose en la referida Instrucción de la Fiscalía 10/05, al considerar el acoso escolar como el catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o varios alumnos sobre otros, susceptibles de causar en

En este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 6 de noviembre de 2010, de 15 de noviembre viene a definir el término “...bullying” al establecer que puede ser definido como “una conducta de persecución física y/o psicológica intencionada y reiterada o repetida por algún tiempo...”.⁹

Más recientemente, la Audiencia Provincial Barcelona, Sección 4ª en la Sentencia de 1 marzo 2017, igualmente, al definir el acoso escolar, no dudó en apoyarse en la referida Instrucción de la Fiscalía 10/05, al disponer expresamente que “... el acoso escolar se consideraba como el catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o varios alumnos sobre otros susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar en su caso su resistencia física y moral...”.

Por tanto, se corrobora así que, a pesar de no existir un concepto unánime al respecto, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han consagrado las notas características que han de existir para que se pueda calificarse la conducta de acoso o no.

Tal y como establece la referida Sentencia de la AP Madrid, Sec. 20.ª, 418/2015, de 18 de noviembre. Recurso 683/2014, al precisar que, las características fundamentales del acoso escolar son “la repetición de las acciones, la intencionalidad del agresor, una situación de abuso de poder.

Por consiguiente, podríamos afirmar que, para que tenga lugar una situación de acoso se requiere que, se produzca dentro del ámbito escolar y que concurren las notas fundamentales señaladas anteriormente, es decir, ha de existir: la repetición, la situación de abuso de poder y la intención de causar daño.

Requisitos todos ellos que, a continuación, procedemos a analizar más detalladamente:

En efecto, para poder calificar una conducta de acoso escolar ha de concurrir la nota de “la

la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar en su caso su resistencia física y moral.

⁹ Del mismo modo, SAP Madrid de 11 de mayo de 2012, 6 de noviembre de 2010 y 18 de diciembre de 2018 vienen a apoyarse en la Instrucción 10/05 de la Fiscalía General del Estado para definir el acoso escolar.

repetición”, en consecuencia, no es posible que, se trate de un episodio aislado, pues como bien señala la propia definición ha de tratarse de “Conductas permanentes o continuadas en el tiempo”.¹⁰

Por tanto, no ofrece duda alguna que, las situaciones puntuales y aisladas no tendrán encaje en la calificación de conducta de acoso escolar, tal y como así, ha afirmado la Sentencia de la AP de Madrid nº 611, de 15 de noviembre de 2010, en virtud de la cual se confirma que “...para la apreciación del acoso escolar no es suficiente un incidente aislado, sino varios actuaciones mantenidas en el tiempo, esto es, una persistencia en la agresión, todo ello presidido por la voluntad de causar un mal (daño o miedo) a la víctima y situarla en un plano de inferioridad respecto del agresor o de un grupo...”.

Definición ésta última que, igualmente, viene a puntualizar, las siguientes notas especiales que han de concurrir para poder apreciarse una situación de acoso escolar.

Siendo la segunda de ellas la “situación de abuso de poder”: Así es, ha de tratarse de conductas “desarrolladas por uno o más alumnos sobre otro. Por tanto, se constata así que, ha de existir un desequilibrio de poder entre iguales.”¹¹

En tercer lugar, ha de concurrir “la Intencionalidad de causar un daño”. Tal y como así recoge la propia definición “Han de tratarse de conductas susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia, de inferioridad, idóneas para humillar, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral”.

En igual sentido, conviene matizar que el acoso escolar, como su propio nombre

¹⁰ Save The Children. (2012). En el informe “Acoso escolar y ciberacoso” advirtió que la repetición consistía en subir una imagen no deseada a una red social y que cada vez que esa imagen se viera, o compartiera con los comentarios abusivos era cuando se produciría la repetición.

¹¹ Vid. PÉREZ VALLEJO, A. Mª. “Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención a la reparación del daño” Ed. Dykinson. P. 17, en la nota al pie de página número 12, precisa que “las relaciones que los niños y adolescentes mantienen entre sí son de carácter no jerárquico (simetría horizontal) de ahí, la consideración de relaciones entre iguales”.

indica, tradicionalmente, venía desarrollándose en el ámbito escolar, sin embargo, con el creciente uso de los TICS, actualmente, es una tendencia generalizada en los menores de edad y adolescentes, proyectar esa “violencia horizontal” en el ciberespacio, dando lugar, al ciberacoso, o comúnmente, más conocido, empleando el anglicismo <<ciberbullying>>.

Consecuentemente, al crearse nuevas situaciones de acoso en la red, se despierta la necesidad de definir el término <<ciberacoso>> o <<ciberbullying>>.¹²

Para ello, nos vamos a apoyar en la definición ofrecida por Save The Children¹³ al disponer que se trata de “...una forma de acoso (bullying) que implica el uso de los teléfonos móviles (Textos, llamadas, videoclips) o internet (Email, redes sociales, mensajería instantánea, chat, páginas web) u otras tecnologías de la información y la comunicación para acosar, vejar, insultar, amenazar o intimidar deliberadamente a alguien...”.¹⁴

Advirtiendo, incluso, que <<El ciberacoso está íntimamente asociado con el aumento del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) entre la actual generación de niños y niñas, a los que ya se considera “nativos digitales”>>.¹⁵

Por tanto, se confirma así que, para que pueda calificarse una situación de ciberacoso,

¹² Véase el Artículo Monográfico (2017). Sepin “El ciberbullying o el acoso escolar en la red”. PUYOL MONTERO. J. define el ciberbullying como “una forma de violencia entre iguales que se produce en la red, el cual incluye chantajes, vejaciones e insultos de niños a otros niños”.

¹³ Es una ONG que tiene la finalidad de trabajar por los derechos de los niños. <https://www.savethechildren.es/quienes-somos>.

¹⁴ Definición ofrecida por Save The Children (2016) Informe “Yo a eso no juego” Bullying y ciberbullying en la infancia”. P. 28.

¹⁵ Vid. PÉREZ FERRER, FÁTIMA y PÉREZ VALLEJO. ANA M^a. “Bullying, Ciberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención a la reparación del daño”. Ed. Dykinson. P.14 hacen referencia al estudio llevado a término por Save The Children. (2013) En el informe “Acoso escolar y ciberacoso” en el que se advertía que la repetición consistía en subir una imagen no deseada a una red social y que cada vez que esa imagen se viera, o compartiera con los comentarios abusivos era cuando se produciría la repetición.

han de existir, no sólo las tres notas esenciales del acoso escolar señaladas anteriormente (la repetición, asimetría de la relación y la intencionalidad de causar un daño) sino que además, ha de llevarse a término utilizando las nuevas herramientas digitales (conocidas como TICS).¹⁶

A tal efecto, parece razonable, entrar ahora, a definir qué se entiende por difusión, especialmente, cuando los menores tienen el hábito de, difundir imágenes o vídeos, para llevar a término las situaciones de acoso en la red.

Al respecto, conviene señalar que, el TS ha analizado este concepto y ha entendido que la difusión tiene lugar cuando “...se ubican los archivos en la carpeta «Incoming», en el Emule, o «My shared folders» en el Ares, donde, hasta que el usuario del ordenador los extrae o los borra, permanecen a disposición de otros usuarios de la red y de los referidos programas. De ello resulta que cuando un usuario del programa mantiene archivos en esas carpetas de acceso libre, está facilitando la difusión del contenido de tales archivos entre los demás usuarios que deseen proceder a su descarga. No ocurre así cuando traslada tales archivos a otras carpetas de su exclusivo uso particular...”.¹⁷

Definición que, aparentemente, no arroja la luz deseada, al emplear términos muy técnicos, si bien, genera un debate interesante en cuanto a si los archivos de acceso libre pueden ser utilizados por terceros, a pesar de no poseer el consentimiento expreso de su titular.

Asimismo, y dado que, tanto el acoso escolar como el ciberacoso, suponen conductas de tal gravedad que llegan incluso, a menoscabar la integridad física y moral de los menores, resulta oportuno conocer el pronunciamiento que ha ofrecido el Tribunal Supremo respecto a la integridad moral. Máxime, cuando la violencia entre los menores resulta cada vez más intensa.

Por tanto, en cuanto al concepto de <<integridad moral>> se ha pronunciado el **Tribunal Supremo, en la Sentencia de fecha 3 de octubre**

¹⁶ Véase. Artículo Monográfico. Sepin. (2017). “Ciberbullying o el acoso escolar en la red”. PUYOL MONTERO. J. Afirma que el ciberbullying consiste en <<un daño producido a través de Internet o cualquier otra tecnología telemática>>.

¹⁷ AN, Sala de lo Penal, Sec. 1.ª, 2/2012, de 17 de enero. Recurso 8/2011. Ponente: JAVIER MARTINEZ LAZARO.

de 2010 al declarar que “...la integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad de decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto...”.

En igual sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo, 213/2005, de 22 de febrero** viene a reconocer que “la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota de dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

Por consiguiente, el término <<integridad moral>> debe estar constituido por dos elementos, por un lado, **los elementos subjetivos**: la humillación o vejación sufrida por la víctima, pudiendo incluso darse un dolor físico y, por otro, **los objetivos**, aquellos que afectan a la forma y al modo de producirse (intensidad del sufrimiento, del ataque, la repercusión que tuvo, etc.).

Pero, además, el **Tribunal Supremo, en la Sentencia de fecha 2 de abril de 2003**, ha llegado a precisar que “...no se requiere que este quebranto grave de **la integridad moral** se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones. La integridad moral se sitúa así como valor autónomo, independiente de otros derechos (STS nº 1218/2004, de 2 de noviembre), en especial del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona (STS nº 819/2002, de 8 de mayo); dicho menoscabo que ha de ser grave, ha de ser generado por una conducta o trato degradante susceptible de crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, envilecerles, y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral...”.

Por lo que, a la vista de lo expuesto, se concluye que, el menoscabo ha de ser grave, susceptible de crear en la víctima sentimiento

de terror, angustia, de humillarle y hasta de quebrantar su propia resistencia física, todo ellos, sin ser necesario que concurra una lesión psíquica.

Del mismo modo, y dado que los hechos llevados a término por los menores acosadores se caracterizan por suponer actos vejatorios que, vienen a incardinarse en el concepto de trato degradante, pues no podemos ignorar que, el menor acosador, con sus actos llega a menoscabar gravemente la integridad moral del menor que está siendo acosado, por ello, vamos a señalar la definición que la jurisprudencia del TS ha acogido respecto al <<trato degradante>>. ¹⁸

A tal efecto, el TS ha admitido el concepto definido por el TEDH, en virtud del cual se establece que “... trato degradante son aquellos actos que pueden crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarlas, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral...”. ¹⁹

Por tanto, a la vista de la definición expuesta, podemos afirmar que para que concurra “un trato degradante es necesario crear una situación de humillación de tal gravedad en la víctima, que permita doblegar su resistencia física y moral”. ²⁰

¹⁸ Véase. AP Álava, Sec. 2.ª, 53/2008, de 12 de febrero. Recurso 31/2008., advierte << la perspectiva que tiene la jurisprudencia del TEDH, en cuanto al trato degradante, al establecer que se trata de un concepto esencialmente casuístico, en el que deben tenerse en cuenta todos los factores concurrentes -entre otros, la edad de la víctima- pero que en todo caso debe tener un nivel mínimo de severidad. (vid. STEDH de 18 de enero de 1978 STEDH de 25 de febrero de 1982, caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido o la STEDH sección primera de 16 de junio de 2005, Caso Labzov contra Rusia)>>.

¹⁹ En igual sentido, la SSTS nº 1218/2004, de 2 de noviembre, 819/2002, de 8 de mayo y 1122/1998, de 29 de septiembre, reconoce que << los tratos degradantes son “ aquellos que pueden crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral)>>.

²⁰ De darse tal trato degradante concurriría una violación del artículo 3 del Convenio Europeo, según el cual <<Nadie podrá ser sometido ni a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes>>.



Llegados a este punto, debemos centrar la atención en la definición de daño moral, pues no podemos obviar que, todas las conductas, de acoso o ciberacoso, ejercidas en el ámbito escolar, o bien, proyectadas en la red, generan un sufrimiento en la víctima que ha de ser resarcido.

Por ello, vamos a analizar la definición de daño moral que mantiene la **Sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sec. 2ª, 139/2016, de 27 de mayo**, al disponer expresamente que "... no se encuentra específicamente nominado en el Código Civil, por lo que, ha sido analizado jurisprudencialmente, hasta quedar concretado en el padecimiento psíquico irrogado a una persona, que puede considerarse una víctima, es decir, la situación de impotencia, incertidumbre, inquietud, zozobra, ansiedad, angustia, temor o pesadumbre, que la misma ha podido atravesar ante una determinada situación o que le puede causar una concreta actividad o el desarrollo de una específica conducta, así como su resultado, y que, sin poder considerarse un daño material, sin embargo, le ocasionan un daño espiritual, un sufrimiento moral, de mayor o menor entidad, notoriedad o gravedad, que ha de ser resarcido o compensado adecuadamente, mediante la oportuna indemnización económica, encaminada a paliar el mismo y que ha de fijarse y concretarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto...".

Definición, por tanto, que, podría sintetizarse en el padecimiento psíquico, y la situación de impotencia, incertidumbre, inquietud, zozobra, ansiedad, angustia, temor, pesadumbre que ha podido generar una determinada situación, actividad o una conducta, así como su resultado en la víctima, ocasionándole un sufrimiento moral, de mayor o menor gravedad que ha de ser resarcido adecuadamente mediante la oportuna indemnización con el fin de paliar dicho sufrimiento.

Por otro lado, es una realidad que, el creciente uso de las nuevas tecnologías ha generado nuevos tipos delictivos, siendo el más habitual entre los menores el "Sexting", precisamente, por ello, vamos a proceder a volcar la definición que nos ha facilitado INCIBE²¹.

²¹Conviene puntualizar que, otro tipo delictivo generado como consecuencia del uso de las TICs es el delito CHILD GROOMING, incorporado en el artículo 183 ter del CP por la LO 12015, y establece, expresamente, que: 1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres

Así es, se han afirmado que se trata de "... una palabra tomada del inglés que une «Sex» (sexo) y «Texting» (envío de mensajes de texto vía SMS desde teléfonos móviles). Aunque el sentido original se limitase al envío de textos, el desarrollo de los teléfonos móviles ha llevado a que, actualmente, este término se aplique al envío, especialmente a través del teléfono móvil, de fotografías y vídeos con contenido de cierto nivel sexual, tomadas o grabadas por el protagonista de los mismos...".²²

En sintonía con, todos los términos anteriormente analizados, ahora, es el turno de definir un criterio fundamental antes de adoptar cualquier medida que pueda afectar a un menor de edad, es decir, nos estamos refiriendo al interés superior del menor.

El TS, en la Sentencia de fecha 17 de febrero de 2015, ha reconocido que "...el interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales...».

Finalmente, para terminar este apartado, vamos a tratar un concepto que no ha sido definido por, nuestra doctrina y jurisprudencia

años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

²² <https://www.incibe.es/que-es-incibe>. INCIBE: "es una sociedad dependiente del Ministerio de Economía y Empresa a través de la Secretaría de Estado para el Avance Digital y consolidada como entidad de referencia para el desarrollo de la ciberseguridad y de la confianza digital de ciudadanos, red académica y de investigación, profesionales".

consolidada del TS, si bien, la Magistrada de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, Doña Concepción Morales Váñez, nos ha dotado de una definición, muy acertada, respecto de la aplicación WhatsApp, al afirmar que "...no deja de ser un contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual, vinculado a un número de teléfono y a una IMEI, lo que facilita su identificación...".²³

III.- MARCO NORMATIVO

En este apartado, hay que diferenciar la responsabilidad civil de los menores de edad por los hechos que son constitutivos de delito y, aquellos otros hechos, que no lo son.

Iniciando, por tanto, el presente análisis en la responsabilidad civil que deriva de los daños que los menores de edad han causado al cometer un ilícito penal.

En tal sentido, resultaría de aplicación la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero,²⁴ y el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, pues, como es bien sabido, aprobó el Reglamento de la referida Ley Orgánica.

Si observamos, la exposición de motivos, de la referida LO 5/2000, podemos comprobar el espíritu que acompaña a la misma, es decir, literalmente se indica que << ha sido redactada siguiendo los principios generales de naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores de edad infractores>>.

Por tanto, se puede afirmar que, esta Ley Orgánica armoniza el derecho sancionador con el interés superior del menor.

Interés superior del menor, que viene consagrado en el apartado cuarto del artículo 39 de la CE y, en el marco normativo internacional, en el párrafo segundo de la Declaración de los Derechos Del Niño de 1959²⁵, y en el artículo 3.1

²³ Véase Artículo Monográfico. Sepin. (2016) Morales Váñez. C. <<La validez probatoria del WhatsApp y su incorporación al procedimiento>>.

²⁴ Vid. Ref. BOE-A-2006-21236. Reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

²⁵ Hay que tener presente que << fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 noviembre de 1989 y ratificada por España 6 de diciembre de 1990>>.

de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) así como, en la Observancia General N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en concreto, en el párrafo primero del artículo 3.

Por tanto, la LORPM se aplicará, a aquellos menores que cumplan la edad legalmente establecida en la misma, o lo que es lo mismo, a aquellos menores cuya edad se encuentra comprendida entre los 14 y 18 años y hayan cometido un ilícito penal.²⁶ Mientras que, a los mayores de edad, se les va a aplicar el Código Penal.

Máxime, cuando en el artículo 3 LORPM, deja claro que, << los menores de 14 años son inimputables penalmente>>, al disponer literalmente que “...Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes...”.

Por consiguiente, todos aquellos menores que se encuentren en la franja de edad legalmente establecida, es decir, entre 14 y 18 años, y hayan sido responsables de situaciones de acoso escolar o ciberacoso, van a responder penalmente y, además, civilmente.

Así es, al cometer un delito, no solo se va a generar un reproche penal, sino que, además, se va a producir la responsabilidad civil derivada de la infracción penal que hayan cometido, lo que, comúnmente se conoce como <<responsabilidad civil ex delicto>>.

Responsabilidad civil ex delicto que, está regulada en los preceptos 61 al 64 de la LORPM. Especial mención, requiere el **apartado tercero del artículo 61 de la LORPM**, por cuanto que, especifica los sujetos que han de responder, solidariamente, a los daños y perjuicios causados por el menor de 18 años.

Así es, dispone expresamente que “... Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores

²⁶ Artículo 5.3 LORPM dispone que << Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos>>.

y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos...”²⁷

Por tanto, del contenido de este artículo se desprenden dos ideas claves, siendo la primera de ellas que, no sólo el menor será responsable civil de los daños y perjuicios causados, sino que lo será, solidariamente, junto con otros responsables civiles, es decir, junto con “los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de derecho”.

Por lo que, no hay duda de que, la responsabilidad civil derivada de los daños que el menor haya causado como consecuencia de la comisión de un delito se establece de forma solidaria.

Pero, además, dicho precepto, en su inciso final, contempla, a su vez, la posibilidad de moderar la responsabilidad civil de los padres <<su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez>>.

Por tanto, se confirma así, que la moderación de la responsabilidad civil de los padres no se establece con carácter imperativo, sino que al utilizar la expresión “podrá ser moderada” da lugar a que sea una valoración discrecional del Juzgador.

Pero, es más, llega incluso, a matizar los supuestos en los que no será factible dicha moderación <<Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave>>.

Moderación de la responsabilidad civil que podrá ser interesada, pero que ha de ser probada, con datos objetivos, que permitan acreditar que, los progenitores y demás responsables civiles, adoptaron medidas efectivas, disciplinarias, o de cualquier otro tipo, enfocadas a evitar el comportamiento inadecuado del menor.

En tal sentido, si los progenitores no acreditan dichas medidas no se acordará la moderación interesada como así, recoge la AP Jaén, Sec. 2.ª, 154/2010, de 30 de junio.

²⁷ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Siendo la última actualización publicada 28/12/2012.

Recurso 95/2010.²⁸, en la que consta acreditado que “...Los padres tenían conocimiento del comportamiento acosador de su hijo en el centro docente y no hicieron nada para evitarlo, por lo que, no hay minoración de la responsabilidad...”.

Además, conviene apuntar que la doctrina viene a considerar a << la responsabilidad civil de los padres que consagra el artículo 61.3 de la L.O. 5/2000 como una responsabilidad directa y objetiva>>.

Así, la **Sentencia de la AP de Navarra de 12 de diciembre de 2012** dispone que “...la naturaleza de la responsabilidad como guardador viene siendo calificada por la doctrina de objetiva, pues de los propios términos del precepto mencionado, se desprende que no queda exonerado el responsable de la guarda siquiera probando la ausencia de culpa o negligencia a su labor, lo único que admite el precepto es que se modere la responsabilidad cuando no hubieran favorecido la conducta de aquel con dolo o negligencia grave...”.

Otra matización que debemos realizar es que, en tales supuestos, el Juez de Menores será el competente para resolver la responsabilidad civil derivada del delito, salvo que, el perjudicado se acoja a la posibilidad que ofrece el apartado primero del artículo 61 de la LORPM, es decir, ejercite la acción de responsabilidad civil ante los órganos judiciales civiles, a través de la oportuna reserva de acciones. Siendo en tales casos, aplicable las normas de responsabilidad civil del Código Civil.

Hasta aquí, se centra el estudio del primer apartado, ahora, vamos a analizar la responsabilidad civil de los menores cuando los hechos dañosos no son constitutivos de delito, prestando especial atención a los supuestos de situaciones de acoso escolar o ciberacoso empleado las TICs.

Sobre esta cuestión, conviene precisar que, las reglas generales de la responsabilidad civil establecidas en los artículos 1.902 y 1.903 ambos del CC se habrán de aplicar en aquellos supuestos en los que, los menores de 14 años de edad hayan cometido conductas de acoso escolar y ciberacoso que no pueden calificarse de delito, pero tienen acogida en la vía civil.

Partiendo, por tanto, de la idea anterior, debemos tener presente que se podrá reclamar

a los padres y al Centro Docente privado, o a ambos, la responsabilidad civil por supuestos de acoso o ciberacoso, si la acción que se interpone es ante la jurisdicción civil, en cambio, si el centro escolar es público, habrá que reclamarla ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Para ello, habrá que aplicar tanto las normas civiles como los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

IV.- SUJETOS RESPONSABLES

A continuación, vamos a analizar la reclamación de la responsabilidad civil por supuestos de acoso o ciberacoso utilizando las TCs, dirigida frente a los padres, Centros Docentes y, por extensión, a la entidad aseguradora.

4.1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROGENITORES

La regla consagrada en el párrafo segundo del artículo 1.903 del Código Civil, establece literalmente que <<Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda>>.

En primer lugar, vemos que para que los progenitores respondan de los daños cometidos por sus hijos han de encontrarse bajo su guarda.

Sin embargo, la jurisprudencia del TS²⁹, viene afirmando que dicha responsabilidad civil constituye una responsabilidad por semi riesgo-cuasi objetiva, tal y como se precisa en las **SSTS de 8 de marzo y 10 de noviembre de 2006**, «... el art. 1903 contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta, y con la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no pueda calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia...”.

Así pues, dicha responsabilidad civil va

²⁸ Ponente: JOSE ANTONIO CORDOBA GARCIA.

²⁹ Véase. STS 226/2006 de 8 de marzo de 2006. Recurso 2586/1999. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.



a tener lugar, aunque los padres no estén presentes en el momento en el que se han cometido los hechos, eso sí, se tendrá que acreditar el daño causado, pues como acertadamente destaca la **SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2005**, además de esa relación paterno-filial con el menor causante del daño, se requiere, la acreditación de la culpa o negligencia en la que incurre el menor hijo, pues sólo entonces, por culpa «in vigilando» o «in educando», es atribuible en forma directa la responsabilidad al padre, ya que en ningún caso es posible prescindir del principio culpabilístico, de manera que sólo cuando hay culpa en los hijos surge la responsabilidad directa de los padres.

Ahora bien, si nos centramos en las figuras analizadas, es decir, en el acoso escolar o ciberacoso empleando los TICs, en tales supuestos, la responsabilidad civil recaerá sobre ambos progenitores, ya que, no debemos olvidar que, tales conductas no se producen en un solo acto, sino que requieren la repetición en el tiempo.

Por tanto, para que cese dicha responsabilidad, tendrán que acreditar que llevaron a término la diligencia de un buen padre de familia y que les proporcionaron una buena educación para prevenir el daño causado, como así, se contempla en el último inciso del artículo

1.903 del Código Civil.³⁰

Produciéndose así, una inversión de la carga de la prueba, que supone en los progenitores una gran dificultad a la hora de acreditar dicho extremo con principios probatorios, por lo que, podríamos calificar dicha responsabilidad de objetiva.

4.2.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS DOCENTES.

A continuación, entramos a analizar el último supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, es decir, la responsabilidad civil de los centros escolares.

Dicha responsabilidad encuentra su fundamento en el artículo 1.903 del CC, en particular, párrafos cuarto y quinto.

Párrafo cuarto, que viene a establecer expresamente que "... Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de

³⁰ Último párrafo del artículo 1.903 CC << La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño>>.

tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias...”.

Mientras que, en el apartado quinto, nos advierte, igualmente, de cuando cesará dicha responsabilidad, al señalar que dicha responsabilidad cesará cuando << las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño>>.

Por tanto, el último inciso del artículo 1.903 del CC, invierte la carga de la prueba, lo que supone que recae sobre el centro escolar la obligación de acreditar que actuó con toda la diligencia de un buen padre de familia, a los efectos de evitar el daño causado.

Sin embargo, dicho contenido no siempre ha comulgado con dicho criterio, pues previamente a la reforma del Código Civil por la Ley 1/1991, de 7 de enero, se entendía que, la imputación de la responsabilidad civil extracontractual sobre los daños causados por los alumnos debía recaer sobre el maestro, pues entendían que se presumía su culpa, salvo prueba en contrario.

Fue, la propia exposición de motivos de la referida Ley 1/1991 la que vino a advertir que, dicho sistema ya no se ajustaba al contexto social que imperaba en ese momento.

Generando, así, un cambio de criterio, dejando atrás la idea de que, los profesores tenían que ser los responsables de los actos causados por sus alumnos para exigir dicha responsabilidad al titular del centro docente, de acuerdo con el citado artículo 1.903 CC.³¹

Conforme, se acredita con la doctrina del **Tribunal Supremo**, que en la **Sentencia de 10 de marzo de 1997**, que vino a reconocer que “... la nueva redacción del artículo 1903, establece según el general sentir de la doctrina y de la jurisprudencia de esta Sala, una responsabilidad prácticamente objetiva, en cuanto señala que las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, durante los periodos de tiempo en que los mismos se

hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias...”.

Igualmente, conviene subrayar que, en el artículo 1.904 del Código Civil, se añadió un segundo párrafo que, permite a los titular del centro docente la posibilidad de exigir a los profesores las cantidades satisfechas en concepto de responsabilidad civil al haber incurrido estos, en dolo o culpa, grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño, es decir, se establece la acción de regreso del titular del centro docente contra el profesor que haya actuado con dolo o culpa grave.

Hechas las aclaraciones anteriores, conviene centrar la atención en los supuestos en los que concurren situaciones de acoso escolar y ciberacoso, a fin de conocer en qué supuestos el centro escolar será responsable.

Pues bien, si observamos el contenido previsto en la AP Barcelona, Sección 1ª, 28/2010, de 27 de enero. Recurso 580/2008, podemos afirmar que en aquellos supuestos en los que el centro docente tenga conocimiento de la existencia de una situación de acoso escolar de un alumno y, no acredite que, adoptó las medidas oportunas para evitar el daño, se entenderá que incurrirá en responsabilidad por hecho ajeno al no haber cumplido con los deberes objetivos de cuidado requeridos.

Así es, la referida AP Barcelona, Sección 1ª, 28/2010, de 27 de enero. Recurso 580/2008³², señaló que “...concurre la responsabilidad sobre el centro educativo por el acoso escolar que sufrió un menor por sus compañeros, al tener constancia el centro escolar del mismo y no adoptar ninguna medida preventiva al respecto...”.

Por tanto, debe matizarse que, para poder imputar la responsabilidad civil a un centro docente ante un supuesto de acoso escolar, han de tenerse presente dos criterios esenciales, que viene a especificar la **SAP de Palencia de 18 de enero de 2016**, “...en especial, el criterio de la culpa «in vigilando», derivada de que los padres transfieren al centro académico una especie de guarda de hecho que impone al centro un deber objetivo de cuidado, control y vigilancia sobre sus alumnos, y el criterio de la responsabilidad por la deficiente organización de personas o de medios...”.

³¹ Párrafo 5 artículo 1.903 CC: “...Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad...”.

³² Ponente: MARIA DOLORES PORTELLA LLUCH.

Por el contrario, si el centro escolar acredita que, adoptó todas las medidas necesarias para poner fin a dicha situación de acoso (Debida diligencia) quedará exento de responsabilidad, como así recoge, **la AP Barcelona, Sec. 4.ª, 715/2017, de 26 de octubre. Recurso 786/2017³³**, al disponer que “...no hay responsabilidad del centro escolar, al haber informado a los progenitores de las concretas acusaciones sobre la pertenencia de la menor a un grupo que se hacía llamar “las cherries” haciendo acoso escolar en forma de juego...”.

Igualmente, corroborado con lo establecido en **la S.A.P. de Valencia, Sección 7ª, de 26 de noviembre de 2004**, por cuanto que establece que “La Jurisprudencia atiende en el juicio valor inherente a esa culpabilidad u omisión del deber de cuidado, que no consiste en la vulneración de normas inexcusables sino al actuar no ajustado a la diligencia exigible (SSTS de 18 de marzo de 1995 o 10 de octubre de 1995).

Del mismo modo, y en relación con el objeto análisis de estudio, conviene puntualizar que, los centros escolares han de adaptar sus normas a las nuevas tecnologías, hasta el punto de que se les exige llevar a término controles específicos sobre el uso de los aparatos móviles en sus dependencias, con el fin de impedir un uso indebido de los mismos en el centro escolar. Especialmente, en lugares delicados y sensibles como pueden ser las duchas y los vestuarios, dado que dicho uso puede dar lugar a la captación de imágenes de un menor desnudo o a cualquier otra situación intolerable de acoso escolar que, a su vez, puede generar su difusión en las redes sociales.

Exigencia recogida en **la SAP Vizcaya, Sección. 5.ª, 24/2019, de 25 de enero. Recurso 143/2018³⁴**, según la cual, considera que el Centro escolar es responsable a la luz de lo establecido en el artículo 1.903 del CC por “...la actuación negligente y descuidada respecto al control del uso de los móviles, que conllevó la captura y difusión de imágenes de una menor desnuda en los vestuarios, a través de internet y de diferentes redes sociales...”.

Dicha Sentencia, igualmente, nos advierte que para determinar y calibrar la diligencia debida del centro escolar, la doctrina legal presta atención a los siguientes criterios:

³³ Ponente: **MARIA MERCEDES HERNANDEZ RUIZ-OLALDE**.

³⁴ Ponente: **MARIA ELISABETH HUERTA SANCHEZ**.

Tipo de actividad desarrollado por el menor;

Edad de los menores, y Naturaleza de la acción u omisión determinante del daño, diferenciando si se trata de una actuación rápida o sorpresiva o si es una actuación que podía preverse...”

Para más abundamiento, conviene puntualizar que, en las situaciones de acoso escolar o ciberacoso, los centros escolares no sólo responderán por las actuaciones llevadas a término por sus alumnos en sus propias dependencias sino también por las desplegadas en las redes sociales si el centro no actúa, de forma diligente, tan pronto tenga conocimiento de todo ello.

A tal efecto, se pronuncia **la AP Guipúzcoa, Sección 2, 139/2019, de 27 de mayo. Recurso 2369/2015**, al considerar que “...debía responder el director del centro escolar por el trastorno adaptativo con sintomatología mixta relativo al ciberacoso en su ámbito laboral que padeció una profesora del centro tras sufrir las burlas y los menosprecios de una menor y otros alumnos del mismo curso en las dependencias del centro con motivo de los comentarios que corrían por las redes, por entender que el director del centro no había establecido unas normas claras y precisas respecto al uso de los medios tecnológicos...”.

Sin embargo, **la AP Madrid, Sección 4ª, 313/2016, de 7 de septiembre. Recurso 407/2016³⁵**, señaló que no cabía declarar la responsabilidad del centro escolar, por entender que “...no resultó acreditado que el acoso que sufrió la menor se desarrollase en el centro escolar o guardase relación con la actividad desarrollada en el mismo...”.

Además, puntualizó que “...dicha actividad delictiva venía desarrollándose fuera del horario escolar, a través de un sistema de mensajería instantánea, cuyos integrantes del grupo de WhatsApp que venían ejerciendo el acoso no pertenecían en su totalidad o en parte al centro educativo...”.

Llegando a matizar que “...la actuación de los responsables del centro educativo fue particularmente diligente, pues tan pronto tuvieron conocimiento de los hechos, activaron los protocolos de prevención del acoso escolar para minimizar el daño y proteger a la víctima, aconsejando a los padres de la menor que

³⁵ Ponente: **JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA**.

denunciase los hechos, como efectivamente hicieron, y acordaron la expulsión temporal de uno de los alumnos que participó en el acoso...”.

Finalmente, conviene tener presente que, sobre los centros docentes recae el deber de formar a sus alumnos sobre el uso de las TICs.³⁶ y las Administraciones educativas han de fomentar la tecnología de la información y la comunicación desde el ciclo de la educación infantil hasta la etapa de Bachillerato. Tal y como se desprende en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.³⁷

Por tanto, a la vista de la jurisprudencia expuesta y de la normativa vigente, entendemos que, para determinar si se ha de responsabilizar, civilmente o no, a un centro docente por las conductas de acoso o ciberacoso que causen sus alumnos al utilizar incorrectamente los TICs y, en especial, las redes sociales, éste tendrá que acreditar que cumplió con todos los deberes de control, vigilancia y cuidado para evitar el daño causado por uno o varios de sus alumnos, pues como ha quedado constatado los centros tienen la obligación de intervenir y adoptar medidas oportunas para prevenir y evitar dichas situaciones.

4.3.- RESPONSABILIDAD CIVIL ENTIDAD ASEGURADORA

Por tanto, en aquellos supuestos en los que el centro escolar haya sido declarado responsable del daño causado como consecuencia de su falta de actuación negligente, se acordará la condena, igualmente, respecto de la entidad aseguradora que tengan concertada.

Además, el artículo 14 de la L.E.C. prevé la posibilidad de que, el Centro Docente que, tenga concertada una póliza de seguro para garantizar la responsabilidad civil, podrá traerla al procedimiento para que asuma, igualmente, los daños y perjuicios producidos.

Tal y como se desprende de lo dispuesto en la Sentencia AP. Guipúzcoa, Sec.2ª, 139/2016, de 27 de mayo. Recurso 2369/2015.³⁸ según la

³⁶ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicada en el BOE el pasado 29/07/2015.

³⁷ Última actualización publicada en el BOE: 06/12/2018. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2006/05/03/2/con>

³⁸ Ponente: YOLANDA DOMEÑO NIETO.

cual “condena solidariamente al progenitor, al colegio y a la entidad aseguradora, a que abonen a la demandante la suma por ella reclamada de 24.000 euros, en concepto de indemnización por todos los daños y perjuicios sufridos por la misma”.

Por lo general, en los supuestos de acoso escolar, las compañías aseguradoras de los centros escolares responderán en aquellos supuestos en los que el acoso se hiciera dentro del horario y en el centro escolar, o en aquellos supuestos que, guarden alguna relación con la actividad desarrollada en el colegio.

Además, otro de los requisitos para que la entidad aseguradora responda en tales supuestos, es que, los alumnos que lleven a término el acoso han de pertenecer al centro educativo.

Requisitos todos ellos especificados en la Sentencia de la AP. Madrid, Sec. 4ª, 313/2016, de 7 de septiembre. Recurso 407/201639, según la cual “... declara que no cabe acordar la responsabilidad civil del centro escolar ni, por tanto, la de la aseguradora, dado que, **no resulta que el acoso se desarrollase en el centro escolar o guardase relación con la actividad desarrollada en el mismo**, además, la actividad delictiva se desarrollaba fuera del horario escolar, a través de un sistema de mensajería instantánea, WhatsApp...”.

V.- ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

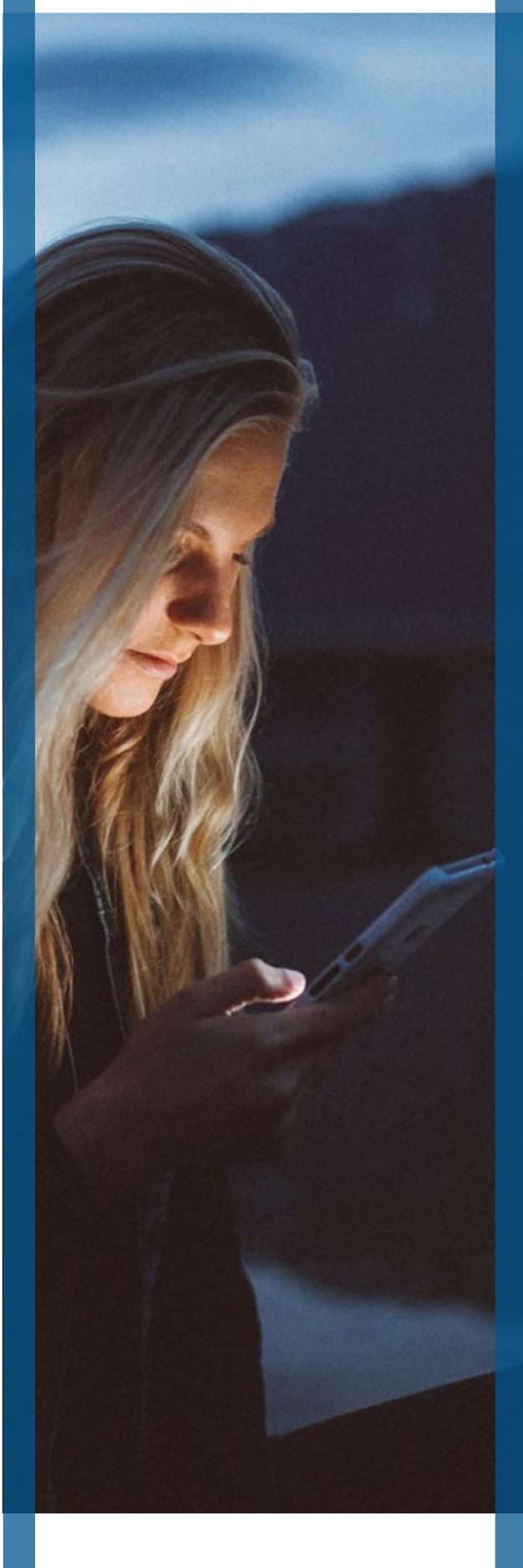
Llegados a este punto, entiendo necesario que hay que realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia objeto de estudio, a fin de tener una visión completa que nos permita contemplar la casuística existente respecto a la problemática que desencadena un mal uso de las nuevas tecnologías por parte de los menores de edad.

DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En la búsqueda realizada encontramos a menores que utilizan la red social para hacer comentarios <<terriblemente duros e insultantes a una profesora>> hasta el extremo que, como afirma la Sentencia de AP Guipúzcoa, Sec. 2ª, 139/2016, de 27 de mayo 40,

³⁹ Ponente: JOSÉ LÓPEZ ORTEGA.

⁴⁰ AP Guipúzcoa, Sec.2ª, 139/2016, de 27 de mayo. Recurso 2369/2015. Ponente: YOLANDA DOMEÑO NIETO.



“una menor de edad, crea una cuenta en una red social, únicamente, para ofender, humillar, menospreciar y, en definitiva, destrozarse moralmente a una profesora en la red”.

Ante la crueldad de tales hechos, se considera que han de responder por todos los daños y perjuicios causados a la profesora:

El padre, el cual, ha de responder por:

“...Incumplimiento de la obligación de enseñar adecuadamente a la menor los fundamentos básicos sobre el uso de los medios de comunicación en el móvil que usa la red social Tuenti para hacer comentarios, terriblemente, duros e insultantes a una profesora...”.

“...No haber vigilado adecuadamente la conducta de su hija mientras puso a disposición de ésta los medios tecnológicos, que provocaron, una depresión a la profesora y por “...No haber adoptado medidas oportunas de precaución, ni ejercer ningún control sobre el uso que hacía su hijo sobre dichos medios”.

“El Director del Colegio, responde de los daños y perjuicios causados por:

“No haber establecido unas normas claras y precisas en cuanto al uso de medios tecnológicos en el referido centro, a fin de que los alumnos tuvieran perfecto conocimiento de ellas y los profesores pudieran actuar en debida forma, además por no adoptar, con la debida rapidez, las medidas oportunas para poner fin...” y por “...No adoptar medidas con la debida rapidez para poner fin a dicha situación...”.

“La aseguradora del centro docente por la responsabilidad civil extracontractual a terceros, considerándose como tal a la profesora objeto de comentarios por los alumnos en Tuenti”.

Se cumple, por tanto, con todas las observaciones que hemos analizado anteriormente.

Por otro lado, conviene analizar la Sentencia de AP. Sec. 5ª, 24/2019, de 25 de marzo. Recurso. 143/2018.41, en virtud de la cual, se acuerda que “... la responsabilidad civil recae sobre el centro escolar por la actuación negligente y descuidada en cuanto al control del uso de los móviles, lo que provocó la captura y difusión de imágenes de una menor en los vestuarios...”.

41 Ponente: MARÍA ELISABETH HUERTA SÁNCHEZ.

Por tanto, vemos que en dicha sentencia se trata de una acción de responsabilidad extracontractual del centro educativo del artículo 1.903 del Código Civil, en el que consta acreditado que, la menor se encontraba inmersa en una situación grave de acoso escolar prolongado en el tiempo, constituyendo la fotografía y su difusión, un ejemplo más de la crueldad que estaba padeciendo la menor y, a pesar de ello, el centro escolar adoptó una actitud descuidada no solo a la hora de frenar dicho acoso escolar sino también a la hora de adoptar medidas, necesarias y efectivas, respecto al uso de los dispositivos móviles en el centro escolar. Medidas que, sí adoptaron, con posterioridad al daño sufrido por la menor.

DESDE LA PERSPECTIVA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

“Colgar” o “publicar un vídeo en internet” en el que se contempla una pelea entre menores de edad, puede constituir la comisión de un delito contra la intimidad.

Tal y como así, ha reconocido la Sentencia de la AP. A Coruña, Sec.2ª, 455/2011, de 15 de diciembre. Recurso 111/2011, 42 al considera que “ Teniendo en cuenta el medio empleado por el recurrente para difundir una conducta de carácter personal del ofendido, publicándola en Internet, en donde puede ser consultada en cualquier momento por un número indeterminado de personas, que residen en múltiples lugares, no siendo una conducta que, por otro lado, fuera de interés general de conocer, por lo que es indudable el interés malicioso que existió en el uso de ese medio informático, medio que se ha de calificar de intensivo, dado que el recurrente era un tercero ajeno a la conducta que se grababa, debe estimarse la clara inmisión en la intimidad de los menores que fueron reproducidos, siendo indudable el derecho a los mismos a exigir que sean respetados, siendo facultad de ellos, en este caso, a través de sus representantes legales, que datos o aspectos personales puedan ser tratados por terceras personas”.

En igual sentido, con esta sentencia se confirma que, nos encontramos ante menores que, en vez de socorrer o evitar una pelea, la primera reacción que tienen es ponerse a grabar el incidente para, seguidamente, publicarlo en la red, sin ser conscientes de lo que conlleva dicha acción.



“...Tratándose de menores de edad los grabados, más vulnerables que otro tipo de sujetos pasivos, revistiendo violencia la conducta grabada, fundamentalmente por la actitud de los que están presenciando la pelea, que, por sí sola se puede calificar de hecho de escasa relevancia, esta falta de relevancia ya no es apreciable cuando se valora el contexto que rodea esa pelea infantil, con la presencia de público que hace de aquellos menores un

42 Ponente: LUIS BARRIENTOS MONGE.

espectáculo, y encima se pretende dar una total relevancia al introducirlo en un sistema de tanta trascendencia pública. Por ello, estimamos que la conducta supone un plus de malicia y gravedad que justifica su tipificación, y la necesidad que se corrija este comportamiento desviado por parte de quien utiliza a unos menores como medio de diversión en Internet...”.

En dicha Sentencia, y tal y como hemos expuesto en el apartado analizado de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por menores, se consideró acertado fijar “... como responsable directo al menor y a sus padres como responsables civiles solidarios, e indemnizar a los menores de edad perjudicados por la grabación a la cantidad de 500 euros a cada uno en concepto de daño moral...”.

Otra de las sentencias que refleja la crueldad que llevan a término los menores de edad que utilizan las nuevas tecnologías para potenciar los efectos del acoso escolar es la Sentencia de la AP Las Palmas, Sec.1ª, 343/2017, de 15 de noviembre. Recurso 692/2017. 43

Esta Sentencia viene a confirmar que el acoso escolar se proyecta a las redes sociales, al afirmar que “con ánimo de causar menoscabo a la integridad moral de su compañero de clase, el menor acosador casi a diario le ha proferido expresiones encaminadas a minar su autoestima, entre otras “hija puta, calvo, rumano, adoptado de mierda” así como comentarios alusivos a su persona relacionados con la alopecia, los cuales provocaban risas de casi toda la clase, con el consiguiente menoscabo de su dignidad...”.

Acoso que, como reconoce la referida sentencia “ ya no se queda de forma estática en el ámbito escolar, sino que se difunde, a través de las nuevas tecnologías y aplicaciones de mensajería instantánea, así es, la menor, con ánimo de vulnerar la privacidad del menor y sin su consentimiento, grabó la referida agresión con el teléfono móvil y posteriormente, otra menor, con pleno conocimiento del contenido del referido vídeo y con evidente ánimo de vulnerar la intimidad de su compañero, lo difundió vía WhatsApp a varios alumnos del centro...”.

Del mismo modo, si un menor acosa, amenaza e insulta a su expareja (también, menor) vía personal, telefónica y por medio de Internet, dicho comportamiento puede

encuadrarse en un delito de coacciones de los previstos y penados en el artículo 171.2 del Código Penal.

Tal y como así consideró la Sentencia de AP Burgos, Sec. 1ª, 120/2015, de 8 de abril. Recurso 3/2015.⁴⁴ “...La situación de acoso con amenazas e insultos, fue reiterada en el tiempo, en el que se produjo una clara participación del menor recurrente (Además de por parte de sus amigos), aun cuando las actuaciones tuvieron lugar a través de Internet o vía telefónica, no hubiesen sido llevadas a cabo personalmente por éste, pero sin embargo, sí se considera probado que todo ello se realizó, induciendo el mismo a su entorno de amistades de llevarlo a cabo, tras su ruptura sentimental con la denunciante, lo cual fue el motivo desencadenante para la producción de tal situación de acoso...”.

Por tanto, a la vista de toda las Sentencias anteriormente expuestas, se confirma que, el acoso escolar, otorga la posibilidad de castigar esa conducta en otras modalidades delictivas, tales como: de maltrato de obra, previsto y penado en el artículo 147.3 del CP, por grabar la actuación delito de contra la intimidad, artículo 197.1 CP por difundir la grabación artículo 197.3 CP, delito contra la integridad moral, previsto y penado en el artículo 173.1 CP., y delito de lesiones, entre otros.

No obstante, conviene precisar que, tras la reforma operada de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha introducido un nuevo tipo penal en el artículo 172 ter del CP, que nos permite encuadrar las conductas que son constitutivas de acoso escolar.

VI.- LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA POR LOS DAÑOS CAUSADOS

6.1.- APLICACIÓN DEL BAREMO PARA DETERMINAR LOS DAÑOS

A la hora de determinar el importe que se ha de indemnizar, en los supuestos anteriormente analizados, en particular, en situaciones de acoso o ciberacoso llevado a término por menores de edad que utilizan las TICs para potenciar los efectos negativos que causan en sus víctimas, los órganos judiciales, no están condicionados a aplicar el Baremo⁴⁵, pudiendo acudir a otros sistemas de valoración,

⁴⁴ Ponente: MARÍA TERESA MUÑOZ QUINTANA.

⁴⁵ Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

⁴³ Ponente: PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES.



sin obviar que, han de cumplir con el principio de reparación íntegra y vertebración.

Además, es del todo sabido, que la aplicación de tal sistema de valoración no será vinculante en tales supuestos, si bien, se tiende a utilizar como referencia para poder determinar, adecuadamente, la cuantía.

Especialmente si se tiene presente lo dispuesto en la **Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000**, en virtud del cual se reconoció que "...el baremo del automóvil está orientado a la consecución de un sistema dotados de mayores niveles de certeza y seguridad jurídica...".

Sin obviar que, la Sentencia de la **AP Madrid 241/12 de 11 de mayo**, vino a especificar que, para fijar la cuantía de la indemnización "De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.106 y 1.902 CC se ha de tener en cuenta la indemnidad de la víctima".

6.2.- DAÑO MORAL

Al respecto, conviene subrayar una idea clave que viene a recoger la **Sentencia de la AP Madrid, Sec.4ª, 313/2016, de 7 de septiembre** "a través de lo que comúnmente se denomina daño moral, lo que en realidad se indemniza es el sufrimiento, el dolor causado a la víctima por la realización de una acción que, siendo injusta, le causa un padecimiento innecesario, un daño que no tiene obligación de soportar".

Por tanto, vemos que la dificultad que conlleva el resarcimiento del daño moral no está en la prueba, sino en los criterios que hay que tener en cuenta para poder interesar una indemnización que, al mismo tiempo, ha de ser ajustada y proporcionada.

Por tanto, para concretar el importe de la indemnización a la que tendrá derecho a percibir la víctima de acoso escolar o ciberacoso, habrá que acreditar el perjuicio moral que ha sufrido como consecuencia de dicho acoso, para ello, habrá que conocer los efectos que ha generado en la víctima, es decir, el posible trastorno padecido, la intensidad de la actuación y del sufrimiento, las circunstancias personales de la víctima y la repercusión que tuvo en su vida.

Además, tendremos que calcular una indemnización que cumpla con la función reparadora del daño causado, o lo que es lo mismo, que permita compensar el sufrimiento

padecido.

En cuanto a esta cuestión, resulta acertado señalar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª de 18 de diciembre de 2008** que "vino a reconocer a los padres del menor, como sus representantes la suma de 30.000 euros como indemnización por el daño moral causado a su hijo con motivo de la grabación de la agresión sufrida por sus compañeros de clase. Por considerar que concurría en el presente el nexo causal entre el daño moral causado al menor y la omisión de la diligencia debida del Centro, por entender que era evidente la falta de atención, vigilancia, cuidado y respuesta inmediata. Además, el daño moral resultaba imputable objetivamente a la falta de cuidado y vigilancia por parte del Centro".

VII.- CONCLUSIONES

A la vista de toda la jurisprudencia analizada, alcanzo las siguientes reflexiones:

1. Es cierto que, el acoso escolar siempre ha existido, pero la crueldad y la falta de empatía que se ha plasmado en las sentencias expuestas en el presente trabajo, evidencian que, el uso de las nuevas tecnologías no se está aplicando, de manera correcta, por los menores.

En consecuencia, se está generando mayor violencia entre iguales, y nuevos supuestos para ejercer el acoso entre ellos, como sucede con el ciberacoso, que es la forma de violencia más común en este grupo.

2. Existen dos tipos de acoso, el directo (ataques directos a la víctima tales como agresiones físicas, vejaciones, insultos) o el indirecto (aislamiento deliberado y exclusión) y, por tanto, puede presentar diferentes comportamientos.

3. Para que pueda calificarse una situación de ciberacoso, han de existir, no sólo las tres notas esenciales del acoso escolar (la repetición, asimetría de la relación y la intencionalidad de causar un daño) sino que, además ha de llevarse a término utilizando las nuevas herramientas digitales (conocidas como TICs).

4. Actualmente, el acoso escolar ya no solo se ejerce en las aulas, sino que se proyecta través de las redes sociales y de la comunicación llevada

a término con las aplicaciones de mensajería instantánea y, todo ello, como consecuencia del incremento en el uso de los TICs.

Lo que genera efectos devastadores en los menores que están inmersos en supuestos de ciberacoso, pues les resulta muy difícil frenar y gestionar tanta crueldad, ya no sólo por el rápido alcance que tiene el medio utilizado, sino por tener limitada su capacidad de respuesta frente a su agresor.

5. Internet, ha significado un cambio importante en nuestras vidas, sin embargo, está siendo utilizado por los menores de edad sin ser conscientes de que todo lo que hacen en la red queda registrado y tiene consecuencias. Además, sigue siendo una constante que acceden a Internet sin control alguno.

6. En las situaciones acoso escolar o ciberacoso empleando los TICs, la responsabilidad civil recaerá sobre ambos progenitores, a pesar de ello, la gran mayoría desconocen lo que hacen sus hijos en Internet y el tiempo de exposición ante los peligros o contenidos no recomendables para menores de edad.

7. La responsabilidad civil de los padres que consagra el artículo 61.3 de la L.O. 5/2000 se configura como una responsabilidad directa y objetiva, que puede ser moderada, siempre que los progenitores y demás sujetos responsables civiles acrediten que no hayan favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia.

Moderación que no prevé el artículo 1.903 del CC, pues el mismo tan sólo permite exonerar a los progenitores en aquellos supuestos que acrediten que actuaron con la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño causado.

8. Al hilo de lo anterior, debe subrayarse que, la responsabilidad civil de los progenitores del precepto 1.903.2 CC es directa y cuasi objetiva, por tanto, una vez producido el daño derivado de una situación de acoso escolar o ciberacoso, regirá la presunción de culpa de los padres, de manera que, han de destruir dicha presunción de culpa que sobre ellos recae para excluir toda responsabilidad al respecto.

Responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos que, en la práctica, resulta

muy difícil librarse de la misma, lo que conlleva que llegue a ser considerada una responsabilidad de carácter objetiva o por riesgo y, todo ello, para conseguir una reparación segura.

9. Falta mucha información sobre el alcance que conlleva un mal uso de las redes sociales, tanto en los menores de edad como en sus progenitores. Hasta el extremo que, desconocen aspectos básicos, así como sus propias responsabilidades cuando utilizan estas herramientas digitales.

Llegando incluso, a ignorar cuando están participando en un delito, como sucede en los supuestos en los que, activamente, participan en la difusión (bien mediante la aplicación WhatsApp o bien mediante las redes sociales) de un vídeo que contiene una agresión física de un menor de edad.

Precisamente, por ello, se hace necesario impulsar y fomentar una eficaz y completa formación sobre el uso adecuado de las nuevas tecnologías a los menores de edad, pero también, a sus progenitores y educadores, que les permita conocer el alcance de sus actos en Internet, los posibles riesgos, las normas que han de cumplir, los derechos que tienen, así como los posibles delitos que pueden cometer, pues sólo de esta forma, se podrá prevenir y evitar las situaciones de ciberacoso.

10. Los Centros Docentes comienzan a actuar ante el acoso escolar, de una manera más activa y eficaz, aplicando protocolos de actuación y tramitación del acoso escolar. Sin embargo, falta mucho por hacer respecto al ciberacoso, pues muchos de los profesores y directores de los centros educativos desconocen tanto sus responsabilidades como la forma de actuar ante tales supuestos.

Para ello, resulta imprescindible lanzar más campañas educativas referentes al ciberacoso y sus efectos negativos, pues de esta forma, podrán conocer: los riesgos, las amenazas, los derechos, la forma en la que han de actuar y los posibles delitos a los que pueden verse expuesto sus alumnos y, en consecuencia, obtendrán nuevos mecanismos y habilidades para poner límites efectivos ante las situaciones de acoso escolar que se proyectan en la red.

Además, podrán formar a sus alumnos para que hagan un uso responsable de las TICs. y podrán adoptar me-

didias efectivas para frenar tales ataques.

11. Del mismo modo, los Centros Docentes han de realizar análisis del comportamiento de sus alumnos, para detectar a tiempo si están siendo víctimas de acoso tanto en las aulas como en las redes sociales.

12. Los Centros Docentes han de ser, más rigurosos y disciplinados, en cuanto al uso de los dispositivos móviles en sus instalaciones, especialmente, en lugares tan sensibles como pueden ser las duchas o los vestuarios, para evitar que alguno de sus alumnos sea víctima de ciberacoso.

13. Para determinar si se ha de responsabilizar, civilmente o no, a un centro docente por las conductas de acoso o ciberacoso que causen sus alumnos al utilizar incorrectamente los TICs y, en especial, las redes sociales, el centro tendrá que acreditar que cumplió con todos los deberes de control, vigilancia y cuidado para evitar el daño causado por uno o varios de sus alumnos.

14. Hay que educar, a los menores de edad, en la importancia de no dañar a otro y desde la perspectiva de que “no vale todo” y menos para conseguir atención en las redes.

Por tanto, hay que tratar de frenar el tipo de sociedad que estamos creando inmersa en una falta de valores muy llamativa, basada en el puro consumismo y en niveles de superficialidad tan elevados que, están haciendo que, los menores de edad no tengan la más mínima empatía ante los episodios de acoso escolar y ciberacoso ejercidos sobre otros menores, siendo lo único importante, obtener atención en las redes sociales.

Entiendo que la clave del éxito para atacar esta problemática está en la educación. Especialmente, si tenemos presente la conocida frase de Nelson Mandela “...la educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo...”.

Precisamente, por ello, los progenitores deben hacer un esfuerzo para adaptar la educación que imparten a sus hijos a las nuevas tecnologías

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ DE MARCOS, L. D. “Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho aplicable y deberes de los padres y centros educativos”, Ed. BOE. 2017.

GARCÍA GACIAR. N. Artículo opinión. “¿Pueden los padres violar realmente la intimidad de los menores? Sepin. Octubre 2016.

GRIMALT SEVERA, P. “La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales”, Ed. Comares, Granada, 2017.

GUIMERÁ FERRER-SAMA. R y VIDAL PÉRRIZ DE LA OSSA. ANA. Artículo Monográfico. “Presentación de Jurisprudencia al Detalle: La responsabilidad penal de los menores. Sepin. Septiembre 2015

MORALES VÁLLEZ. C. Artículo Monográfico sobre <<La validez probatoria del WhatsApp y su incorporación al procedimiento>> Sepin. 2016.

LÓPEZ VALVERDE. M. Artículo opinión “¿Hasta dónde llega la responsabilidad del centro docente en el cuidado de los menores? Sepin. Enero 2013.

PEREZ VALLEJO, A M^a- PÉREZ FERRER, F. “Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención sexual a la reparación del daño”, Dykinson, 2016.

PUYOL MONTERO. J. Artículo Monográfico “Aspectos generales de la protección de los menores en Internet”. Sepin. Junio 2017.

PUYOL MONTERO. J. Artículo Monográfico “Ciberbullying o el acoso escolar en la red”. Sepin. Junio 2017.

VELILLA ANTOLÍN, NATALIA. Artículo Monográfico sobre “Ejercicio del derecho a la imagen de los menores de edad e incapaces. Redes sociales y prensa”. Sepin. Enero 2018.

YZQUIERDO TOLSADA, M “Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual”. ED. Dykinson. 2001.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

El inicio del cómputo para la prescripción de la acción en reclamación por daño corporal se computa desde el alta médica, con independencia de que esta fecha no coincida con la de la consolidación de las secuelas.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 22 de Junio de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

1.- Los hechos litigiosos.

Es objeto de este proceso, la demanda que es formulada por D. Vicente, ejercitando una acción por responsabilidad extracontractual al amparo del artículo 1.902 del Código Civil (LEG 1889, 27) , en reclamación de la suma de 70.390,37 euros, por las lesiones sufridas, el 19 de octubre de 2011, cuando se encontraba ingresado, en virtud de auto judicial dictado en procedimiento sobre internamiento involuntario, en la clínica psiquiátrica «El Serenil» e intentar fugarse de la misma, aprovechando que una ventana se encontraba abierta, con motivo de las labores de limpieza del referido establecimiento médico. La entidad demandada se opuso a la demanda, alegando, entre otras excepciones, la prescripción de la acción ejercitada.

2.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

La excepción de prescripción fue

desestimada por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vélez Málaga, en la cual, tras efectuarse la oportuna cita de la jurisprudencia aplicable, razonó al respecto que:

«[...] el siniestro ocurre el día 19/10/2011, siendo intervenido quirúrgicamente y prescrito tratamiento rehabilitador hasta el día 15/03/2012; y por último se ha de entender que el inicio para el cómputo del plazo prescriptivo es el 07 de mayo de 2012 fecha del alta del servicio de traumatología, se interrumpió el plazo de prescripción mediante reclamación extrajudicial por burofax de 2 de mayo de 2013 debidamente entregado el 3 de mayo de 2013 (documento de la demanda) y la demanda del procedimiento ordinario 648/13 se presentó en el Decanato de los Juzgados de Vélez-Málaga el 30 de septiembre de 2013».

En la precitada sentencia se consideró concurrente culpa o negligencia de la entidad demandada en su deber de vigilancia y se estimó la demanda en la suma de 46.217,20 euros.

3.- La sentencia de la Audiencia Provincial.

Contra dicha resolución judicial se interpuso por la demandada recurso de apelación, el cual fue estimado por sentencia dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, al acoger la excepción de prescripción,

desestimada en primera instancia, considerando para ello que, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia del Juzgado, se señalaba que:

«[...] se acoge por esta juzgadora parcialmente los días improductivos consignados en el informe de Dr. Baltasar en cuanto que la estabilización lesional la alcanza el actor a fecha de finalización de tratamiento rehabilitador el día 15 de marzo de 2012, por cuanto entiendo que es ahí donde se dan por concluidas las posibilidades terapéuticas, puesto que posteriormente cuando lo visita el traumatólogo el día 7/05/12 se procede al alta y no se prescribe ningún otro tratamiento curativo, siendo que lo visita en dicha fecha se entiende por esta juzgadora por motivos exclusivos de agenda».

Por todo ello, consideró la Audiencia que la fecha de estabilización lesional es el 15 de marzo de 2012, «momento en que el actor es dado de alta en rehabilitación, al no constar con posterioridad ningún otro tratamiento curativo, obedeciendo la fecha posterior a «motivos exclusivos de agenda». Siendo esto así, la fecha que ha de considerarse como de inicio del plazo prescriptivo es el de la estabilidad lesional, no pudiendo utilizarse dos fechas distintas: una a efectos de cómputo de prescripción y otra para la determinación de los periodos de incapacidad. Esto es, la fecha del inicio del plazo prescriptivo debe ser siempre coincidente con la que, tras la valoración de la prueba, se haya acreditado



se haya producido la estabilidad lesional. Lo contrario implicaría dejar el inicio del plazo en manos del actor».

4.- El recurso de casación.

Contra dicha sentencia se interpuso por el demandante recurso de casación por interés casacional, al amparo del artículo 477.3 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , por infracción de los artículos 1968.2 º, 1969 y 1973 del Código Civil , en relación con los artículos 1.902 del mismo texto legal y doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de esta Sala Primera 340/2010, de 24 de mayo (RJ 2010, 3714) ; 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016, 983) y sobre todo en la sentencia 896/2011, de 12 de diciembre (RJ 2012, 3524) , sobre el cómputo del plazo de prescripción en las acciones de responsabilidad extracontractual.

SEGUNDO.-Admisibilidad del recurso de casación

La parte demandada se opuso al recurso de casación, entendiéndolo que no concurrían los presupuestos condicionantes de su admisibilidad. En primer término, al considerar que faltaba conexión entre la jurisprudencia citada y la cuestión litigiosa objeto del recurso y, en segundo término, al reputar que la prescripción es una cuestión fáctica de la exclusiva soberanía de la sentencia de la Audiencia. No podemos aceptar tales argumentos.

La STS 340/2010, de 24 de mayo (RJ 2010, 3714) , se refiere al criterio restrictivo con que debe ser interpretada la prescripción, con cita de las SSTS de 14 de marzo de 2007, RC n.º 262/2000 (RJ 2007, 1793) y 6 de mayo de 2009, RC n.º 292 /2005 (RJ 2009, 2910) al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho, así como precisa 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], que exige 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.

La STS 896/2011, de 12 de diciembre (RJ 2012, 3524) , insiste y reproduce dicha doctrina, con cita a su vez de las SSTS de 27 de febrero de

2004 y 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006 (RJ 2010, 3714) .

En definitiva, las resoluciones precedentemente citadas se refieren expresamente a que el día inicial del cómputo del plazo de prescripción comienza a discurrir a partir del momento en que el perjudicado cuenta con los elementos precisos para poder ejercitar la acción resarcitoria. Doctrina que se debe particularizar, en el caso de daños personales, al momento en que el perjudicado tome constancia efectiva del daño corporal padecido, pues tal elemento deviene necesario para la cuantificación de la indemnización correspondiente que se postule en demanda.

La STS 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016, 983) , se refiere más específicamente a la interrupción de la prescripción por la pendencia de un proceso penal; mas su aplicación al caso proviene del hecho de que refleja la doctrina de este sala de la doble dimensión fáctica y jurídica, que presenta la prescripción, y que permite el acceso a casación de esta última, cuestión sobre la que luego volveremos.

En definitiva, en la formulación del recurso se respetan los hechos de la Audiencia; se alegan los concretos preceptos de derecho material o sustantivo, que se consideran infringidos; y se funda el interés casacional en la infracción de jurisprudencia con cita de las sentencias de este tribunal antes reseñadas. En definitiva, se plantea una concreta cuestión jurídica, relativa a la forma de computarse el día inicial del plazo de ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual en los daños personales, que posibilita, en este caso, el acceso al recurso extraordinario de casación.

Por otra parte, como señala la STS 2/2017, de 17 de enero (RJ 2017, 1) :

«[...] tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En

tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

En el mismo sentido, entre otras, las SSTS 351/2015, de 15 de junio (RJ 2015, 2289) ; 550/2015, de 13 de octubre (RJ 2015, 4741) ; 577/2015, de 5 de noviembre (RJ 2015, 4789) ; 188/2016, de 18 de marzo (RJ 2016, 864) ; 331/2016, de 19 de mayo (RJ 2016, 3674) ; 667/2016, de 14 de noviembre (RJ 2016, 6301) ; 579/2016, de 30 de septiembre (RJ 2016, 4589) ; 727/2016, de 19 de diciembre (RJ 2016, 6269) ; 2/2017, de 10 de enero (RJ 2017, 1) , 243/2019, de 24 de abril (RJ 2019, 1583) y 146/2020, de 2 de marzo. (RJ 2020, 737)

Por último, no puede ser refrendada la alegación de la parte demandada, relativa a que la determinación del día inicial del plazo de la prescripción es cuestión exclusivamente fáctica de la soberana apreciación de los tribunales de instancia, sino que contiene indiscutibles connotaciones jurídicas, que posibilitan su discusión a través del recurso extraordinario de casación, a los efectos de determinar si se ha procedido a la adecuada interpretación y aplicación de los preceptos legales que la regulan.

Así, es doctrina de esta Sala, de la que es manifestación reciente la STS 326/2019, de 6 de junio (RJ 2019, 2736) , la que sostiene al respecto que:

«1.- Como afirma la sentencia 74/2019, de 5 de febrero, a «efectos de admisibilidad del recurso, el hecho de que el instituto de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta sala revisar la decisión de la instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (sentencia 134/2012, de 29 de febrero)».

«Así lo declara respecto al dies a quo (día inicial) para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones la sentencia de 27 de mayo de 2009, rec. 2933/2003».

En el mismo sentido, las SSTS de 31 de marzo de 2010, RC n.º 310/2006 (RJ 2010, 2539) ; 16 de junio de 2010, RC n.º 939/2006; 896/2011, de 12 de diciembre; 2 de abril de 2014 (RJ 2014, 2162) , en rec. n.º 608/2012 y 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016, 983) ,

entre otras.

TERCERO.-Examen y estimación del recurso de casación interpuesto

El tratamiento jurídico de los daños causantes de lesiones corporales, a los efectos de prescripción, encierra dos particularidades que es necesario tener en cuenta; por un lado, que no es posible determinar el alcance exacto del daño en el momento en que fue causado; y, por otro, que el cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones resarcitorias no se inicia hasta el conocimiento definitivo de las consecuencias lesivas sufridas, toda vez que solo en ese instante es cuando el perjudicado cuenta con los conocimientos precisos para el ejercicio de esa acción protectora de su patrimonio biológico.

Las circunstancias expuestas determinan que una constante jurisprudencia venga proclamando, que el día inicial del cómputo del plazo del año del art. 1968.2 del CC (LEG 1889, 27) , lo adquiera el perjudicado al producirse el alta médica, que es cuando realmente toma constancia de la entidad y consecuencias del daño, en la medida en que la medicina ha agotado las posibilidades de reintegrar la integridad física del lesionado a la existente con antelación al daño. Es el momento en que 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 que han de incluirse en la indemnización (SSTS, 429/2007, de 17 de abril (RJ 2007, 3360) del Pleno, 430/2007, de 17 de abril (RJ 2007, 3359) ; 682/2008, de 9 de julio (RJ 2008, 4370) ; 1032/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 391) ; 326/2009, de 7 de mayo (RJ 2009, 3170) y 326/2019, de 6 de junio (RJ 2019, 2736)).

Pues bien, en este caso, la sentencia de la Audiencia no fija el día inicial del cómputo del plazo de la prescripción en el momento en que al actor se le da el alta por los facultativos del servicio de traumatología, que llevaban el seguimiento de sus lesiones y quienes prescribieron el tratamiento rehabilitador, sino cuando finaliza éste último, «al no constar con posterioridad ningún otro tratamiento curativo, obedeciendo la fecha posterior a motivos exclusivos de agenda», indicando que «la fecha del inicio del plazo prescriptivo debe ser siempre coincidente con la que, tras la valoración de la prueba, se haya acreditado se haya producido la estabilidad lesional. Lo contrario implicaría dejar el inicio del plazo en manos del actor».

No podemos aceptar este argumento de la Audiencia. El demandante no puede conocer, por sí mismo, si se habían agotado, al finalizar el tratamiento rehabilitador, las posibilidades de curación, si existían otros tratamientos alternativos o complementarios, o si, por el contrario, se había producido la consolidación o estabilización definitiva de sus lesiones, de manera tal que ya no existía un margen razonable de mejoría. Elementos de necesario conocimiento que no los adquirió hasta que se le da el alta por el servicio de traumatología, que es el que cuenta con los saberes especializados para valorar si se han agotado las posibilidades de curación que ofrece la medicina.

La sentencia de la Audiencia confunde el día inicial del cómputo del plazo prescriptivo del art. 1968.2 CC, coincidente con el alta médica de traumatología, con el debate jurídico sobre la estabilización de las lesiones sufridas, a la hora de determinar la incapacidad temporal, en su caso con secuelas, y su correlativa traducción económica, resultado de la actividad probatoria desplegada en el juicio.

En efecto, la determinación del denominado día de corte se establece, en numerosas ocasiones, tras la valoración del proceso evolutivo de una patología, dentro del marco de un proceso judicial, con discusión de las partes al respecto y valoración de periciales contradictorias; por consiguiente, es posible que se fije en sentencia el día de estabilización, con anterioridad al alta médica, pues las revisiones periódicas seguidas permiten apreciar la estabilidad de una lesión, que no ha progresado evolutivamente de forma favorable sobre lo esperado, posible, aunque incierto.

O dicho de otra manera, una consulta de revisión o control no es incoherente con que se fije la incapacidad temporal, a efectos indemnizatorios, con antelación al alta médica, ya que el resultado de un examen programado de aquella clase puede constituir precisamente un indicador relevante o elemento de juicio decisivo, que permite determinar, a posteriori, cuando las lesiones se han estancado, al ser insensibles a los tratamientos ulteriores recibidos, adquiriendo entonces la condición de secuelas. No se puede pues identificar la actuación del médico tratante, que da el alta, con la del facultativo valorador.

Sin embargo, el perjudicado, que no es técnico en medicina, sólo adquiere constancia del efectivo daño corporal sufrido al recibir el alta. Es, a partir de ese momento, cuando

se inicia el plazo de la prescripción, siendo cuestión distinta la discusión del efectivo alcance del daño padecido. La tesis postulada por la Audiencia generaría una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica inasumible, dado el carácter controvertido que alcanza la determinación de la fecha de la incapacitación temporal con la consolidación de las secuelas que, en el caso de su judicialización, se determina, a posteriori, tras la presentación de la demanda y la valoración de periciales médicas, en no pocas ocasiones contradictorias.

Por otra parte, no dependió del actor la prolongación del periodo de obtención del alta médica y el conocimiento de la estabilización de las lesiones, que le dejaba expedito el ejercicio de las acciones judiciales, cuando fue el propio centro médico asistencial el que señaló la cita de control, que concluyó con dicha alta, sin que conste ningún acto imputable a su persona tendente a demorar la sanidad del daño corporal padecido.

La jurisprudencia de esta sala obedece a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido, en situaciones en que no ha podido, hasta el alta médica, conocer en su totalidad el alcance del daño corporal sufrido, 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.º 2287/2004 (RJ 2009, 3391)), como acontece en el caso que nos ocupa.

Por todo ello, estimamos el recurso interpuesto.

CUARTO.- Consecuencias de la estimación del recurso de casación

La estimación del recurso conduce a la devolución de las actuaciones a la Audiencia, para que dicte la sentencia correspondiente, a los efectos de no privar a la parte demandante de la correspondiente instancia, lo que tiene su base en la jurisprudencia de este tribunal, de la que es botón de muestra la STS 62/2018, de 5 de febrero (RJ 2018, 218) , en que indicamos:

«Al considerar esta Sala que no existe la prescripción que ha sido apreciada por la sentencia impugnada, procede casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, teniéndose por interpuesta la demanda en tiempo, se resuelva sobre las pretensiones formuladas en

la misma. Así se ha acordado en sentencias como la 285/2009, de 29 abril (dictada por la sala en pleno al resolver Recurso 325/2006 por considerar procedente en tal caso «devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (...)», teniendo en cuenta que «otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba».

En el mismo sentido, SSTS 899/2011, de 30 de noviembre (RJ 2012, 1641) ; 721/2014, de 17 de diciembre (RJ 2014, 6309) ; 97/2015, de 24 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre (RJ 2016, 4956) ; 710/2018, de 18 de diciembre (RJ 2018, 5640) y 161/2019, de 16 de marzo SIC (RJ 2019, 940) entre otras.



QUINTO.-Costas y depósito

De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , no se impone a la parte recurrente las costas del recurso.

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir conforme a la disposición adicional quince, apartado 8 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 2017 (JUR 2017, 240878) , dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 709/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 648/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vélez-Málaga.

2.º- Casar la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, y devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, con carácter preferente, resuelva dicho recurso, si bien con respeto a lo ya decidido por esta sala en lo relativo a la inexistencia de la prescripción de la acción deducida.

3.º-No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación y se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

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

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

Por José Antonio Badillo Arias
Abogado

Analizamos una interesante sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre cuando se inicia el plazo de prescripción (dies a quo) para el ejercicio de las acciones correspondientes en los supuestos de daños personales ocasionados a un tercero, cuando la fecha de estabilización de sus lesiones no coincide con el alta médica del servicio que le atendió.

El debate gira en torno a dos fechas, que en la práctica suelen ser problemáticas para determinar el inicio del plazo de prescripción: la de estabilización de las lesiones, que es cuando finaliza el periodo de rehabilitación y, terapéuticamente, ya no existen más posibilidades de mejora del lesionado, y la del alta por los facultativos del servicio de traumatología que llevaban el seguimiento de las lesiones y quienes prescribieron el tratamiento rehabilitador de la víctima.

En este caso, el tratamiento rehabilitador finalizó el 15 de marzo de 2012 y el alta médica del servicio de traumatología fue el 7 de mayo de 2012. La reclamación extrajudicial por burofax se produjo el 2 de mayo de 2013, que estaría prescrita si consideramos el dies a quo la primera fecha y no lo estaría en el caso de tener en cuenta la segunda.

Los hechos analizados son derivados de los daños sufridos por un interno en un centro psiquiátrico, que se los ocasiona al intentar escapar por la ventana de su habitación, aprovechando que se encontraba abierta con motivo de las labores de limpieza del referido establecimiento médico.

“(…) El debate gira en torno a dos fechas, que en la práctica suelen ser problemáticas para determinar el inicio del plazo de prescripción: la de estabilización de las lesiones, que es cuando finaliza el periodo de rehabilitación y, terapéuticamente, ya no existen más posibilidades de mejora del lesionado, y la del alta por los facultativos del servicio de traumatología que llevaban el seguimiento de las lesiones y quienes prescribieron el tratamiento rehabilitador de la víctima.

Ante la reclamación judicial del perjudicado por importe de 70.390,37 euros, la sentencia del juzgado de 1ª instancia no estimó la excepción de prescripción y, admitiendo concurrencia de culpas de la entidad demandada, la condenó al pago de 46.217,20 euros. Sin embargo, tras el recurso de apelación correspondiente, la Audiencia Provincial de Málaga, sin entrar en el fondo del asunto, estimó la excepción de prescripción y absolvió a dicha entidad.

Para la AP de Málaga, la fecha de estabilización lesional es el 15 de marzo de 2012, «momento en que el actor es dado de alta en rehabilitación, al no constar con posterioridad ningún otro tratamiento curativo, obedeciendo la fecha posterior a «motivos exclusivos de agenda». Siendo esto así, la fecha que ha de considerarse como de inicio del plazo prescriptivo es el de la estabilidad lesional, no pudiendo utilizarse dos fechas distintas: una a efectos de cómputo de prescripción y otra para la determinación de los periodos de incapacidad. Esto es, la fecha del inicio del plazo prescriptivo debe ser siempre coincidente con la que, tras la valoración de la prueba, se haya acreditado se haya producido la estabilidad lesional. Lo contrario implicaría dejar el inicio del plazo en manos del actor».

COMENTARIO

Como puede sospecharse, el problema planteado por el actor al Tribunal Supremo en su recurso de casación, es determinar si la fecha del alta en el servicio de traumatología puede considerarse como el dies a quo para el inicio del plazo de prescripción.

La Sala 1ª del TS, que admite el recurso, en primer lugar, se refiere al criterio restrictivo con que debe ser interpretada la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho, precisando que el dies a quo 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], que exige 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.

De este modo, matiza, que esta doctrina se debe particularizar, en el caso de daños personales, al momento en que el perjudicado tome constancia efectiva del daño corporal padecido, pues tal elemento deviene necesario para la cuantificación de la indemnización correspondiente que se postule en demanda.

“(…) En definitiva, para la Sala, no se puede pues identificar la actuación del médico tratante, que da el alta, con la del facultativo valorador. El perjudicado, que no es técnico en medicina, sólo adquiere constancia del efectivo daño corporal sufrido al recibir el alta. Es, a partir de ese momento, cuando se inicia el plazo de la prescripción, siendo cuestión distinta la discusión del efectivo alcance del daño padecido.

Así las cosas, para la Sala, el demandante no puede conocer, por sí mismo, si se habían agotado, al finalizar el tratamiento rehabilitador, las posibilidades de curación, si existían otros tratamientos alternativos o complementarios, o si, por el contrario, se había producido la consolidación o estabilización definitiva de sus lesiones, de manera tal que ya no existía un margen razonable de mejoría. El conocimiento de estos elementos no los adquirió el lesionado hasta que se le da el alta por el servicio de traumatología, que es el que cuenta con los saberes especializados para valorar si se han agotado las posibilidades de curación que ofrece la medicina.

La sentencia sostiene que una consulta de revisión o control no es incoherente con que se fije la incapacidad temporal, a efectos indemnizatorios, con antelación al alta médica, ya que el resultado de un examen programado de aquella clase puede constituir precisamente un indicador relevante o elemento de juicio decisivo, que permite determinar, a posteriori, cuando las lesiones se han estancado, al ser insensibles a los tratamientos ulteriores recibidos, adquiriendo entonces la condición de secuelas.

En definitiva, para la Sala, no se puede pues identificar la actuación del médico tratante, que da el alta, con la del facultativo valorador. El perjudicado, que no es técnico en medicina, sólo adquiere constancia del efectivo daño corporal sufrido al recibir el alta. Es, a partir de ese momento, cuando se inicia el plazo de la prescripción, siendo cuestión distinta la discusión del efectivo alcance del daño padecido.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Contrato de seguro de incapacidad permanente. Se considera como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, la que, si bien define lo que se entiende por invalidez permanente absoluta introduce un requisito cual es exigir su naturaleza irreversible.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 23 de Junio de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos resolutorios de este litigio hemos de partir de los siguientes antecedentes:

1.- Los hechos objeto del proceso.

Por la representación de Da Encarna se formuló demanda de juicio ordinario contra Seguros El Corte Inglés Vida, Pensiones y Reaseguros, S.A., en reclamación de la suma de 75.000 euros más los intereses legales del artículo 20 de la LCS, objeto de cobertura, en virtud de la póliza suscrita por las partes, en fecha 13 de noviembre de 2004, en la que se establece la garantía de fallecimiento e invalidez permanente absoluta con un capital asegurado de 75.000 euros.

La demandante cursa, con fecha 25 de febrero de 2008, baja de incapacidad temporal por trastorno depresivo mayor y trastorno alimenticio. En dictamen propuesta de fecha 13 de octubre de 2009, emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS, aceptado y elevado a definitivo por la citada Dirección Provincial con fecha 21 de octubre de 2009, se calificó

a la actora en la condición de «incapacitado permanente en grado de absoluta», sobre la base de un cuadro clínico de trastorno depresivo mayor y trastorno de la conducta alimentaria, que provoca «limitación actual para actividad laboral reglada», pero haciendo constar que existe «posibilidad de mejoría, al menos parcial, a medio plazo», y que la calificación «podrá ser revisada por agravación o mejoría a partir del 01-09-2010», que se podrá instar según el artículo 143 de la Ley General de Seguridad Social a partir del 01-09-2010, comunicándole que «de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.4 del Reglamento 574/72 se le informa de que la medida adoptada tiene carácter provisional y no es recurrible».

Con fecha 24 de junio de 2010 se le da «carácter definitivo a la resolución que se le comunicó con carácter provisional», y con data 1 de marzo de 2011 se emite nuevo dictamen-propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades -revisión de la situación de incapacidad permanente iniciada de oficio-, aceptado y elevado a definitivo por la Dirección Provincial del INSS con la misma fecha, acordando «mantener la situación de incapacidad permanente absoluta que por la contingencia de enfermedad común tiene reconocida, por considerar que su estado no ha experimentado mejoría»; desde entonces hasta la fecha de la sentencia del Juzgado cinco de mayo de 2017, habían transcurrido ya más de seis años sin que se hubiera procedido a revisar la referida calificación.

La entidad demandada se opuso a la demanda, considerando que se ocultó por parte de la actora la verdadera situación de su salud, dado que, a la fecha de suscripción del seguro, ya padecía las dolencias que posteriormente provocaron su incapacidad con infracción del art. 10 de la LCS, así como que, en cualquier caso, la declaración de incapacidad permanente absoluta por parte del INSS no reunía los requisitos contractualmente exigidos para que fuera objeto de la correspondiente cobertura, al no ser irreversible.

En las Condiciones Generales de la póliza se recoge, en el apartado 2.1, que: «A los efectos de esta cobertura, se entiende por Invalidez Permanente Absoluta, la situación física irreversible provocada por accidente o enfermedad, originados independientemente de la voluntad del asegurado, determinante de la total ineptitud de éste para el mantenimiento permanente de cualquier relación laboral o actividad profesional, no existiendo exclusiones

de ningún tipo».

2.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Seguido el correspondiente procedimiento judicial se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia n.o 4 de Móstoles, que estimó íntegramente la demanda, condenando a la aseguradora a abonar a la demandante los 75.000 euros reclamados con los intereses del art. 20 de la LCS.

La sentencia de primera instancia estima la pretensión ejercitada al considerar, en síntesis, que la demandada no había sometido a la asegurada a un cuestionario de salud propiamente dicho, por lo que no existió posibilidad para que pudiera cumplir con su deber de responder a hechos o circunstancias que pudieran ser relevantes para la valoración del riesgo. Todo ello, sin que la aseguradora hubiera probado que, en el momento de suscribir la demandante el boletín de adhesión, existieran enfermedades diagnosticadas conocidas y ocultadas a la aseguradora. Por todo ello, procede acceder a la pretensión ejercitada, al aportarse por la actora certificación expedida por el INSS con fecha de 13 de octubre de 2009, elevada a definitiva y considerada subsistente en revisión de 2011, en que se declara la situación de incapacidad permanente absoluta de la actora, con base a un trastorno depresivo mayor y trastorno de la conducta alimentaria, cuyo carácter invalidante no fue discutido por la entidad aseguradora, sin que en los seis años posteriores constase la revisión de dicha calificación en el expediente administrativo.

3.- La sentencia de la Audiencia Provincial.

Contra dicha sentencia se interpuso por la compañía de seguros recurso de apelación. La recurrente sostiene que la invalidez permanente absoluta reconocida no es irreversible, ni determinante de la total ineptitud para el mantenimiento permanente de cualquier relación laboral o actividad profesional, como se exige en el art. 2.1 del anexo de las Condiciones Generales de la póliza. Ello es así, dado que la invalidez reconocida a la actora por el INSS no es definitiva sino provisional y, por lo tanto, no es objeto de cobertura por la póliza, considerando la precitada condición como delimitadora del riesgo y no limitativa de derechos. Igualmente se sostuvo el incumplimiento por la aseguradora del deber de declaración leal al que se refiere

el art. 10 de la LCS, al no manifestar sus previos trastornos psíquicos en el cuestionario a la que fue sometida.

El recurso fue estimado por sentencia dictada por la sección 10.a de la Audiencia Provincial de Madrid, con el argumento de que no habiéndose acreditado la irreversibilidad de la enfermedad depresiva que padece la asegurada, pues la última revisión aportada fue de 1 de marzo de 2011, sin que exista en autos resolución posterior, ni pronunciamiento del INSS sobre la irreversibilidad de la situación médica de la asegurada, la cobertura del seguro contratado no entra en juego y no pueden prosperar las pretensiones de la demanda, procediendo, en consecuencia, a acoger el recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia recurrida y en consecuencia desestimar la demanda.

4.- El recurso de casación.

Contra dicha sentencia se interpuso el correspondiente recurso de casación. El recurso de casación se funda en tres motivos: el primero, por infracción del art. 3 LCS, al considerar que se habría introducido una cláusula sorpresiva y limitativa de los derechos del asegurado, y que habría sido ocultada a la demandante; el segundo, por infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre cláusulas limitadoras y limitativas en el contrato de seguro; y el tercero, por la existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales sobre la interpretación de la irreversibilidad de la invalidez permanente absoluta.

SEGUNDO.- Análisis y resolución de los motivos de casación

Por su íntima conexión analizaremos conjuntamente los dos primeros motivos de casación, que se refieren a la naturaleza de la condición general 2.1 del contrato de seguro como delimitadora o limitativa de los derechos de la asegurada, sin que existan óbices procesales para su admisibilidad al alegarse la vulneración de un precepto de derecho sustantivo, sin alteración de los hechos probados, otra cosa es su valoración jurídica, y citando sentencias de esta sala que avalan el recurso interpuesto, planteando una cuestión jurídica que merece la atención de este tribunal.

1.- Diferenciación y distinto régimen jurídico de las condiciones delimitadoras y limitativas del contrato de seguro.

En no pocas ocasiones, este tribunal ha tenido que abordar la cuestión controvertida sobre la naturaleza de las condiciones generales de los contratos de tal clase, con las consecuencias derivadas del sometimiento a distinto régimen jurídico, en tanto en cuanto para el juego contractual de las condiciones delimitadoras basta la aceptación genérica, sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativas (STS 366/2001, de 17 de abril; 303/2003, de 20 de marzo; 14 de mayo 2004, en recurso 1734/1998; 1033/2005, de 30 de diciembre), las cuales deben de estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 de la LCS, para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 516/2009, de 15 de julio; 268/2011, de 20 de abril; 541/2016, de 14 de septiembre; 234/2018, de 23 de abril; 58/2019, de 29 de enero; 418/2019, de 15 de julio), requisitos ambos que, además, han de concurrir conjuntamente (SSTS 676/2008, de 15 de julio; 402/2015, de 14 de julio, 76/2017, de 9 de febrero y 661/2019, de 12 de diciembre).

Igualmente hemos destacado que si bien, desde un punto de vista estrictamente teórico, la diferencia entre ambos tipos de condiciones no es complicada de establecer, las dificultades provienen de su aplicación práctica según las particularidades concurrentes de cada litigio.

En la STS 661/2019, de 12 de diciembre, del Pleno, se expuso la doctrina de este tribunal en los términos siguientes:

«En principio, una condición delimitadora define el objeto del contrato, perfila el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que, si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura. Las cláusulas limitativas, por el contrario, desempeñan distinto papel, en tanto en cuanto producido el riesgo actúan para restringir, condicionar o modificar el derecho de resarcimiento del asegurado.

«En este sentido, la STS 541/2016, de 14 de septiembre, cuya doctrina cita y ratifica la más reciente STS 58/2019, de 29 de enero, señala que:

«»[...] desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece,

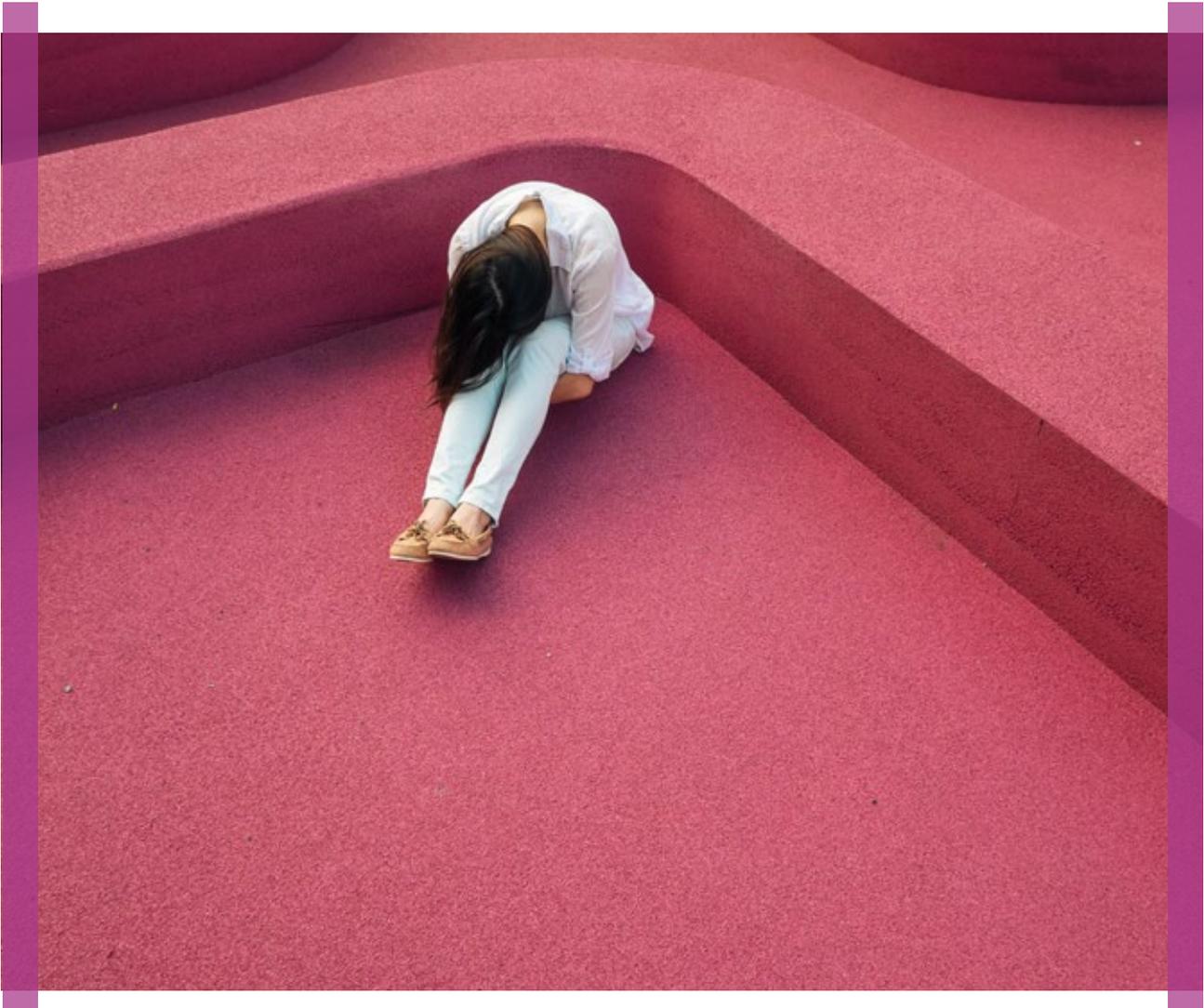
a primera vista, sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido».

«Las dificultades expuestas han llevado a la jurisprudencia a intentar establecer criterios distintivos entre unas y otras cláusulas. En tal esfuerzo de concreción jurídica es de obligada cita la STS 853/2006, 11 de septiembre, del Pleno de esta Sala, que señala que son delimitadoras las condiciones «[...] mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla».

«En definitiva, la precitada STS 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de este tribunal, como las SSTS 1051/2007 de 17 de octubre; 676/2008, de 15 de julio; 738/2009, de 12 de noviembre; 598/2011, de 20 de julio; 402/2015, de 14 de julio, 541/2016, de 14 de septiembre; 147/2017, de 2 de marzo; 590/2017, de 7 de noviembre, según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal o espacial.

«La STS 676/2008, de 15 de julio, cuya doctrina reproduce la ulterior STS 82/2012, en el esfuerzo jurisprudencial diferenciador entre ambas clases de cláusulas, se refiere a las delimitadoras de la forma siguiente:

«»[...] son, pues, aquellas mediante las



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

«Para la STS 82/2012, de 5 de marzo, debe incluirse en esta categoría las relativas a la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada.

«De la misma forma la STS 402/2015, de 14 de julio, perfilando igualmente los contornos de dichas condiciones, precisa que:

«»[...] responden a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o en coherencia con el uso establecido, evitando delimitarlo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza (SSTS de 25 de octubre de 2011, 20 de abril de 2011, 18 de mayo de 2009, 26 de septiembre de 2008 y 17 de octubre de 2007)».

«El papel que, por el contrario, se reserva a las cláusulas limitativas radica en restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido (SSTS de 16 de mayo y 16 octubre de 2000, 273/2016, de 22 de abril, 520/2017, de 27 de septiembre, 590/2017, de 7 de noviembre). En palabras de la STS 953/2006, de 9 de octubre, serían «las que empeoran la situación negocial del asegurado».

«Un criterio distintivo utilizado para determinar el concepto de cláusula limitativa, es referirlo con el contenido natural del contrato, esto es «[...] del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora» (SSTS 273/2016, de 22 de abril, 541/2016, de

14 de septiembre y 147/2017, de 2 de marzo). En este sentido, se atribuye la condición de limitativa a la cláusula sorpresiva que se aparta de dicho contenido (STS 58/2019, de 29 de enero). En el mismo sentido, se expresa la STS 715/2013, de 25 de noviembre, cuando precisa que «[...] incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado».

«Muy gráficamente lo explica la STS 273/2016, de 22 de abril, cuando bajo el epígrafe expectativas razonables del asegurado, señala:

«»Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa [...] Precisamente cuando hay contradicción entre las cláusulas que definen el riesgo y las que lo acotan es cuando puede producirse una exclusión sorprendente».

«En definitiva, cuando una determinada cobertura de un siniestro es objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, por constituir prestación natural de la modalidad de seguro concertado, es preciso que la restricción preestablecida cuente con la garantía adicional de conocimiento que implica el régimen de las cláusulas limitativas, por lo que la eficacia contractual de las condiciones sorpresivas queda condicionada a las exigencias del art. 3 LCS».

2.- Consideración de la condición general 2.1 como limitativa del riesgo tal y como la misma ha sido redactada.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la condición general 2.1 del seguro colectivo suscrito, si bien define lo que se entiende por invalidez permanente absoluta introduce un requisito cual es exigir su naturaleza irreversible, es decir que no sea susceptible de volver al estado o situación anterior, y lo hace sin concreción alguna, lo que determina que deba ser considerada como limitativa, requiriendo los requisitos de aceptación antes expuestos, en

tanto en cuanto restringe, condiciona o modifica el derecho de resarcimiento del asegurado y sus legítimas expectativas de cobertura, una vez afecto a una situación de invalidez permanente absoluta.

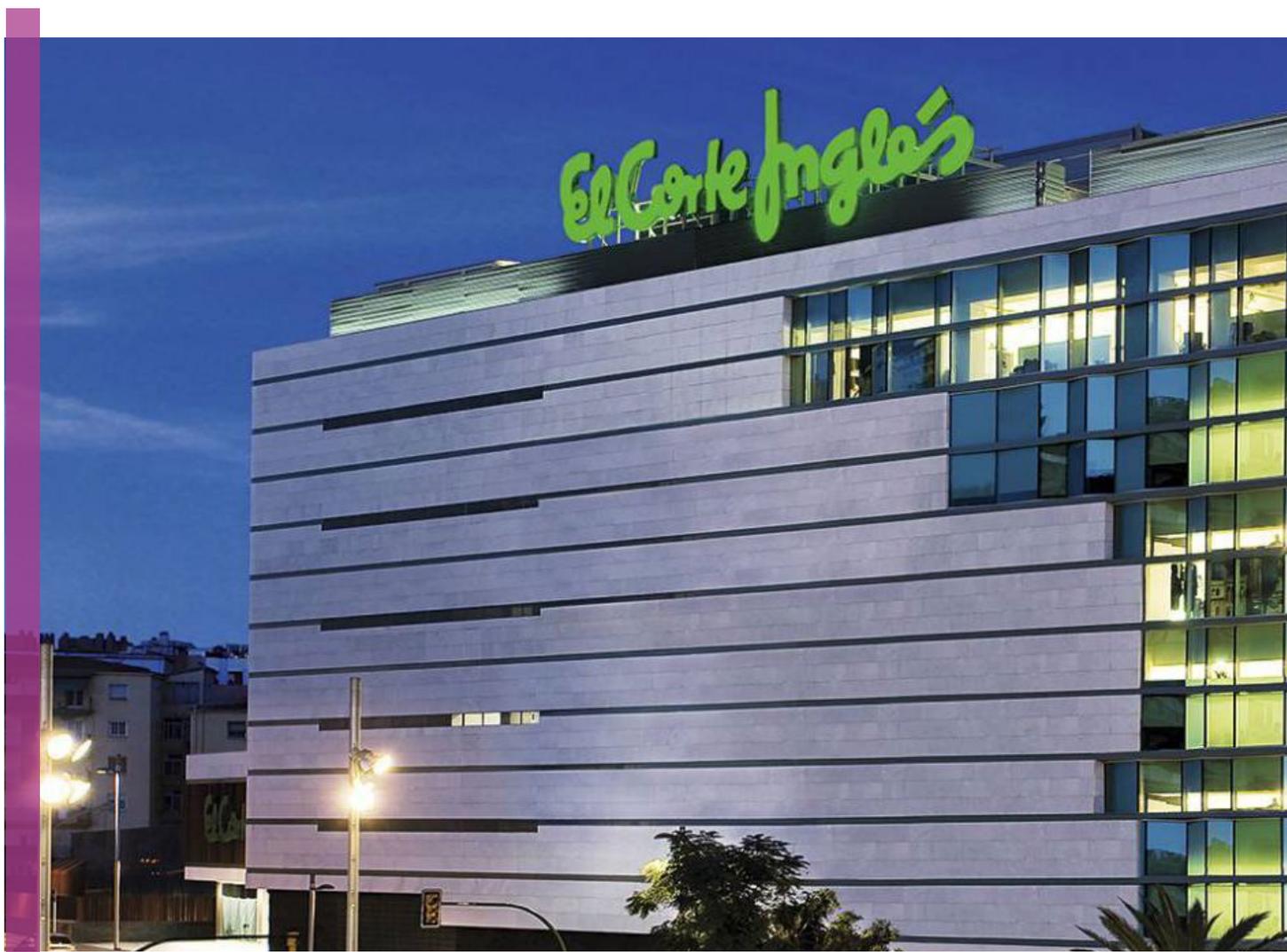
Ello es así, porque en el régimen general de la Seguridad Social, invocado por la aseguradora, la invalidez permanente absoluta es susceptible de ser declarada con la correspondiente posibilidad de revisión. En este sentido, el art. 143.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (actual art. 200 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), vigente a la fecha de suscripción de la póliza normaba que:

«Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de

sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta ley, para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión».

Por otro lado, el art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores proclama que:

«En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente



objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente».

Pues bien, en casos como el presente, interpretando condiciones generales de contratos de seguro, que definen el riesgo de invalidez permanente absoluta exigiendo la «situación física irreversible», la STS 68/2020, de 28 de enero, del Pleno de la Sala de lo Social, establece, analizando la doctrina de las SSTS 646/2000, de 28 de diciembre y 76/2016, de 4 de febrero, que la jurisprudencia de dicha sala puede resumirse, con claridad, de la forma siguiente:

«a) Tras la vigencia del artículo 48.2 ET existe un tipo de incapacidad permanente

que, pese a su denominación, posee efectos suspensivos del contrato de trabajo.

«b) Cuando la póliza que asegura el cumplimiento de la mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo especifica que cubre las situaciones irreversibles, la incapacidad permanente condicionada a los términos del artículo 48.2 ET no permite lucrar la mejora voluntaria.

«c) En estos casos, si la revisión por mejoría no se produce dentro del plazo máximo de dos años contemplado en el artículo 48.2 ET el trabajador sí puede reclamar la indemnización. Pero si la mejoría se produce habrá quedado demostrado que no existía una situación irreversible de las que dan derecho a la indemnización pactada».

La aseguradora niega la cobertura dado que la invalidez reconocida a la actora por el INSS





no es definitiva sino provisional y, por lo tanto, no es objeto de cobertura por la póliza. En este caso, el riesgo de un asegurado declarado como afecto a una invalidez permanente absoluta bajo las previsiones de revisión del art. 143 de la LGSS de 1994 (actual art. 200 de la Ley de 2015), carecería de cobertura *sine die*, incluso transcurridos los dos años de suspensión de la relación laboral, que sin embargo quedaría extinguida, y pese a que, en tal caso, la jurisdicción social, con respecto a los seguros afectos a los convenios colectivos, considerase a la misma jurídicamente irreversible.

Nada impide que se pacte la cobertura de la invalidez permanente absoluta con la condición de irreversible, pero con las garantías de la suscripción de las condiciones limitativas, toda vez que está excluyendo casos de indeterminación de la evolución de un cuadro clínico, de manera tal que un asegurado afecto a una invalidez permanente absoluta, que persista desde su declaración hasta su jubilación, sería excluido de la póliza, ante la eventualidad de su mejoría.

De mantenerse tal interpretación posible, avalada por la compañía y compartida por la Audiencia, a tenor de la redacción de la condición general 2.1, el contrato se alejaría de forma inadmisiblemente de la finalidad pretendida con su suscripción y de las razonables expectativas de cobertura del asegurado, al que le sería legítimo pensar que declarada su invalidez permanente absoluta y extinguido su contrato de trabajo, por el transcurso del plazo de dos años, al que se refiere el art. 48.2 ET, estaba cubierto por la cobertura pactada, como viene entendiendo por ejemplo la jurisdicción social con respecto a los seguros afectos a los convenios colectivos.

Es por ello que la condición redactada, al exigir el carácter irreversible de la invalidez permanente absoluta, sin precisión, ni matiz de clase alguna, determinaría que casos, como el presente, en que los trastornos depresivos y de la alimentación sufridos por la actora, que motivaron su declaración de invalidez, en el año 2009, siguiesen sin cobertura transcurridos ya al menos más de seis años, desde la última revisión, llevada a efecto en el año 2011 por el INSS, como resulta del expediente administrativo remitido al Juzgado, sin que conste que la actora haya mejorado de su patología.

En definitiva, se restringe de esta manera la cobertura, descartando casos como el litigioso, con declaración de invalidez permanente

absoluta y sin mejoría ulterior durante un dilatado periodo de tiempo, vulnerando las legítimas expectativas de un asegurado, que no podía esperar que una situación como la descrita quedara al margen del seguro pactado, sin la consiguiente suscripción por su parte de una condición debidamente destacada en el condicionado de la póliza, que avalase su conocimiento sobre el carácter irreversible y, por lo tanto, definitivo de la situación física provocada por el accidente o enfermedad, descartando absolutamente situaciones de posible mejoría frustradas manifestadas por un significativo periodo de tiempo evidenciador de la consolidación de la invalidez declarada.

La sentencia recurrida, ateniéndose al tenor de la condición, no admite que una invalidez permanente absoluta, sin mejoría en los dos años posteriores, que extingue la relación laboral, y prolongada durante varios años más, sea objeto de cobertura, y ello atribuye a la misma su carácter limitativo que determina la estimación del recurso de casación.

La estimación del recurso de casación conlleva a que no proceda entrar en el análisis del otro motivo del recurso de casación interpuesto, al carecer de sentido, pero sí en el otro causal de apelación de la aseguradora no tratado por la sentencia de la Audiencia.

TERCERO.- Sobre la vulneración del deber de declaración del asegurado sobre las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo

La sentencia de la Audiencia no entró en el análisis de este motivo de apelación de la compañía de seguros, al considerar que no se daban las condiciones de operatividad de la cobertura de invalidez permanente absoluta, lo que nos obliga a resolver tal cuestión, para lo cual consideramos que el juzgado ha dado una adecuada respuesta a tal motivo de oposición de la compañía demandada.

En efecto, es jurisprudencia de esta sala la que sostiene que el art. 10 de la LCS establece un deber de contestación o respuesta por el asegurado a lo que se le pregunte por el asegurador, de modo que éste habrá de asumir las consecuencias que deriven de la presentación de un cuestionario incompleto (SSTS 726/2016, de 12 de diciembre; 222/2017, de 5 de abril; 542/2017, de 4 de octubre; 323/2018, de 30 de mayo; 562/2018, de 10 de octubre; 621/2018, de 18 de noviembre y 81/2019, de 7 de

febrero).

Los tribunales deben examinar, si el tipo de preguntas, que se formularon al asegurado, eran conducentes a que éste pudiera representarse a qué antecedentes de salud, que él conociera o no pudiera desconocer, se referían; es decir, si las preguntas efectuadas le permitieron adquirir constancia de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo (SSTS 562/2018, de 10 de octubre, 81/2019, de 7 de febrero).

Se ha negado la existencia de ocultación en casos de cuestionarios o declaraciones de salud demasiado genéricos o ambiguos, con preguntas sobre la salud general del asegurado estereotipadas, que no le permitían vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro (entre las más recientes sentencias 157/2016, de 16 de marzo; 222/2017, de 5 de abril; 323/2018, de 30 de mayo y 37/2019, de 21 de enero entre otras.

Según resulta de las SSTS 726/2016, de 12 de diciembre; 222/2017, de 5 de abril; 542/2017, de 4 de octubre; y 323/2018 de 30 de mayo, 53/2019, de 24 de enero), el incumplimiento del deber de declaración leal del art. 10 de la LCS se considera infringido cuando concurren los requisitos siguientes:

1) que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante; 2) que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa; 3) que el riesgo declarado sea distinto del real; 4) que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración; 5) que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento; y 6) que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto.

En el caso presente, el cuestionario, al que fue sometida la actora, es realmente genérico e indeterminado y encierra un juicio valorativo subjetivo de la misma, en tanto en cuanto se le pregunta sobre: 1o ¿ha tenido o tiene alguna limitación física o psíquica o enfermedad crónica?; 2o ¿ha padecido en los últimos 5 años alguna enfermedad o accidente que haya requerido tratamiento médico o intervención quirúrgica) y 3o ¿se considera actualmente en buen estado de salud?, dejando al arbitrio

del asegurado determinar lo que entiende por limitación física o psíquica o buen estado de salud, o de escasa significación, al requerirle, sin mayores precisiones, si en los últimos cinco años padeció alguna dolencia que requiriese atención médica, por lo que su contestación afirmativa no aporta dato relevante para la valoración del riesgo, al ser natural que tal situación se haya producido en cualquier persona.

La sentencia del Juzgado señala que tampoco ha resultado acreditado por la entidad aseguradora que, en el momento de suscribir el boletín de adhesión firmado el 13 de noviembre de 2004 a los seguros colectivos de vida y accidentes, existieran enfermedades diagnosticadas conocidas y ocultadas a la aseguradora en el momento de contratar.

La demandante fue valorada por primera vez en el servicio de psiquiatría en abril de 2008, y no en abril de 2004, por trastorno depresivo, y, en el año anterior 2007, fue tratada en el servicio de Atención Primaria por un probable cuadro de bulimia nerviosa. Igualmente la Dra. Milagrosa, médico de Atención Primaria, se ha manifestado en el marco de la prueba testifical que la primera vez que se le pautó a la actora «Fluoxetina» fue el 30 de agosto de 2006 y que con fecha 31 de octubre de 2006 se la derivó por primera vez a psiquiatría.

Por otra parte, el boletín de adhesión de fecha 10 de marzo de 2007 a los mismos seguros colectivos de vida y accidentes -pólizas n.o 90.009.101, 90.005.004 y 90.005.698- y con el mismo contenido que el «boletín de adhesión» de fecha 13 de noviembre de 2004, señala el Juzgado que no puede ser reputado como una nueva solicitud de seguro -no supone la sustitución de una póliza por otra posterior, ya que en dicho caso se trataría de una novación extintiva que nunca se presume, sino que se trataba de una mera actualización de las primas y capitales asegurados en los seguros previamente concertados.

En las condiciones expuestas, no podemos considerar infringido el deber de declaración del art. 10 de la LCS, al no constar los requisitos antes reseñados.

Procede en consecuencia la ratificación de la sentencia del Juzgado con la aplicación de los intereses del art. 20 de la LCS, al no existir causa justificada que permita excepcionar su aplicación declarada por el Juzgado.

CUARTO.- Costas y depósito

Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer las

costas causadas por el mismo.

Con respecto a la devolución del depósito constituido para recurrir se aplica el régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.a, apartado 8, de la LOPJ, procediendo su restitución a la recurrente.

La desestimación del recurso de apelación interpuesto conlleva la imposición de las costas del mismo a la parte apelante (art. 398 LEC).

FALLO

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

:

1.o- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.a Encarna, contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 2017, dictada por la sección 10.a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación 657/2017, sin imposición de las costas correspondientes y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.o- Casar la referida sentencia y, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirmamos la sentencia de 5 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.o 4 Móstoles, en los autos de juicio ordinario 1060/2016, con preceptiva imposición de costas a la parte demandada recurrente y pérdida de depósito.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y Firma

Por **José Manuel Villar Calabuig**
Abogado

Excepcional sentencia, en la que ha sido ponente Don Jose Luis Seoane Spiegelberg. Como ya hemos tenido oportunidad de confirmar, tras su llegada al Tribunal Supremo, las sentencias en las que ha sido ponente son de un nivel doctrinal considerable, y esta sentencia va a permitir a muchos de nosotros entender, si es que es posible, la diferencia práctica entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las cláusulas limitativas de derechos. Y digo “práctica”, precisamente, porque el propio Tribunal, en anteriores sentencias, ya se hizo eco de la problemática de aplicar a la práctica lo que, desde un punto de vista estrictamente teórico, no era difícil de establecer.

Resumen del caso: Se trata de un seguro con cobertura por fallecimiento e invalidez permanente absoluta con un capital asegurado de 75.000€. Concedida la incapacidad permanente absoluta por el INSS, derivada de enfermedad común, la aseguradora niega la cobertura alegando que la póliza establece el requisito de que la misma debe ser irreversible y, dado que las resoluciones del INSS no fijaban con determinación esa irreversibilidad, pese al paso de los años, entienden que la cláusula es aplicable a este supuesto, considerando que es delimitadora y no limitativa. Iniciado el oportuno procedimiento civil, la sentencia de

(...)“esta sentencia va a permitir a muchos de nosotros entender, si es que es posible, la diferencia práctica entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las clausulas limitativas de derechos”.

primera instancia condena a la aseguradora al pago de la garantía, pero la sentencia es revocada por la Audiencia Provincial de Madrid que considera que la misma es plenamente aplicable, teniendo carácter delimitador del riesgo. Esto motiva que la asegurada acuda al Tribunal Supremo.

En el debate jurídico también se introduce la posible infracción del deber de declaración del estado previo de la asegurada, considerando la aseguradora que la enfermedad ya se había diagnosticado antes de contratar la póliza, y que en el cuestionario de salud se ocultó esta circunstancia. En primera instancia se estima que no se infringió el citado deber, pero la Audiencia Provincial de Madrid, al estimar el recurso por considerar delimitadora la cláusula, no entra en este apartado, y ello motiva que la sentencia del Tribunal Supremo, que va a considerar la cláusula como limitativa, y por tanto estimar la reclamación de la asegurada, entre a tratar este punto y resuelva, también, en favor de la asegurada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, y el ponente se encarga de hacer un exhaustivo estudio de estas resoluciones, ha venido tratando esta difícil aplicación práctica de la consideración de cláusulas delimitadoras vs cláusulas limitativas. Como

COMENTARIO

ya he anticipado, en esta sentencia se va a considerar que esta limitación de cobertura, la irreversibilidad de la incapacidad permanente absoluta es una cláusula limitativa. Y lo hace con dos frases contundentes: “ .. introduce un requisito cual es exigir su naturaleza irreversible, es decir que no sea susceptible de volver al estado o situación anterior, y lo hace sin concreción alguna, lo que determina que deba ser considerada como limitativa, ... ”, y la segunda “ Es por ello que la condición redactada, al exigir el carácter irreversible de la invalidez permanente absoluta, sin precisión, ni matiz de clase alguna, determinaría que casos, como el presente, , siguiesen sin cobertura transcurridos ya al menos más de seis años, desde la última revisión, llevada a efecto en el año 2011 por el INSS,, sin que conste que la actora haya mejorado de su patología.”

En el análisis jurisprudencial, el ponente viene a resaltar los criterios de ambos tipos de cláusulas. Para las delimitadoras, tomando como referencia la STS 853/2006, se establece: “son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal o espacial”. También, esta vez con base a la STS 676/2008, se establecen como aquellas que “... respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar

“... la póliza carecería de cobertura sine die pese a que a los dos años quedaría extinguida la relación laboral y que la jurisdicción social, en relación con los seguros afectos a los convenios colectivos, la considera jurídicamente irreversible”

preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido”. Y finaliza, con referencia a la STS 82/2012, con que “debe incluirse en esta categoría las relativas a la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada”.

Para las cláusulas limitativas, son diversas las sentencias mencionadas y donde podemos destacar los siguientes criterios: “El papel que, por el contrario, se reserva a las cláusulas limitativas radica en restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido” (STS 402/2015), o «las que empeoran la situación negocial del asegurado» (STS 953/2006), o “.. incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado» (STS 715/2013), o “cuando una determinada cobertura de un siniestro es objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, por constituir prestación natural de la modalidad de seguro concertado, es preciso que la restricción preestablecida cuente con la garantía adicional de conocimiento que implica el régimen de las cláusulas limitativas, por lo que la eficacia contractual de las condiciones sorpresivas queda condicionada a las exigencias del art. 3 LCS” (STS 273/2016).



COMENTARIO

Dado que, muy posiblemente, el plano teórico seguirá sin una clara traslación al plano práctico, respecto a entender la diferencia entre ambas, en el caso que nos ocupa, el ponente deja muy clara la razón por la que la considera limitativa de derechos esta cláusula, y los argumentos para hacerlo están relacionados con el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores. Primero hace mención a la norma, vigente en el momento de la suscripción de la póliza del régimen General de la Seguridad Social, artículo 143.2 del RDL 1/1994, reformado por el RDL 8/2015, de 30 de Octubre, actual artículo 200, donde se establece la obligatoriedad de que en las resoluciones se fije el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría. Así, retomando el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores, se relacionan ambos con la suspensión de la relación laboral y la reserva del puesto de trabajo durante dos años, desde la fecha de la resolución, en el caso de objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación. Para ello incorpora jurisprudencia de la Sala de lo Social, con sentencia del pleno STS 68/2020, que analiza la jurisprudencia de la STS 646/2000 y STS 76/2016, y donde se establece el criterio de irreversibilidad de la incapacidad absoluta, en relación con la mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo, y que concluía: «c) En estos casos, si la revisión por mejoría no se produce dentro del plazo máximo de dos años contemplado en el artículo 48.2 ET el trabajador sí puede reclamar la indemnización. Pero si la mejoría se produce habrá quedado demostrado que no existía una situación irreversible de las que dan derecho a la indemnización pactada». Considera el ponente, que la póliza carecería de cobertura sine die pese a que a los dos años quedaría extinguida la relación laboral y que la jurisdicción social, en relación con los seguros afectos a los convenios colectivos, la considera jurídicamente irreversible. No se niega la posibilidad de establecer en el contrato esta condición, pero, si se hace, debe ser con las garantías de la suscripción de las cláusulas limitativas.

Finalmente, la sentencia analiza la defensa de la aseguradora respecto a la posible vulneración del deber de declaración del asegurado. Reconocido por la jurisprudencia el deber del asegurado, recogido en el art. 10 de la LCS, son diversas las sentencias que han analizado ese deber y, muy especialmente, la calidad de los cuestionarios o declaraciones de salud, especialmente cuando son genéricos o ambiguos. Como resumen de los criterios que la jurisprudencia viene estableciendo para considerar infringido el deber de declaración leal del art. 10, de gran ayuda práctica, se establece: 1) *que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante*; 2) *que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa*; 3) *que el riesgo declarado sea distinto del real*; 4) *que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración*; 5) *que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento*; y 6) *que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto*. Para el Alto Tribunal, en el caso estudiado, el cuestionario presentado por la aseguradora es genérico e indeterminado, y encierra un juicio valorativo subjetivo de la misma, y no se considera infringido el deber de declaración del art. 10 de la LCS.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Los problemas de la identificación del responsable del daño. Una sentencia que sobrepone la justicia a la seguridad, con apoyo en la doctrina normativa de la actio non nata

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 24 de Junio de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

PRIMERO.- Don Abel interpuso demanda contra la Agrupación de Regantes del Pozo Balanzat de Rótova, en reclamación de una indemnización derivada de culpa extracontractual. Como fundamento de dicha reclamación ponía de manifiesto que el 25 de julio de 2011, sobre las 8 horas, circulaba con el vehículo de su propiedad Peugeot Partner matrícula-JRV , por el camino Borró, termino de Rótova, cuando dicho vehículo se hundió en un socavón de la calzada causado por la rotura de una tubería, el cual no era visible por estar cubierto de agua. Como consecuencia de ello se produjeron daños en el referido vehículo y el demandante sufrió lesiones.

Por todo ello reclamaba de la demandada el pago de la cantidad de 32.450,87 euros, más intereses legales y costas.

La demandada se opuso, alegando en primer lugar que la acción estaba prescrita en el momento de su ejercicio y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Gandía dictó sentencia por la que desestimó la demanda al apreciar la

prescripción, con imposición de costas a la parte demandante. Recurrída dicha sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.a) dictó sentencia de fecha 22 de septiembre de 2017 por la que desestimó el recurso y condenó en costas al apelante.

Contra dicha sentencia recurre en casación el demandante Sr. Abel .

SEGUNDO.- El único motivo del recurso se formula por interés casacional al considerar la parte recurrente que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial en la interpretación de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil, al haberse considerado prescrita la acción del perjudicado sin la concurrencia de todos los elementos necesarios para la posibilidad de su ejercicio, y sin que exista dejación por su parte. Considera que se ha tenido en cuenta únicamente el momento de la estabilidad de las lesiones sin atender a los demás elementos que se han de considerar para la fijación del *dies a quo*.

La parte recurrida alega en su escrito de oposición la inadmisibilidad del recurso por no acreditarse el interés casacional; lo que no puede acogerse en tanto que, como a continuación se razonará, concurren los elementos necesarios para ello y se citan por la parte recurrente sentencias de esta sala que se oponen al criterio mantenido por la sentencia recurrida.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación fijan el **dies a quo** para el ejercicio de la acción a partir de la fecha en que el perjudicado conoció el alcance del daño personal y material sufrido, prescindiendo del conocimiento por dicho perjudicado de la identidad del responsable. No obstante, la redacción del artículo 1969 del Código Civil no admite duda acerca de que el tiempo para para la prescripción de acciones «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» y lógicamente no puede ejercitarse la acción cuando no se conoce la identidad de aquél o aquéllos frente a los que ha de dirigirse, con independencia de que el perjudicado cuente desde antes con los datos objetivos referidos a la cuantía del daño o perjuicio causado.

Así lo establece esta sala en las sentencias citadas por el recurrente núm. 25/2015, de 2 de febrero, y 725/2014, de 18 de diciembre; así, como en fecha más reciente núm. 94/2019, de 14 de febrero, que trata de un supuesto similar al ahora planteado.

En dicha sentencia se dice lo que sigue:

« Sentencias más recientes, como la núm. 708/2016, de 25 de noviembre, que cita a su vez la núm. 623/2016, de 20 de octubre , insiste en la aplicación rigurosa y restrictiva que se ha de dar a la aplicación de la prescripción de acciones. Afirma que

«Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias».Alude al principio de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y sostiene, con referencia a la sentencia núm. 544/2015 , que «El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actionondum nata praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTs de 27 de febrero de 2004 ; 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.».Esta aptitud plena para litigar, disponiendo de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para sostener la acción, no ha concurrido en los ahora recurrentes hasta tanto, con carácter definitivo, la Administración ha dado una respuesta final y cierta a la cuestión referida a la identidad del posible responsable del suceso, lo que lleva a concluir que las actuaciones judiciales anteriores al presente pleito se han producido en el vacío y que únicamente cuando la Administración precisó definitivamente el lugar de donde se entiende que procedía el animal causante del accidente «se ha podido ejercitar» la acción en los términos previstos en el artículo 1969 CC “.

Esta doctrina resulta de plena aplicación al presente caso.

TERCERO.- La sentencia recurrida sostiene (fundamento de derecho segundo, apartado 2) que:

«no se puede cifrar el día de inicio del cómputo del plazo anual de la prescripción en el caso desde el 27 de noviembre del 2013 como aquel en que se pudo ejercitar la acción pues, aunque es cierto que el actor fue tras su reclamación administrativa previa contra el Ayuntamiento de Rótova de 25 de junio de 2012, cuando se le remitió por la aseguradora

de éste y propia (sic) comunicación en la que se decía que citada tubería causante, según la demanda, del socavón por el que su vehículo se accidentó, era titularidad de la aquí demandada, es más cierto que esta reclamación no tenía efecto interruptivo contra el último pues, según la doctrina expuesta, entre esos posibles responsables extracontractuales hay una



solidaridad impropia de modo que, siendo la primera que dirigió contra dicho demandado de 14-3-2014 la acción ya estaba prescrita desde la fecha de estabilización de las lesiones...».

Tal conclusión no se acomoda a la doctrina anteriormente expresada, ya que fue en fecha 27 de noviembre de 2013 cuando el demandante conoció, según se ha tenido por acreditado en las instancias, que el camino donde se produjo el accidente pertenecía a la ahora demandada. A partir de entonces, sin transcurrir un año desde aquella fecha, inició una reclamación en la vía administrativa frente a la entidad demandada, que fue rechazada, lo que dio lugar a recurso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, el cual dictó auto en marzo de 2015 por el que declaró su falta de jurisdicción, dejando asalvo el derecho de la parte a «ejercitar las acciones pertinentes ante el Juzgado de Primera Instancia en el plazo de un mes», lo que efectivamente hizo el demandante mediante la presentación de la demanda que dio lugar al presente proceso.

En consecuencia, no cabe apreciar la prescripción en el caso presente y el recurso ha de ser estimado.

Como esta sala tiene declarado, entre otras, en sentencias núm. 491/2018, de 14 de septiembre, 780/2012, de 18 diciembre, y la ya citada núm. 94/2019, de 14 de febrero, en los supuestos en que no se entró a conocer en la instancia sobre la pretensión formulada por considerar que la misma lo había sido extemporáneamente (por prescripción o por caducidad), se ha acordado la remisión al tribunal **a quo** para que dicte sentencia resolviendo sobre tales pretensiones. Cabe citar en este sentido la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de fecha 29 abril 2009 (Recurso 325/06) la cual afirma que lo procedente es

«devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (...) en primer lugar, porque esta posibilidad de que haya de dictarse una segunda sentencia de apelación tras la estimación de un recurso de casación, y no de un recurso extraordinario por infracción procesal, no aparece excluida en el texto del citado art. 487.2 LEC, que para los recursos de casación de los números 1o y 2o del apdo. 2 de su art. 477 se limita a disponer que la sentencia del órgano de casación «confirmará o casará, en todo en parte, la sentencia

recurrida»; y en segundo lugar, pero como razón principal, porque otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba».

CUARTO.-La estimación del recurso comporta que no se haga especial declaración sobre costas causadas por el mismo, con devolución del depósito constituido (artículos 394 y 398 LEC). Igualmente no se hace especial declaración sobre las costas de las instancias.

FALLO

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

1.o- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Abel, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.a) en Rollo de Apelación n.o 412/2017, dimanante de autos de juicio ordinario n.o 489/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.o 1 de Gandía.

2.o- Casar la sentencia recurrida.

3.o- Devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para resolución sobre el recurso de apelación una vez

descartada la existencia de prescripción.

4.o- No hacer especial declaración sobre costas causadas por el recurso con devolución del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma

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

Esta sentencia resuelve dos cuestiones sucesivas de particular interés. La primera afecta a la prescripción extintiva del derecho resarcitorio ejercitado por el demandante en un pleito en el que el JPI la acogió y la AP confirmó su acogida. Pero el TS la rechaza, estimando el recurso interpuesto en interés casacional. La segunda es la solución procesal que sigue al acogimiento del recurso, consistente en que la Sala, como ya hizo en las tres sentencias que cita, considera que no le corresponde recobrar la instancia para resolver el fondo del asunto, sino que procede devolver las actuaciones al Tribunal a quo para que, una vez desechada la prescripción de la acción ejercitada, dicte nueva sentencia resolviendo dicho fondo. A tal efecto, el TS afirma que así se da cumplimiento a lo establecido en el art. 477.2, núms. 1 y 2 de la L.e.c. y evita que las partes queden privadas de una segunda instancia. Lo cierto es que, dado el tenor confirmatorio de la sentencia apelatoria, si el TS acometiera la solución material del asunto, estaría dictando, en rigor, una sentencia de primera y única instancia.

“(...)Los autos traen causa de un accidente de circulación que se produjo el 25 de julio de 2011 cuando el actor circulaba por un camino y cayó el vehículo dentro de un socavón que era imperceptible porque estaba cubierto por agua procedente de una tubería que se había roto.”

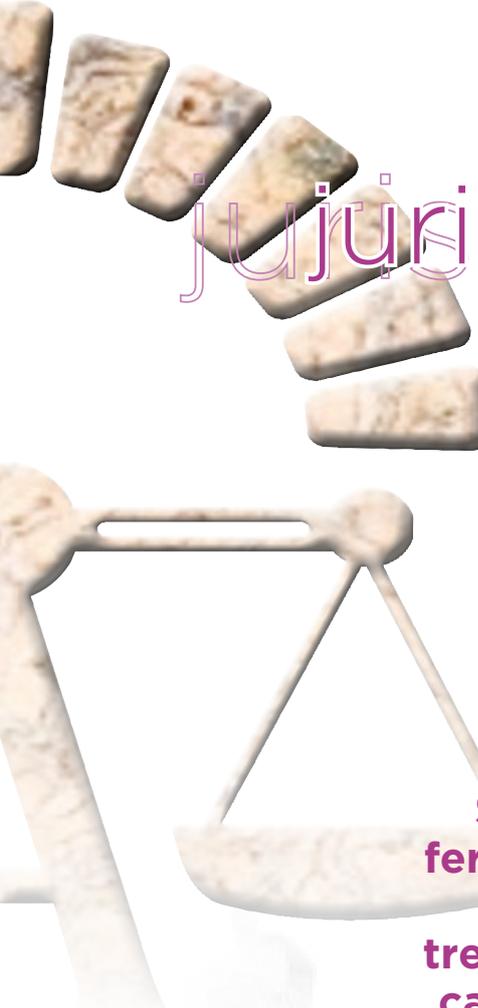
Pero, centrado en la primera cuestión, es imprescindible resumir los datos que afectan a la cuestión prescriptiva, que recoge una sentencia que no es un dechado doctrinal de precisión, ordenación y claridad expositivas. Los autos traen causa de un accidente de circulación que se produjo el 25 de julio de 2011 cuando el actor circulaba por un camino y cayó el vehículo dentro de un socavón que era imperceptible porque estaba cubierto por agua procedente de una tubería que se había roto. El conductor-propietario del vehículo resultó perjudicado por las lesiones sufridas y por los desperfectos de su vehículo. Sin haber transcurrido un año desde el alta médico-legal de sus lesiones, formuló reclamación administrativa al Ayuntamiento valenciano de Rótova en 25 de junio de 2012. Estando en trámite esta reclamación, la aseguradora de la responsabilidad civil del Ayuntamiento comunicó al reclamante en 27 de noviembre de 2013 que la titular del camino y de la tubería averiada era una Agrupación de Regantes de dicha localidad (S.C.P.: Sociedad Civil Privada). No consta si, ante esta noticia el reclamante desistió de la reclamación administrativa deducida, ni si fue resuelta con un tenor desestimatorio. En todo caso, ante el conocimiento del dato indicado, el perjudicado formuló reclamación administrativa en 14 de marzo de 2014 a la referida Sociedad y, tras ser rechazada, acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa en la que en el mes de mayo de 2015 recayó auto del JCA que declaró la falta de jurisdicción. Ante ello, el perjudicado cursó demanda civil antes de que hubiera transcurrido un año desde que recayera aquella resolución.

COMENTARIO

De acuerdo con estos datos, el TS declara que en ningún momento se produjo la prescripción extintiva de la acción ejercitada porque las tempestivas actuaciones desplegadas por el perjudicado acreditan que no hubo por parte del mismo (recuérdese: *diligentibus non dormientibus iura succurrunt*) de dicha acción, siendo de aplicación el art. 1969 del C.c. que establece que el lazo de prescripción comienza a correr desde que la acción puede ejercitarse; y esta posibilidad existe cuando el perjudicado cuenta con los elementos fácticos y jurídicos necesarios para fundar su pretensión, sin que pudiera hacerla valer por desconocerse la identidad del posible responsable del suceso. Por cierto, adviértase que la sentencia comentada reproduce el fundamento básico de la de 14 de febrero de 2019 (del mismo ponente), pero, al hacerlo, no rectifica la errata en que ésta incurrió al recoger el apotegma latino con la que se expresa la teoría de la *actio nata*, pues se vuelve a escribir *actio nondum nata præscribitur*, en lugar de *actio nondum nata non præscribitur*, aunque su traducción entre paréntesis es, naturalmente, correcta.

Se trata, en definitiva, de una sentencia en la que la materialidad de la justicia se sobrepone al valor de la seguridad jurídica. Podrá sostenerse que el demandante no desplegó unas actuaciones muy brillantes, en orden a la indagación del propietario del camino y de la tubería averiada, sin que hiciera alarde de particular eficacia cuando, sabiendo que la titular del mismo era una Sociedad Civil Privada, no administrativa, le formuló una reclamación administrativa y, seguidamente, promovió contra ella demanda contencioso-administrativa. Pero también parece cierto, de modo inexcusable, que la que no actuó con particular brillantez fue la sociedad demandada que, conociendo con seguridad el siniestro desde un primer momento, parece que se ocultó y que, desde luego, no dio la cara y no hizo lo más mínimo para que se supiera que ella era la propietaria del camino y, por lo tanto, la (posible, presunta) responsable del siniestro. No hay, en este caso, deslealtad objetiva del silencio por parte del perjudicado. Hay deslealtad objetiva y subjetiva del silencio por parte de la demandada.





jurisprudencia

Audencia Provincial

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad civil extracontractual. Seguro obligatorio de viajeros en transporte ferroviario. Se obliga a Renfe a indemnizar con cerca de 20.000 euros a una pasajera de un tren AVE Sevilla-Valencia que sufrió lesiones al caerle una maleta en la cabeza, al encontrarse colocada de manera defectuosa. Corresponde a Renfe una obligación "in vigilando" sobre la colocación de los equipajes en lugares adecuados y sin riesgo para los demás usuarios.

SAP de Valencia
de 1 de Junio de 2020

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Rosa M^a Andres Cuenca

PRIMERO.- El juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia dictó sentencia en procedimiento planteado por la representación de Aurora contra RENFE OPERADORA que estimaba la demanda planteada por aquella en los términos que se han dejado indicados en el ordinal que precede, estimando la acción de naturaleza cuasi objetiva planteada por la primera, por las lesiones sufridas en el curso de un viaje en tren, por caída de una maleta.

Frente a dicha resolución planteó recurso de apelación la representación de RENFE OPERADORA contra la sentencia dictada por el Juzgado mercantil 3 de Valencia con fecha 23 de julio de 2019, que fundó en las siguientes alegaciones:



La parte demandada argumenta que por la actora se ejercitan conjuntamente dos acciones la de responsabilidad contractual amparada en el seguro obligatorio de viajeros, así como la de responsabilidad civil extracontractual ex artículo 1902 CC.

1.- Sobre la responsabilidad del accidente.-

Afirma que se imputa a dicha parte demandada toda la culpa y responsabilidad en el accidente en una suerte de objetivizar por completo la misma eliminando cualquier atisbo

de responsabilidad subjetiva, siendo hecho indiscutido que la actora, a través del SOVI y por la aseguradora del mismo ALLIANZ, cobró el importe de 3.606,07 euros por lesiones vinculadas al siniestro, atendiendo al baremo existente en dicho seguro Decreto 1575/1989 de 22 de diciembre.

Lo que aquí se reclama son lesiones y secuelas no amparadas o indemnizables conforme a aquel baremo, y ello implica que deben acreditarse los requisitos del artículo 1902 CC, y aquí no existe nexo de causalidad, porque la maleta que cayó sobre la demandante

fue colocada por un tercer viajero en la balda portaequipajes en forma defectuosa, lo que comportó que se deslizara sobre la cabeza de la actora. No se produjeron circunstancias excepcionales y desde el primer parte la demandante culpó del hecho al pasajero que había colocado la maleta, y en ello nada tiene que ver la demandada, lo que le relevaría o reduciría su responsabilidad. El hecho se produjo en la salida del tren, por lo que el conductor y las azafatas estaban realizando sus funciones propias de protección, revisión de zonas de evacuación, no pudiendo exigirse una total inspección de todos los pasajeros y sus equipajes.

En su caso, de no aceptarse su total falta de responsabilidad debería reducirse en no menos del 80%

2.- Respecto de las lesiones e indemnización reconocida a la actora.-

Sobre las secuelas se reclama el agravamiento artrosis previa y limitación de la articulación temporomandibular.

-Sobre lo primero, esta parte considera que proceden tres puntos, y no 5, puesto que en el baremo aprobado por RDLEGISLATIVO 8/2004 de 29 de octubre se fija una horquilla (03005) coincidiendo los peritos que la actora presenta un cuadro clínico de dolor cervical crónico residual, calificándola de cervicalgia moderada, y en la exploración personal realizada a la misma en junio de 2018 un año y medio después de la realizada por la Dra. Beatriz recoge que presenta un dolor referido a la palpación del trapecio izquierdo moderadamente contracturado y movilidad cervical completa, pero referida molestia con últimos grados de todos los arcos, especialmente de flexión. No procede, por ello, la valoración injustificada y arbitraria de la sentencia, no amparada en prueba objetiva alguna más allá de las conclusiones del informe pericial de la otra parte.

-En cuanto a la segunda secuela, se rechaza su relación con el siniestro, debiendo desestimarse, porque ambos dictámenes disienten sobre tal secuela. Ya venía sufriendo dicha limitación temporo-mandibular desde 2010 sin que el accidente supusiera agravación, puesto que el mismo especialista que le estaba siguiendo desde 2010 y que dejó de visitarla dos meses después del accidente corresponden a trastornos articulares y no a un origen traumático como se pretende de adverso.

La parte demandante se opuso al recurso, solicitando la desestimación del mismo y la confirmación de la resolución recurrida, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expresados.

SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

La primera cuestión que suscita la parte apelante es la relativa a la responsabilidad en el accidente sufrido, considerando que este no le es imputable en absoluto, y, de serlo, debería ser reducida drásticamente la indemnización a conceder.

La SAP de Córdoba, sección 1 se pronunció en sentencia de 5 de noviembre de 2019 (ROJ: SAP CO 764/2019 - ECLI:ES:APCO:2019:764) en un supuesto muy similar, en los siguientes términos.

<<Por tal motivo, y conforme al principio iura novit curia, resulta de aplicación el art. 147 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que dispone que «los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio». De él se infiere que en esta materia se establece un sistema de responsabilidad subjetiva, pero con inversión de la carga de la prueba.

Específicamente, en relación al transporte ferroviario de personas, tiene incidencia el Reglamento (CE) no 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, cuyo artículo 26 del Anexo I establece como principio que «el transportista será responsable del daño resultante de la muerte, de las lesiones o de cualquier otro daño a la integridad física o mental del viajero, causado por un accidente en relación con la explotación ferroviaria ocurrido durante la estancia del viajero en los coches ferroviarios, su entrada o salida de ellos, cualquiera que fuere la infraestructura ferroviaria utilizada», de modo que sólo quedará exento de responsabilidad en los siguientes casos: a) si el accidente hubiera sido causado por circunstancias ajenas a la explotación ferroviaria que el transportista,

a pesar de la diligencia requerida por las particularidades del caso, no haya podido evitar y cuyas consecuencias no haya podido obviar; b) en la medida en que el accidente haya sido debido a culpa del viajero; c) si el accidente se hubiera producido a causa del comportamiento de terceros que el transportista, a pesar de la diligencia requerida por las particularidades del caso, no haya podido evitar y cuyas consecuencias no haya podido obviar.

A la vista de toda esta normativa, la solución debe ser la contraria de la que se adopta por la resolución de instancia, puesto que RENFE OPERADORA no ha acreditado que hubiera desplegado la diligencia necesaria para evitar el daño, sin indicar siquiera qué sistema de control seguía respecto de los equipajes colocados en el altillo o sin justificar que la maleta que cayó sobre Da ... hubiera sido colocada por ésta.

RENFE OPERADORA ha aducido las advertencias que se hacen al viajero sobre esta materia en su página web («la vigilancia del equipaje será de exclusiva responsabilidad del viajero y éste garantizará durante todo el viaje que no se desplace de la ubicación establecida»). Sin embargo, dichas manifestaciones no son más que una declaración unilateral que no le eximen de responsabilidad, debiendo de recordarse que el art. 130 del Real Decreto Legislativo 1/2007 dispone que «son ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en este libro».

El supuesto aquí analizado no solo es similar, sino prácticamente idéntico al allí examinado, y además fundado en idéntica invocación legislativa de carácter general, de modo que consideramos que los argumentos desplegados por RENFE OPERADORA en el sentido de no ser responsable de las consecuencias del accidente no pueden prosperar en cuanto entendemos le corresponde una última obligación «in vigilando» relativa a la colocación de los equipajes en lugares adecuados y sin riesgo para los demás usuarios, obviamente incumplida, en cuanto alegó que los empleados estaban pendientes de la salida del tren y de que no se entorpecieran las vías de entrada y salida a los vagones, con lo que, implícitamente, admite la falta de atención a esas otras, igualmente exigibles, tareas de vigilancia. La colocación de equipajes que eventualmente entorpezcan el acceso o la salida del tren, sí deben observarse por los empleados de la demandada, y así lo admite, y, en igual forma, también sería necesario velar por que todos los pasajeros actúen de

conformidad con las normas de seguridad que la propia transportista ha establecido, habida cuenta de que, en el supuesto que analizamos, se ha acreditado, de modo indiscutible, que la maleta que cayó sobre la demandante no había sido colocada por ella sino por otro pasajero, extremo sobre el que no existe controversia porque ambas partes están de acuerdo sobre el mismo.

Por tanto, ha de ser rechazado este primer motivo de recurso.

TERCERO.- Consecuencias vinculadas al accidente. Secuelas.-

Sentado lo que precede, la parte recurrente viene a ceñir su discrepancia en las consecuencias vinculadas al accidente, en particular, en las secuelas que le vienen reconocidas a la parte demandante.

No compartimos en este punto, en su totalidad, las conclusiones obtenidas por el juzgador, por lo que debemos estimar parcialmente el recurso:

a) En cuanto al agravamiento de la artrosis previa:

La sentencia de instancia considera que procede conceder el máximo previsto por dicha secuela en el baremo aprobado por RD. Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, de lo que discrepa esta Sala que considera más ajustado ponderar dicha concesión porque la secuela, a tenor de los informes obrantes en autos, tiene un carácter de moderada y el perito Dr. Leopoldo la considera episódica dependiendo de la mayor o menor sobrecarga laboral, tras realizar la exploración en junio de 2018. Por ello, consideramos que la propia calificación de moderación comporta que no se conceda el máximo contemplado, fijando esta Sala tal secuela en tres puntos.

b) En cuanto a la secuela de bloqueo temporomandibular:

Consta en las actuaciones informe emitido por el Profesor Marcial con fecha 14 de diciembre de 2018 que pone de manifiesto que entre 2 de junio de 2010 y 10 de junio de 2016 fecha de su última visita con el servicio que emite el informe (Clínica Odontológica de la Universitat de Valencia) ya presentaba la actora, de inicio, signos clínicos de desplazamiento del disco articular con reducción espontánea en ambas articulaciones unido a bloqueos intermitentes,



todo ello asociado con «dolor articular referido por la paciente y tensión muscular en la zona». Ahora bien, es lo cierto es que, si bien la secuela ha venido a agravar una situación preexistente, al igual que la anterior, en el informe de la RMN de 29 de septiembre de 2018 se refleja tal desplazamiento del disco articular, y en el informe de clínica dental Gallego hace constar la aparición de ruidos articulares y bloqueos que hacen pensar en la evolución acelerada del trastorno temporomandibular. Se considera que existen indicios suficientes en las actuaciones para concluir que efectivamente se ha agravado la situación preexistente, aunque ya hubiera una patología previa, a consecuencia del fuerte impacto sufrido por caída de la maleta sobre zona especialmente sensible, limitándose la apertura máxima entre 20 y 30 mm (informe de la demandante) lo que comporta que la valoración de la secuela deba mantenerse, al considerarse ajustada la reclamación producida.

Por ello, se considera que las secuelas, en su conjunto, se deben valorar en trece puntos y por aplicación analógica del baremo implican 12.700 euros

Se estima en parte el recurso y se reduce la indemnización a los siguientes conceptos

| | |
|--------------------------------------|--------------|
| Días de incapacidad | 3.558 euros |
| Días de perjuicio sin incapacidad... | 390 euros |
| Secuelas | 12.700 euros |
| Daño moral | 3.000 euros |

Total 19.648 euros (en lugar de la suma de 23.586 euros indicada en primera instancia, de los de que deberá descontarse 3.606,07 euros tal y como expresa la sentencia en el supuesto de que sean efectivamente abonados (o lo hayan sido ya) por Allianz, en virtud del seguro obligatorio de Viajeros.

CUARTO.- Se estima, por lo expuesto, en parte el recurso de apelación que plantea la demandada, únicamente en cuanto a la cantidad a indemnizar, lo que comporta la estimación parcial del recurso, sin expresa imposición de las costas en esta segunda instancia, con reintegro del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados, demás concordantes y de general aplicación,

FALLO

SE ESTIMA en parte el recurso de apelación instado por la representación de RENFE OPERADORA contra la sentencia dictada el

23 de julio de 2019 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del juzgado mercantil 2 de Valencia, que se REVOCA en parte, únicamente en cuanto la indemnización total a abonar a la actora será de **19.648 euros** en lugar de la suma indicada en primera instancia, cantidad de la que deberá descontarse el importe de 3.606,07 euros, en el supuesto que abone la indemnización expresada ALLIANZ por el seguro obligatorio de viajeros, en los términos que recoge la sentencia recurrida.

Sin expresa imposición de costas en ninguna de ambas instancias.

Con reintegro a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. **Doy fe.**

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.

1.-Conforme al contenido del artículo 2.2. del RDL 16/2020, de 28 de abril, de Medidas Procesales y Organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, el plazo para la interposición de los eventuales recursos contra la sentencia dictada en el presente Rollo de apelación queda ampliado por un plazo igual al previsto en los artículos 470 y 479 de la LEC, según y en los casos en que proceda.

2.-Conforme al artículo 8 del RDL 537/20, de 22 de mayo (BOE 23 de mayo de 2020), la suspensión de plazos procesales se alzarán con efectos del 4 de junio de 2020.

Andrés Cid Luque
Abogado.

Dos puntos fundamentalmente estudia esta resolución judicial, una, la caída de una maleta en un vagón de Renfe, que cae desde arriba sobre una usuaria, y otra, el desarrollo de las diferentes secuelas que le quedan a la lesionada, después de la sanidad. Este último punto carece de interés, tal y como es tratado en la sentencia; por lo que descartamos su análisis.

En lo referente a la responsabilidad de Renfe, por la caída de una maleta mal colocada por un tercero, que le cayó a otra usuaria del vagón, se apoya en otra resolución judicial de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª de 5 de noviembre de 2.019) en un supuesto idéntico, que aplicando el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 8.007 de 16 de noviembre que aprobó la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios, condenó a Renfe, por falta de adecuada supervisión de la estiba del pasaje.

(...) "el transportista será responsable del daño resultante de la muerte, de las lesiones o de cualquier otro daño a la integridad física o mental del viajero, causado por un accidente en relación con la explotación ferroviaria ocurrido durante la estancia del viajero en los coches ferroviarios, su entrada o salida de ellos, cualquiera que fuere la infraestructura ferroviaria utilizada

A su vez, hace una referencia especial al Reglamento (CE) núm. 1.317/2.007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2.007 sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, cuyo artículo 26 del Anexo I establece como principio que "el transportista será responsable del daño resultante de la muerte, de las lesiones o de cualquier otro daño a la integridad física o mental del viajero, causado por un accidente en relación con la explotación ferroviaria ocurrido durante la estancia del viajero en los coches ferroviarios, su entrada o salida de ellos, cualquiera que fuere la infraestructura ferroviaria utilizada.

En idéntico sentido se han decantado anteriormente las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) de fecha 9 de octubre de 2.000, por la diferente vigilancia del volumen y la situación de los bultos sobre las bandejas destinadas al equipaje de mano de los usuarios; o también la sentencia de la Audiencia Provincial de

COMENTARIO

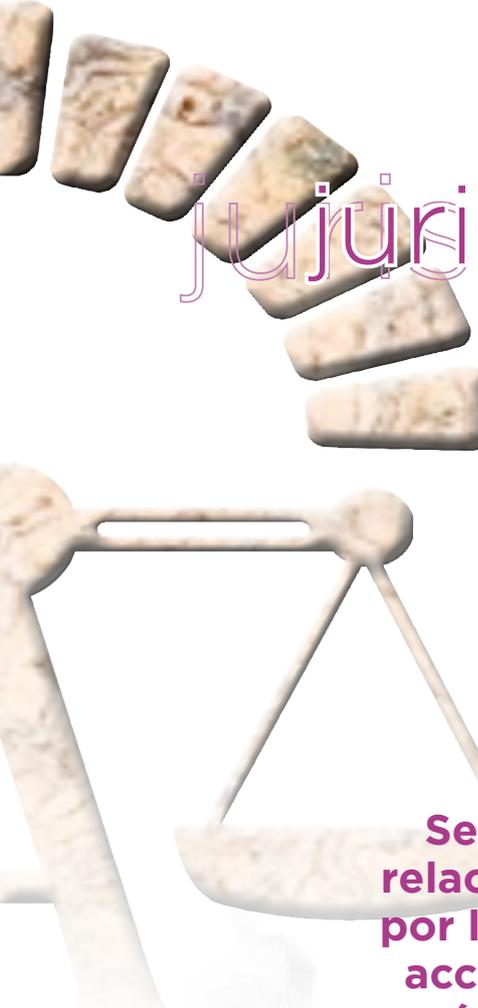
Madrid (Sección 1ª) de fecha 24 de abril de 2.001, que indicaba, que siendo el periodo del fin de las vacaciones de Navidad, debería haberse previsto una mayor afluencia de viajeros y una mayor cantidad de equipaje, y con ello, debería haberse extremado la vigilancia para garantizar la seguridad de los pasajeros.

Como podemos apreciar existen resoluciones judiciales (no desconocemos que existen otras contrarias) que lo que priman es la salud y la prevención del daños a los pasajeros, incluso con anterioridad a la Normativa que cita la sentencia que comentamos, y que aun refuerza mas esta protección del usuario.

Una de las cuestiones recurrentes que más se plantean en este tipo de reclamaciones judiciales, es la posible compatibilidad entre lo abonado por el Seguro Obligatorio de Viajes y el Seguro de Responsabilidad Civil de la Empresa transportista. El Tribunal Supremo en múltiples sentencias, ya dejó establecido desde hace bastante tiempo, que el Seguro de Viajeros es un seguro de suma, por tratarse de accidente, y el Seguro de Responsabilidad Civil (como hemos expuesto en nuestro comentario) es referido, a esa imputación de responsabilidad civil, y por tanto, totalmente compatible. Pero si a alguien le surgen dudas o quiere ampliar sus conocimientos sobre este asunto, que por favor, lea el magnífico libro de nuestro Presidente Mariano Medina, titulado "Reclamación por lesiones en el Seguro Obligatorio de Viajeros" de la Editorial BOSCH, donde encontrará perfectamente ordenado todo lo necesario, para su estudio, y reclamación.

(...)... "el periodo del fin de las vacaciones de Navidad, debería haberse previsto una mayor afluencia de viajeros y una mayor cantidad de equipaje, y con ello, debería haberse extremado la vigilancia para garantizar la seguridad de los pasajeros".

rense



jurisprudencia

Audencia Provincial

RESPONSABILIDAD CIVIL

Se estima la demanda al considerar que existe relación de causalidad entre las lesiones sufridas por la demandante, conductora del vehículo, y el accidente acaecido, al considerar que la prueba médica aportada por la demandante acredita la presencia de una importante contractura, que justifica las algias. Ausencia total de rigor científico respecto a la prueba biomecánica, pues se fijan unos valores por debajo de los cuales se concluye que no es posible que se produzcan lesiones, pero no se especifica quién determina esos valores, que además cada cierto tiempo son modificados.

SAP de A Coruña
de 25 de Junio de 2020
Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesus Fernandez-Porto Garcia

PRIMERO.- *Fundamentación de la sentencia apelada.-* No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- *Objeto del litigio.-* La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- Sobre las 12:15 horas del día 10 de junio de 2016 doña Sara -nacida en 00/00/00- conducía un turismo de la marca Mercedes por el carril exterior de la glorieta existente en la confluencia de las calles Ronda de Nelle, Gregorio Hernández y paseo de Ronda



de esta ciudad, cuando fue colisionada frontolateralmente por un Volkswagen Golf matrícula NUM002, conducido por don Jaime, y asegurado en "Generali España, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros", que circulaba por el carril interior y cambió al exterior.

2º.- Doña Sara acudió a continuación al Hospital Modelo de esta ciudad, quejándose de dolor cervical y mareos, prescribiéndole un collarín así como el uso de antiinflamatorios. Causó baja laboral el 14 de junio de 2016, situación en la que permaneció hasta el 26 de agosto de 2016. Examinada en una clínica cercana a su domicilio el 21 de junio de 2016 se apreció una marcada contractura de trapecios superiores. Fue atendida por un traumatólogo que le dio el alta el 3 de octubre de 2016. Recibió reiteradas sesiones de fisioterapia.

3º.- Realizada reclamación a la aseguradora, denegó la prestación por considerar que no concurrían los requisitos de causalidad genéricos.

4º.- El 7 de febrero de 2018 doña Sara formuló demanda en procedimiento verbal por razón de la cuantía contra "Generali España, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros", solicitando ser indemnizada en 77 días de perjuicio personal moderado, 7 de perjuicio personal básico, 2 puntos por la secuela de agravación de artrosis previa, gastos de desplazamiento, minoración de 419,13 euros

por lucro cesante al descontársele en la nómina por ILT, y gastos farmacéuticos por 4,17 euros, lo que hacía un total de 5.624,95 euros, más intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y costas.

Adjuntaba informe médico de valoración del daño corporal emitido por el Dr. Ramiro en el que fija los días de sanidad y secuelas. Informe en el que se recoge la opinión del informante de que las lesiones cumplen los criterios de causalidad médica de exclusión, cronológico, topográfico y de intensidad.

Adjuntaban una pericial de reconstrucción del siniestro en la que fijaban el ΔV entre 10-15 km/h.

5º.- La aseguradora, reconociendo la realidad del siniestro, aseguramiento y culpabilidad, se opuso a la demanda por considerar que no se daban los criterios de causalidad, porque había consistido en un simple roce entre los automóviles; por lo que de haber existido las lesiones, no derivan del siniestro.

Adjuntaban informe que denomina de "biomecánica" redactado por dos ingenieros técnicos industriales en el que concluyen que el ΔV sería de 6,8 km/h.

Posteriormente se aportó dictamen del Dr. Fernando, que negaba la relación de causalidad en base al anterior informe.

6º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia desestimando la demanda a la vista de la discrepancia de los informes de los ingenieros técnicos industriales. Contra dichos pronunciamientos se alza la demandante.

TERCERO.- La causalidad: La intensidad.- En el único motivo del recurso de apelación se muestra la discrepancia con la sentencia apelada porque, según se expone, ante las divergencias entre los dos informes “biomecánicos” el juez considera que no está probada la intensidad, aplicando el artículo 135 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuando considera que las lesiones están objetivadas por la abundante información médica aportada.

El motivo debe ser estimado.

1º.- El artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pregona que el órgano jurisdiccional valore la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, lo que significa que es una prueba de libre valoración, con un amplio margen de discrecionalidad y sometida a las reglas de la lógica, en el sentido de que el juzgador con prudencia y sentido crítico no tiene el deber de aceptar sin más, la opinión del perito en todos sus extremos, ni tiene el poder de despreñar, sin más, un dictamen bien fundado [SSTS 471/2018, de 19 de julio (Roj: STS 2848/2018, recurso 3663/2015); 29 de junio de 2015 (Roj: STS 3156/2015, recurso 1553/2013), 10 de abril de 2015 (Roj: STS 1404/2015, recurso 401/2013)].

Al valorarse la prueba pericial deberán ponderarse: (a) Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista por los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro; (b) las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten de los dictámenes emitidos tanto por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes; (c) las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes; y (d) la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido así como todas las circunstancias que hagan presumir su

objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes [SSTS 471/2018, de 19 de julio (Roj: STS 2848/2018, recurso 3663/2015); 3 de noviembre de 2016 (Roj: STS 4716/2016, recurso 2552/2014), 10 de octubre de 2016 (Roj: STS 4631/2016, recurso 358/2014), 5 de octubre de 2016 (Roj: STS 4271/2016, recurso 879/2014), 21 de julio de 2016 (Roj: STS 3639/2016, recurso 2218/2014), 17 de mayo de 2016 (Roj: STS 2261/2016, recurso 2429/2013) y 15 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5619/2015, recurso 2006/2013)].

2º.- Las quejas de las aseguradoras sobre la dificultad para diagnosticar una cervicgia, la idea de un cierto abuso en este tipo de reclamaciones, así como el alto coste que suponen para los seguros, llevó al legislador a introducir el artículo 135 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Bajo el título de «Indemnización por traumatismos menores de la columna vertebral», preceptúa que los traumatismos cervicales menores que «se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, y que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias», se indemnizan siempre que se cumplan los criterios de causalidad: exclusión, cronológico, topográfico y de intensidad. Pero en la interpretación de este precepto suelo incurrirse en una equivocación: Se limita a las algias cervicales que se diagnostican en base exclusivamente a lo manifestado por el lesionado y no pueden verificarse o corroborarse.

En este caso, en un informe clínico, la médica sí se refleja la presencia de una importante contractura, que justifica las algias y quejas de doña Sara. Otro médico; un traumatólogo, se supone que también lo corrobora en cuanto prescribe fisioterapia; y un fisioterapeuta la lleva a cabo durante un dilatado período. Lesión que se supone que también fue observada por el Médico de Atención Primaria que cursa la baja. No es un algia exclusivamente en base a una manifestación subjetiva, sino que se acompaña de tres opiniones médicas y el criterio de un fisioterapeuta.

3º.- La exigencia de “informe médico concluyente” del artículo 135.2 se refiere a la secuela, no a la incapacidad temporal. Pero es que en este caso el único informe médico obrante en autos es el emitido por el Dr.

Ramiro. Médico valorador del daño corporal que es concluyente a la hora de establecer que sí concurren todos los criterios del artículo 135.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Lo elaborado por el Dr. Fernando a instancia de la aseguradora es un mero dictamen que se basa en un informe de un ingeniero técnico industrial, como el ingeniero dice que no se cumple el criterio de intensidad el médico también lo niega. Pero es que la demandante presentó otro informe pericial de dos ingenieros técnicos que sostienen que sí hay la intensidad necesaria porque se produjo una deformación de la llanta.

4º.- La prueba pericial que incorrectamente se venía denominando como “biomecánica” -cuando lo analizado no es una ser vivo, sino los daños en los vehículos, por lo que no tiene sentido el uso de la partícula “bio”- y que ahora se conoce como de “reconstrucción mecánica”, no pueden tenerse como elemento probatorio determinante, por cuanto no pasa de ser una mera evaluación estadística carente del mínimo rigor exigible a toda prueba pericial que se presenta ante un tribunal de justicia:

(a) El razonamiento simple y capcioso:

1) A menor intensidad de daño en los vehículos, tenemos por cierto que hay una menor transmisión de energía a los ocupantes del habitáculo, y de ahí deducimos que las lesiones que se producen a los usuarios también han de ser menores.

2) A partir de ese razonamiento, no siempre cierto, se da un paso más y se sostiene que si la energía transmitida no supera un determinado umbral, no es posible que se produzcan lesiones.

3) Y a renglón seguido, como dicha afirmación se confirma estadísticamente en grandes números, se quiere establecer una regla que exonera a las aseguradoras del cumplimiento de sus obligaciones resarcitorias: Si la colisión no genera una cierta deformación en los vehículos, las lesiones (especialmente las cervicales) que puedan invocar los ocupantes o bien son directamente falsas o bien tienen otro origen. Y de ahí se fijan valores del ΔV (delta uve) y una determinación de cuál ha de ser el valor mínimo de ese ΔV para que consideremos que esa energía puede producir daños a las personas. Bien entendido: Por debajo de ese ΔV se niega la posibilidad de daño. Lo que era estadístico se convierte en verdad absoluta e inmutable.

(b) Quién establece ese umbral. Quién fija el ΔV , quién es la autoridad científica que lo determina, cuáles son los estudios realizados, y cuál es la bibliografía usada por el perito informante. En no pocos informes son meras referencias genéricas a un ente indeterminado: “los criterios estadísticos”, “la información médica”. En otras ocasiones se aluden a organismos tales como «DC Whiplash Initiative», «las conclusiones de “Folksan” de Suecia», «en opinión de “Québec Task Force”» o «según las conclusiones del “Centro Zaragoza”». O, como en este caso, en que en el informe aportado por la aseguradora,

simplemente se establece por los dos ingenieros técnicos que «no se cumple el criterio de intensidad establecido por la bibliografía médica especializada» (sic). La fuente de conocimiento es la “bibliografía médica especializada”.

(c) Cada cierto tiempo los peritos nos informan que esos valores, ese umbral, ese ΔV se han modificado. Y curiosamente siempre a la baja. Paulatina y periódicamente se viene admitiendo que a ΔV más bajo sí se pueden producir lesiones cervicales. La conclusión es obvia: Las sentencias desestimatorias de pretensiones indemnizatorias dictadas hasta ese momento, cuyo rechazo de lo pedido se basaba en que no superar los valores entonces establecidos para el ΔV , son injustas por seguir unos criterios que nada tienen de científicos. Se denegaron indebidamente indemnizaciones porque no se sabe quién se equivocó al fijar el ΔV mínimo. El perjudicado, el lesionado, vio rechazada su pretensión porque alguien se equivocó. La pregunta es obvia: ¿Quién asegura que no se sigue equivocando?

(d) Se dice que estamos en criterios estadísticos, por lo que la media que pueda obtenerse no es una verdad cierta y absoluta, sino una variable a considerar. Una estadística o un macroestudio es eso, y no puede aplicarse sin más de forma individualizada a todo siniestro. Nos dará unas tendencias, pero no es causa de exclusión. El que los infartos se produzcan mayoritariamente a partir de una determinada edad no excluye que pueda aparecer en personas más jóvenes.

(e) Se aplica el ΔV como valor absoluto, sin diferenciar si el lesionado es un joven de veinte años, 90 kilogramos de peso, musculado y en situación de prever la colisión, o una señora de 70 años, 45 kilogramos, con osteoporosis, vida

sedentaria y que es víctima de un alcance sorpresivo. El ΔV es el ΔV , y lo que diga el resultado de la fórmula es incuestionable.

(f) Pero si ya es cuestionable la forma de determinación del ΔV y su carácter de utilidad científica, su aplicación práctica mucho más. Para precisar el ΔV primero tiene que establecerse a qué velocidad circulaba cada automóvil. Determinación de velocidad haría complicada y que siendo rigurosos no puede darse más que de forma aproximada dentro de una horquilla. Horquilla que se va ampliando conforme menos depurada sea la técnica utilizada. Baste significar que a los radares láser para medir la velocidad de un vehículo en movimiento se les otorga un margen de tolerancia por error. Pero es que en estos casos la velocidad de los automóviles se establece exclusivamente analizando los daños que presentan los vehículos intervinientes, y a partir de ahí se fijan las transmisiones de energía de un vehículo a otro. La conclusión deja de tener el rigor científico necesario como para poder ser atendido.

(g) Si poco rigor tiene la teoría para la determinación de la velocidad, se minora más en la ejecución diaria. Lo curioso es que siguiendo tales criterios, quien acaba resolviendo los litigios es un ingeniero técnico industrial. La valoración subjetiva sobre unos daños en un automóvil, realizada por un ingeniero técnico desde su sede empresarial en Santander, Sevilla o Valencia, que en la mayoría de las ocasiones -por no decir en todas- ni se molestó en ver los vehículos antes de ser reparados, muy habitualmente fiándose exclusivamente del desglose de daños confeccionado por un mecánico de taller, o analizando unas fotos borrosas, resuelve un accidente en A Coruña y establece la velocidad de los vehículos y de ahí el ΔV . Opinión que determinará si una persona debe ser indemnizada o no.

Ausencia total de rigor científico, y sí un amplio margen a la subjetividad, como lo acredita que se hayan presentado dos informes periciales, uno por cada parte, cuyos autores se supone que utilizan los mismos métodos, y que tras analizar los mismos datos llegan a conclusiones opuestas. Para uno se supera el ΔV , y para el otro no aunque sea por muy poco.

(h) Pese a todo, la realidad es tozuda. La experiencia diaria nos demuestra que sí se

producen lesiones cervicales en los supuestos de colisiones de vehículos pese a tratarse de impactos que no generan unas reparaciones importantes en los automóviles.

En conclusión, sí debe establecerse el criterio de causalidad entre las lesiones sufridas por doña Sara y el accidente acaecido el 10 de junio de 2016. Y no cuestionándose los días de incapacidad, secuelas, gastos o lucro cesante, la demanda debe ser estimada.

CUARTO.- Los intereses del artículo 20 Ley de Contrato de Seguro.- La aseguradora considera improcedente que se le condene al abono de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, invocando la existencia de una causa justificada, porque se está cuestionando la cobertura del siniestro, pues no hay prácticamente daños en los vehículos, se trata de unas algas sin objetivar, siendo dudoso el origen y la causa de las lesiones que se reclaman.

El argumento no puede compartirse.

1º.- La jurisprudencia ha mantenido una interpretación restrictiva de las causas que excluyen el devengo del interés de demora del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma, para impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. Si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma. La mera existencia de un proceso judicial no constituye causa que justifique por sí sola el retraso en la indemnización, o permita presumir la racionalidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses, a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar, por lo que la mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre razonable en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial. El propósito del artículo 20 es sancionar a la aseguradora que no se comporta como un buen asegurador en el

resarcimiento del siniestro, sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho [SSTS 579/2019, de 5 de noviembre (Roj: STS 3427/2019, recurso 1914/2017); 269/2019, de 17 de mayo (Roj: STS 1513/2019, recurso 3439/2016); 56/2019, de 25 de enero (Roj: STS 137/2019, recurso 351/2016); 199/2018, de 10 de abril (Roj: STS 1290/2018, recurso 3203/2015); 143/2018, de 14 de marzo (Roj: STS 860/2018, recurso 2583/2015); 523/2017, de 27 de septiembre (Roj: STS 3377/2017, recurso 1347/2015), entre otras muchas].

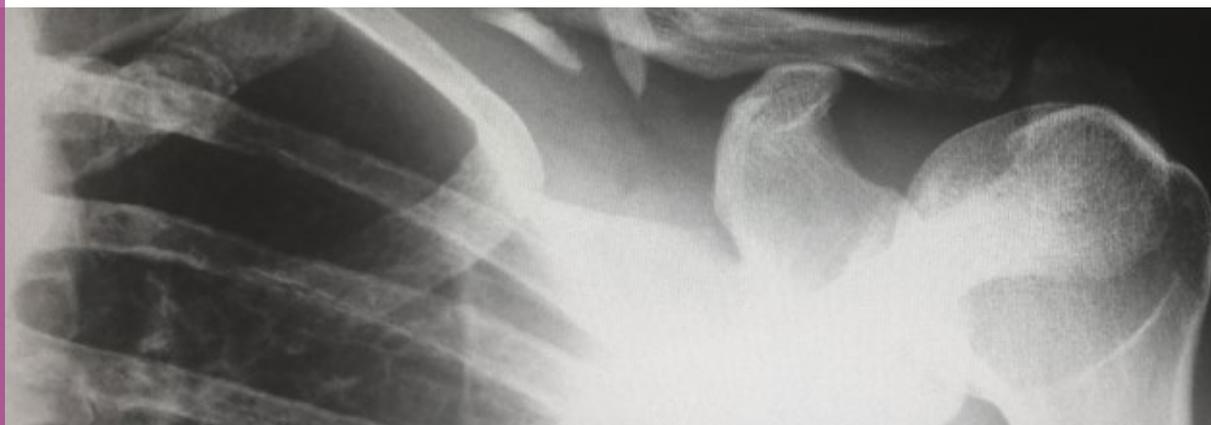
La jurisprudencia no aprecia justificación cuando, sin cuestionarse la realidad del siniestro ni su cobertura, la incertidumbre surge únicamente en torno a la concreta cuantía de la indemnización, o respecto de la influencia causal de la culpa del asegurado en su causación, incluso en supuestos de posible concurrencia de conductas negligentes, ni en la tardanza en formular la demanda. En el primer caso, porque es relevante que la indeterminación se haya visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el perjudicado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido, sin perjuicio de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado. En el segundo caso, porque la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor se asienta sobre el riesgo generado por su conducción, de manera que la culpa de la víctima, aunque resulte probada, si no constituye la causa exclusiva del accidente, carece de eficacia para eximir de responsabilidad al conductor [SSTS 10/2013 de 21 de enero (Roj: STS 372/2013, recurso 1614/2009); 743/2012, de 4 de diciembre (Roj: STS 8426/2012, recurso 2104/2009) y 328/2012, de 17 de mayo (Roj: STS 3704/2012, recurso 1427/2009)].

2º.- Lo que se cuestiona no es la falta de cobertura. Es más, en la contestación de la demanda se admite el aseguramiento del Volkswagen Golf, la realidad del siniestro y la responsabilidad del conductor del vehículo asegurado por "Generali España, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros". Ni siquiera

llega a discutirse el período de curación de las lesiones temporales o su clasificación, ni la secuela, como ya se indicó en el acto del juicio. Lo único que se pone en tela de juicio es la causalidad por la falta de concurrencia del criterio de intensidad, admitiéndose implícitamente que sí concurren los criterios de exclusión, cronológico y topográfico.

3º.- Es evidente que, en este caso, la aseguradora conocía el siniestro, que doña Sara había resultado lesionada, ha sido requerida para la formulación de la oferta, lo que fue rechazado y prefirió optar por contratar los servicios de unos peritos para el estudio de la intensidad. Pese a que conocía desde el principio el período de curación y secuelas, no hizo ningún tipo de oferta a la perjudicada. En conclusión no existió esa conducta diligente por parte de la aseguradora, siendo el propósito del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro sancionar la falta de pago de la indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido [SSTS 137/2020, de 2 de marzo (Roj: STS 712/2020, recurso 2679/2017) y 514/2016, de 21 de julio (Roj: STS 3639/2016, recurso 2218/2014)].

4º.- E En cuanto al tipo de interés aplicable, en la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 251/2007, de 1 de marzo (Roj: STS 1632/2007, recurso 2302/2001) se fija, en relación con la regla cuarta del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, la doctrina de que «Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 %. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20 %, si no lo supera, y sin modificar los ya devengados diariamente hasta ese momento». Doctrina que es reiterada en las sentencias del mismo Alto Tribunal 51/2007, de 5 de marzo (Roj: STS 1199/2007, recurso 1412/2000); 670/2008, de 1 de julio (Roj: STS 3303/2008, recurso 372/2002); 59/2009, de 6 de febrero (Roj: STS 587/2009, recurso 1007/2004); 116/2009, de 25 de febrero (Roj: STS 887/2009, recurso 1327/2004); 333/2009, de 19 de mayo (Roj: STS 2905/2009, recurso 229/2005); 122/2010, de 9 de marzo (Roj: STS 1122/2010, recurso 456/2006); 218/2010, de 9 de abril (Roj: STS 1659/2010, recurso 580/2006); 321/2010, de 31 de mayo (Roj: STS



3054/2010, recurso 1221/2005); 400/2010, de 23 de junio (Roj: STS 3908/2010, recurso 1375/2006); 589/2010, de 29 de septiembre (Roj: STS 4720/2010, recurso 1222/2006); 600/2010, de 1 de octubre (Roj: STS 5568/2010, recurso 657/2006); 674/2010, de 26 de octubre (Roj: STS 5383/2010, recurso 702/2007); 755/2010, de 17 de noviembre (Roj: STS 6382/2010, recurso 1299/2007); 825/2010, de 17 de diciembre (Roj: STS 7665/2010, recurso 2307/2006); 582/2011, de 20 de julio (Roj: STS 6850/2011, recurso 1615/2008); 632/2011, de 20 de septiembre (Roj: STS 5835/2011, recurso 792/2008); 736/2016, de 21 de diciembre (Roj: STS 5525/2016, recurso 1937/2014), entre otras.

QUINTO.- Costas.- Siendo estimada íntegramente la demanda formulada, las costas son de preceptiva imposición a la aseguradora demandada (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La estimación del recurso exonera de un expreso pronunciamiento de las costas generadas en la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SEXTO.- Depósito del recurso.- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.

SÉPTIMO.- Recursos.- Al ser la presente sentencia dictada por un solo magistrado, en un supuesto contemplado en el artículo 82.2.1º.II de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al versar sobre un recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada en juicio verbal por

razón de la cuantía (superior a 3.000 euros e inferior a 6.000 euros), y no por la Audiencia Provincial como órgano colegiado, no cabe contra la misma recurso de casación para ante la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo en la redacción actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal; lo que a su vez excluye el recurso extraordinario por infracción procesal, tal y como se establece en el «acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptados en el acuerdo de 17 de enero de 2017 del Pleno no jurisdiccional de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo [Autos del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020 (Roj: ATS 2348/2020), 12 de febrero de 2020 (Roj: ATS 1264/2020), 29 de enero de 2020 (Roj: ATS 703/2020), 15 de enero de 2020 (Roj: ATS 45/2020), 13 de noviembre de 2019 (Roj: ATS 11780/2019), 6 de noviembre de 2019 (Roj: ATS 11444/2019)].

Si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia [Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de mayo de 2015 (Roj: STSJ GAL 3936/2015), 22 de septiembre de 2017 (Roj: STSJ GAL 5808/2017) y 27 de febrero de 2019 (Roj: STSJ GAL 453/2019), entre otras].

FALLO:

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, el tribunal unipersonal de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña ha decidido:

1º.- Estimar el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandante doña Sara, contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2019 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de A Coruña, en los autos del procedimiento verbal seguidos con el número 147-2018, y en el que es demandada “Generali España, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros”.

2º.- Revocar la sentencia apelada, y en su lugar: con estimación total de la demanda, se acuerda:

(a) Condenar a “Generali España, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros” a indemnizar a doña Sara en la cantidad de cinco mil seiscientos veinticuatro euros con noventa y cinco céntimos (5.624,95 €).

(b) Condenar a “Generali España, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros” a abonar a doña Sara el interés previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro sobre la mencionada cantidad a contar desde el 10 de junio de 2016.

(c) Imponer a “Generali España, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros” las costas ocasionadas en la primera instancia.

3º.- No imponer las costas devengadas por la tramitación del recurso de apelación.

4º.- Acordar la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor del procurador de los tribunales don José-Antonio Domínguez Pallas por el importe del depósito constituido.

5º.- Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma no cabe ulterior recurso para ante la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo.

Si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se

presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación. Es preceptivo que el recurrente comparezca representado por procurador de los tribunales y defendido por abogado en ejercicio.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la “cuenta de depósitos y consignaciones” de esta Sección, en la entidad “Banco Santander, S.A.”, con la clave 1524 0000 06 0011 20 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0011 20 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [STC 244/2005, de 10 de octubre; 79/2004, de 5 de mayo; 5/2001, de 15 de enero]; ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

6º.- Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 8 de A Coruña, con devolución de los autos.

Así se acuerda y firma.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. magistrado don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Por **Jose M^a Hernandez Carrillo Fuentes**
Abogado

Esta sentencia valiente y decidida, sin duda acierta en la resolución del supuesto enjuiciado pues, en él, había pruebas médicas, clínicas, que cumplimentaban los criterios contenidos en el art. 135 de TRLRC Y SCVM, más diluye su razón cuando descalifica genéricamente toda prueba “biomecánica”, o de “reconstrucción mecánica” por no pasar “de ser una mera evaluación estadística carente del mínimo rigor exigible”, pues en cada accidente merecen ser analizadas las pruebas periciales presentadas, en sí, y en relación al resto de prueba, y atenderse, en todo o en parte, por su rigor científico específico, no descartar por ser biomecánica o utilizar el concepto DeltaV, por provenir de “perito de parte” o judicial, para ello están los Magistrados al objeto de -conforme al art. 348 LEC- privar de razón -si no se posee- pero también para reconocerla, si el informe pericial biomecánico concreto reviste los elementos precisos para ello, pues no por definición su origen lo descalifica, -ni quien acaba resolviendo los litigios es un ingeniero técnico industrial-.

“El nexo causal en accidente de tráfico. Aspectos jurídicos y biomecánicos” a cargo de la Magistrada Juez D^a Montserrat Peña Rodríguez en el Congreso de la AEAERCyS, celebrado los días 14, 15, y 16 de noviembre de 2019 en Sevilla (y páginas 19 a 40 de la revista nº 69 de dicha Asociación).”

Curiosamente -pues no es lo habitual- la demanda inicial en este caso acompañaba un informe de reconstrucción del accidente utilizando y fijando el DeltaV -entre 10 y 15 Km/h- contrapuesto por tanto al presentado por la aseguradora -denominado biomecánico- con resultado de 6,5 Km/h.

Al respecto constituye un excelente análisis la ponencia “El nexo causal en accidente de tráfico. Aspectos jurídicos y biomecánicos” a cargo de la Magistrada Juez D^a Montserrat Peña Rodríguez en el Congreso de la AEAERCyS, celebrado los días 14, 15, y 16 de noviembre de 2019 en Sevilla (y páginas 19 a 40 de la revista nº 69 de dicha Asociación).

Recordar asimismo que en el mes de septiembre de 2018 se celebró la IV Jornada sobre biomecánica de impactos, organizada por el Centro Zaragoza, y en él, el ponente D. José Pérez Tirado -en representación de las Asociaciones de Víctimas- subrayó sobre los informes de biomecánica que “las asociaciones están a favor de esos informes, pero siempre y cuando se hagan con rigor, con calidad y para el caso concreto, eliminando generalidades”, y merecen destacarse las afirmaciones del Subdirector del Centro

COMENTARIO

Zaragoza D. Juan Luis de Miguel "...la conclusión que se obtiene es que la aceleración media es mejor que el incremento de velocidad (DeltaV) para ver las posibles lesiones provocadas por la violencia de la colisión" o -como parámetros más importantes en una colisión de baja intensidad junto con el incremento de velocidad y aceleración media- "los daños de los vehículos: no hace falta que sean revisados por quien realiza el informe; esto ha de realizarse por el perito, que le pasará su informe con fotos, a quien esté realizando el estudio del impacto".

(...)... en el entendimiento no explicitado de que la misma constituye una forma de fuerza mayor extraña a la circulación del conductor demandado; y quedó enervada la presunción de la causalidad culpable proporcionada por el conductor demandado porque quedó demostrado que no medió, al deberse el accidente a la culpa exclusiva de la demandante.





perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

La Sentencia Nº 265/2020, de 20 de mayo, de la Audiencia Provincial de Lugo , Sección: 1, -Ponente: Jose Luis Deaño Rodriguez- en relación con la responsabilidad cuando interviene en un accidente un vehículo articulado con cabeza tractora y remolque, -debe determinarse si deben considerarse como vehículos autónomos e independientes (la cabeza tractora -por un lado- y el remolque o semirremolque -por otro-) de tal forma que, tanto uno, como el otro, tendrían la consideración de tercero (incluso perjudicado) en caso de siniestro en el que sólo interviniera el vehículo mixto y, por tanto, serían reclamables los daños ocasionados a uno de ellos si el responsable lo fuera el otro, o si, por el contrario y, admitiendo la naturaleza independiente de ambos vehículos (que pueden pertenecer a distintos propietarios, con distintos aseguramientos), al acoplarse forman una unidad funcional e inescindible, de tal forma que no pueden considerarse a la cabeza tractora y al semirremolque como terceros perjudicados respecto del otro, sino que el remolque se conformaría como la carga que se transporta en la cabeza tractora- opta(esta sentencia) por que del importe de la indemnización correspondiente a cada demandante responderán solidariamente todos los demandados, el conductor del vehículo articulado, , las aseguradoras del vehículo articulado, cabeza tractora y remolque, ambas aseguradoras la propietaria del vehículo , veamos las razones:

“Sin embargo, la tesis contraria es sostenida, también a título de ejemplo, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, en Sentencia de fecha 13 de Octubre de 2014 , cuando establece que: «Los llamados «vehículos mixtos» - formados por una cabeza tractora y un remolque o semirremolque- son vehículos formados por dos elementos completamente independientes a efectos de su aseguramiento (artículo 1 del Reglamento del Seguro Obligatorio de

Responsabilidad Civil en la Circulación de Vehículos a Motor aprobado por Real Decreto 1.507/2.008, de 12 de septiembre). de forma que cuando se produce un accidente este doble aseguramiento que busca reforzar las garantías de los posibles perjudicados precisamente por el mayor riesgo que para la circulación suponen su mayor potencialidad para causar daños, se traduce en la responsabilidad solidaria de las dos aseguradoras implicadas frente al tercero

perjudicado, que de este modo puede elegir libremente entre reclamar la indemnización que pudiera corresponderle de una sola o de ambas entidades, solución que se construye sobre la idea de que la cabeza tractora y el remolque o semirremolque, constituyen una "Unidad funcional" (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1.989), en la que no puede atribuirse la responsabilidad a una sola de las unidades que la integran con carácter autónomo e independiente

dada la contribución a la producción del daño de todos los elementos que constituyen el vehículo articulado».

También la Audiencia Provincial de Palencia, Sección Primera, en Sentencia de fecha 11 de Octubre de 2013, cuando establece que: «los vehículos articulados se consideran como una unidad física y funcional tanto en lo que se refiere a responsabilidad como en lo relativo a las compañías aseguradoras cuando, como en este caso, son distintas».

Asimismo, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, en Sentencia de fecha 12 de Febrero de 2013, cuando establece que: «El vehículo articulado es una unidad funcional (Real Decreto Legislativo 339/1.990, de 2 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, Real Decreto 2.822/1.998, de 23 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, artículo 2.1 y 14,2 del Real Decreto 7/2.001, de 12 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor) que funcionalmente no pueden ser concebidos como vehículos independientes. Existe una responsabilidad única de esa unidad funcional.»

O finalmente la Audiencia provincial de Asturias, Sección Quinta, en Sentencia de fecha 17 de Octubre de 2012, cuando establece que: «Así, de acuerdo con esta doctrina si se impone legalmente la obligación de aseguramiento tanto a la cabeza tractora como al semirremolque es porque ambos son susceptibles de producir daños de forma autónoma, y si este seguro es el de responsabilidad civil derivado del uso y circulación de vehículos a motor, difícilmente se puede negar la condición de vehículo

al semirremolque, ya que aparece calificado con ese carácter en el ap. 29 de la vigente Ley sobre Tráfico, Circulación y Seguridad Vial, y ambos elementos constituyen una unidad funcional, así definida en el ap. 32 de la Ley mencionada. La responsabilidad de esta unidad funcional no desaparece por la conducción dirigida de la cabeza tractora, pues circula la unidad como tal, creando el riesgo los elementos que la integran, de manera que difícilmente se pueden separar, en función de la relación causal, los daños ocasionados por uno u otro de los elementos articulados, en cuyo caso la responsabilidad tiene la naturaleza de solidaria, y esto con independencia del concreto elemento que materialmente impacta produciendo los daños; por lo que solamente cuando pueda deslindarse la causalidad del resultado y atribuirse en exclusiva a uno u otro vehículo, puede imputarse la responsabilidad de la misma manera, lo que no sucede cuando contribuyen de una manera conjunta a la producción de un resultado dañoso.

A este respecto es necesario tener presente, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 31 de Julio de 1.999, que el conductor de la unidad funcional lo es de los dos elementos que la integran, que los riesgos inherentes a la circulación rodada son superiores cuando la conducción lo es de un vehículo articulado y que la responsabilidad que se predica es la del conductor, sin escisión entre cabeza tractora y remolque, por lo que normalmente no será posible imputar la responsabilidad al seguro de uno solo de los elementos, máxime si se tiene presente que a los terceros perjudicados por el accidente no les es exigible que ensayen o intenten discriminaciones o

módulos de atribución entre las aseguradoras afectadas.»

Este segundo criterio es el acogido por este Tribunal en la presente Resolución por los siguientes motivos:

En primer término porque no resulta contrario ni contradictorio con el artículo 5 (Ámbito material y exclusiones), en su apartado 2, del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de Octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, conforme al cual «La cobertura del seguro de suscripción obligatoria tampoco alcanzará a los daños en los bienes sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas ni por los bienes de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario o el conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores», como tampoco resulta contradictorio con el artículo 1 (Vehículos a Motor), en su apartado 1 del Real Decreto 1.507/2.008, de 12 de Septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil en la Circulación de Vehículos a Motor (que es el texto vigente, tanto en la actualidad, como en la fecha del siniestro), al disponer que «Tienen la consideración de vehículos a motor, a los efectos de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y de la obligación de aseguramiento, todos los vehículos idóneos para circular por la superficie terrestre e impulsados a motor, incluidos los ciclomotores, vehículos especiales, remolques y semirremolques, cuya puesta en circulación requiera autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Se

exceptúan de la obligación de aseguramiento los remolques, semirremolques y máquinas remolcadas especiales cuya masa máxima autorizada no exceda de 750 kilogramos, así como aquellos vehículos que hayan sido dados de baja de forma temporal o definitiva del Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico».

En segundo lugar, porque tal criterio resulta conforme con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 1 de Abril de 1996, al señalar que la cabeza tractora que, por su propia estructura, no puede llevar sobre sí misma ninguna carga, tiene como única finalidad la de transportar o arrastrar remolques o remolques-cisterna, los cuales son los que llevan en su interior la carga, por lo que, en estricta y elemental lógica, ha de entenderse que lo transportado por la cabeza tractora no es sólo la carga contenida en el remolque cisterna, sino

también éste último, pues los dos (continente y contenido) forman, a estos efectos, una sola cosa (perteneciente, además, a la misma entidad cargadora) que es transportada o arrastrada por la cabeza tractora asegurada».

Ciertamente, una sola Sentencia del Tribunal Supremo no crea Jurisprudencia, sobre todo cuando no establece expresamente Doctrina Jurisprudencial; mas ello no impide para que este Tribunal admita tal criterio y no se aparte del que -aun cuando se haya emitido en una sola Resolución- sea considerado y asumido por el Alto Tribunal.

Y en tercer lugar, porque como señala la Sentencia 107/2.003, de 23 de Mayo, de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, en este tipo de supuestos la doctrina jurisprudencial, considerando que, si se impone la obligación de aseguramiento tanto a

la cabeza tractora como al semirremolque, ello quiere decir que ambos son susceptibles de producir daños de forma autónoma, y si este seguro es el de responsabilidad civil de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, no se puede negar la condición de «vehículo» al semirremolque, por lo menos a efectos de esta Ley, cuando además aparece calificado como tal en el apartado 29 de la Ley sobre Tráfico, Circulación y Seguridad Vial de 2 de Marzo de 1990, por lo que si el semirremolque va unido a la cabeza tractora de automoción en donde se encuentran todos los mandos que maneja el conductor responsable, ha de tenerse como un todo unitario a estos efectos, debiendo de responder las aseguradoras de ambos elementos (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de Febrero de 1993, Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de Marzo de 1998, entre otras).

En similar sentido la Audiencia Provincial de Castellón en Sentencia de 25 de Enero de 2000 declara que «desde el momento en que un vehículo está circulando, constituye un todo inescindible e indiferenciado, pues la cabeza tractora impulsa el remolque al acelerar, o lo retiene al frenar, o le hace desviar a izquierda o derecha, con las limitaciones que, en cada caso, el tamaño, peso, y la propia configuración de la vía implican; a su vez, es claro que el semirremolque, con su peso y carga, afectan a la maniobrabilidad de la cabeza tractora de ahí que, en cuanto unidad funcional, y en el caso de imposibilidad de determinar en qué porcentaje concreto incide uno u otro elemento en la causación del daño, la doctrina se incline mayoritariamente por predicar la solidaridad de las aseguradoras ante tercero perjudicado».



Por su interés y vigencia,- con permiso tácito del letrado, Sr. Medina Crespo- vuelvo sobre esta Sentencia del letrado del nº 291/2015, de 24 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección: 23 -Ilmo. Sr . Magistrado D. Gregorio María Callejo Hernanz-y la edad laboral en los perjuicios derivados del tráfico rodado:

“PRIMERO. La parte apelante impugna la sentencia en lo tocante a la responsabilidad civil fijada y con base en varios aspectos. En primer lugar, se dice vulnerada la primera regla del apartado B) de la tabla V del baremo para indemnizaciones por accidentes de circulación, entendiendo que se ha hecho una errónea interpretación del concepto de «edad laboral», «que se integra en ella por analogía con lo previsto en la norma aclaratoria (1) que figura en la primera regla de la Tabla IV, dando lugar a la falta de aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos sobre la suma básica de las lesiones temporales». La sentencia excluye que la perjudicada se encuentre en edad laboral, en atención a su edad (74 años) no obstante lo cual dicha interpretación restrictiva del factor corrector indicado no

sería operativa, dado que dicha tabla no contiene en realidad y propiamente una exclusión de personas que hayan superado la edad laboral. Y ciertamente hechos dicho en nuestra Sentencia 100/2013 de 2 de abril que «... dicha tabla no efectúa mención alguna relativa a la edad laboral de la víctima, por tanto no se puede sostener que no concurre un requisito que no es exigido legalmente». La previsión contenida en la Tabla V, debe entenderse como un mínimo: Se concederá a toda persona que haya alcanzado la edad mínima para poder realizar un trabajo remunerado por cuenta ajena, según la legislación laboral, aunque no acredite ingresos y no tiene un tope de edad máxima. No existe una norma legal que establezca que, a partir de una determinada edad, está

prohibido realizar trabajos remunerados por cuenta propia o ajena.

En fin, en nuestra Sentencia 345/2001 de 7 de septiembre dijimos también que « En efecto, cuando la nota (1) que se coloca al pie de la Tabla IV del Anexo de la Ley, extensible, sin duda, a la Tabla V, se refiere a las víctimas-en edad laboral, considera este juzgador que tal mención hace referencia a las personas con capacidad para realizar una actividad, con independencia de que laboralmente hayan alcanzado la edad de jubilación. Dicho de otra manera, si lo que en el ámbito de la responsabilidad civil da derecho a la indemnización no es la incapacidad laboral sino la incapacidad temporal, es a ésta y no a aquélla a la que ha de anudarse la indemnización y precisamente, porque es para la incapacidad temporal para la que se establecen los factores de corrección, las referencias en este ámbito a la edad laboral han de ser entendidas como referencias a la edad de desarrollar un trabajo, como es el que, por ejemplo, puedan realizar quienes se dediquen a las labores del hogar o a labores de tipo intelectual». Debemos por tanto estimar el motivo y añadir el citado factor.”



Con su encomiable elegancia y precisión en el uso del castellano, enriquece el ponente - Ilmo Sr. Del Moral Martín- la definición jurisprudencial del daño moral, motivación y concreción, "...Mientras que la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos...Es tan notorio que mantener relaciones sexuales de esa forma impuesta y sucesiva, manejándola como un objeto, con una adolescente le ocasiona un negativo impacto psíquico que verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia..." es la Sentencia Nº 207/2020, de 21 de mayo, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

"La Audiencia fijó un monto de treinta mil euros (vid. auto de rectificación) como indemnización razonando, en la medida en que es posible, esa cuantificación (fundamento de derecho sexto: son tres victimarios y a los hechos en sí se añadió la humillación pública).

El razonamiento desplegado en el recurso parece ignorar que la cifra atiende al daño moral; no a lesiones físicas o psíquicas. Con esta observación decae lo esencial del argumento...

- retornando a su sentencia de 21 de octubre, núm. 433/2019-La cifra de seis mil euros fijada es razonable, más allá de la imposibilidad de llegar a una cuantía que se presente como la única correcta. Serían igualmente razonables 10.000 ó 7.000 ...¡ó 3.000 euros!. La Sala de instancia tiene atribuida la exclusiva competencia para decidir ese monto siempre que no abdique de moldes de «razonabilidad». Y aquí, pese al silencio motivador, no se fuerzan esos parámetros: cualquier explicación resultaría en cierta medida tanto obvia en cuanto a la procedencia de indemnización (es patente que hay perjuicios morales

que además el art. 193 CP presume), como insuficiente en cuanto a la cuantificación (con un mismo razonamiento podríamos llegar a cifras muy diversas).

Ha de tenerse ese concreto pronunciamiento por ajustado dentro de la imposibilidad de una ecuación exacta o una motivación plenamente satisfactoria en cuanto a dar razón de cada céntimo o explicar por qué no se han dado 100, 600 ó 2.000 euros más. La cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, «no patrimonial» frente al que solo cabe una «compensación» económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho. Mientras que la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo «alguna-cantidad-habrà-que

poner» como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica. Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 20/2003, de 10 de febrero). Pas de motivation sans texte se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente. Ese estándar mínimo que no puede estirarse más, salvo con el uso de una retórica o unas fórmulas huecas, pues no van a conducir a cifras concretas, está colmado por la sentencia (STS 684/2013, de 16 de julio). Era seguramente deseable alguna mayor retórica motivadora. Pero basta la remisión a las lesiones y daños sufridos que se efectúa combinada con la lectura del párrafo final del hecho probado para considerar suficientemente justificada».

No podemos exigir tampoco en esta materia, como antes decíamos respeto a la individualización, ecuaciones exactas. Es tan notorio que mantener relaciones sexuales de esa forma impuesta y manejándola como un objeto, con una adolescente le ocasiona un negativo impacto psíquico que verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia. Precisamente por esa evidencia puede bastar con la genérica referencia a los daños morales causados. Resulta innecesario detenerse a explicar por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por

qué es ineludible cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo.

Es claro que la traducción pecuniaria de esos perjuicios no es fácil como afirma la Audiencia al abordar esta cuestión (fundamento de derecho sexto) y ha de guiarse por valoraciones estimativas en las que no pueden introducirse absurdos criterios aritméticos.

Sobre esta materia la STS 1534/1998 de 11 de diciembre, ante una alegación similar, expresa algo que, por otra parte, es obvio: «El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos».

El art. 193 CP presupone la existencia de esos perjuicios en este tipo de delitos. Su cuantificación no es posible más allá de unas referencias genéricas a cuyo fin son más que suficientes las vertidas en la sentencia que se entretiene precisamente en consignar esas dificultades recogiendo una cita jurisprudencial (STS 957/2007, de 28 de noviembre). Tratar de razonar que la cantidad debiera haber sido mayor o menor es tarea inútil y condenada al fracaso. Seguramente todo monto pecuniario será escaso, pero apareciendo como ponderada y ajustada a los márgenes habituales la cifra establecida por el Tribunal a quo no es posible ni su revisión en casación, ni exigir -por imposible- una mayor motivación que además sería puramente retórica, pero no sustancial.

Tampoco es esta materia campo propicio para comparaciones con otros asuntos buscando una igualdad ficticia.”

La proliferación masiva en las últimas décadas de procedimientos frente a entidades bancarias, provoca que en numerosas ocasiones se acuda impropia y al ámbito penal para “enmendar” el curso de un proceso civil que no se desarrolla a gusto del actor, veamos las precisiones sobre la estafa procesal del Auto N° 678/2019, de 11 de diciembre de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 4 -Ponente: D. Francisco Orti Ponte.-

“La estafa procesal constituye una cualificación o subtipo agravado de la estafa común que presupone la concurrencia de los requisitos configuradores del delito básico con la matización de que el acto dispositivo de atribución patrimonial posee unas especiales connotaciones que originan un mayor reproche, causa del nacimiento de la figura cualificada.

El engaño característico de la estafa se produce a través de un fraude procesal, cuando el error lo sufre el órgano jurisdiccional que dicta una resolución provocadora de un desplazamiento patrimonial concreto y un correlativo enriquecimiento para el autor del hecho.

La modalidad procesal que en el caso concernido se utiliza para lograr el engaño y correlativa resolución judicial, integrada por la aportación u omisión por parte de Caixa Bank del auto de fecha 20 de julio de 2015 dictado en el procedimiento civil 123/15 es en sí misma inapta para que se pueda construir la estafa procesal, pues tal procedimiento no finalizó como se dijo mediante una decisión judicial que comporte una disposición patrimonial.

Desde otro punto de vista y de acuerdo con el auto de la A. P de Madrid 341/2018 de 8 de mayo, también resultaría imposible jurídicamente la comisión de

una estafa procesal por el demandado en razón de la posición previa que ostenta en el procedimiento. El demandado, salvo hipótesis de reconvencción, el resultado más favorable que puede esperar en un litigio civil es que le absuelvan, y una sentencia absolutoria no puede suponer ese acto de disposición exigido por la estafa, al no producirse un desplazamiento patrimonial. A lo sumo se producirá el mantenimiento de una situación injusta provocando con el acto engañoso un «statu quo» que nunca puede equipararse a un empobrecimiento del afectado y correlativo enriquecimiento del sujeto agente..

Aunque se tratase de un proceso civil principal y no secundario o accesorio (diligencias preparatorias de exhibición), una sentencia absolutoria conseguida con maniobras torticeras, no podría poseer jamás la virtualidad para provocar un acto traslativo, sólo alcanzable a medio de una condena con atribución patrimonial al actor.»

Es decir se excluye la posibilidad de que un demandado en un procedimiento judicial cometa el delito de estafa procesal y en consecuencia - además de por lo dicho en los fundamentos de derecho anteriores- el recurso no puede prosperar.”

En la línea temática de la resolución precedente, el Auto N° 29/2020, de 23 de enero, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real Sección: 1, -Ponente: Ilma Srª Alarcon Barcos-

“ La pretensión de los recurrentes debe tener favorable acogida y ello en razón de que como bien indica la responsabilidad civil subsidiaria deriva de hallarse en uno de los supuestos previstos en el art. 120 del C. Penal, y es obvio que en ninguno de ellos pudiera tener su encuadre.

El hecho de garantizar el préstamo promotor no es motivo suficiente para que inicialmente se le exija garantía de responder de las consecuencias derivadas de las conductas presuntamente delictivas del querelado, pues del contenido de la querrela se deduce de un lado la suscripción de unos contratos de compraventa de adquisición de viviendas, una cesión de créditos, reconocimiento deudas etc. que escapan con mucho del presunto incumplimiento normativo de la Ley 57/1968, cuestión en todo caso que podría dar lugar a otro tipo de responsabilidad que escapa del ámbito de la jurisdicción penal.

Así el hecho de que las entidades bancarias pudieran responder directamente frente a los compradores por la admisión de ingresos en una cuenta sin que aquellas hubiesen exigido la apertura de la cuenta especial y la correspondiente garantía, es una cuestión que queda limitado al ámbito de la jurisdicción civil, y cuyo



pronunciamiento refiere los querellantes en su escrito de solicitud de ampliación de la querrela y medida cautelares. En este caso como se indica tal responsabilidad no ex delicto sino de un incumplimiento normativo que en todo caso podrá exigir en la jurisdicción civil y bajos los presupuestos que a tal efecto recoge la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo recoge. E insistimos el art. 120 del C. Penal no prevé este supuesto y como tal quedaría excluido del mismo.

Tampoco sería encuadrable en el ámbito del art. 122 del C. Penal, teniendo en cuenta como decimos que la entrega de las cantidades a cuenta suponga una participación a título lucrativo. El artículo 122 del Código penal establece esta modalidad de responsabilidad civil para la restitución de la cosa o el resarcimiento del daño, hasta la cuantía de su participación, a quien por título lucrativo hubiere disfrutado de los efectos de un delito.

Una responsabilidad civil directa e independiente de la que corresponde al penalmente responsable, que tiene como límite el beneficio obtenido por el tercero. Se trata de un negocio con causa ilícita, el delito cometido por una de las partes del acuerdo o contrato, según señala la jurisprudencia, y de una responsabilidad que persigue al enriquecimiento injusto. Como elementos requiere (i) el aprovechamiento a título lucrativo de los efectos del delito, es decir sin contraprestación, y (ii) que el beneficiario, consciente de tal ventaja o beneficio, ignore el delito del que proceden los bienes o activos. En todo caso comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Desde luego no es el caso si nos atenemos a que en la entidad bancaria se limitó exclusivamente a financiar una promoción de viviendas, en modo alguno que fuese consciente de la presunta comisión de un delito de estafa y/o apropiación indebida.”

Con frecuencia se considera a la Jurisdicción C-A como la menos propensa a asumir cambios, tradicional, inmovilista; esta sentencia N° 1207 / 2020, de cuatro de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada -Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª María Rosa López-Barajas Mira- muestra lo contrario, pues versando el recurso sobre el reconocimiento de compatibilidad denegada a un Guardia Civil con destino en la Plana Mayor del Subsector de Tráfico de Granada como conductor de vehículos VTC durante 8 horas en los días libres que reglamentariamente le corresponden un fin de semana mínimo al mes la resolución lo estima compatible, sobre el contenido del proyecto que lo regulará ... aun no aprobado, basándose en una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª del Tribunal Supremo de seis meses antes- N° 1684/2019, de cinco de Diciembre -

Que la Justicia haya de ser ciega se refiere a los justiciables a quienes se imparte, no al contenido de lo que se dirime, así lo muestra en su equidad práctica en el ámbito del contrato de seguro la S e n t e n c i a N° 421/20, de 15 de junio-ponente Ilmo. Sr. D. Enrique Pinazo Tobes- de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada,

“Así lo ha previsto el Proyecto de Real Decreto de 2019 sobre el régimen de incompatibilidades del personal de la Guardia Civil, cuyo preámbulo indica Como puede observarse, tan sólo el componente singular del complemento específico será tenido en cuenta a los efectos de no superar el 30 por 100 de las retribuciones básicas; es más, ni siquiera cuando así ocurra podrá ello dar lugar, automáticamente, a la denegación de la compatibilidad, sino que ésta deberá otorgarse condicionada a que el interesado solicite la reducción en la cuantía del mencionado complemento a fin de no superar el límite señalado legalmente. Es cierto que la norma que acabamos de transcribir es simplemente un proyecto de Real Decreto que no está aun en vigor. Sin embargo, no cabe duda de su valor interpretativo por cuanto supone un reconocimiento por parte del legislador de lo razonable de la interpretación propuesta por el actor. Y, como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de diciembre de 2019 -en relación precisamente al valor de este proyecto-, “...Aun siendo un proyecto muestra una línea”.

T E R C E R O . - Nuevamente tiene razón el demandante pues, en efecto, la resolución recurrida no razona las concretas circunstancias que hacen que la actividad de conductor de VTC pueda resultar incompatible con la condición de Guardia Civil, sino que justifica la denegación en la absoluta disponibilidad que están obligados a tener quienes ostentan tal condición. Ahora bien, ello se configura de forma tan general y absoluta que equivale, de facto, a negar la compatibilidad de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con cualquier otra actividad pública o privada. Negación que no sólo carece de sustento legal alguno sino que resulta ilógica, haciendo incomprensible, por innecesario, la existencia -comentada supra- de un proyecto normativo destinado, precisamente, a regular las incompatibilidades de los citados Fuerzas y Cuerpos. Proyecto que debería reducirse entonces a una simple prohibición general de desarrollar cualquier otra actividad.”

“En la STS de 4 de noviembre de 2014 se establece que para que proceda la subrogación que esa norma establece es necesario -sentencias 609/2010, de 20 de octubre, y 432/2013, de 12 de diciembre, entre otras muchas- que exista un contrato de seguro, y que el pago responda a la ejecución del contrato de seguro.

Por tanto, acreditado en este caso la existencia de seguro, sin que la jurisprudencia exija el conocimiento íntegro de la póliza mediante su incorporación de modo fehaciente a las actuaciones, poniendo de manifiesto el documento 2 de los de la demanda, aunque no sea la póliza propiamente dicha, la existencia del seguro, revelando los documentos 3 y 4 que el pago se hace por razón del aseguramiento, rechazando que estemos ante situación patente de falta de cobertura, debemos confirmar la legitimación de la demandante en este caso, sin que pudiera cumplirse con uno de los objetivos de la norma si permitimos la impunidad del causante del daño, en atención a conjeturas o suposiciones sobre la existencia de cláusulas

limitativas que excluyen la cobertura, que en nuestro caso no pueden presumirse.

Como en el caso de la Sentencia de la AP de Pontevedra Sección 1 de 22 de noviembre de 2016, aunque no conste aportada la póliza, contando aquí con documento que plasma su contenido fundamental, y los informes periciales dirigidos a la valoración del daño que, con referencia a la misma póliza, estiman que el daño está en el ámbito de su cobertura, aunque sin duda la actora debió haber sido más cuidadosa en la acreditación de su legitimación con aportación de la póliza original vigente entre asegurador y asegurado, debe en este caso considerarse que el requisito de la legitimación ha sido atendido de forma suficiente, ya que la documentación aportada a tal fin muestra, indirectamente, la presencia del seguro.”

La ciberdelincuencia , los delitos cometidos en el soporte de Internet-ya sea World Wide Web, o el “internet profundo”, Deep Web-se producen continuamente , y en la justicia provocan interesantes cuestiones de competencia , como las que a continuación se resuelven por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, Nº de Recurso: 20169/2019,Auto de once de abril- Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet-:

“En relación al delito de estafa venimos diciendo que «el delito de estafa se comete en todos los lugares en los que se han desarrollado las acciones del sujeto activo (engaño) o del sujeto pasivo (disposición patrimonial) y en el que se ha producido el perjuicio patrimonial (teoría de la ubicuidad). Criterio que viene corroborado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 3 de febrero de 2005 en el que se tomó el siguiente acuerdo: «delito se comete en todas las jurisdicciones en que se haya realizado algún elemento del tipo, en consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa ». Tarragona es el primero en intervenir con la presentación de la denuncia que no es elemento alguno del tipo y el lugar donde se encontraba el piso que sirvió de señuelo para la estafa pero el desplazamiento patrimonial se produjo con la transferencia de la cuenta sita en la sucursal de Caixabank de Xalón, partido judicial de Alicante, de la perjudicada de los 800 euros a la cuenta de la denunciada, esto último afecta

al agotamiento del delito no a la consumación, por ello a Alicante y conforme al art. 14.2 LECrim . le corresponde la competencia.”

Y el auto dictado en Nº de Recurso: 20674/2019 de 7 de noviembre -Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer-

“En el caso que nos ocupa no consta elemento alguno del tipo cometido en la demarcación de Getxo: el denunciante se halla domiciliado en Madridejos (Toledo) y la cuenta en la que se recepcionó el dinero en Asturias, ya que en Getxo, sólo se interpone la denuncia, que no es elemento alguno del tipo penal de la estafa, dado que la transferencia del dinero al parecer se realizó desde una sucursal de la entidad bancaria Caixabank ubicada en Madridejos, lugar del domicilio del asimismo denunciante y perjudicado Simón (hacia una cuenta corriente abierta domiciliada en Oviedo) Madridejos es el lugar desde el que se produce el desplazamiento patrimonial mediante la transferencia del dinero defraudado y, aplicando el principio de ubicuidad en el que se prioriza el domicilio del perjudicado (Autos TS de 12 de abril de 2013, 20 de marzo de 2014 y 3 de abril de 2014, entre otros), el juzgado de instrucción de dicha localidad sería el competente, por ello a Orgaz le corresponde la competencia (art. 14.2 LECrim).”



La sentencia nº 345/20, de veintidos de enero, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional -Ponente Ilmo. Sr.: D. Jesús N. García Paredes-, decide que los días que un interno en centro penitenciario invierte en su curación, no son considerables de perjuicio personal particular moderado- por ausencia de desglose, ignoramos si tampoco como perjuicio básico-pues restringe el enfoque indemnizatorio al perjuicio laboral:

“SEXTO.- Por lo que al importe de la indemnización respecta, el recurrente solicita el abono de la cantidad de noventa y ocho mil euros (98.000,00€), sobre la base del contenido del Informe de Valoración del daño corporal aportado ... en el que fija como tiempo de recuperación 25 días y calcula una puntuación de 10, conforme a lo establecido en el Anexo IV de la Ley de Tráfico.

La Sala considera que no teniendo la amputación efecto alguno sobre relación laboral o similar, el período en el que el recurrente estuvo de recuperación, no puede ser calificado en el sentido patrocinado, dada su situación de internamiento en un centro penitenciario, que como hemos señalado, no es asimilable a la situación laboral con las consecuencias económicas

que conlleva la suspensión laboral por cuestiones de enfermedad.

Por ello, tomando como criterios orientadores los expuestos en las normas del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en concreto, el Baremo Médico de la Tabla 2.A.1, Clasificación y valoración de las secuelas, en su Capítulo III, D6. D.1, referido a «Amputaciones» código 03050, así como la edad del recurrente, 51 años, la Sala determina el importe de la indemnización, atendiendo también a las secuelas personales, en la cantidad global de 10.000€.”

“788.- Las costas deben

Tras erradicar como pruebas las principales (grabaciones) en un complejo y extenso proceso por presunta prevaricación la Audiencia Provincial de Elche, Sección: 7, dando muestras de que el sentido común- no en vano, el menos común de los sentidos- también se aplica en las resoluciones, dicta la sentencia nº 280/20, de 3 de junio:

ser declaradas de oficio, conforme a los artículos 123 del Código Penal, y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal toda vez que la imposición de las mismas a la acusación particular tendría que derivar de como se ha ido desarrollando el plenario, de manera que podía haber retirado la acusación respecto de alguno de los acusados, suprimir la responsabilidad civil u otros pedimentos no hubiera supuesto beneficio alguno para las defensas que hubieran debido mantener sus posiciones frente a la actuación del Ministerio Fiscal, pero, sobre todo, porque no apreciamos mala fe ni temeridad en comportamiento procesal del representante del Ayuntamiento de x y



finalmente no entendemos acertado hacer recaer sobre los ciudadanos del municipio además de la situación calamitosa que han vivido durante estos años, el importe de unas costas procesales, que de no haberse declarado la nulidad de las principales pruebas de cargo desplegadas durante el plenario, hubieran podido ser impuestas a los acusados en el caso de haberse dictado una sentencia condenatoria.

Abonan esta tesis diferentes resoluciones del Tribunal Supremo, así la STS 286/2019, de 30 de mayo, diferencia entre los conceptos de temeridad y mala fe. Efectivamente, mientras la temeridad hace referencia al modo objetivo de ejercer las acciones legales, adjetivando un desempeño que resulta claramente infundado respecto del que es su marco legal regulatorio, la mala fe tiene un contenido subjetivo e intencional, cuya significación se alcanza desde la individualización -también subjetiva- de su opuesto. Asimismo, la STS 442/2018, de 9 de octubre, recoge unos criterios interpretativos sobre esta cuestión.

En suma, la imposición de costas por temeridad o mala fe exige algo más que el simple distanciamiento de las tesis suscritas por la acusación oficial. Es necesario que la acusación particular perturbe con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal y que sus peticiones sean reflejo de una actuación procesal precipitada, inspirada en el deseo de poner el proceso penal al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su existencia y el tribunal debe expresarlo en su resolución (STS 720/2015, de 16 de noviembre).”

En el entorno de un delito societario , resulta de interés la sentencia N° 715/2018, , de 6 de noviembre ,de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6- Ponente: Ilma Srª Cámara Martínez- ejemplo de la jurisprudencia que en los casos de delito de estafa mediante cheques falsos o falsificados o actuaciones similares, considera al titular cuenta correntista como perjudicado frente al depositario considera -perjudicado directo de los hechos-, y en dicha condición le permite ejercitar la acción civil en el proceso penal.

“No podemos compartir el criterio establecido en la sentencia y entendemos que asiste razón al recurrente, a tenor de la jurisprudencia del TS que ya ha tratado sobre la consideración de perjudicado de las entidades bancarias en los delitos de estafa, de la naturaleza, como es el caso que nos ocupa. En este sentido, y como asimismo cita la acusación particular en su recurso «La STS 229/2007, de 22 de marzo, condenó como responsable civil subsidiario a la entidad bancaria con ocasión de un delito de estafa consistente en imitar la firma del titular de una cuenta para conseguir la extracción de dinero de la misma. La existencia de diversas normas en nuestro ordenamiento que establecen el deber del depositario de responder ante la pérdida de lo depositado (arts. 306.2 y 307.3 Ccom (art. 1766 CC y el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque (llevan al TS a declarar su responsabilidad civil subsidiaria ante el titular de la cuenta bancaria, pero, en realidad la responsabilidad civil no se fundamenta en la existencia del delito, sino del contrato de depósito bancario llevado a cabo entre las partes. Es llamativo como, en el razonamiento jurídico del TS para establecer dicha condena, no se hace alusión alguna al art. 120.3 CP cuya infracción se había alegado como motivo del recurso; es más,

el TS establece los criterios específicos para la existencia de una «responsabilidad cuasi-objetiva para el librado, con presunción de culpa civil», que prescinde del análisis de si se han infringido o no los reglamentos de policía que exige el precepto penal.

Paradójicamente, además, confirmando que el delito no es el origen de la condena civil pronunciada contra el banco, se da la circunstancia de que la misma sentencia previamente -como tradicionalmente se ha hecho en otros casos- reconoce a éste como perjudicado directo por los hechos, esto es, el destinatario principal de las cantidades a devolver, de modo que, dadas las garantías existentes sobre la materia, el patrimonio del depositante ha quedado intacto. Como afirma el mismo Camilo, en el proceso penal el perjudicado no tiene que indemnizar a terceros; esto deberá ocurrir, en su caso, en otro proceso, añadimos nosotros.

Pero el TS en esta sentencia expresamente proclama que el proceso penal es el ámbito procesal adecuado para su resolución, porque así ha sido solicitado, de modo que indirectamente se está reconociendo a las partes facultades dispositivas sobre la materia. Así resulta patente en este párrafo: «Al no haberse hecho así en estos autos (en

referencia a la intervención del banco como perjudicado), sino que la entidad Banco Santander Central Hispano permanece situada en el lado pasivo del proceso penal, la solución pasa por la declaración de la misma como responsable civil directo, o como responsable civil subsidiario, que es cómo se ha planteado el asunto, de modo que su situación ha variado, arrastrando el inicial concepto de perjudicado y responsable ante el titular de la cuenta, al de responsable civil frente al mismo, pudiendo ejercitar dicho titular tales acciones civiles en el seno del proceso penal, sin que sea tolerable diferir esta cuestión al ámbito de la jurisdicción civil, pues puede ser resuelta dentro de los parámetros (jurídico-privados) que el proceso penal español permite, con tal que exista la oportuna rogación (acción civil entablada conjunta o separadamente de la penal) y posibilidad de defensa como tal responsable civil (personación en este concepto y oportunidad probatoria)».

Lo que en definitiva esta permitiéndose con esta jurisprudencia, es considerar en los casos de delito y estafa mediante cheques falsos o falsificados actuaciones similares, al titular cuentacorrentista como perjudicado frente al depositario -perjudicado directo de los hechos-, y en dicha condición le permite ejercitar la acción civil en el proceso penal.

Este criterio ha sido confirmado en la STS 367/2008, de 24 de junio por dos razones, según dice: una que la naturaleza civil de la cuestión no impide la analogía, en referencia a la aplicación del art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque como ratio decisora; y otra de carácter

práctico, como es la economía procesal.

En estas condiciones, entendemos que en efecto se impidió a la acusación particular ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art 24 CE que ha de conllevar la nulidad de la sentencia y la retroacción del procedimiento al momento en que se produjo la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es al inicio del Juicio Oral como se ha solicitado.”

La Sentencia Nº 407/2020, de 15 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo,- Ponente: Angeles Huet de Sande- resuelve la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en “determinar si a los efectos de la institución de la prescripción como día de inicio para el cómputo de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial puede tenerse en cuenta o no la fecha del auto de archivo penal del procedimiento, y que en su momento no fue notificado a la perjudicada, y ello a fin de satisfacer la plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.”:

“Así pues, no habiéndose notificado a la recurrente el auto de archivo de 1 de septiembre de 2011, no puede considerarse prescrita la acción de responsabilidad patrimonial cuando aquélla, en el año 2014, acude al Juzgado de Instrucción y se reabren las diligencias penales que vuelven a archivarse por auto de 17 de febrero de 2015, éste sí notificado a la recurrente. Por lo que la presentación de la reclamación el día 15 de agosto de 2015, no puede considerarse incurso en prescripción, debiendo, por esta razón, estimarse el recurso de casación.

SÉPTIMO. La interpretación que fija esta sentencia.

Los arts. 142.5 y 146.2 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999 (actualmente, art. 67.1, párrafo primero, de la Ley 39/2015, y art. 37.2 de las Ley 40/2015), en relación con el art. 24.1 CE, deben interpretarse en el sentido de que a los efectos de la institución de la prescripción no puede tenerse en cuenta como día de inicio para el cómputo de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial la fecha del auto de archivo penal del procedimiento que en su momento no fue

notificado a la perjudicada, y ello a fin de satisfacer la plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta doctrina de la pérdida de oportunidad, sobre la que existe una constante jurisprudencia (entre otras muchas, SSTS 7 de septiembre de 2005, rec. 1304/2001; 26 de junio de 2008, rec. 4429/2004; 23 de septiembre de 2010, rec. 863/2008; 13 de enero de 2015, rec. 612/2013; 24 de abril de 2018, rec 665/2018) incide sobre el nexo causal y, conforme a ella, no es el fallecimiento en sí mismo, sino la pérdida de expectativas, en este caso, de supervivencia el daño causalmente imputable al servicio público sanitario que la actora no tiene el deber

de soportar, pues aunque la obligación médica es de medios y no de resultados, el paciente tiene derecho a que se le proporcionen los medios que la ciencia médica establece como adecuados para su padecimiento.

Concurren, pues, en estos términos, los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración que se reclama por la demandante por anormal funcionamiento del servicio público sanitario (arts. 139 y ss Ley 30/1992), debiendo, conforme a lo expuesto, concretarse el daño indemnizable, no en el fallecimiento de don Marcos , sino en la pérdida de oportunidad de supervivencia. Esta pérdida de oportunidad de supervivencia aparece cuantificada en un 85% en un informe emitido por una aseguradora en el expediente administrativo que no ha sido rebatido por ningún otro informe médico.

La demandante solicita una indemnización por un importe total de 126.538,71 euros, aplicando el baremo previsto en la legislación del seguro del automóvil, considerando que el daño indemnizable es el fallecimiento y que la edad de la víctima era de 52 años. Sin embargo, conforme a lo expuesto, debemos reducir esta cantidad hasta dejarla en un 85%, por ser el porcentaje de expectativas de supervivencia del que se vio privado el paciente que es el daño que indemnizamos, de lo que resulta una indemnización por importe de 107.557,90 euros, cantidad a la que, como se solicita en la demanda, debemos añadir los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa para respetar el principio de indemnidad “

Es de agradecer la concreción respecto del Art. 120.3, y 4, del CP y los delitos de estafa cometidos por medio de cheques falsos o falsificados en el entorno bancario de la Sentencia nº 229/2007, de veintidós de Marzo , de la Sala 2ª del Tribunal Supremo - Ponente: Ilmo. Sr. Sanchez Melgarejo mostrando muestras de que el sentido común- no en vano, el menos común de los sentidos- también se aplica en las resoluciones, dicta la sentencia nº 280/20, de 3 de junio:

“Se cuestiona la absolución de la entidad Banco Santander Central Hispano como responsable civil subsidiaria, que la Sala sentenciadora de instancia basa en que no conoce la norma que haya podido ser infringida en este caso por los empleados de aquella entidad (y que a dicho Tribunal no le parece notoria). Pero conocido ha de ser el principio general de «alterum non laedere», en virtud del cual la actuación negligente origina una obligación de reparar el daño causado. Es más, en el caso enjuiciado, como más adelante se dirá, en realidad, el verdadero perjudicado por el engaño sufrido no debió ser el titular de la libreta de ahorros, sino el propio banco, al convertir el contrato de depósito irregular al depositario en propietario del dinero custodiado.

El supuesto ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala Casacional (STS 91/2005, de 11 de abril), y a sus argumentos nos remitimos. Un caso similar también, no idéntico como el anterior, es el resuelto por la STS 615/2002, de 12 de abril de 2002 , cuya doctrina es la siguiente: La responsabilidad civil subsidiaria solicitada lo es al amparo del número tercero del art. 120 del Código Penal , precepto éste mucho más amplio que los artículos

21 y 22 del Código Penal de 1973 , y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus -principales- (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la «culpa in vigilando», «culpa in eligendo», o la «culpa in operando», que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasiobjetivación basada en la teoría del riesgo,

o bien del aprovechamiento de su actividad («cuius commoda eius incommoda»), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal , que dispone: «las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan

o administren, o de sus dependientes o empleados,

se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción».

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes:

a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus

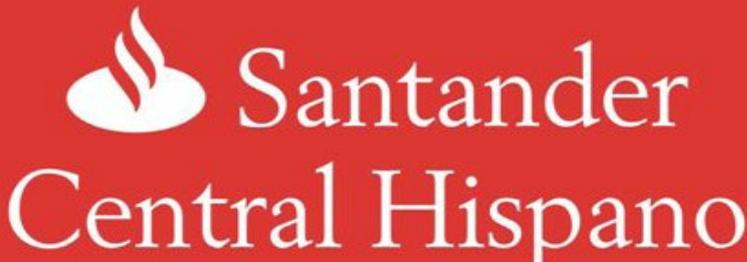
dependientes o empleados;

e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que éstos no se hubieran producido sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente).

Desde la Sentencia de esta Sala, de 15 de febrero de 1986 , ya dijimos que por el contrato de depósito en cuenta corriente se constituye un depósito irregular con la consecuencia prevista en el art. 307.3 del Código de Comercio , por el cual, al quedar el dinero confundido con el patrimonio del depositario, éste ha de soportar los riesgos derivados de su deber de conservar la cosa depositada, de modo que si un tercero comete una defraudación y se apodera del dinero depositado o parte del mismo, de esa pérdida ha de responder el depositario, esto es, la entidad bancaria, en el caso. A la misma conclusión llegamos si examinamos el hecho desde otra perspectiva, la del pago como modo de extinción de las obligaciones (arts. 1156 y siguientes del Código Civil), pues la obligación del depositario de

devolver la cosa depositada (arts. 1766 CC y 306 Ccom.) se extingue por el pago, pero éste sólo es eficaz cuando se hace a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada a recibirla en su nombre, como dice el art. 1162 del Código Civil . Por tanto, la entrega de la cosa depositada a una persona distinta de las expresadas en esa última norma jurídica no produce el efecto extintivo de la obligación del depositario relativa a la devolución del objeto del depósito. De modo que, como ya adelantábamos, el perjudicado por tal delito (en el caso, extracción de dinero mediante cheque falsificado mediante imitación de la firma de su titular) es el propio banco o caja de ahorros, y no el titular de la cuenta.

Al no haberse hecho así en estos autos, sino que la entidad Banco Santander Central Hispano permanece situada en el lado pasivo del proceso penal, la solución pasa por la declaración de la misma como responsable civil directo, o como responsable civil subsidiario, que es cómo se ha planteado el asunto, de modo que su situación ha variado, arrastrando el inicial concepto de perjudicado y responsable ante el titular de la cuenta, al de responsable civil frente al mismo, pudiendo ejercitar dicho titular tales acciones civiles en el seno del proceso penal, sin que sea tolerable diferir esta cuestión al ámbito de la jurisdicción civil, pues puede ser resuelta dentro de los parámetros (jurídico-privados) que el proceso penal español permite, con tal que exista la oportuna rogación (acción civil entablada conjunta o separadamente de la penal) y posibilidad de defensa como tal responsable civil



Santander
Central Hispano

(personación en este concepto y oportunidad probatoria). Por eso, las Sentencias de esta Sala Casacional de 6 de diciembre de 1954, 14 de mayo de 1963, 14 de noviembre de 1967 y 24 de septiembre de 1968 declararon, con motivo de delitos de estafa cometidos por medio de cheques falsos o falsificados, que es la entidad bancaria y no el cuentarrentista, la perjudicada por la defraudación, llegándose a afirmar que si se recuperase parte o toda la cantidad defraudada, se entregará a la misma y no a su cliente, ya que es obvio que tiene que devolver a la cuenta corriente del cliente las cantidades que indebidamente salieron de la misma, por la negligencia o impericia de los empleados al comprobar la legitimidad de los cheques.

A esta misma solución se llega por la vía del art. 156 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, si bien de forma analógica, en el caso ahora enjuiciado. Estamos en presencia, en definitiva, de una responsabilidad cuasi-objetiva para el librado, con presunción de culpa civil, basada en el criterio del riesgo profesional, y por tanto de un especial deber de garantía que la ley impone a las personas directoras del establecimiento por su omisión de impedir la comisión de delitos o faltas, de efectos no penales, sino exclusivamente patrimoniales, sin que sea necesario precisar la persona física infractora del deber legal o reglamentario, con tal que se encuentre dentro del círculo de la actividad que resultó insuficiente para impedir la consumación delictiva y en el ámbito espacial de su dirección o control."

En los cementerios también existe el riesgo, y por tanto la responsabilidad sobre el mismo, en este caso Patrimonial del Ayuntamiento encargado como responsable de la seguridad y ordenación del cementerio, y por tanto de que la deambulación dentro del recinto, e incluso sobre las tumbas sea segura -y estas no se hundan-, (Sentencia nº376/2020, de 11 de mayo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla -León (Sede Valladolid)- Ponente Ilma. Srª Lucas Lucas-)

"En la sentencia de instancia se atribuye al Ayuntamiento y a las actoras una responsabilidad concurrente en los hechos acaecidos el 10 de enero de 2016, cuantificando en un 70% la del primero y en un 30% la de las segundas.

Para llegar a esta conclusión la sentencia considera probado que el cerramiento de la tumba no tenía la capacidad de resistencia adecuada, bien por defectos en su construcción o bien por su falta de conservación y deterioro por el paso de tiempo, no soportando el peso de dos personas, lo que considera suficiente para atribuir responsabilidad al Ayuntamiento al tener encomendada la labor de vigilancia y conservación sobre el cementerio y del estado de las sepulturas.

Junto a esto declara, por un lado, que todos los pasillos del cementerio, paseo central, paseos hormigonados y pasillos entre tumbas, cumplieran las dimensiones previstas en el Decreto 16/15, de 10 de febrero, por el que se regula la policía sanitaria mortuoria en la Comunidad de Castilla y León, es decir, todos ellos eran pasos habilitados y practicables para los visitantes del cementerio; y por otro que las actoras actuaron también negligentemente al caminar

por el cementerio y pisar sobre la tumba a pesar de que esta se distinguía respecto del camino.

Y como hemos avanzado estas conclusiones de la instancia son compartidas por esta Sala ya que el hecho de haber caminos perfectamente delimitados en el cementerio y que conduzcan de modo directo a las tumbas no excluye que el Ayuntamiento también deba velar por el adecuado mantenimiento de los demás caminos que posibilitan el acceso a las tumbas los cuales, por encontrarse más próximos a estas, requieren o bien que se impida su acceso o que se advierta que su paso ha de ser más cauteloso. El Ayuntamiento es

o debe ser conocedor de las soluciones adoptadas por los propietarios de las fosas para su cerramiento y, por lo tanto, de la debilidad de las mismas, por lo que debe extremar la vigilancia bien prohibiendo el tránsito peatonal entre ellas o exigiendo que el cerramiento mantenga unas condiciones que impidan su íntegra rotura ante una pisada accidental.

En el presente supuesto no se ha probado -prueba que incumbe a la demandada- que las actoras hayan caminado de manera desordenada o temeraria por el paso

habilitado. Es cierto que, atendidas las circunstancias del lugar, debieron extremar la precaución y por ello compartimos que se aprecie su responsabilidad, pero junto a ello el Ayuntamiento debe velar por que todos los pasos habilitados o susceptibles del uso peatonal sean seguros lo que incluye no solo que su anchura cumpla la normativa de cualquier paso peatonal sino también que sus aledaños sean seguros o no accesibles desde este, bien con la colocación de vallas o la elevación de su altura.

Es cierto que en este supuesto consta que la tumba estaba sobreelevada 15 o 18 cm pero esta altura no es suficiente para evitar, y de hecho no lo evito, el que se pueda pisar sobre la rasilla que cubría la fosa. Se insiste en que no consta acreditado que las actoras actuaran de un modo imprudente en su caminar y que dicha prueba corresponde al Ayuntamiento como base de su oposición (art. 217.3 de la LEC).

En el lugar donde se produjo el accidente es cierto que la separación entre tumbas superaba el mínimo exigido legalmente, pero también lo es que por el caminaban dos personas lo que evidentemente supone la necesidad de un mayor espacio de paso, lo que facilitó que las recurrentes tendiesen a pisar sobre la cubierta de la fosa vacía, y como quiera que esa cubierta por sus características no reunía condiciones de resistencia para aguantar el peso, es por lo que se produjo la caída. Y si bien es imputable a las recurrentes la conducta de subir por encima de la cubierta de la fosa vacía, lo cierto es que el Ayuntamiento como responsable de la seguridad

y ordenación del cementerio debió adoptar medidas de seguridad tendentes por un lado a evitar el fácil acceso a la cubierta, ya que no se impedía el fácil acceso encima de la misma, o que las características de dicha cubierta ofrecieran más seguridad y resistencia.”

Abordando la cuestión recurrente de la “exceptio doli”, art. 76 LCS, seguros obligatorio, y voluntario, dictó la sentencia nº 20/2017, del 28 de junio, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Civil y Penal, Sección: 1 (Tribunal del Jurado),

“CUARTO.- Procede abordar, seguidamente, los argumentos contenidos en el recurso, lo que realizaremos en función de los mismos del modo siguiente:

Sobre si la cobertura de seguro suscrita es tanto del seguro obligatorio como voluntario, tesis de la sentencia recurrida, o si en realidad se trata de un seguro obligatorio ampliado, que es la tesis de la parte recurrente.

Se ha de comenzar el análisis del recurso interpuesto indicando que el error interpretativo que atribuye a la sentencia recurrida y que en el escrito del recurso parece partir como premisa del mismo, no es tal.

En efecto, y como vimos, sostiene el recurrente que la sentencia recurrida incurre en dicho error porque, a su juicio, no nos encontramos ante dos modalidades de aseguramiento de la responsabilidad civil, una por el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística y otra de un seguro voluntario de

dicha responsabilidad sino ante únicamente un seguro obligatorio con una cláusula ampliada de su alcance cuantitativo que es beneficiosa para el asegurado.

Sin embargo, dicha afirmación cuenta, dado el contenido del recurso, con el

obstáculo infranqueable de ir contra los hechos probados de la sentencia recurrida, y, además, contra lo establecido en la póliza del seguro aportada como prueba documental apareciendo en las condiciones particulares del seguro que incluye «la responsabilidad civil obligatoria y la responsabilidad civil voluntaria que complementa a la anterior y que cubre únicamente las indemnizaciones que, por su cuantía, excedan la cobertura



obligatoria, hasta 50 millones de euros por siniestro», lo que se contiene también en comunicaciones de la aseguradora con la tomadora del seguro.

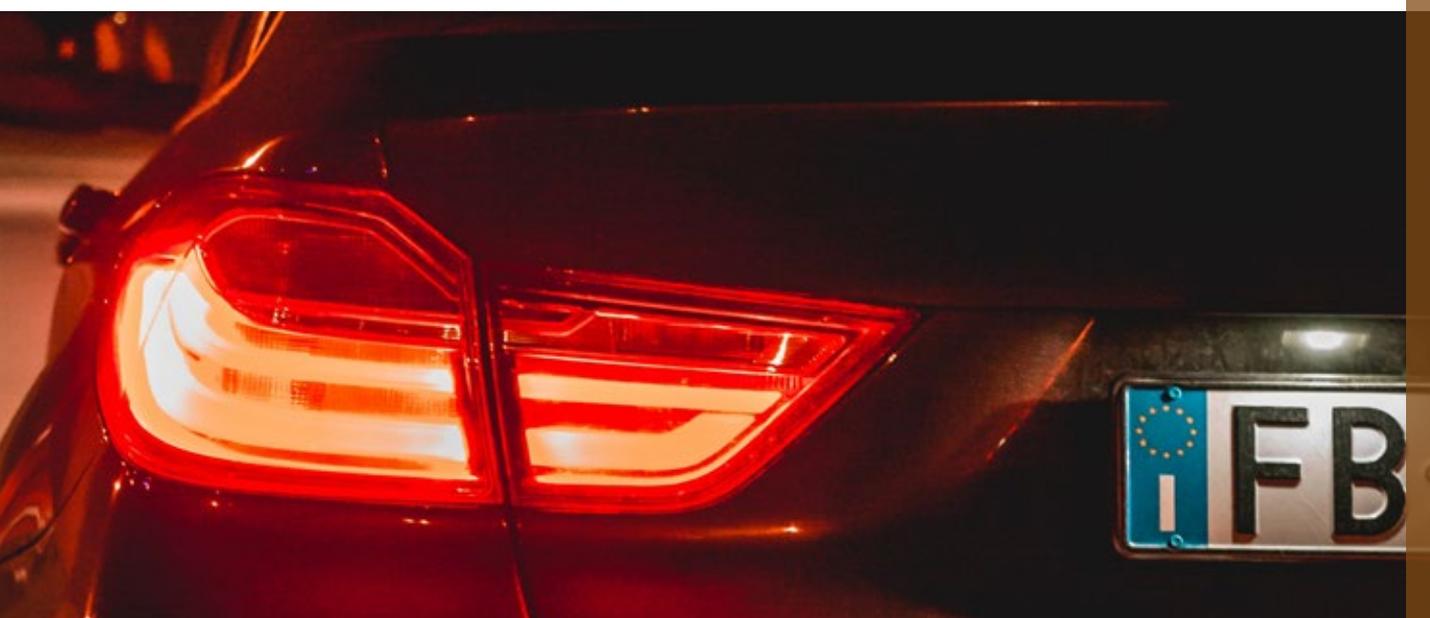
Y, por otra, parte, de ordinario la cobertura del seguro obligatorio es garantizadora del mínimo indemnizatorio exigido por la norma jurídica de ius cogens en cuanto viene determinado por la obligación legal que alcanza a todo propietario de un vehículo de motor como requisito inexcusable para poder circular y responde a la finalidad social de lograr la protección inmediata de las víctimas del accidente de circulación, sin perjuicio, de que si se pretende un mayor aseguramiento indemnizatorio que el exigido como obligatorio por la norma se pueda, suscribir, un seguro voluntario. Esta distinción resulta tradicional y habitual en nuestro ordenamiento jurídico pudiéndose citar respecto a la diferencia y compatibilidad entre los mismos, entre otras, la STS de 13 de julio de 1992 (1489/1990), que indicaba que el seguro

voluntario de responsabilidad civil automovilística tiene sustantividad propia, aunque sea compatible con el obligatorio, rigiéndose por sus normas específicas conforme a las disposiciones de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y conserva sus genuinas notas y no puede identificarse con el otro ni atribuírsele efectos que son específicos de esta modalidad (Cfr. sentencias del T.S., Sala Primera de 8 de mayo y 23 de octubre de 1.980, 24 de junio de 1.982).

A mayor abundamiento, en el ATS 373/2015, de fecha 26 de febrero, llega a inadmitirse un recurso de casación en un supuesto en que el vehículo había sido instrumento de un delito de homicidio intentado y en el que se argumentaba, que el seguro voluntario que amparaba al vehículo únicamente constituía una extensión o complemento cuantitativo del seguro obligatorio y, en el caso, la cuantía indemnizatoria fijada no excedía de los límites de dicho tipo de seguro por lo que entendía el recurrente que no estaría dentro de la cobertura

pactada dado que se trataba de un delito doloso. Pero dicha resolución, tras recordar la doctrina sentada en STS de 19 y 20 de marzo de 2013 (entre otros razonamientos el de que, «...tratándose de riesgos cubiertos por seguro voluntario frente a terceros perjudicados, esta Sala tiene establecido que ni se excluye la responsabilidad por actos dolosos del asegurado, dentro de los límites de cobertura pactados, ni el asegurador puede hacer uso de las excepciones que le corresponderían frente a este último, STS 707/2005 y 27 de febrero de 2009»), responde que el seguro voluntario puede cubrir todo lo no cubierto por el obligatorio y no sólo los excesos cuantitativos sin que considere pueda ser itinerario argumental adecuado la vinculación exclusiva del seguro voluntario a un tema de montos indemnizatorios, lo cual ya había indicado la STS 365/2013.

-2) Sobre la invocada aplicación indebida del art. 76 de la LCS como consecuencia del entendimiento de que sería aplicable el art. 1.4 de la Ley



del Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos de Motor en conexión con el art. 2 de la LCS.

En el escrito de recurso, al tratarse además de un motivo único, se construye esta alegada aplicación indebida del art. 76 de la LCS junto a la afirmación de existencia del error interpretativo ya mencionado de la póliza de contrato por entender que nos encontramos únicamente ante un único contrato de seguro obligatorio, de lo que se hace prácticamente depender la esencia del recurso, tesis que ya ha sido desestimada en el número anterior con la afectación que ello produce a la invocación de inaplicabilidad del art. 76 de la LCS. Y relacionado con dicha inaplicación, sostiene que debió aplicarse el art. 1.4 inciso segundo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y seguro en la circulación de vehículos de motor (RDL 8/2004 modificado por Ley 21/2007). Por tanto, al encontrarnos no solamente ante un seguro obligatorio sino también uno voluntario con carácter complementario al primero, resulta de aplicación el citado art. 76 de la LCS, como realiza la sentencia recurrida y viene realizando la práctica judicial y la constante doctrina jurisprudencial, y en el que se establece la tradicional acción directa del perjudicado frente al asegurador y sin perjuicio del derecho de repetición de éste frente al asegurado por su conducta dolosa, acción que resulta inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. La STS 365/2013, de 20 de marzo, expresamente insiste en que el art. 76 LCS rige para todos los seguros de responsabilidad civil y su interpretación ha

de realizarse desde esa perspectiva universal, sin que el régimen especial previsto para el seguro obligatorio de vehículos de motor sea trasladable sin más al seguro voluntario.

En ese sentido, dicha sentencia reseña como en los repertorios de jurisprudencia se encuentran casos nada infrecuentes en que tal previsión ha servido de soporte para que la aseguradora indemnice al perjudicado sin perjuicio del derecho de repetir por conductas dolosas (recuerda la STS 1240/2001 sobre un delito de estafa), y añade, que si conforme al citado precepto no cabe oponer el carácter doloso de los resultados es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir, significando que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima, siendo por ello, que la compañía de seguros tiene un derecho de regreso frente al asegurado que le permite recuperar lo pagado por daños intencionales.

Por otra parte, la exclusión de una norma (art. 76 LCS) que se presenta como previsible y potencialmente aplicable a todos los seguros de responsabilidad civil, y que además viene aplicándose de forma constante en la práctica judicial y la doctrina jurisprudencial en el ámbito de la circulación de vehículos de motor cuando existe seguro voluntario, exigiría de un precepto claro que expresamente la excluyera lo que no concurre. Y este no es el caso de los preceptos que cita la parte recurrente, que se limitan a remitirse para el cálculo indemnizatorio a los criterios que menciona y siempre que quepa calificar

los hechos como hecho de la circulación (art. 1.4 del RDL 8/2004) sin que tengan tal consideración los supuestos dolosos como el analizado (art. 1.6 de dicho RDL).

Se alega por la parte recurrente que ha existido una cambiante doctrina jurisprudencial sobre la materia.

Al respecto debe indicarse, que la jurisprudencia ha tenido que ir adaptándose e interpretar los numerosos cambios legislativos que sobre la materia han existido, motivados principalmente, por la adaptación normativa a las diversas directivas del Derecho de la Unión Europea que venían a otorgar una mayor protección para las potenciales víctimas que pudieran tener lugar al realizarse una actividad de riesgo como lo es la circulación con vehículos de motor, como por ejemplo, extendiendo la cobertura cuantitativa del seguro obligatorio y ampliando su ámbito de aplicación, así como conceptualizando lo que a tales efectos significaba el acaecimiento del hecho «con motivo de la circulación» o la definición de lo que constituye «hecho de la circulación» y si la comisión de hechos dolosos cometidos mediante la circulación de un vehículo de motor estén o no incluidos en dichos concepto (así, entre otras y sin fin de exhaustividad, cabe recordar el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que aprobó el texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, pasando por el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el texto refundido de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor al ordenamiento jurídico

comunitario, y la incidencia posterior de las leyes 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados así como la Ley 21/2007, de 11 de julio, así como las diversas normas reglamentarias en desarrollo de los mismos), pero es lo cierto y por lo que al supuesto interesa y relativo a si la comisión de un delito doloso utilizando un vehículo de motor como instrumento directamente buscado para ello puede o no resultar amparada por un seguro obligatorio o voluntario de la responsabilidad civil de vehículos de motor, la doctrina jurisprudencial, desde el año 2007, no ha sido oscilante, sino que la ha ido precisando y desarrollando, encontrándose plenamente consolidada al menos desde el año 2011, tal y como se viene a exponer en la sentencia recurrida.

Y, es que, en efecto:

-Respecto del seguro obligatorio:

Se consagra plenamente la no responsabilidad de la compañía de seguros en estos supuestos cuando exista un un seguro obligatorio de responsabilidad civil (Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª de 24 de abril de 2007, y cuya doctrina se plasmaría en STS 427/2007 de 8 de mayo , y reiteraría posteriormente en STS 1077/2009 de 3 de noviembre). No obstante, deja clara dicha responsabilidad respecto de otros daños diferentes de los propuestos directamente. Todo ello se produce, en interpretación de la conceptualización que «del hecho de la circulación» que se contiene en el art. 1.4 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor y



3.3 de su Reglamento (Real Decreto nº 1507/2008, de 12 de septiembre), que precisa que será considerado tal la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico incluido el supuesto previsto en el art. 383 del Código Penal , por lo que ha de entenderse, que queda fuera de su conceptualización, y por tanto de la cobertura del seguro obligatorio, cuando el mismo vehículo sea instrumento directo del delito.

-Respecto del seguro voluntario:

En la STS 338/2011 de 16 de abril , con cita de otras anteriores, que analiza un supuesto en el que el vehículo se utiliza para un atropello doloso de cinco personas, además de proclamar la exclusión del seguro obligatorio por dicha actuación intencional conforme a los precedentes jurisprudenciales indicados, recuerda que se ha venido estableciendo un distinto régimen de responsabilidad con motivo de la circulación de vehículos de motor cuando se opera con el seguro obligatorio y el voluntario. Con respecto a este último, al igual que en el presente supuesto, se considera que no puede oponerse frente a las víctimas la «exceptio doli»,

a tenor de lo que se dispone en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro , y por ello indica, «que tratándose de riesgos cubiertos por seguro voluntario frente a terceros perjudicados, esta Sala tiene establecido que ni se excluye la responsabilidad por actos dolosos del asegurado, dentro de los límites de cobertura pactados, ni el asegurador puede hacer uso de las excepciones que le corresponderían frente a este último (STS 707/2005, de 2-6 ; y 2009, e 27-2). Y en la sentencia 232/2008, de 24 de abril , se dice, a la hora de compatibilizar lo dispuesto en los arts. 1 , 19 , 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro con lo que se preceptúa en el art. 117 del C. Penal , que aquellos preceptos han de referirse a las relaciones de las partes contratantes, pero no en lo que respecta, tratándose de seguros voluntarios, a la protección de las víctimas, frente a las que deberán responder directamente los aseguradores».

Posteriormente, y con gran profundidad y minuciosidad, la STS 365/2013, de 20 de marzo relativa al intento de atropellar con ánimo de matar a varias personas con quienes previamente había discutido su conductor, base de la sentencia recurrida y a la que cabe remitirse, recordando la evolución normativa atinente a la materia, reitera la

doctrina de la responsabilidad de la aseguradora del seguro voluntario frente al perjudicado, incluso en supuestos de comisión de hechos dolosos de forma directa a través del vehículo de motor, compatibilizando la inasegurabilidad del dolo con el ejercicio de la acción directa del perjudicado para dotar de contenido a la previsión del tan citado art. 76 LCS sobre la exceptio doli y al derecho de repetición.

Y dicha doctrina, sigue, como ya se aludió, siendo mantenida en posteriores resoluciones del Alto Tribunal (ATS 373/2015 de 26 de febrero ya citada, la STS 588/2014 si bien referida a una responsabilidad profesional asume y cita pormenorizadamente dicha doctrina).

En consecuencia, encontrándonos ante un seguro voluntario complementario del obligatorio, la comisión del hecho doloso utilizando el vehículo como un instrumento para el mismo, origina, si se ejerce como ha sido el caso, la acción directa del perjudicado frente a la aseguradora, sin perjuicio del derecho de repetición que esta tendría contra el asegurado, como viene aplicando de forma constante la doctrina jurisprudencial, y sin que concurran las infracciones invocadas en el recurso.”





Puesta al día internacional

El accidente internacional - “Forum-Shopping” y jurisprudencia Alemana, Italiana y Española reciente

por Lutz Carlos Moratinos Meissner

Rechtsanwalt & Abogado

Hamburgo-Madrid

Vocal Alemania de la AEARCS

Socio del bufete SIMON und PARTNER , Hamburgo



A falta de una declaración de “Estado de Alarma” en Alemania durante la crisis pandémica que estamos sufriendo en todo el mundo, cabía pensar que la actividad judicial no se iba a ver reducida o restringida. La realidad ha sido otra, porque la Justicia Alemana, haciendo valer su independencia, procedió a suspender las vistas y juicios señalados, práctica que se mantuvo hasta finales del mes de mayo del presente con pocas excepciones en la jurisdicción civil y laboral. Como tuve la ocasión y el honor de exponer hace dos años en el pasado Congreso Anual de la AEARCS en Vitoria, la flexibilidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana (*Zivilprozessordnung*) en cuanto a plazos para contestar, replicar así como para duplicar y solicitar suspensión y/o aplazamiento de vistas y juicios, no implica generalmente más lentitud en la resolución de los casos pendientes. La Justicia alemana sigue siendo, a pesar de una alarmante falta de medios digitales para hacer frente a los retos que nos presenta esta pandemia y en general la justicia del futuro, de las más eficientes en Europa. La inexistencia de grabaciones digitales de las vistas y juicios y la reciente incorporación de la obligada presentación de escritos procesales con firma digital (el plazo para la digitalización total finaliza el 31.12.2021 !) deberá hacer un esfuerzo muy grande para posibilitar entre otros las

vistas mediante videoconferencia, posibilidad que por falta de medios, empezando por un WIFI que funcione en las dependencias de los Juzgados, prácticamente no se está aprovechando, aunque el art. 128 a de la LEC alemana lo establece de forma explícita.

Una vez reabiertas las fronteras en Europa el tráfico de personas y mercancías vuelve poco a poco a retomar la normalidad, así también el número de accidentes. En el ámbito del llamado "accidente internacional", el cuál llamo internacional porque encontramos en el mismo uno o varios elementos extranjeros: el accidente de un vehículo español en otro país europeo, las lesiones sufridas a raíz de un accidente de un nacional europeo en un país diferente al de su residencia o simplemente el hecho de que el vehículo siniestrado esté matriculado en otro país al del accidente. En todos estos casos el elemento extranjero nos abre la posibilidad del "*forum shopping*" que como define el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico es "*la conducta oportunista de una parte al decidir la presentación de la demanda en el foro más favorable a sus intereses*". Para tomar esta decisión es obvio que se tengan, al menos de forma general, nociones no sólo del derecho material aplicable, sino también del derecho procesal para poder establecer *a priori* cuales de los dos fueros puede suponer

una posición más favorable para los intereses del cliente. La posibilidad de elección de fuero en los accidentes de circulación a favor de las personas siniestradas fue confirmada con la sentencia del 13 de diciembre de 2007 del TJUE (asunto 463/06). Esta sentencia estableció la habilitación del foro jurisdiccional a favor de los juzgados y tribunales competentes en el lugar de residencia del Estado miembro donde la víctima tiene su residencia habitual para conocer de las acciones directas contra un asegurador de otro Estado miembro (cuestión de prejudicialidad presentada por el Tribunal Federal Superior Alemán (BGH - *Bundesgerichtshof*, asunto VI ZR 200/05).

El Derecho internacional alemán establece en su artículo 40 EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) la aplicación del derecho material español, es decir del Código Civil y consecuentemente de la LRCSCVM, a los siniestros ocurridos en España. Esta norma reproduce por tanto lo que mismamente establece el artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor así como el sistema general del Derecho Internacional Privado. La Ley de Enjuiciamiento Civil Alemana en su artículo 293 y la doctrina del Tribunal Supremo Alemán, el *Bundesgerichtshof* (BGH), establece que los Juzgados deberán y tendrán que aplicar



el derecho extranjero de oficio, para lo cual podrán servirse de los medios de averiguación que estimen necesarios. Establece la norma además que *“el derecho extranjero no tendrá que ser objeto de prueba, cuando el Juzgado lo conoce”*, y si no lo conoce lo deberá conocer a través de un certificado de ley u otros medios suficientes. Es decir, ni la parte que invoca la aplicación del derecho tiene que exponer las normas aplicables, ni tiene la carga de la prueba (*dabo tibi facti, dabo mihi ius*). En cambio en España y según establece el art. 281 de la LEC en combinación con la carga de la prueba en la doctrina del Tribunal Supremo, que mantiene que los órganos judiciales españoles *“tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar en la determinación del contenido del Derecho Extranjero”* (sentencias de 9 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5372) y 10 de marzo de 1993) RJ 1993/1834) corresponde alegar y probar el derecho extranjero a la parte que lo invoca (sentencia de 3 de marzo de 1997 - RJ 1997/1638). La doctrina del Tribunal Supremo es en este sentido muchísimo más extensiva que el *BGH*, estableciendo que cuando no es posible a los Tribunales fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, éstos habrán de juzgar y fallar según el Derecho nacional (STS núm. 1132/2000 de 13 de diciembre de 2000 RJ 2000/10439). Los tribunales alemanes no tienen esta opción y están obligados a aplicar el derecho extranjero, cualquiera que fuere.

Por todo ello no sorprende que como ha apuntado Laura Carballo Piñeiro, Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela en la publicación *“Justicia Civil en la Unión Europea, Evaluación de la Experiencia Española y Perspectivas de Futuro”* (Dykinson, 2013): *“ Los tribunales españoles aplican el Derecho Extranjero en muy contadas ocasiones sí se atiende a las 110 resoluciones aquí examinadas y que han aplicado el Convenio de Roma o el Reglamento de Roma I. A través de uno u otros expedientes, con mayor o menor acierto, existe una clara aversión al Derecho extranjero ...”*

Partiendo de este análisis previo podemos establecer que los tribunales alemanes tienen la obligación de aplicar el derecho español en accidentes ocurridos en España y serán competentes cuando el perjudicado resida en Alemania. Podemos afirmar además que en los tribunales alemanes no existen en la práctica dudas sobre la jurisdicción internacional de los tribunales alemanes en estos casos que también de forma clara y concisa aplican el derecho

español y con ello el baremo establecido en la Ley 35/2015. Las primeras sentencias sobre accidentes acaecidos en España fueron sentencias del Tribunal Territorial de Krefeld del 6 de noviembre de 2008, de la Audiencia Provincial de Düsseldorf del 22 de julio 2009, del Juzgado de Primera Instancia de Zeven del 28 de octubre de 2010 y del Tribunal Territorial de Stade del 4 de marzo de 2011. Con posterioridad se han dictado un número importante de sentencias en relación con accidentes ocasionados en España, la mayoría sin daños corporales.

De forma ejemplar la sentencia del Amtsgericht Solingen del 27.06.2018 (Proc. 13 C 455/15) el Juzgado alemán hizo un análisis profundo del RD 1428/2003, el Art. 65 Nr. 4 lit. c. RDLeg 339/1990 así como del Art. 20 Nr. 6 de la LCS y los art. 7 y 9 del RDLeg 8/2004, cuando los daños estrictamente materiales ascendieron a aprox. 4.700,- € y resultaron de una colisión en una rotonda en la Costa Brava.

Los Juzgados españoles sin embargo no resuelven hasta la fecha la reclamación de daños resultantes de un accidente en el extranjero de forma homogénea en cuanto a establecer la competencia territorial internacional. Aun cuando la competencia internacional se desprende claramente de la aplicación del Art. 11.1 b) y 13.2 del Reglamento 1215/2012 (posterior a la sentencia referenciada del TJUE), sorprende que algunos Juzgados de Primera Instancia sigan negando la competencia internacional. Así mediante auto del 08 de febrero de 2019 el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Nules decidió archivar las actuaciones por falta de competencia internacional en un caso de un español accidentado en Alemania. Dicho auto fue anulado por la Audiencia Provincial de Castellón (Auto núm. 350/2019 del 26.09.2019, ponente Don Rafael Giménez Ramón) y admitida a trámite la demanda.

En cuanto al derecho aplicable siempre tendremos que tener en cuenta que los tribunales españoles a raíz de lo expuesto anteriormente, la posible aversión al Derecho extranjero, los preceptos de la LEC en cuanto a la necesidad de probar el derecho extranjero y la posibilidad de aplicar el derecho español si no se considera suficientemente probado el derecho extranjero serán proclives al menos a aplicar el baremo de la Ley 35/2015, aun cuando el accidente se haya ocasionado en Alemania y deba aplicarse el Derecho alemán. Dicho esto debemos asumir que el derecho material alemán no conoce un “baremo” o

sistema codificado de resarcimiento de daños. Partiendo del principio del resarcimiento total del daño material establecido en el art. 249 a 252 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) que incluye el lucro cesante que pudiera sufrir el perjudicado o fallecido (y en sustitución sus herederos) en un accidente de circulación, el resarcimiento del daño moral o no patrimonial será siempre estimado por el *iudex a quo* atendiendo al criterio de “*indemnización adecuada*”, que es la que corresponde fijar según el art. 253.2 del Código Civil alemán. En la práctica las indemnizaciones por los daños estrictamente morales son generalmente muy inferiores a las indemnizaciones establecidas en la Ley 35/2015, por lo que en casos de lesiones el foro más favorable a los intereses del perjudicado es el foro español, especialmente en caso de accidentes con resultado mortal y un número importante de familiares cubiertos por el sistema indemnizatorio español. El derecho alemán no conoce del daño moral de los familiares directos (cónyuge, hermanos, hijos o padres) salvo en los casos extremos del “*daño de conmoción*” (“*Schockschaden*”), el cual puede darse, sí el familiar ha sido testigo directo del accidente y ha sufrido en consecuencia de ello una conmoción, ataque de nervios o similar.

La elección del foro es por ello no solo una elección de la alternativa procesal más favorable, sino incluso un elemento que puede derivar en responsabilidad civil del abogado sí no asesora debidamente al cliente. En este sentido hemos tenido experiencias altamente positivas llevando a cabo un análisis previo en casos de posible “*forum shopping*”. En un accidente acaecido en el norte de Italia entre dos alemanes por el cual el derecho internacional privado alemán hace una excepción y establece la aplicación del derecho alemán aunque el accidente se haya producido en un tercer país como en este caso, procedimos a calcular la posible indemnización de nuestro cliente, que sufrió como motorista rotura de ambas piernas y ligamentos y que estuvo casi 1 año hospitalizado y en rehabilitación tras varias operaciones. Según las indemnizaciones por el daño moral otorgadas por tribunales alemanes en casos similares y el propio posicionamiento del seguro de contrario de indemnizar a nuestro cliente con 30.000,- €, decidimos calcular la posible indemnización en caso de presentar demanda ante los juzgados italianos y aplicarse la *Tabla Milanesi*, el sistema indemnizatorio italiano. Una vez realizado este cálculo presentamos demanda ante el Tribunale Ordinario di Bolzano en vez de la Audiencia Provincial de Munich (*Landgericht München*) el cual, aún estableciendo la aplicación del derecho

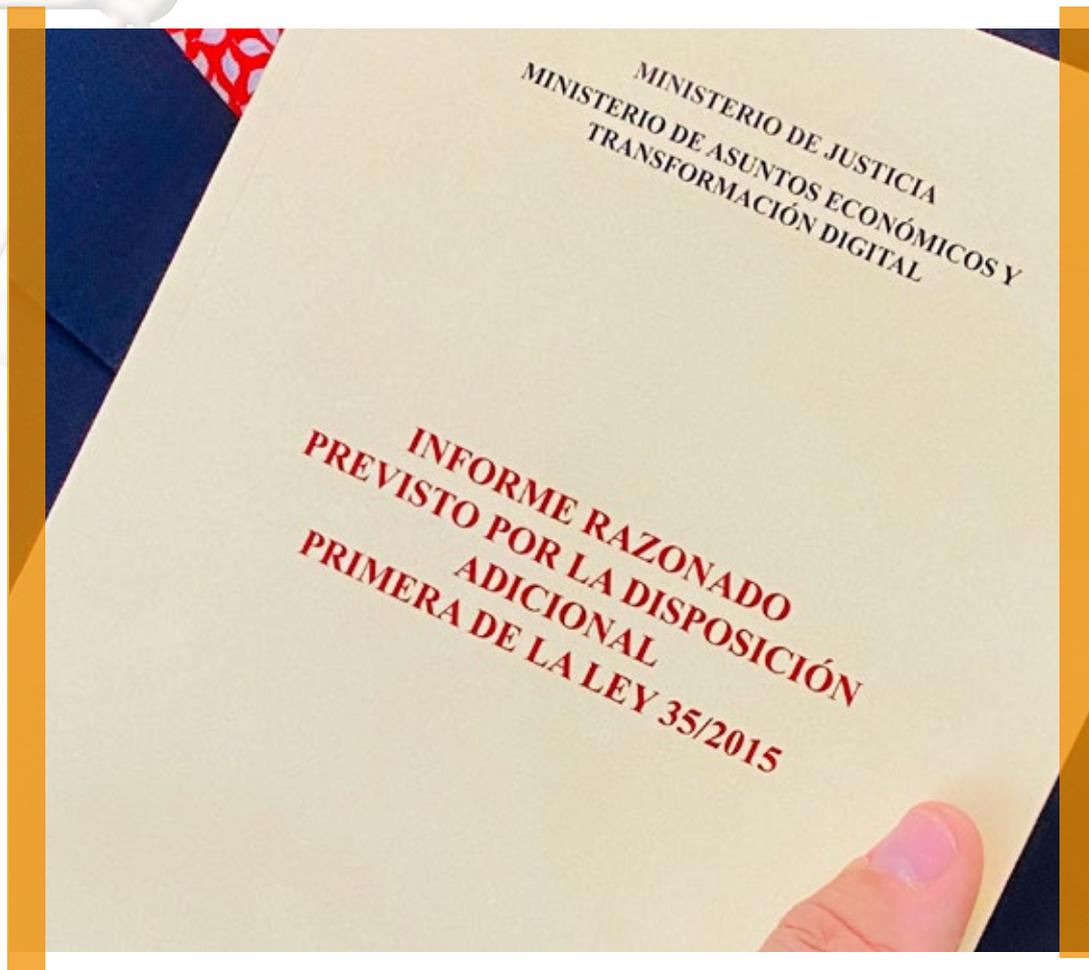
alemán y ajustándose al precepto de una *indemnización adecuada* estableció que como era de esperar la aplicación de la Tabla Milanesi es adecuada y concedió una indemnización por daños no patrimoniales de 125.000 € en su sentencia núm. 1333/2017 del 01.12.2017, dejando constancia de que la aplicación de la Tabla Milanesi 2014 corresponde al criterio generalmente conocido como “válido y adecuado” y que por ello la aplicación de las tablas es lícito en relación a lo establecido en el art. 253.2 del Código Civil alemán.

Por ello los juzgados españoles, ante demandas en relación con accidentes en Alemania, siempre deberán aplicar el derecho español en los daños no patrimoniales y con ello el sistema indemnizatorio establecido con el baremo de la Ley 35/2015 aun cuando se alegue la aplicación del derecho alemán.

En otros dos procedimientos ante la Audiencia Provincial de Hamburgo en 2019 se presentó demanda de un alemán que había sufrido un accidente con un Segway alquilado en Madrid y que repentinamente al quedarse sin batería paró de golpe, cayendo el conductor y sufriendo el mismo la rotura de la muñeca, y de otro alemán que había sufrido una caída en un supermercado en Mallorca debido a que no se había avisado que el suelo, debido a haberse limpiado con una fregona, estaba deslizante y que se partió el antebrazo. En ambos casos el tribunal se declaró competente y se llegó a sendos acuerdos con las partes demandadas o sus seguros de daños a terceros. También en ambos casos basamos la reclamación en el baremo de la Ley 35/2015 alegando su aplicación análoga.

En los últimos años se ha producido por lo tanto un incremento sustancial del número de tramitación de daños y perjuicios derivados de accidentes de circulación internacionales, los cuales nos obligan a tener siempre en cuenta las acciones alternativas en diferentes jurisdicciones, pero que por su naturaleza fomentan el “*forum shopping*” mientras el legislador europeo no modifique el marco legal actual. La práctica del *forum shopping* evidencia además las grandes desigualdades existentes entre los diferentes países de la Unión Europea y de sus sistemas indemnizatorios y debería ser razón suficiente para discutir las vías necesarias para evitar que las indemnizaciones sean tan aleatorias dependiendo del lugar en el cual se haya producido el siniestro o donde se interponga la demanda.

PUBLICACIÓN DEL INFORME RAZONADO EX POST DE EVALUACIÓN PREVISTO EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE.



Se publica el Informe razonado de evaluación Ex Post previsto en la disposición adicional primera de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

El informe tiene por objeto analizar la puesta en marcha del sistema legal valorativo, en vigor desde 2016, sus repercusiones jurídicas y económicas y el sistema de actualización de sus cuantías, así como realizar sugerencias para su mejora

EL MODELO DE COMISIÓN DE EVALUACIÓN EX POST

El informe elaborado por la Comisión es el resultado de un modelo legislativo nuevo, avalado en otros países europeos, en el que las propias leyes prevén la creación de grupos de expertos que realicen un rastreo sobre el éxito de las medidas adoptadas, para luego adaptar la normativa a los resultados.

El grupo de trabajo de evaluación ex post, pionero, ha sido presidido por el catedrático Miquel Martín Calsals y ha estado formado por Manuel Mascaraque y Luíís Bermúdez, en representación de UNESPA; Alejandro Izuzquiza, del Consorcio de Compensación de Seguros; José Pérez Tirado y Óscar Moral, en representación de las Asociaciones de Víctimas; Luis María Sáez de Jáuregui, como actuario; y Javier López García de la Serrana, secretario general de nuestra Asociación. El grupo también contó con la colaboración y coordinación de la Secretaría de la Comisión de Seguimiento, Ana García Barona, en representación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

CONCLUSIONES DE INFORME Y PROPUESTAS DE LA COMISIÓN DE EVALUACIÓN EX POST

El documento realiza 54 propuestas, de las que 50 fueron acordadas por unanimidad de todos los miembros de la comisión de evaluación ex post. Son puntos a mejorar, que no afectan “ni a los principios en los que se sustenta el Sistema ni a su estructura”, puntualiza el informe. Un número “reducido”, apunta la Comisión, en comparación de la multitud de conceptos novedosos que introdujo la Ley 35/2015.

Entre las propuestas más destacadas, resalta la actualización de las bases técnicas actuariales del artículo 48 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor. La Comisión reclama utilizar como índice de referencia el IPC (como se hacía antes de la reforma), y no calcular las indemnizaciones según la revalorización de las pensiones según los presupuestos generales del Estado, como está ahora legislado.

La Comisión también ve necesaria la incorporación legal de una Guía de Buenas Prácticas. Piden además una reforma de la LEC para que las entidades aseguradoras de seguro obligatorio puedan ser parte en los procedimientos penales y defender sus derechos civiles en los casos de accidentes de tráfico. Así se busca evitar abrir dos procedimientos (uno civil y uno penal) por una cuestión con mismo origen.

Apoyar la mediación y los medios extrajudiciales sigue siendo uno de los principales objetivos a cumplir. En esta dirección la Comisión recomienda entre otras medidas:

- modificar la LEC para que las víctimas puedan acceder con mayor facilidad a sistemas extrajudiciales de conflictos.
- valorar el instrumento de la condena en costas en casos de estimación parciales, para así litigar menos.
- obligar a anunciar a la contraparte que se acude a la vía penal para estimular alcanzar un acuerdo.

Se reclama también que se clarifiquen y unifiquen ciertos conceptos que en la práctica han dado lugar a equívocos, como “informe médico”, “lesión temporal”, “acceso al mercado laboral”, “dedicación a las tareas del hogar”, o “lucro cesante”. En cuanto a esta última, exigen al legislador que adapte la ley a la última doctrina del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para evitar futuros problemas de inconstitucionalidad.

Se cree necesario además garantizar que el acceso a los atestados sea gratuito, ya que se trata de un documento imprescindible. Y a nivel particular, el presidente de la Comisión, junto con los abogados y los representantes de AAVV, han defendido eliminar los topes o límites para los daños emergentes de lesionados. Según defienden, suponen una vulneración del principio de reclamación íntegra.



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

1/6

Este número es indicativo del riesgo del producto siendo 1/6 indicativo de menor riesgo y 6/6 de mayor riesgo.

Banco Santander está adscrito al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Para depósitos en dinero el importe máximo garantizado es de 100.000 euros por depositante en cada entidad de crédito.



En el Santander os tenemos en cuenta.

Por ello, tenemos una cuenta que se adapta a ti: la **Cuenta Justicia Santander**, **sin comisión de administración ni mantenimiento de la cuenta¹, sin comisión por transferencias en euros, nacionales y UE² solo por pertenecer a este Colectivo, y con las tarjetas***:

- **Santander Débito 4B Mastercard**
Comisión de emisión y mantenimiento: 0€
- **Tarjeta de Crédito Zero**
Comisión de emisión y mantenimiento: 0€

También tenemos una **oferta preferente de financiación** para ti.
Infórmate en el **915 123 123** o en nuestras oficinas.

1. TIN 0%. TAE 0% cumpliendo condiciones para un supuesto en el que se mantenga de forma constante durante 1 año un saldo diario de 7.000€, aplicando un tipo de interés nominal anual de 0% y una comisión de mantenimiento de 0€. 2. Exentas las transferencias en euros, nacionales y UE. No aplica a urgentes e inmediatas. *Consulta resto de condiciones en tu oficina más cercana.



Más de 85 años construyendo una gran marca.

En la Mutua, todo lo que hacemos es por y para nuestros clientes.
Por eso, trabajamos cada día para ofrecerles mejores productos y servicios.

902 333 333
www.mutua.es

síguenos en




MUTUAMADRILEÑA