

nº 77

Primer Trimestre. Año 2021



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**Crítica a la
desigualdad
laboral y de
género en la ley
35/2015, en torno
al lucro cesante
por incapacidad
para realizar las
tareas del hogar**

**Las cláusulas
limitativas de
derechos en el
contrato de
seguro**

**El consentimiento
informado en el
ámbito de la
responsabilidad
extracontractual
médico-sanitaria**

Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA
(Director)

- ▶ El nuevo Baremo de daños personales de la ley 35/2015 explicado por reputados especialistas
- ▶ El manual más completo para el uso del Baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico
- ▶ Análisis de la jurisprudencia en materia de valoración del daño personal dictada hasta enero de 2021
- ▶ El Baremo de tráfico explicado concepto a concepto y tabla a tabla para calcular cualquier indemnización
- ▶ La Guía de Buenas Prácticas para la aplicación del Baremo de Tráfico explicada por uno de sus autores

MARZO
2021



Tras haber transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del nuevo Baremo 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, se hacía necesario un estudio actualizado y exhaustivo del mismo, analizando todos y cada uno de sus apartados por reputados especialistas, al contar ya con diversos estudios doctrinales de cada uno de ellos y sobre todo con un importante número de resoluciones judiciales que han venido aplicándolo durante este tiempo.

En términos generales podemos decir el nuevo Baremo trajo consigo muchas novedades en materia de valoración del daño personal, pero especialmente el reconocimiento individualizado del lucro cesante como concepto indemnizatorio con identidad propia, también la posible indemnización de los gastos futuros o de ayuda de tercera persona, así como el reconocimiento de la necesidad de valoración de las tareas del hogar. Todo ello es objeto de un completo análisis en este manual, unido al estudio de su extrapolación a supuestos fuera del ámbito circulatorio.

Asimismo la Ley 35/2015, estableció una Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración con el objeto de analizar su puesta en marcha, sus repercusiones jurídicas y el sistema de actualización previsto en dicha norma. Dicho objetivo se ha desarrollado a través de los acuerdos de la «Guía de las Buenas Prácticas», y por otro lado con las recomendaciones del «Informe Razonado» de evaluación ex post de dicha norma. Ambos documentos son igualmente estudiados en esta obra, pues su análisis proporciona un indicador valioso sobre su aplicación por jueces y tribunales.

ISBN:978-84-18244-37-7

17 x 24 cm | 732 págs. | PVP: 83.20 € | Precio sin IVA: 80 €

SUGERIMENTO DE UBICACIÓN: Responsabilidad civil | Derecho de la circulación



978-84-18244-37-7




QR Ficha del libro



nº77

Primer Trimestre. Año 2021



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 77

EDITORIAL

- Vulneración de derechos fundamentales durante la pandemia

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

DOCTRINA

- Crítica a la desigualdad laboral y de género en la ley 35/2015, en torno al lucro cesante por incapacidad para realizar las tareas del hogar

Jaime Avelino González Marín11

- Las cláusulas limitativas de derechos en el contrato de seguro

M^a Angustias López Bermúdez.....29

- El consentimiento informado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual médico-sanitaria

Clara Muñoz Moya45

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 1 de febrero de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil por circulación de vehículos a motor. Interpretación del Convenio de La Haya sobre ley aplicable en accidentes de circulación: accidente en Marruecos de un vehículo matriculado en España. Perjudicados con distinto país de residencia.....81

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 17 de febrero de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Seguro colectivo de vida. Modalidades de vida entera o a tiempo parcial. Obligación de Información de la Aseguradora. No es aplicable la doctrina de las condiciones sorpresivas, en tanto en cuanto es inherente a la modalidad de seguro de vida pactado el establecimiento de un límite temporal de cobertura, que constituye su esencia; por lo que no cabe atribuir el calificativo de sorpresiva a una condición delimitadora ínsita en la propia naturaleza jurídica del contrato suscrito o dicho de otra forma, de su alcance típico o usual.....93

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 24 de febrero de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Determina que el límite de 600€ en las pólizas de defensa jurídica es lesivo, aún cuando las condiciones particulares donde se fija estén firmadas, pues una cuantía tan reducida hace ilusoria la facultad atribuida de libre elección de los profesionales y equivale en la práctica a vaciar de contenido la propia cobertura que dice ofrecer la póliza.....105

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de marzo de 2020.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Sobre la valoración de los daños corporales causados por la exposición de personas al polvo del amianto o asbesto.117

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona (Sala 1ª), de 3 de febrero de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Seguro de daños. se condena a abonar 6.000 € a un negocio por las pérdidas sufridas tras el cierre debido al estado de alarma al tener contratada la cobertura de "pérdida de beneficios"..141

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....151

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

La responsabilidad objetiva de los organizadores de viajes combinados. Interpretación de la directiva 90/314/CEE por el Tribunal de Justicia Europeo a propósito de la cuestión de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 2021

Por *Jose Manuel Villar Calabuig*.....169

EDITA:

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

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Mariano Medina Crespo (Presidente de Honor), Javier López y García de la Serrana (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), José Manuel Villar Calabuig (Secretario General), José María Hernández-Carrillo Fuentes (Secretario de Actas-Tesorero), Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, Juan Manuel Rozas Bravo, Diego Elum Macias, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, 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 Moratinos, Francisco José Ledesma de Taoro y Sergio García-Valle Pérez.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

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

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

Vulneración de derechos fundamentales durante la pandemia

por Javier López y García de la Serrana
Director

Están ya comenzando en nuestro país las reclamaciones de indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de los efectos del COVID 19, de las medidas de limitación adoptadas por la declaración del estado de alarma y por todas las consecuencias que esta trágica pandemia está causando en nuestra sociedad. Sin embargo, los planteamientos para llevar a cabo cada una de estas reclamaciones pueden ser muy distintos, y de hecho lo están siendo, no presentándose por ahora de forma clara cual es la vía procesal más idónea para el buen éxito de éstas.

Nos encontramos así con diversas opiniones y con distintas resoluciones judiciales que establecen varios procedimientos para encauzar las pretensiones resarcitorias de los ciudadanos. Pero una de las principales

cuestiones que se nos plantean es cómo podemos demandar la vulneración de un derecho fundamental por el estado de alarma decretado por el Gobierno, y la respuesta a esta pregunta pasa por tener claro que el objeto del recurso debe ser un “acto concreto” y no la norma o el instrumento normativo en general o en abstracto, como en algunas ocasiones se ha hecho. Debe denunciarse por tanto, un hecho concreto en el que el particular haya querido ejercer un derecho fundamental y el estado de alarma se lo haya impedido; o un hecho concreto por el que el particular se haya visto afectado en sus derechos, siendo esa precisamente la causa de vulneración de los derechos. Y es que hemos presenciado intentos de reclamaciones basadas en la denuncia del RD 463/2020 en su conjunto, como norma que infringe determinados derechos o cuyo incumplimiento ha sido precisamente el que ha provocado tal vulneración, pero los mismos no han tenido éxito precisamente por no haberse identificado el acto en particular que ha causado la citada vulneración de derechos.

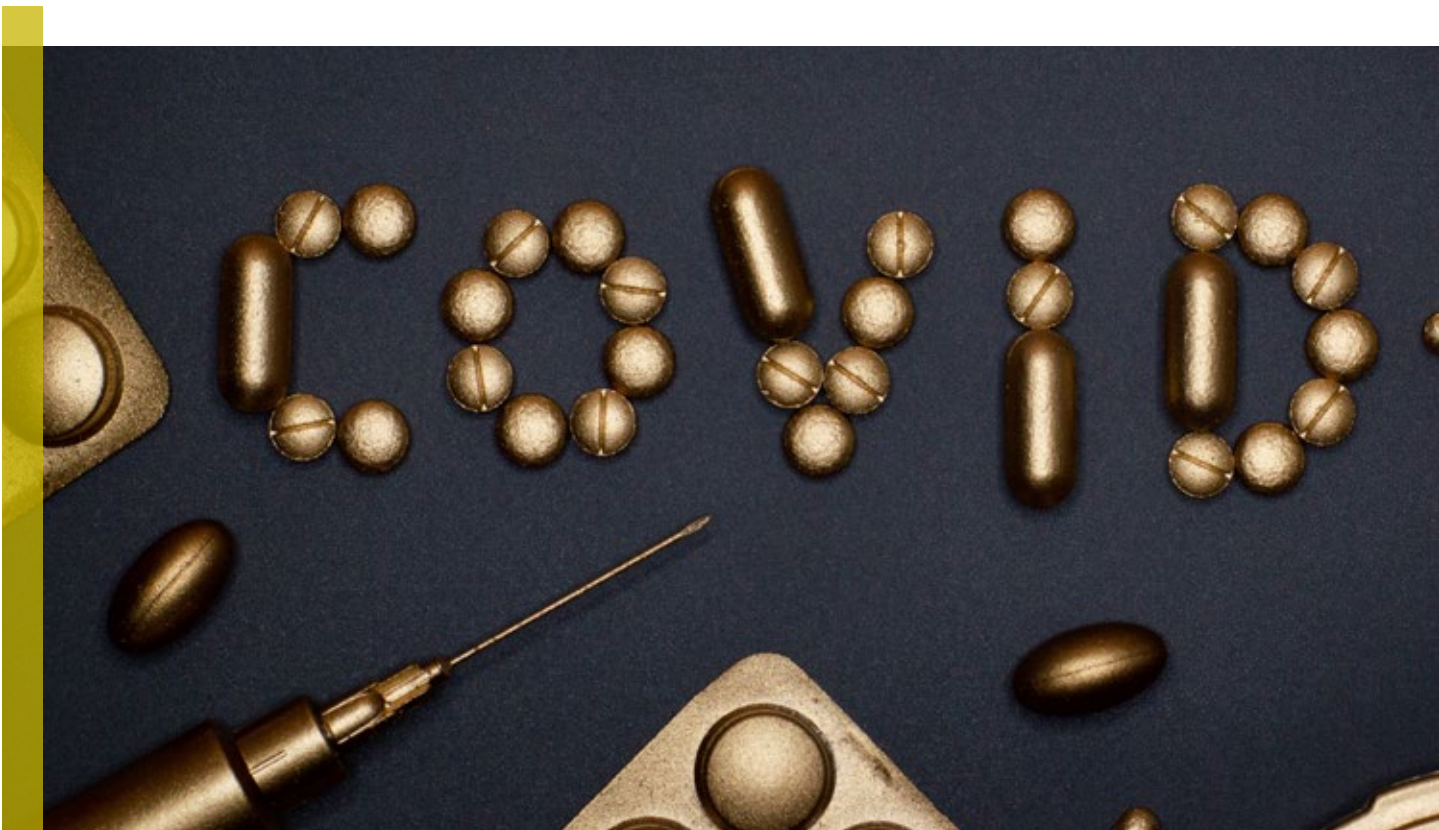
El órgano jurisdiccional ante el que se debe plantear esta demanda también es un factor discutido, pues han sido ya varios los intentos que los tribunales han desestimado por incompetencia jurisdiccional, por tanto

debemos tener claro que la demanda por vulneración de derechos fundamentales basada en las disposiciones contenidas en el decreto 456/2020, deberá realizarse a través de un recurso contencioso-administrativo especial por vulneración de derechos fundamentales y ser presentada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ya que la supuesta vulneración se ha efectuado por una norma aprobada por el Gobierno, el Decreto de Declaración del Estado de Alarma. De este modo no es aquí competente la Audiencia Nacional ni la Sala del TSJ en su caso, ni los Juzgados Centrales de lo Contencioso puesto que éstos sólo conocen cuando el acto o disposición recurrida hubiera sido dictada por un ministro o secretario de Estado, con competencia en todo el territorio español.

Por el contrario, no se puede presentar un recurso por supuesta vulneración de un derecho fundamental de forma genérica contra todo el decreto del estado de alarma, y ello por cuanto al aprobarse en su momento la prórroga del decreto, se convirtió en un acto parlamentario y no una norma, pasando así a ser competente para conocer sobre la legitimidad de la misma el Tribunal Constitucional.

En este sentido conviene recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 dictada en resolución de la posible vulneración de derechos durante la declaración del estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, estableció que todos los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los tres estados de emergencia que contempla el artículo 116 de la Constitución (alarma, excepción y sitio) «quedan sometidos, en razón de su condición de actos y disposiciones con fuerza o rango de ley, a un mismo régimen de control jurisdiccional ante este Tribunal Constitucional».

Pero en este supuesto es destacable el hecho de que sólo están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad ante el TC, «el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados y cincuenta senadores». De este modo, un ciudadano como particular no puede presentar un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto de Declaración del Estado de Alarma aprobado por el Gobierno en su conjunto. Éste es el motivo por el que debemos insistir en que la posible prosperabilidad de una demanda por vulneración de derechos con



motivo de la declaración del estado de alarma, debe tener como objeto de la misma un «acto concreto» y presentarse ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Posteriormente, para el supuesto en el que el Alto Tribunal rechazara la demanda, se abriría la vía para plantear un recurso de inconstitucionalidad por presunta vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva.

Son ya muchos los recursos presentados en los últimos meses ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por la supuesta vulneración de derechos fundamentales durante el estado de alarma decretado por el Gobierno, alegando en ellos la posible vulneración del derecho a la libertad, reunión o circulación y pidiendo la suspensión cautelar de todo el decreto sobre el estado de alarma o concretamente del artículo 7 del mismo, que se refiere a la «limitación de la libertad de circulación de las personas».

El 4 de mayo del pasado año, conocíamos que el Tribunal Supremo había inadmitido por falta de jurisdicción el recurso presentado por un particular, por posible vulneración de derechos fundamentales por el estado de alarma, pero sí admitía el recurso que este

mismo particular presentó también contra la Orden que desarrolla las condiciones fijadas para los desplazamientos de los niños durante la crisis.

En este caso, según comunicado del Poder Judicial, se indicaba que el recurrente se quejaba de que el estado de alarma, y concretamente su artículo 7, que suspende la libre circulación de las personas, vulneraba derechos fundamentales contemplados en la Constitución. En línea con el Abogado del Estado y la Fiscalía, la Sala argumenta que no tiene jurisdicción sobre impugnación directa de los reales decretos de declaración del estado de alarma y de sus prórrogas. La Sala incluye la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia para concluir que el Decreto recurrido y sus prórrogas «son disposiciones de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas con fuerza de ley, cuyo control corresponde al Tribunal Constitucional por los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes y no a esta Sala».

El Tribunal recuerda que, en este caso, a diferencia de los anteriores, se trata de un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales «en el que el test de constitucionalidad a aplicar debe ser un canon reforzado, en cuanto no sólo entra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva derivada de una decisión de inadmisión sino también los derechos fundamentales sustantivos invocados en este recurso».

El auto, ponencia del magistrado **JORGE RODRÍGUEZ ZAPATA**, sí admite el recurso que éste particular presentó también contra la Orden SND 370/2020, que desarrolla las condiciones fijadas para los desplazamientos de los niños durante esta situación de crisis. La Sala indica que si resultase la existencia de contradicción de esas disposiciones normativas con la Constitución «esta Sala o el órgano competente en cada caso promoverá cuestión de inconstitucionalidad, como indica de forma expresa la doctrina constitucional».

También, a los efectos que nos ocupan se ha pronunciado la **sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2020**, estimando parcialmente el recurso formulado por el cauce del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, presentado por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos, estimando que ha existido vulneración del derecho a la integridad física de los profesionales médicos dada su exposición al COVID-19 sin



contar con los medios de protección necesarios para el desarrollo de su labor profesional, estableciendo lo siguiente: *“los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario y, por tanto, la Sala así ha de reiterarse ya que, insistimos, esa insuficiencia, no sólo la hemos apreciado ya sino que ha sido admitida por las partes y además, no cuesta esfuerzo relacionarla con la elevada incidencia de la pandemia en los profesionales sanitarios y, por tanto, en los derechos fundamentales de los que se vieron afectados”*.

Los anteriores intentos de Colegios de Médicos, Sindicatos de Policías y otros organismos que solicitaron la adopción de medidas cautelares en relación a la adopción de medidas de protección ante el peligro de contagio del COVID 19, fueron mayoritariamente desestimadas, bien por falta de legitimación activa, por falta de jurisdicción, o por imposibilidad material de atender a la solicitud realizada por la Administración correspondiente más allá de las medidas que ya se estaban adoptando. Citemos aquí la sentencia 130/2020 de 27 de abril de 2020 del Juzgado de lo Social de Orense, el auto del Juzgado de lo Social nº34 de Madrid de 30 de abril de 2020, el auto 52/2020 de 6 de mayo de 2020 del Juzgado de lo Social 2 de La Coruña y los autos 18/2020, 19/2020 y 20/2020 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 6 de abril de 2020.

Previamente a esta sentencia que estamos comentando de nuestro Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2020, ya se habían pronunciado nuestro Alto Tribunal mediante el auto de 31 de marzo de 2020 de su Sala Tercera, que vino a reconocer lo siguiente: *“La Sala conoce esas informaciones y acepta como hecho notorio que los profesionales sanitarios no disponen de todos los medios necesarios para hacer frente a la pandemia con la debida protección. Así resulta de las manifestaciones de profesionales afectados y de pacientes que transmiten los medios y de cuanto dicen las mismas autoridades que diariamente dan cuenta de sus gestiones para poner a disposición de quienes los necesiten los equipos de protección y, por tanto, admiten que aún no cuentan con todos los precisos”*. Y en el mismo sentido, el auto de 20 de abril de 2020, también de la Sala Tercera del Tribunal Supremo: *“es notorio que los profesionales sanitarios no han contado con todos los elementos de protección necesarios. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal viene a reconocerlo a pesar de las medidas adoptadas*

que constan en los documentos presentados por el representante de la Administración”.

Siguiendo con el análisis de la referida sentencia de 8 de octubre de 2020, esta no reconoce ningún tipo de derecho a ser indemnizado ante la vulneración de derechos fundamentales que declara, pues al parecer no había sido objeto de petición en la demanda correspondiente, pero qué duda cabe de que abre el camino para que todos aquellos profesionales sanitarios que hayan sido contagiados por el COVID 19 durante el desarrollo de su función y que logren probar haber contraído el virus antes del 20 de abril de 2020, pues es la fecha hasta la que la Sala ha considerado que no existieron los medios de protección necesarios para los sanitarios, puedan solicitar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos, previa declaración de la vulneración de sus derechos fundamentales por falta de medidas de protección suficientes para el desarrollo de su trabajo. Se trata sin duda de una interesante sentencia que ha sido analizada de forma magistral por el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá, **GUILLERMO ESCOBAR ROCA**¹. La misma no estima el recurso formulado por considerar que existió inactividad de la Administración respecto a la obligación que le venía impuesta por el RD 463/2020, en relación al suministro de elementos de protección para los profesionales sanitarios, pues considera que tal mandato era genérico y no se concretaba en exigencias concretas, que son las que en su caso pueden ser objeto de recurso, pues el trámite vía artículo 29 de la CE está destinado a exigir prestaciones concretas, pretendiendo el cumplimiento de obligaciones previamente establecidas. Pero pese a esta previa inadmisión, la sentencia sigue analizando si ha podido existir, por otra vía, una vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en cuestión y estima que sí que puede ser objeto de este tipo de recursos *“aquella actuación de la Administración que por su deficiencia o insuficiencia, conduzca a la lesión de derechos fundamentales, e, igualmente, la omisión que produzca esos efectos aunque no se reclame el cumplimiento de una obligación prevista directamente por una disposición general y consistente en una prestación concreta en favor de personas determinadas”*.

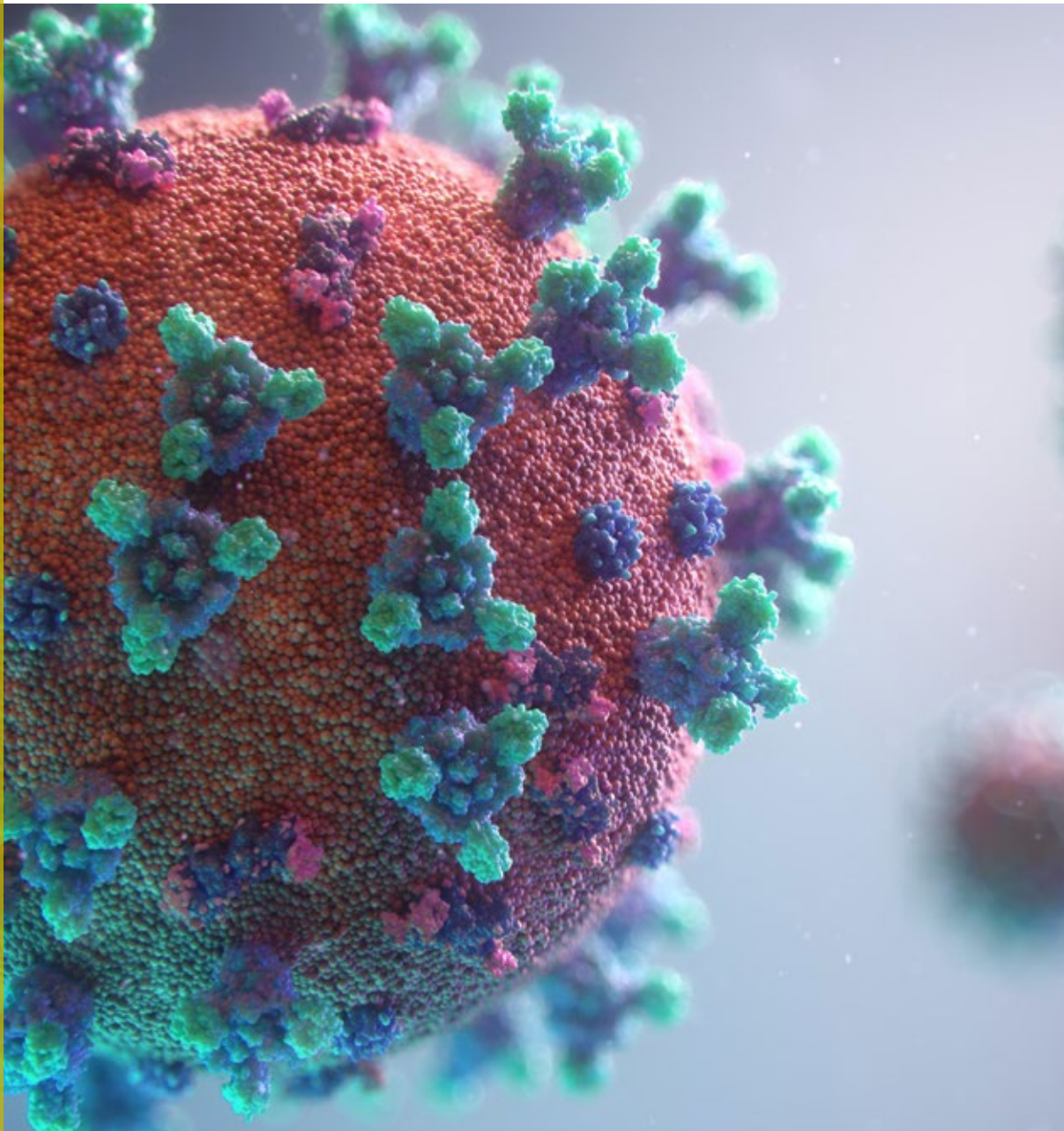
En este sentido la Sala fija como objeto del recurso a examinar el hecho de, si conforme a la previsión del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020, al no haberse suministrado por la Administración General del Estado los equipos

¹ ESCOBAR ROCA; Guillermo. *“Preparando la RC tras la pandemia (a propósito del incumplimiento del derecho a la vida e integridad de los profesionales sanitarios, STS 1271/2020)”*. Revista RC de INESE, enero de 2021.

de protección a los profesionales de la salud que han tenido que enfrentarse a la pandemia, sufriendo con ello graves consecuencias para su salud e incluso falleciendo muchos de ellos, si en tal caso puede existir vulneración de los sus derechos fundamentales al haberse actuado de este modo de forma totalmente contraria a lo que el citado precepto pretendía conseguir.

La sentencia matiza en este razonamiento los argumentos que previamente le han servido para desestimar la primera parte del recurso y estima que aunque el Ministerio de Sanidad no venía obligado, en virtud de la citada norma, a desplegar una actuación específica, sí que

se le imponían unas orientaciones o principios que debía cumplir en aras a conseguir la ansiada protección de los sanitarios. Resulta acreditado que las administraciones sanitarias debían proveer de medios de protección a los profesionales sanitarios y que éstos tenían derecho a que se les dotara de tales medios, pero sin embargo no se hizo, no se les proporcionó los medios necesarios y como consecuencia su integridad física y su salud sufrieron graves riesgos y graves daños materializados. Pero es que es más, el Tribunal Supremo se pronuncia también sobre la respuesta ante la posible excusa de la fuerza mayor, como circunstancia que provocó estos hechos y responde indicando



que pese a que las circunstancias fueron críticas y que la dimensión mundial de la pandemia pudo dificultar y retrasar el abastecimiento y su mejor distribución, sin embargo lo relevante es que los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario y de ahí que deba declararse que sus derechos fundamentales se vieron afectados.

Debemos destacar también la distinción de responsabilidades que se realiza en la misma, según el periodo en el que se hayan producido los daños por los que se reclama, pues se distingue claramente entre el periodo comprendido desde el inicio de la pandemia hasta el 14 de marzo de 2020, fecha ésta en la que el Ministerio de Sanidad asumió la dirección de las administraciones sanitarias de todas las comunidades autónomas según lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 463/2020 y el periodo comprendido a partir del 14 de marzo de 2020 y hasta el 20 de Abril de 2020. En el primer periodo se deja entender que la responsabilidad sería de las administraciones sanitarias de cada comunidad autónoma, pues conservaron su total capacidad de dirección en la gestión de la crisis sanitaria y no fue hasta el 14 de marzo de 2020 cuando la citada dirección pasó a manos del Ministerio de Sanidad. En cuanto al segundo periodo, sí que podemos entender clara la declaración de responsabilidad del Ministerio de Sanidad en exclusiva, al ser quien dirigió la gestión en el suministro de las medidas de seguridad para los sanitarios, dejando al margen la capacidad de dirección de las comunidades autónomas aunque éstas conservaran la gestión sanitaria. Y la fecha final de esta responsabilidad parece

que la Sala la fija en el 20 de abril de 2020, pues deniega las medidas cautelares que en el recurso se habían solicitado en aras a exigir que se adoptaran las medidas necesarias para la seguridad de los profesionales sanitarios en su trabajo, declarando que en la citada fecha ya sí que se estaban proporcionando las medidas de protección necesarias. Esta declaración nos hace ver que, con base en los fundamentos de esta resolución, sólo podremos considerar que existió vulneración de derechos a estos efectos hasta el 20 de abril de 2020, pues a partir de esta fecha considera la Sala que sí se actuó correctamente de conformidad a lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020.

Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que se trata por tanto de un relevante pronunciamiento, que nos abre los ojos sobre cómo podemos solicitar la indemnización de daños y perjuicios ante la vulneración de derechos durante la pandemia, sin olvidar que las pretensiones que se pueden ejercitar son las mismas que aquellas que se pueden hacer valer a través del procedimiento ordinario por responsabilidad patrimonial de la Administración, pero utilizando en este caso un proceso especial que acorta los plazos y ofrece al ciudadano una respuesta mucho más rápida frente a su reclamación. Como señala el profesor Escobar Roca, el procedimiento especial por vulneración de derechos fundamentales es el gran desconocido y olvidado para los abogados y sin embargo, y esto lo añado de mi cosecha, puede ofrecernos soluciones muy interesantes y satisfactorias ante situaciones como las vividas durante esta situación de crisis sanitaria.

ABRIL 2021





Crítica a la desigualdad laboral y de género en la ley 35/2015, en torno al lucro cesante por incapacidad para realizar las tareas del hogar

Jaime Avelino González Marín
Abogado

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- LA IGUALDAD LABORAL Y DE GÉNERO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

2. 1.- Marco normativo internacional y nacional.

2. 2.- Referencia a la igualdad de género y laboral en la jurisprudencia del tribunal constitucional.

III.- PLANTEAMIENTO CRÍTICO SOBRE LA IGUALDAD LABORAL Y DE GÉNERO EN LA LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE.

3. 1.- Prevalencia social y cuantitativa de la mujer en la realización de las tareas del hogar de la unidad familiar.

3. 2.- Infravaloración por el sistema del valor real de las tareas del hogar en los arts. 84 Y 131.1, A), de la ley 35/2015 respecto al resto de actividades de igual o menor gravosidad laboral.

3.3.- Infravaloración añadida en la dedicación parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar en los arts. 85 Y 131.3 De la ley 35/2015. La arbitraria reducción del multiplicando a un tercio.

3. 4.- Agravio valorativo de la dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar respecto a las de aquellos lesionados menores de treinta años pendientes de acceder al mercado laboral.

3.5.- Discriminación socioeconómica directa en los arts. 88.4 Y art. 132.2 Y 5 del sistema, relativos al lucro cesante del perjudicado o víctima que no obtenía ingresos por dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar de la unidad familiar

3.6.- Preterición en el sistema del lucro cesante por limitación parcial del lesionado dedicado a las tareas del hogar de la unidad familiar. Discriminación socioeconómica en el art. 131 Del sistema.

3.7- Discriminación directa laboral en casos de víctimas con dedicación a las tareas del hogar, por limitaciones relativas a la indemnización del lucro cesante total o parcial en las lesiones temporales.

IV.- APORTACIONES QUE REALIZA LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE AUTOS EN EL CAMPO DE LAS TAREAS DEL HOGAR DE LA UNIDAD FAMILIAR NO REMUNERADAS.

V.- CONCLUSIONES.

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I.- INTRODUCCIÓN.

Atender a la perspectiva de género en el ámbito legislativo, requiere que algunas normas sean reinterpretadas con una óptica centrada en los derechos humanos de las mujeres. Los marcos legales y la práctica jurídica deben estar ausentes de sesgos sexistas. Normas comunitarias como los Tratados o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, contemplan la igualdad como valor fundamental. Se han producido numerosos actos legislativos relativos a la igualdad de género y la prohibición de discriminación por razón de sexo, que se han incorporado a nuestra legislación debido al principio de primacía.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha incidido con relativa frecuencia, en la aplicación del principio de igualdad entre sexos y de no discriminación de la mujer, especialmente en el mundo laboral. Han sido numerosas sus sentencias en torno a estas cuestiones. La doctrina las suele clasificar, distinguiendo las de la jurisprudencia de la equiparación (no se toma como referencia la realidad social de la mujer, sino el hecho de que el acto o la norma sean discriminatorios por razón de sexo) y la jurisprudencia de la compensación (examina casos en los que, en apariencia, se conceden ventajas a la mujer en relación con los hombres, en la medida en que se tiene en cuenta la realidad social).

En este marco normativo plurinacional de protección del principio de igualdad socio laboral y de sexos, partiendo de su análisis, se desarrolla este trabajo cuyo objeto se focalizará finalmente en el planteamiento crítico de

algunas disposiciones de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que pudieran contravenir esos principios de rango constitucional a los que se ha aludido, pese al reconocido avance para el Sistema valorativo Español, del reconocimiento de la actividad no remunerada de las tareas del hogar.

II.- LA IGUALDAD LABORAL Y DE GENERO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.

1.- MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ya expresó que: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. ...”* (artículo 2).

Se suman a esta inicial declaración de derechos humanos, las declaraciones y documentos finales de las diversas conferencias mundiales¹, y las convenciones contra el racismo, la trata, etc, que tienen determinaciones en relación con las mujeres, en las situaciones de discriminación con otros colectivos de la sociedad.

¹ Conferencias mundiales sobre la mujer de Naciones Unidas. México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985, Beijing 1995. - Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Naciones Unidas, Viena, 1993. - Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, Naciones Unidas, El Cairo, 1994.



En este grupo de instrumentos dirigidos a la protección de la igualdad de la mujer, resalta la Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación hacia la Mujer² (CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptado en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada íntegramente por España y por 50 países más.

En el marco más específico de la Unión Europea (UE), hay que recordar que desde su creación institucional, estase basó en un conjunto de valores entre los que se incluye la igualdad, promoviendo la equiparación entre hombres y mujeres (artículo 2 y artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht. DOUE C326, de 2 de octubre de 2015.)³. Estos artículos recogen los valores en los que se fundamenta la UE, entre ellos la igualdad entre mujeres y hombres, así como la dignidad humana (relacionada con la igualdad) y la no discriminación.

Los objetivos de igualdad y no discriminación también están recogidos en los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴. De estos artículos se obtienen las bases de la UE sobre la igualdad de género y la no discriminación por razón de sexo. Además, el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁵,

2 Se inicia esta Convención con la siguiente frase emblemática: *"...la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz."*

3 Artículo 2 TUE: *"La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres"*.

Artículo 3.3 TUE: *"La ... combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. ..."*

4 Artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *"Todas las personas son iguales ante la ley"*.

Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *"1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. ..."*

5 Artículo 8 TFUE: *"En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad"*.

exige eliminar las desigualdades de género y promover su igualdad a través de todas sus acciones institucionales.

En este empeño, la UE ha aprobado diferentes directivas, referentes a distintas materias, para la promoción de la igualdad de género en el trabajo. Tal actividad legislativa, muestra con claridad la intención del legislador europeo de eliminar a ultranza, la discriminación laboral de la mujer en los ordenamientos internos de los diferentes estados que conforman la UE, lo que exige garantizar el respeto a estos derechos.⁶

A nivel estatal y de un modo general, la igualdad en la Constitución Española se fundamenta en tres pilares básicos: El artículo 1 de la CE relativo a la igualdad como un valor superior⁷; El artículo 9.2 de la CE relativo al mandato a los poderes públicos de la promoción de la igualdad real y efectiva⁸; Y el artículo 14 CE, relativo al derecho fundamental de igualdad⁹.

6 Es necesaria la revisión del derecho europeo sobre igualdad entre hombres y mujeres. Esta revisión y actualización, es precisa, debido al principio de primacía, en virtud del cual, el derecho europeo se aplica con prioridad sobre los derechos nacionales de los Estados miembros. El reconocimiento de este principio reside en que *"el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional"* (Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, apartado 24).

7 Nuestra Carta Magna. En su artículo 1.1, expresa que *"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"*.

8 El artículo 9.2 CE, es un mandato directo a los poderes públicos de promover la igualdad real. Así: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*.

9 El artículo 14 CE introdujo grandes aportaciones en materia de derechos debido a sexo en España. Por otra parte, también fue objeto de críticas, entre ellas el reproche de que ninguna mujer participó en la redacción del anteproyecto del texto constitucional. (El anteproyecto de la Constitución Española fue redactada por Gabriel Cisneros Laborda, Miguel Herrero Domínguez de Miñón, José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo, Gregorio Peces-Barba Martínez, Jordi Solé Tura, Manuel Fraga Iribarne, Miquel Roca i Junyent, miembros de la Ponencia designada por la Comisión de Asuntos Cons-

Numerosas normas como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, o el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, tuvieron como primer objetivo, hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres reconocido en nuestra Carta Magna, mediante la eliminación de toda discriminación, directa e indirecta, de las mujeres. También ahonda en ese postulado, el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

Tal como introduce la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, aun a pesar de tal actividad legislativa, persisten en la actualidad unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres, en una sociedad que aspira a ser plenamente democrática. En este sentido, los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

Se insiste en que resulta esencial tener presente que en la relación de trabajo, las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo.

2.- REFERENCIAS A LA IGUALDAD DE GÉNERO Y LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El artículo 14 CE, junto al mandato de igualdad incorpora la prohibición expresa de discriminación por razón de “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Este artículo ya supuso un cambio relevante, pues en él se plasmaron formalmente, las tendencias universales forjadas a favor de la equiparación de sexos.

La inercia institucional y privada hacia la persistencia de una histórica desigualdad de sexos, ha motivado la intervención del TC, en múltiples ocasiones. En este sentido y por ser contrarias a la prohibición constitucional de

discriminación por razón de sexo, especialmente en el campo laboral, el TC ha dictado múltiples sentencias de equiparación, tanto por discriminación directa¹⁰ como por discriminación indirecta¹¹, y sentencias con rasgos mixtos. Incluso, en un plano más general, ha tendido a no descartar el derecho a la igualdad como un auténtico derecho fundamental¹².

Como decimos, se plantean de forma constante, numerosas cuestiones relacionadas con el principio de igualdad ante el TC y la jurisprudencia en esta materia es abundantísima. En la mayor parte de sus sentencias en las que se refieren al artículo 9.2 CE, el Tribunal Constitucional ha interpretado dicho precepto como un control del principio de igualdad formal del artículo 14 CE, incidiendo en la necesidad de que el legislador no trate a todos de la misma manera» sino que pueda tratar de forma diferente aquellas situaciones que son diferentes en la vida real.

En cualquier caso, el TC se preocupa en afirmar reiteradamente, que el principio de igualdad garantizado por el artículo 14 de la Constitución, opera en última instancia, como una igualdad frente al legislador, impidiendo que éste «pueda configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación».

En definitiva, esta jurisprudencia reacciona ante una desigualdad basada en las causas mencionadas en el art. 14 CE, determinando y analizando el efecto jurídico de estas causas de discriminación, que son introducidas en nuestro ordenamiento jurídico, a través de las instituciones o de sus normas de desarrollo, fiscalizando si, en su fundamento objetivo y razonable, se manifiesta una desigualdad inconstitucional.

¹⁰ La discriminación directa es el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, con independencia de los motivos que hayan movido al causante (Sáez, 1994);

¹¹ La discriminación indirecta es en palabras del TC, tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo.

¹² Así se hizo en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 142/1985, de 23 de octubre de 1985, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1985, donde alude al “derecho fundamental (...) de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española”.

titucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, conocidos como “Los padres de la Constitución”).

También ha afirmado en varias sentencias que «*lo proclamado en el artículo 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial*». La finalidad de dicha exigencia constitucional es proteger a ciertos sectores sociales discriminados. De este modo, el artículo 9.2 CE, ha servido para justificar el trato favorable, sin que ello contradiga en modo alguno el principio general de igualdad enunciado en el artículo 14 CE. Así se ha hecho en relación con diversos sectores sociales, como las mujeres trabajadoras con hijos pequeños, para paliar la discriminación de hecho que padecen, en relación con su incorporación y permanencia en el mundo laboral.

Desde ese enfoque constitucional, aborda este trabajo el cumplimiento de tales exigencias en el novedoso campo valorativo del lucro cesante, de aquellas personas dedicadas en exclusiva o de forma parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar, en el sistema indemnizatorio de los daños corporales sufridos en la circulación de vehículos a motor, de carácter extensivo a otros sectores jurídicos diversos.

III.- PLANTEAMIENTO CRITICO SOBRE LA IGUALDAD LABORAL Y DE GENERO EN LA LEY 35/2015, DE 22 DE SEPTIEMBRE.

Identificada la esfera normativa que ha de proteger los derechos de igualdad sexual y socio laboral, tras perfilar el marco de control supraestatal que lo protege, se procede en este estudio, a realizar un análisis de las disposiciones contenidas en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, que relativas a las tareas del hogar de la unidad familiar pudieran ser contrarias en alguna medida a los principios de igualdad y de no discriminación, por estar desprovistas de una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad pretendida, los efectos reductores que pueden producir, y la falta de la proporcionalidad exigibles, dando lugar a situaciones netamente discriminatorias.

3.1.- PREVALENCIA SOCIAL Y CUANTITATIVA DE LA MUJER EN LA REALIZACIÓN DE LAS TAREAS DEL HOGAR DE LA UNIDAD FAMILIAR.

En general, la expresión que utiliza el sistema valorativo, en diversos apartados, para referirse a “*personas dedicadas a la realización de las tareas del hogar*”, puede implicar “prima facie” una discriminación de género, tras la apariencia de existencia de una paridad real de todas las “personas”, en la realización de dichas tareas.

Es cierto que a un nivel general, se ha ido produciendo una incorporación efectiva de la mujer al mundo laboral y su presencia ha ido creciendo de forma paulatina hasta alcanzar en los últimos años niveles de ocupación más altos; ahora bien, no se han producido de forma paralela, cambios sociales relevantes de carácter estructural y legislativo, necesarios para favorecer un reparto equitativo de las responsabilidades sociales y laborales, precisas en el seno del hogar.

Una estadística actualizada sobre esta prevalencia la representa el estudio realizado por Afi¹³ para ClosingGap¹⁴. (Women for a Healthy Economía, 2 febrero 2019) “*Coste de oportunidad de la brecha de género en la conciliación*”, que pone de manifiesto las situaciones desiguales que perduran para poder conciliar la vida familiar y laboral y que calcula, en términos cualitativos y cuantitativos, el talento femenino que se deja de aprovechar, como consecuencia de la salida de miles de mujeres del mercado laboral tras formar una familia; o el hecho de que muchas tengan que optar por reducir su jornada para poder atender a las responsabilidades domésticas y de cuidados.

La probable discriminación en relación con la valoración de las tareas del hogar de la unidad familiar dentro del Sistema valorativo, podría estar originada principalmente por una razón directamente socio laboral, en atención al diferente trato otorgado a estas tareas no remuneradas respecto a otras similares, y en todo caso de forma indirecta, se atisbaría una discriminación por razón de sexo, ante la prevalencia estadística de la mujer en la realización de dichas tareas no remuneradas.

3.2.-INFRAVALORACION DEL VALOR DEL TRABAJO NO REMUNERADO DE LAS PERSONAS DEDICADAS EN EXCLUSIVA A LAS TAREAS DEL HOGAR EN LOS ARTS. 84 Y 131.1, A) DE LA LEY 35/2015 RESPECTO A TRABAJOS DE IGUAL O MENOR GRAVOSIDAD EN REGIMEN LABORAL.

Como punto de partida, y tal como ya indicase el profesor, Dr. Javier López y García de la Serrana¹⁵, una de las más destacadas ventajas

¹³ Afi es una compañía española líder en consultoría y formación independiente.

¹⁴ ClosingGap, es un clúster integrado por importantes grupos empresariales de este país que tiene como objetivo analizar el impacto que tiene para la economía y la sociedad el hecho de que no se aproveche todo el talento femenino.

¹⁵ El reconocimiento del trabajo dentro del hogar por el nuevo Baremo, Dr. Javier López y García de la Serrana, socio fundador de HispaColey y miembro de la Comisión de Seguimien-



de la reforma del baremo para la valoración del daño corporal en accidentes de circulación introducida por la ley 35/2015 de 22 de septiembre, fue el reconocimiento del derecho de las “amas y amos de casa” a ser resarcidas por la pérdida patrimonial que supone para las mismas la incapacidad temporal o permanente tras un accidente de tráfico, resaltando a su vez, la importancia de otorgar el nuevo sistema por vez primera, un valor estimado a este trabajo no remunerado realizado en el ámbito de la unidad familiar.

No obstante también es cierto, que se introdujeron limitaciones a esta nueva figura, motivadas quizás en buena medida, por el “temor” del Sector Asegurador a la proliferación de reclamaciones de “personas” arrogándose la situación de “amas o amos de casa” de la unidad familiar. De hecho, durante los primeros años de vigencia de esta norma se vino observando la especial reticencia de las aseguradoras a reconocer esta nueva figura en sus estrictos términos normativos, dando lugar a interpretaciones polarizadas y divergentes.

Pese a la novedad normativa, la fijación de un multiplicando equivalente a 1 SMI pudiera resultar discriminatoria respecto al valor global de mercado de estas mismas tareas del hogar de la unidad familiar en un entorno de protección laboral remunerado. El Sistema reconoce así su existencia, pero discrimina su entidad real. Como añadido, el hecho de que por cada nuevo conviviente cualificado a partir de dos de la unidad familiar, añada un 10% sobre un precio no de mercado previamente devaluado, agrava esa discriminación salarial inicial, que no es

cuantitativamente proporcional a la intensidad y frecuencia de dichas tareas del hogar, que son exponencialmente agravadas por las labores que generan -a partir de dos- los integrantes “extra” de dicha unidad familiar.

Entrando en el desarrollo de esas premisas básicas, hay que expresar que el art. 84.1, in fine del Sistema, define para casos de fallecimiento, el multiplicando en caso de víctimas con dedicación exclusiva a las tareas del hogar de la unidad familiar, al igual que lo hace de forma similar para las secuelas, el art. 131.1 a) de dicho texto; ahora bien, resulta obligado plantearse si estas labores de hogar serian acreedoras sociablemente de un valor de mercado sensiblemente superior al salario mínimo establecido en dicho precepto, y por tanto, si pudiera ser discriminatorio salarialmente, respecto a otras personas a quienes el sistema de la Ley 35/2015, les permite por ser posible, la prueba de una remuneración o ingresos netos superiores a 1 SMI, - fijado como tope para las labores del hogar-, o como en el caso que después se tratará, de personas pendientes de acceder al mercado laboral menores de 30 años, a cuyas potenciales labores futuras, se las valora con un multiplicando sensiblemente superior representado por un 1,5 SMI.

En este contexto, los técnicos del Ministerio de Hacienda (Gestha) cifran en 4.915 euros la brecha salarial en 2018, de acuerdo con su informe *«Brecha salarial y techo de cristal»*, elaborado a partir de datos de la Agencia Tributaria; precisan que con estos datos, las mujeres tendrían que ganar 28,6 % más para igualar el sueldo de los hombres.

to del Baremo. Revista Aseguranza. Septiembre de 2017.

También la valoración de la actividad productiva en España se ha hecho mediante el ensayo de los Institutos de Estadística de Euskadi, con una cuantificación del 32,8%; de Galicia, con un 36,3%; de Cataluña, con un 40,1%; y de Madrid, con un 54,7%. La del INE para España de un 27,44% es la más modesta.

El boletín estadístico del Instituto de la Mujer, nos indica que el 91,9 % de las mujeres emplea tiempo en el cuidado del hogar y la familia, con una media de 4'29 horas de dedicación. Entre los hombres lo hacen el 74,7 % y dedican casi la mitad: 2'32 horas. El cuidado de menores lo asumen en solitario el 33 % de las mujeres frente al 2,19 % de los varones. En el caso de personas dependientes, son cuidadas en solitario por el 49,3 % de mujeres y el 16,6 % de hombres. Respecto a las tareas del hogar, un 44,5 % de las mujeres las realiza en solitario frente al 9,6 % de los varones¹⁶.

En la búsqueda de una valoración descriptiva del valor que hipotéticamente hubiera de asignarse por el legislador a estas tareas no remuneradas, en una futura y necesaria reforma que alcanzase el objetivo de un trato equitativo y no discriminatorio, habría que considerar de partida una realidad incontestable, basada en que la mayoría de esas tareas se realizan prácticamente todos los días, a todas horas, incluidos los fines de semana y días festivos; las labores se prolongan por jornadas inagotables, más allá de la jornada máxima legal; incluyen cometidos muy variados de cocina, costura, enfermería, administración, conducción, restauración, profesorado, guardería, etc.

Las personas dedicadas en exclusiva a las tareas del hogar y a la familia, se encuentran sin vacaciones remuneradas, sin descansos obligatorios, sin pagas extraordinarias, y sin horas máximas para realizar dichas labores, a todo lo cual se une, la desprotección vitalicia respecto a la posibilidad de incapacidad temporal, jubilación o discapacidad, y sin acceso a la protección por desempleo, formación profesional o garantía salarial. Por otra parte, respecto a la seguridad en el trabajo, en el ámbito del hogar se produce muchos accidentes de variado signo, y sin embargo no

¹⁶ Boletín Estadístico del Instituto de la Mujer: Editado el tercer número Boletín Estadístico nº 3 16 de mayo de 2013. Tercer monográfico del boletín digital estadístico "Mujeres en Cifras." Dedicado al uso del tiempo de mujeres y hombres, con especial referencia al cuidado del hogar y de la familia. Esta publicación persigue dar una mayor divulgación a los datos estadísticos disponibles, con el fin de mejorar el conocimiento sobre la situación de las mujeres y su participación en la sociedad. La corresponsabilidad familiar avanza, pero sigue siendo una asignatura pendiente en España. www.inmujer.es.

hay protección social alguna.

Esa ingente carga de labores y riesgos laborales permanece excluida de un modo general del ámbito protector de la Seguridad Social y en particular también se excluye del ámbito de aplicación del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula y protege la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

No en vano, esta aparente discriminación institucional, agravada en el terreno de los empleados del hogar, motivó en su momento que el Parlamento Europeo y las Naciones Unidas, instaran a los gobiernos a que adoptasen una serie de medidas jurídicas y económicas, como su inclusión en el PIB (valorando su trabajo a precio de mercado, o lo que significaría conseguir esos bienes y servicios si hubiera que pagarlos), apoyo al reciclaje profesional que permita la reanudación de una actividad lucrativa, y la materialización de los derechos de la Seguridad Social (lo que les posibilitaría recibir una pensión a título propio entre otros beneficios que actualmente le son preteridos).¹⁷

La permanencia de este relevante desequilibrio convierte a la conciliación y la corresponsabilidad, en objetivos prioritarios de las políticas de igualdad de los gobiernos; para ello el Consejo de Ministros aprobó, el 5 de abril de 2013, el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016, cuyo segundo objetivo, de apoyo a las familias, comprende medidas de conciliación y corresponsabilidad. Asimismo, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2013-2016, dedicó un eje completo a la conciliación y la corresponsabilidad, y contemplaba, entre otros objetivos, incrementar la sensibilización y facilitar su ejercicio, tanto para mujeres como para hombres; objetivos y medidas que fueron desarrollados y concretados en el marco del grupo de trabajo interministerial, elaborado por el Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF).¹⁸

El Congreso de los diputados de España, ya baraja la inclusión de las empleadas del hogar en la Ley de Seguridad Social¹⁹. De

¹⁷ El Ama de Casa, <<La Mal Pagá>> Número 29 / Domingo 5 de mayo de 1996. El mundo. Semanario de economía, salud y empleo. Por Elvira de Miguel.

¹⁸ PLAN INTEGRAL DE APOYO A LA FAMILIA 2015-2017 Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015.

¹⁹ Publicado 14/11/2018 19:34CET. WIKIMEDIA COMMONS - Archivo MADRID, 14 Nov. (EUROPA PRESS) <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-congreso-reclama-inclusion-empleadas-hogar-ley-seguridad-so>

hecho, la Comisión de Trabajo, Migraciones y Servicios Sociales apoyó el 14 de noviembre de 2018, una proposición no de ley del grupo de Unidos Podemos en la que se urgía al Gobierno a promover los cambios legislativos necesarios para incluir a las empleadas del hogar en la Ley General de la Seguridad Social.

En algunos países europeos se adoptaron ya algunas medidas encaminadas al reconocimiento socioeconómico de esta realidad innegable; esto habría de servir de acicate a la paulatina implantación en nuestro país de medidas similares. En Francia existe ya un Estatuto Social del ama de casa y de la madre, que regula su situación, además de dar una ayuda económica al tercer hijo. En Suiza se les proporciona una pensión de jubilación y viudedad y <<bonos educativos>> o pensión por cuidado de niños. En Alemania se tienen en cuenta los periodos de educación de los hijos para el cálculo del seguro de la vejez, e incluso en el País Vasco existe una desgravación fiscal para las amas de casa.

El informe de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre legislación y prácticas del trabajo doméstico, ofrece varias razones por las cuales el trabajo doméstico se encuentra “*infravalorado, mal remunerado, desprotegido y mal reglamentado*”²⁰ Este informe sobre legislación y prácticas de la OIT, resalta algunos de los factores que tienden a reducir los salarios de los trabajadores domésticos respecto de los salarios percibidos en otras categorías comparables de trabajo.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha trasladado precaución para no infravalorar el trabajo doméstico, *evitando fijar el salario mínimo para este tipo de trabajadores, como equivalente al trabajo no cualificado*²¹. CEACR, ha cuestionado la clasificación del trabajo doméstico como “trabajo no cualificado”, resaltando las complejas tareas y responsabilidades asumidas por muchos trabajadores domésticos.²²

Teniendo en cuenta todos esos datos estadísticos oficiales, se puede concluir que el art. 84.1 del Sistema²³, al valorar el multiplicando

cial-20181114193436.html

20 OIT, 2009.

21 OIT, 2009, párrafo 63.

22 CEACR: Solicitud Individual Directa relativa al Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951 (Nº 100), Costa Rica (ratificación: 1960), presentado en 2008

23 Artículo 84.1 “*El trabajo no remunerado de la víctima que no obtenía ingresos por ser la persona que contribuía al sos-*

del lucro cesante de las tareas del hogar, en el importe de 1 SMI, podría estar incurriendo en una discriminación no justificada ni aparentemente razonable, pues se obvia así de forma clara, el hecho de que la relación salario/tareas en el hogar familiar, es abiertamente superior a 1 SMI anual, tareas que desarrollan sin horarios, sin descansos o vacaciones y desprotegidos por la seguridad social.

Estas precarias condiciones de las tareas no remuneradas del hogar exigirían un valor sensiblemente superior del importe previsto como multiplicando en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para evitar el agravio discriminatorio que su infravaloración determina en el sistema, que acrecienta y agrava de un modo particular, la general discriminación social y laboral de estas personas dedicadas en exclusiva a las tareas del hogar en la sociedad.

3.3.- INFRAVALORACION AÑADIDA EN LA DEDICACION PARCIAL A LAS TAREAS DEL HOGAR DE LA UNIDAD FAMILIAR EN LOS ARTS. 85 Y 131.3 DE LA LEY 35/2015. LA ARBITRARIA REDUCCION DEL MULTIPLICANDO A UN TERCIO.

Se atisba otra posible dicción discriminatoria en *el art. 85 y art.131.3 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre*, al valorar que en el supuesto de víctima acogida a reducción de jornada para compatibilizar el trabajo no remunerado con las tareas del hogar de la unidad familiar, la cantidad a percibir será de un tercio de la que resultaría si la dedicación a las tareas del hogar hubiera sido en exclusiva.

De partida, esta norma sería únicamente de aplicación a una persona que teniendo ya un trabajo remunerado, solicitó y se le concedió en su empleo habitual, una reducción de jornada, para dedicarse al cuidado de menores, de familiares o para realizar tareas del hogar, de forma similar a como lo establece el artículo 37.6 del Estatuto de los trabajadores²⁴; o bien, en todos los casos en que se demuestre que desempeñaba un trabajo a tiempo parcial por los mismos motivos.

Observamos una diferencia de trato nada razonada y ciertamente innecesaria, cuando se fija en un tercio el multiplicando de estas labores del hogar compatibilizadas, dado que este supuesto específico de reducción de jornada,

tenimiento de su unidad familiar mediante la dedicación exclusiva a las tareas del hogar se valora en el equivalente a un salario mínimo interprofesional anual”.

24 artículo 37.6 del Estatuto de los trabajadores. Este artículo del estatuto, indica que se tendrá derecho a la reducción de jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

tiene ya un referente normativo en el artículo 37.6 del Estatuto de los trabajadores, que prevé que la reducción será entre un octavo y la mitad de dicha jornada. Hemos de preguntarnos si la fijación en un tercio sería razonable y si estaría o no justificada.

No es por tanto excesivo pensar que, en caso de compatibilización y reducción de jornada, parece más razonable y equilibrado, fijar el multiplicando de estas labores parciales, en la misma proporción en que hubiera sido concedida u obtenida la reducción de jornada, evitando así el agravio y la discriminación no justificada que se produce respecto a todas aquellas jornadas reducidas, que se justificasen laboralmente por la víctima o perjudicado, en proporción superior a un tercio.

3.4.- AGRAVIO VALORATIVO DE LAS LABORES DEL HOGAR RESPECTO A LAS DE AQUELLOS LESIONADOS MENORES DE TREINTA AÑOS PENDIENTES DE ACCEDER AL MERCADO LABORAL.

El Sistema valorativo podría incurrir en una discriminación salarial expresa y directa, cuando en el art. 130, c), valora el multiplicando en el caso de lucro cesante de menores de 30 años pendientes de acceder al mercado laboral, en una unidad y media anual del Salario Mínimo Interprofesional, frente al valor de 1 SMI que se considera de modo general para las personas dedicadas en exclusiva a las tareas del hogar.

La novedosa introducción en el Sistema, de la indemnización del lucro cesante de personas menores de 30 años pendiente de acceder al mundo laboral, busca poner a la víctima en la posición en que 'habría estado' en el futuro, de no haber ocurrido el hecho dañoso antijurídico, diferenciación que permite hacer un juicio hipotético sobre la situación futura probable de la víctima. Es la potencialidad para obtener dichos ingresos la base para la reparación de un futuro lucro cesante de estos menores de 30 años.

Esta característica de potencialidad también se predica de las labores del hogar, pero con la diferencia de que dichas labores, si que se vienen realizando de una forma efectiva al sufrir el daño incapacitante, lo que no justifica su discriminación cuantitativa respecto a los menores de 30 años sin oficio conocido, situación que pudiera plantearse como discriminatoria para el trabajo no remunerado del hogar y por ende para la mujer, por su contrastada prevalencia en estas labores.

Un dato estadístico nos muestra que la potencialidad de obtención de ingresos de un joven menor de 30 años dista significativamente respecto a la efectiva e ineludible realización

de las tareas del hogar no remuneradas, especialmente en aquellos jóvenes con un nivel educativo bajo. Así, el informe "Jóvenes y mercado de trabajo" elaborado en junio de 2020, por la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social de la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral, nos muestra que: " *En el primer trimestre de 2020 los jóvenes hasta 29 años en el mercado de trabajo con nivel educativo bajo, que suponen el 31,0% del total de los jóvenes activos, continúan estando infrarrepresentados en el empleo y por el contrario sobrerrepresentados en el paro: constituyen algo más de la cuarta parte de los ocupados de esa edad (26,5%) y, sin embargo, representan cerca de la mitad de los parados jóvenes (43,3%). Estos jóvenes con bajo nivel educativo presentan unas tasas de empleo más bajas: para los de hasta 25 años la tasa de empleo se sitúa en el 16,4%, frente al 21,3% en el nivel medio, mientras que en los jóvenes de hasta 29 años se sitúan en el 27,1% y el 32,0%, respectivamente*".

Con estos datos, resulta difícil justificar que el multiplicando asignado para el cálculo del lucro cesante a las tareas del hogar resulte inferior en la Ley, al determinado para los jóvenes menores de 30 años no cualificados, que están pendientes de acceder al mercado laboral, y que como podemos constatar, presentan una potencialidad productiva ciertamente inferior a la analizada previamente para las labores del hogar, realizadas de una forma cierta y efectiva pero no remunerada,

3.5.- DISCRIMINACION SOCIOECONOMICA DIRECTA EN LOS ARTS 88.4 Y ART. 132.2 Y 5 DEL SISTEMA RELATIVOS AL LUCRO CESANTE DEL PERJUDICADO O VICTIMA QUE NO OBTENIA INGRESOS POR DEDICARSE EN EXCLUSIVA A LAS TAREAS DEL HOGAR DE LA UNIDAD FAMILIAR.

Si previamente hemos analizado la existencia de una posible discriminación directa laboral e indirecta de género, de naturaleza salarial y socioeconómica, en este apartado se pretende mostrar, la probable discriminación que implican, en este mismo sentido, los arts. 88.4, y 132.2 y 5 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

Se plantea esta cuestión, por el diferente trato que dicho Sistema estaría otorgando a un empleado remunerado, con respecto a la víctima que no obtenía ingresos por dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar, en la medida en que se le aplican a estos, -ya sea perjudicado de fallecimiento del art. 88.4 o víctima por lesiones del art. 132.2 y 5 -, las mismas tablas actuariales de lucro cesante que se aplican a los

empleados de cualquier tipo con remuneración, descontándose por tanto al mínimo valor de este trabajo no remunerado, unas pensiones de viudedad, orfandad o incapacidad, que como ya hemos analizado, no recibirán nunca, lo que “prima facie” resulta cuantitativamente discriminatorio y reductivo.

Consciente el legislador de ello, ofrece no obstante una compensación un tanto insuficiente de un 25% de aumento sobre el resultado de la tabla 1 C, para el caso de muerte de la víctima, y en las tablas 2C4 a 2C6²⁵, para caso de lesiones causantes de incapacidad.

En este punto, se hace eco oportunamente, el *Informe Razonado de evaluación “ex post” previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre*²⁶, elaborado por la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración del Daño Corporal, donde se incluye como una de las recomendaciones unánimes de dicho informe, la necesidad de crear una tabla específica para esas personas dedicadas en exclusiva a las tareas del hogar, que no descuenten actuarialmente la pensión que no reciben, o -de modo análogo a lo previsto en el art. 88. 3 LRCSCVM, y a lo que se propone respecto al art. 88. 4 LRCSCVM-²⁷ que se permita acreditar el lucro cesante concreto, abriéndose otra ventana mediante un informe actuarial. Con el mismo fundamento, esta recomendación unánime de reforma del sistema debiera ser extensible y trasladable directamente, al art. 132. 5 del Sistema,²⁸ relativo a las lesiones, no apreciando razones para su

25 Arts. 88.4 en caso de empelado hogar fallecido y art. 132.5, en caso de secuelas de este.

26 Informe Razonando 2020: “8.1.25. *Modificación del art. 88.4 LRCSCVM relativo al cálculo de las indemnizaciones por lucro cesante por el fallecimiento de víctimas dedicadas a las tareas del hogar. ... La CS considera que ese sistema perjudica a las víctimas y por ello propone que se elaboren unas tablas específicas simplificadas y que, de modo análogo a lo previsto en el art. 88. 3 LRCSCVM, se permita acreditar el lucro cesante concreto mediante informe actuarial.*”

27 Artículo 88. 4: Variable relativa a pensiones públicas a favor del perjudicado. ...”4. *Al perjudicado por el fallecimiento de una víctima que no obtenía ingresos por dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar de su unidad familiar, aunque no percibe pensiones públicas, se le aplicarán las indemnizaciones por lucro cesante previstas en las tablas 1.C para víctimas con ingresos, si bien incrementadas en un veinticinco por ciento.*”

28 132. 5. “*Multiplicador. Al lesionado que no obtenía ingresos por dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar de su unidad familiar, aunque no percibe pensiones públicas, se le aplicarán las indemnizaciones por lucro cesante previstas en las tablas 2.C para lesionados con ingresos, si bien incrementadas en un veinticinco por ciento.*”

exclusión en este punto.

El informe razonado también contiene otra recomendación de reforma del sistema, por la necesidad de clarificar este art. **131 de la LRCSCVM**, en su punto número 2, relativo al multiplicando en caso de víctimas lesionadas con dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar, para no dar trato discriminatorio con respecto a las víctimas que realizan un trabajo remunerado.

Bajo esta recomendación, debe realizarse el cálculo de la indemnización por este lucro cesante por secuelas, de acuerdo con el criterio general y, por ello, debe añadirse la referencia del porcentaje que corresponde a partir de los cincuenta y cinco años, indicándose que: «*En los supuestos de incapacidad total se computa como ingreso dejado de obtener el cincuenta y cinco por ciento de la cantidad señalada en el apartado anterior, hasta los cincuenta y cinco años, y del setenta y cinco por ciento, a partir de esta edad....*»²⁹.

En la actualidad a una víctima con trabajo remunerado se le reconoce en el art. 129 b) en los supuestos de incapacidad total para su trabajo, un perjuicio del setenta y cinco por ciento a partir de los cincuenta y cinco años, mientras que el actual art. 131.2 solo reconoce el cincuenta y cinco por ciento, sin aumentar al setenta y cinco por ciento a partir de los cincuenta y cinco años, a las víctimas dedicadas en exclusiva a las tareas del hogar.

3.6.- PRETERICION EN EL SISTEMA DEL LUCRO CESANTE POR INCAPACIDAD PARCIAL DEL LESIONADO DEDICADO A LAS TAREAS DEL HOGAR. DISCRIMINACION SOCIO ECONOMICA EN EL ART. 131.

Se establece en la Ley 35/2015, en el art. 129, c), - relativo al *multiplicando de ingresos por trabajo personal remunerado*-, que en los supuestos en que las secuelas que padezca el lesionado, disminuyan parcialmente sus ingresos o su rendimiento normal en el ejercicio de su trabajo o actividad profesional habituales de forma acusada, se considera que el perjuicio que sufre equivale al importe de los ingresos correspondientes a dos anualidades.

Sin embargo, en el art. 131, - relativo al multiplicando en caso de lesionados con *dedicación a las tareas del hogar* de la unidad familiar-, se omite cualquier referencia a la

29 Informe Razonando: 8.1.39. 8.1.39. Necesidad de clarificar el art. 131.2 LRCSCVM relativo al multiplicando en caso de lesionados con dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar

posible incapacidad parcial, que consistiría de igual modo, en que las secuelas que padezca el lesionado disminuyan parcialmente su rendimiento normal en el ejercicio de su trabajo no remunerado, lo que como hemos expuesto, si se concreta para el resto de los trabajos remunerados, en el art. 129 c) ³⁰, con el pago de dos anualidades.

Esta falta de indemnización del lucro cesante para la limitación permanente parcial de las labores del hogar, no encuentra justificación alguna, teniendo en cuenta que esta parcial limitación puede resultar muy significativa en unas labores que como hemos indicado, implican actividades de variado signo y gravedad física, que se verían dificultadas sensiblemente y no tendría posibilidad de sustitución en el seno del hogar y la familia, obligando en su caso, a una contratación complementaria, sin que esa limitación parcial permanente se vea compensadas en modo alguno a las víctimas o perjudicados por ella.

3.7- DISCRIMINACION DIRECTA LABORAL EN CASOS DE VICTIMAS CON DEDICACION A LAS TAREAS DEL HOGAR POR LIMITACIONES RELATIVAS A LA INDEMNIZACION DEL LUCRO CESANTE TOTAL O PARCIAL EN LAS LESIONES TEMPORALES.

Se produce en este terreno de la indemnización del lucro cesante por lesiones temporales, otra posible discriminación laboral y de género. Por una parte es laboral, por las razones ya expuestas en cuanto al desequilibrio salarial y prestacional, de trabajos de igual naturaleza, unos remunerados y otros no, y por otra lo sería de sexo, en la medida en que esta discriminación, como ya hemos expuesto, afecta de forma preponderante al sexo femenino, tanto en el campo del trabajo con dedicación exclusiva, como de forma más significativa en el de tiempo parcial, cuya estadística más actualizada, el Informe de ClosinGap, concluye una significativa proporción, de 1 en los hombres a 3,5 en las mujeres, que trabajan a jornada parcial. ³¹

³⁰ Art. 129 c) Ley 35/2015: "En los supuestos en que las secuelas que padezca el lesionado disminuyan parcialmente sus ingresos o su rendimiento normal en el ejercicio de su trabajo o actividad profesional habituales de forma acusada se considera que el perjuicio que sufre equivale al importe de los ingresos correspondientes a dos anualidades. Se presume que la disminución es acusada cuando es igual o superior al treinta y tres por ciento de los ingresos o del rendimiento normal para el trabajo o actividad profesional habitual".

³¹ Informe de ClosinGap 'Coste de oportunidad de la brecha de género en el empleo', elaborado y publicado viernes 6 de marzo por PwC. Según el estudio, la reducción de la jornada es un factor destacado que acrecienta la brecha de género en el empleo con una diferencia de 17 puntos porcentuales en 2018: por cada hombre que trabaja a jornada parcial, hay

Se comprueba en primer lugar, que no se contempla en la norma el lucro cesante derivado de la limitación o disminución de las labores del hogar, cuando estas al ocurrir el siniestro lesivo, se realizaban con reducción parcial de jornada u otra causa acreditada. La dicción del art. 143.1 únicamente tiene en cuenta el lucro cesante, cuando la dedicación a las labores del hogar resulta "exclusiva", pretiriéndose en el caso de una dedicación parcial a dichas labores. lo que puede resultar discriminatorio respecto a otras labores realizadas fuera del marco del hogar, si remuneradas.

En segundo lugar y de forma preponderante, se percibe como discriminatoria la limitación cuantitativa a una sola mensualidad, que se produce en el art. 143.4 LRCSCVM, en casos de dedicación exclusiva a las labores del hogar, de lesionados que quedan sin secuelas o cuando estas no superen los 3 puntos. Esta limitación se torna gravosa, cuando un trabajador del hogar se enfrenta a una lesión larga, pero que se prevé de completa recuperación (pensemos en una rotura de huesos largos de las extremidades o similar, que con un tratamiento médico eficaz, pudiere curar con leves secuelas).

Respecto a estas cuestiones, el *Informe razonado* elaborado por la Comisión de Seguimiento, en su *punto 8.1.42*,³² contiene ya recomendaciones unánimes, para suprimir dichas limitaciones en la próxima reforma del articulado y tablas del Sistema, a fin de evitar que la Ley 35/2015 en materia de trabajo doméstico, pueda adolecer del vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 14 CE, ante una discriminación indirecta por razón de sexo, y recomienda que se lleven a cabo las siguientes modificaciones en materia de lucro cesante en las labores del hogar:

- 8.55 (1) Indicar que también procede la indemnización del lucro cesante en caso de dedicación parcial a las tareas del hogar (art. 143.1 LRCSCVM), algo que ya propuso como buena práctica la GBP en

3,5 mujeres. En cuanto a su presencia en cargos de responsabilidad, tan sólo un 8% de los puestos de presidencia están ocupados por féminas y sólo un 9% de las posiciones de alta dirección.

³² Informe Razonando: 8.1.42. *Propuesta de supresión de las limitaciones relativas a la indemnización del lucro cesante en lesiones temporales en los casos de dedicación a las tareas del hogar, a fin de evitar una posible discriminación indirecta por razón de sexo.*

sus puntos 2:4:1-3³³ y 2:4:1-4.³⁴

- 8.56 (2) *En los casos de dedicación exclusiva a las tareas del hogar, suprimir el límite del mes de indemnización del lucro cesante en caso de curación sin secuelas o con secuelas iguales o inferiores a tres puntos (art. 143.4 LRCSCVM).*

Como acción inmediata, estas dos recomendaciones unánimes aconsejan su atención en una próxima reforma del Sistema, para subsanar una diferencia de trato injustificada entre las víctimas que se dedican a las tareas del hogar a tiempo parcial sin remuneración, respecto a un mismo trabajo parcial realizado por empleados remunerados y por otro lado, para eliminar las limitaciones derivadas del estado secuelar, que no se producen en el caso de un empleado remunerado, al cual se le indemniza todo el lucro cesante previsto en la norma, aunque no le resten secuelas y con indiferencia a su puntuación.

IV.- APORTACIONES QUE REALIZA LA GUIA DE BUENAS PRACTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE AUTOS EN EL CAMPO DE LAS TAREAS DEL HOGAR DE LA UNIDAD FAMILIAR NO REMUNERADAS.

La Guía de Buenas Prácticas (GBP), elaborada por la comisión de Seguimiento viene realizando un esfuerzo muy considerable para clarificar muchos aspectos relacionados con las tareas del hogar y ha sido un instrumento muy útil para la concreción de esta nueva figura legal, pues al ser una aportación novedosa en nuestra legislación, persistió una visión rígida y restrictiva en la aplicación de este supuesto, razón por la cual, la Comisión de Seguimiento hubo de precisar con celeridad y fruto de una labor constante y periódica, el alcance normativo y los requisitos de la justificación resarcitoria de esta novedosa figura.

Esta guía de buenas prácticas, -que está redactada por los mismos expertos que

33 Acuerdos de la Comisión de BP, de 20 de febrero de 2019: 2:4:1-3: "En los supuestos de lesiones temporales el lucro cesante por dedicación total o parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar se aplicará, cuando a causa del accidente exista un perjuicio por pérdida temporal de calidad de vida muy grave, grave o moderado y no se esté percibiendo pensión contributiva por jubilación o incapacidad permanente".

34 Acuerdos de la Comisión de BP, de 20 de febrero de 2019: 2:4:1-4: "En los supuestos de lesiones temporales de lesionados de más de 67 años, se indemnizará el lucro cesante por dedicación total o parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar..."

propusieron la redacción del texto de la ley 35/2015-, cobra especial relieve en una futura reforma del Sistema, cuando precisamente el primer Informe Razonado emitido por la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración del Daño Corporal de la Ley 35/2015, incorpora como primera recomendación unánime, en su Apartado 8.1.1,³⁵ que se incorporen a la ley o a textos normativos de rango inferior, las propuestas de la GBP y en particular, que se incorporen, las indicadas en aquellas recomendaciones unánimes.

Siguiendo al Profesor D. Javier Lopez y Garcia de la Serrana,³⁶ miembro del Comité de Expertos y de la Comisión de Seguimiento, la GBP está basada en los principios de buena regulación para garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Considera a su vez, que las recomendaciones de buenas prácticas gozan del respaldo que les otorga ser el resultado de un proceso participativo en el que interactúan los representantes de todos los sectores implicados y por ello generan un sentido de pertenencia y de auto vinculación.

Pues bien, actualmente la GBP ha propuesto los siguientes criterios interpretativos en la valoración de la indemnización por lucro cesante de las personas dedicadas a las tareas del hogar de la unidad familiar en caso de muerte, secuelas y lesiones temporales, que pasamos a comentar seguida y brevemente, por su estrecha relación con la materia estudiada:

2:4:1-1. La regulación de la indemnización del lucro cesante por dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar responde a lo largo de la ley a los mismos criterios básicos. Por esa razón, la buena práctica requiere.

A) QUE POR DEDICACIÓN A LAS TAREAS DEL HOGAR EN LOS CASOS PREVISTOS DE LOS ARTÍCULOS 84, 131 Y 143.4 LRCSCVM, DEBE ENTENDERSE QUE ES TRABAJO DOMÉSTICO PARA ATENDER LAS NECESIDADES DE LA UNIDAD FAMILIAR TAL COMO LO ENTIENDE EL ART. 60 LRSCVM.

Se clarifica con este apartado de la Guía, cuáles son las unidades familiares que pueden

35 8.1 RECOMENDACIONES POR UNANIMIDAD. 8.1.1. Incorporación a la Ley o a textos normativos de rango inferior de propuestas de la Guía de Buenas Prácticas (GBP)

36 Artículo realizado en el III Foro Aranzadi de responsabilidad civil. Granada 2018 "La guía de buenas prácticas para la aplicación del baremo de autos".

ser objeto de resarcimiento por lucro cesante, como son en primer lugar, aquellas uniones que están integradas en el seno de un matrimonio o en una situación de pareja de hecho estable, con o sin hijos, ascendientes, familiares o allegados convivientes.

También se considera unidad familiar la formada al menos por la convivencia de un ascendiente con un descendiente o la que pudiera existir entre un mínimo de dos hermanos convivientes. Fuera de estos supuestos previstos en el art. 60 LRCSCVM, la guía excluye otras posibles unidades de convivencia, como el formado por uniones no estables, uniones convivenciales entre otros familiares de segundo grado o allegados, así como las personas que viven solas, aunque se ocupen de sus propias tareas del hogar.

Puede plantearse un agravio de las personas que viven solas o en una unidad de convivencia distinta a las unidades familiares reconocidas en el art. 60, en la medida en que las tareas del hogar para las que pudieran quedar incapacitados temporal o de forma permanente, a consecuencia de las lesiones sufridas, quedarían sin compensación alguna, siendo también tareas del hogar no remuneradas que ya no se podrían realizar como antes y que deben ser realizadas en todo caso, con el coste o daño emergente que ello conllevaría.

B) QUE LOS INCREMENTOS PARA UNIDADES FAMILIARES DE MÁS DE DOS PERSONAS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 84.2 Y 131.1.B) LRCSCVM, SE APLICAN TAMBIÉN EN TODOS LOS CASOS DE LESIONES TEMPORALES CON INDEPENDENCIA DE LA EXISTENCIA O NO DE SECUELAS Y DE SU PUNTACIÓN.

A este respecto, la Guía de Buenas Prácticas, parece haber pretendido colmar una laguna legal, en la medida en que este incremento convivencial y de tareas que pueda concurrir en la persona víctima o perjudicada que se dedicaba a las tareas del hogar, habría de surtir los mismos efectos, tanto en secuelas o fallecimiento, como en el caso de las víctimas con lesiones temporales. No obstante se omite en la ley tal previsión para ellas, obviando los “criterios básicos” a los que se acude a lo largo de la ley, y que nos recuerda la GBP.

Entre esos criterios básicos, se encuentra el necesario incremento del multiplicando previsto en el art. 131, debido a la existencia de un “plus” de nuevos integrantes, en unidades familiares de más de dos personas, que se fija en *un diez por ciento* del salario mínimo interprofesional anual *por cada persona* menor de edad, con discapacidad o mayor de sesenta y siete años que conviva con el lesionado en la unidad familiar, sin que ese incremento adicional pueda superar el importe de un *salario mínimo*



interprofesional anual y medio.

Resulta oportuna la instauración y cumplimiento de esta recomendación de buena práctica, para evitar situaciones de indefensión o infra indemnización de este lucro cesante por lesiones temporales de la víctima lesionada o fallecida dedicada a las tareas del hogar, integrante de unidades familiares de más de dos personas.

C) QUE EN LOS CASOS DE LESIONES TEMPORALES CON SECUELAS SUPERIORES A TRES PUNTOS NO EXISTE EL LÍMITE DE LOS TREINTA DÍAS Y TAMBIÉN SE APLICAN LAS REGLAS QUE TIENEN EN CUENTA SIEMPRE LA CANTIDAD DIARIA DE UN SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL ANUAL Y EL TAMAÑO DE LA UNIDAD FAMILIAR PREVISTAS EN EL ART. 131.1 A) Y B) LRCSCVM, SIN NECESIDAD DE QUE EL NÚMERO DE PUNTOS CONDUZCA A UNA INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA O TOTAL.

Ante las divergencias interpretativas que pudieron haber surgido en el caso de la indemnización por lucro cesante derivado de las lesiones temporales, se aclara por la GBP, que en el caso del lesionado que resta con secuelas de más de 3 puntos, en todo caso, - aun a pesar de que no existirá finalmente una incapacidad absoluta o total derivada de dichas secuelas-, se aplicaría como multiplicando un salario mínimo anual con el incremento que corresponda por nuevos integrantes de la unidad familiar ya comentado.

Incide esta buena práctica en la ya vista anteriormente, y nos recuerda que el límite de una mensualidad no es aplicable a secuelas de 4 o más puntos, tenga o no después una incapacidad permanente por aquellas lesiones.

D) QUE LA REGLA RELATIVA A LA DEDICACIÓN PARCIAL EN CASO DE REDUCCIÓN DE JORNADA O DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 131.3 LRCSCVM SE APLICA A TODOS LOS CASOS PREVISTOS EN EL ART. 143.4 LRCSCVM.

Se refiere la GBP, a la regla de “reducción a un tercio”, regla que se concreta en el sistema solo para fallecimiento y secuelas, pero no para el caso de las lesiones temporales. Sería por tanto aplicable también en las lesiones temporales, a una persona con lesiones impeditivas y dedicada de forma parcial a las tareas del hogar, - siempre que a su vez justificase el desempeño de un empleo laboral de horario reducido o realizado a tiempo parcial -, el lucro cesante de un tercio, del que le hubiese correspondido conforme a sus ingresos netos íntegros, en caso de una dedicación exclusiva a dichas tareas. Y todo

ello, bien conforme al art. 143 4, para el caso de lesionado sin secuelas o inferiores a 3 puntos, o bien en atención al art. 131, para el supuesto de lesionados dedicados a las tareas del hogar que restan con secuelas de 4 o más puntos.

Este lucro cesante derivado de la incapacidad temporal para la realización a tiempo parcial de las tareas del hogar, es compatible con el que se derivaría en su caso de la incapacidad para desarrollar su actividad laboral parcial, con base en los ingresos netos acreditados conforme al art- 143 2 y 3 del sistema.

E) EN CASO DE SECUELAS, LA REGLA DEL ART. 131.3 LRCSCVM EN MATERIA DE DEDICACIÓN PARCIAL A LAS TAREAS DEL HOGAR DEBE ENTENDERSE REFERIDA A LOS MISMOS SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE LA JORNADA O DE DESEMPEÑO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL PARA ATENDER LAS NECESIDADES DE LA UNIDAD FAMILIAR.

Nuevamente la Comisión establece una buena práctica, que en realidad pretende salvar otra laguna del sistema, pues si bien en el caso de lucro cesante de víctimas fallecidas con dedicación parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar, el artículo 85, in fine, indica que: “*El mismo criterio se aplicará en todos los casos en que demuestre que desempeñaba un trabajo a tiempo parcial por los mismos motivos*”, esta previsión no se hizo extensible a los casos de víctimas lesionadas que restan con incapacidad para realizar las tareas del hogar de la unidad familiar.

Es precisamente porque la regulación de la indemnización del lucro cesante por dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar responde a lo largo de la ley a los mismos criterios básicos, por lo que no resulta coherente excluir en el lucro cesante por secuelas, lo que se admite expresamente en el lucro cesante por fallecimiento de personas dedicadas parcialmente a las tareas del hogar de la unidad familiar.

2:4:1-2. La duración del perjuicio por lucro cesante por dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar en los supuestos de incapacidad permanente absoluta o total es hasta los 67 años. No obstante, si el lesionado había cumplido los 67 años en el momento del accidente, pero seguía dedicándose a las tareas del hogar de la unidad familiar, sin estar percibiendo pensión contributiva por jubilación o incapacidad permanente, la duración del perjuicio es de dos años.

Contiene la GBP, una previsión muy acertada

para proteger aquellos supuestos en los que a pesar de haber cumplido ya la edad de jubilación de 67 años en el momento del accidente, la persona estaba realizando de forma efectiva dichas tareas del hogar de la unidad familiar al ocurrir el accidente, pero a consecuencia de las lesiones sufridas, le restase una incapacidad de tipo absoluta o total, que se compensaría solo con dos anualidades de 1 SMI anual.

Es gratificante la mera introducción de esta buena práctica, pero no se entiende esta infravaloración temporal del perjuicio, cuando la tasa de esperanza media de vida en España para ambos sexos del año 2021 es de 83,59 años. No se descarta que la edad por sí misma pudiera llegar a ser con el tiempo la causa de la incapacidad para realizar aquellas tareas del hogar, pero mientras eso no sea objeto de prueba expresa, habría que entender que desde que se cumplen los 67 años hasta que llega la edad de 83,59 años, transcurren otros 16,59 años más, durante los cuales, en muchos de ellos, se desarrollarían dichas tareas, tiempo por tanto muy alejado de las dos anualidades que el sistema compensa ahora. Piénsese en aquellas personas que a pesar de su edad, tienen a cargo personas discapacitadas, o continúan al cuidado de sus conyugues o/e hijos enfermos o desvalidos, durante largos años posteriores a la edad de jubilación.

Si por un lado, las lesiones incapacitan a estas personas para realizar dichas tareas, -que tendrían que ser seguramente sustituidas- y por otro lado estadísticamente viviría muchos años más, se comprenderá que dos anualidades de 1 SMI resultan ciertamente irrisorias, pues deja a dicha persona a partir de dos años, y durante el resto de su esperanza de vida, sin atender el lucro cesante que le causaron las lesiones producidas en el accidente y que sería susceptible de acreditar.

2:4:1-3. En los supuestos de lesiones temporales el lucro cesante por dedicación total o parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar se aplicará, cuando a causa del accidente exista un perjuicio por pérdida temporal de calidad de vida muy grave, grave o moderado y no se esté percibiendo pensión contributiva por jubilación o incapacidad permanente.

Aclara en este tema la GBP, que para la aplicación del lucro cesante por lesión temporal a personas dedicadas total o parcialmente a las tareas del hogar de la unidad familiar, las lesiones han de constituir cuando menos un perjuicio de calidad de vida moderado (la incapacidad total para la profesión habitual se considera un perjuicio de este tipo), que le impidiese realizar dichas tareas durante dicho periodo de perjuicio temporal, siempre que

no se percibiesen pensiones contributivas por jubilación o incapacidad permanente.

Parece dejar fuera la Guía, a todas aquellas personas que al sufrir el accidente, se dedican en exclusiva o de forma parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar, y que aun a pesar de estar jubiladas o con incapacidad total para alguna profesión gravosa física o intelectualmente, estuvieran no obstante y de facto, dedicadas a la realización de las esas tareas, como suele ser bastante habitual en la práctica.

2:4:1-4. En los supuestos de lesiones temporales de lesionados de más de 67 años, se indemnizará el lucro cesante por dedicación total o parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar, con el límite establecido en los supuestos de curación sin secuelas o con secuelas iguales o inferiores a tres puntos, salvo que se acredite que el estado de salud de la víctima no le permitía realizar las tareas del hogar antes del accidente.

Se considera buena práctica, indemnizar a esas personas mayores de 67 años, el lucro cesante por lesión temporal, en el límite de una mensualidad del SMI, cuando sus secuelas fueren inferiores a 3 puntos, salvo que se acredite que no podía realizar dichas tareas al sufrir el accidente. Por otra parte, "a sensu contrario" podría entenderse que estas personas mayores de 67 años habrán de ser indemnizadas en todo el lucro cesante temporal, cuando resten con secuelas de 4 puntos o más.

2:4:1-5. La prueba de la dedicación a las tareas domésticas puede llevarse a cabo por todos los medios admitidos en derecho. En todo caso, la buena práctica considera prueba documental suficiente de la dedicación a las tareas domésticas la acreditación de las cuatro circunstancias mencionadas en los apartados a) a d) siguientes a través de la aportación de la documentación que se señala, respectivamente, en cada uno de ellos:

A) NO ESTAR TRABAJANDO EN EL MOMENTO DE PRODUCCIÓN DEL ACCIDENTE, MEDIANTE INFORME DE VIDA LABORAL DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Hemos de pensar, que la buena práctica está referida a no estar trabajando a jornada completa en el momento del accidente, pues en el caso de reducción de jornada o trabajo a tiempo parcial, sí que se resarce según la propia GBP, el lucro cesante derivado de no poder desarrollar la media o parcial jornada laboral y a su vez, se resarce de forma compatible el lucro

cesante por la dedicación parcial a las tareas del hogar de la unidad familiar, como hemos puesto de manifiesto. Por tanto, no se excluye el supuesto de estar trabajando a tiempo parcial, solo se excluye cuando se trabaja a jornada completa, salvando así los casos de lucro cesante por compatibilización oficial de jornada.

B) NO ESTAR INSCRITO COMO DEMANDANTE DE EMPLEO EN LA FECHA DEL ACCIDENTE O ESTAR INSCRITO COMO DESEMPLEADO DE LARGA DURACIÓN (MÁS DE 12 MESES), MEDIANTE CERTIFICADO DEL SEPE.

De igual modo, parecería aconsejable interpretar esta buena práctica, en el sentido de exigir, no estar inscrito como demandante de empleo a jornada completa, pero no cuando el empleo que se demanda es a tiempo parcial o de

jornada reducida, para poder atender las tareas del hogar. Esta interpretación es más acorde con los criterios básicos utilizados a lo largo de la ley y en la propia GBP, para la indemnización del lucro cesante en el campo de la dedicación parcial a las tareas del hogar.

C) NO ESTAR PERCIBIENDO PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR JUBILACIÓN O INCAPACIDAD PERMANENTE, MEDIANTE CERTIFICADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El cumplimiento de este requisito pudiera resultar una carga excesiva para la víctima o perjudicados, en los casos ya descritos de jubilaciones e incapacidades totales que no eran incapacitantes para la dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar al tiempo de sufrir el accidente. Es perfectamente posible en muchos casos, estar jubilado o incapacitado total para la profesión habitual y a su vez continuar dedicado con mayor o menor eficacia, a estas ineludibles tareas, situación que no se contempla adecuadamente por el sistema.

D) LA CONVIVENCIA EN UNA UNIDAD FAMILIAR QUE REÚNA LOS REQUISITOS DEL ART. 60 LRSCVM EN LA QUE PUEDA DESEMPEÑAR TALES TAREAS, MEDIANTE CERTIFICADO DE EMPADRONAMIENTO.

Reafirma esta buena práctica, que la convivencia de una pareja matrimonial o de hecho, con o sin hijos o discapacitados, o de ascendientes con descendientes, o entre hermanos, es un requisito consustancial para el resarcimiento del lucro cesante de la persona dedicada total o parcialmente a las tareas del hogar. Esta unidad familiar se define como tal y en esos términos, en el art. 60 de la LRSCVM, y la justificación del empadronamiento de la víctima o perjudicado con el resto de los integrantes de la unidad familiar, resulta de todo punto razonable para acreditarla, sin perjuicio del resto de pruebas admitidas en derecho..

2:4:1-6. La percepción de las prestaciones contributivas por desempleo, jubilación o incapacidad permanente que correspondan a un trabajo remunerado a tiempo parcial serán compatibles con la indemnización del lucro cesante correspondiente a la dedicación parcial a las tareas del hogar del art. 131.3 LRSCVM.

Parece muy acertada esta previsión de la Guía de Buenas Prácticas, en la medida en que se puede estar en desempleo, jubilación o incapacitado, respecto a un trabajo de jornada parcial o reducida, percibiendo prestaciones por ello, pero eso no englobaría el lucro cesante derivado por las lesiones producidas en el



accidente, en aquellos casos en que existía realmente al tiempo de este, una dedicación parcial a las tareas del hogar.

V.- CONCLUSIONES

Existe una normativa de profundo arraigo, protectora de la igualdad de sexo y laboral, tanto a nivel nacional como internacional. Ahora bien, la desigualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral es una triste realidad estadística, que aumenta cuando entramos en el terreno de las tareas específicas del hogar, que es en definitiva, donde más se pone de manifiesto en la práctica esta desigualdad social, muy especialmente en el campo de la dedicación parcial a dichas tareas. La importancia socioeconómica que conlleva la cotidiana realización de estas funciones, principalmente desarrolladas por el sexo femenino, no es correspondida institucionalmente a través de normas que permitan el reconocimiento sincero y la no discriminación de esta realidad social infravalorada y desprotegida.

Es de justicia reconocer y disfrutar del avance que supuso atender a esta realidad social por el sistema indemnizatorio instaurado con la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, pero también es justo plantear que en particular, y en lo que afecta a este estudio, se constatan limitaciones resarcitorias específicas para estas tareas del hogar de la unidad familiar, que pudieran resultar discriminatorias a efectos del cálculo del lucro cesante. Se han podido identificar y “arrojar luz”, a través de este trabajo, sobre distintos supuestos normativos que incidirían en una discriminación directa sociolaboral e indirecta de género, al establecer limitaciones y discriminar a las personas dedicadas a estas tareas, contraviniendo el marco de igualdad real y efectiva, ya consolidado formalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

No cabe duda alguna de que los integrantes de la Comisión de Expertos constituidos para la elaboración del baremo de autos realizaron un gran esfuerzo de consenso para dar acceso al texto que finalmente, con pequeñas modificaciones fue aprobado. Dicho baremo está a la cabeza de los sistemas resarcitorios, debido a su estructura vertebrada y objetivada. Sin duda es el baremo mejor vertebrado de Europa, pero a su vez, adolece de cierta parquedad en las cuantías y en sus presupuestos resarcitorios respecto a sus homólogos.

El Profesor Dr. Javier Garcia de la Serrana, como miembro de la Comisión de Expertos para la elaboración del Baremo, realizó una gran labor para la incorporación del lucro cesante en el sistema, también a las tareas del hogar. (Su

tesis doctoral sobre lucro cesante³⁷, era la única que se había publicado en España sobre esta controvertida materia, y ese fue el motivo por el que se contó con él, aparte de ser en aquel tiempo, el Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, actualmente su presidente). Ya fue un hito el reconocimiento a nivel general del resarcimiento del lucro cesante, - ante la reticencia jurisprudencial a su admisión -, pero aún más lo fue que se procediese a remunerar el lucro cesante en aquellas personas con dedicación a las tareas del hogar.

No obstante el elogiado consenso y la satisfacción por la aprobación de un texto de tal calado, no estuvo exento de frustraciones para los legítimos intereses de las víctimas y perjudicados, en especial para los dedicados a aquellas tareas, derechos que en buena lógica fueron postergados, por razones de oportunidad legislativa, en favor de la consensuada finalización de un texto del baremo, que ya empezara a fraguarse mucho tiempo antes, en el año 2010.

También, el profesor, D. Mariano Medina Crespo³⁸, integrante como vocal de la Comisión de Expertos, Doctor en Derecho y actual Presidente de honor de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, resume en pocas palabras y en otras muchas, la contradicciones intrínsecas que contiene el baremo aprobado, producidas en relación con el principio de la integridad reparatoria que se predica en diversos apartados de su articulado y por contra, las diversas limitaciones que contiene a dicho principio. Así, escribió: *“La técnica que se adopta no es la del “sí es sí” ni la del “no es no”, sino la del “sí es no”: el “sí pero no”, aunque mitigadamente mitigado”*.

No en vano, también el presidente de la Comisión de Expertos, Miquel Martín Casal, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Gerona ya manifestó tras la aprobación del baremo, que se habían dado algunos pasos importantes, pero que se pudieron haber dado algunos pasos más. No pudo ser fácil entonces lograr un consenso en todas las cuestiones controvertidas, pero al menos se lograron grandes objetivos resarcitorios antes difíciles de plantear, vertebrando y objetivando el sistema.

37 Tesis doctoral: El lucro cesante en los accidentes de circulación. Doctor: Javier Lopez Garcia de la Serrana. Universidad de Granada, 2008. Publicación: Revista de la Asociación Española de Responsabilidad Civil y Seguro.

38 Mariano Medina Crespo. Curso actualización en accidentes de tráfico 2020. Unidad Formativa 1: El sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Estructura y principios que lo informan - Versión 13/10/2020

Este consenso se logró en parte, a costa de una minusvaloración general de las cuantías y mediante la exclusión de algunos supuestos resarcitorios.

No obstante, ha transcurrido un tiempo de vigencia del sistema y es ahora, una vez consolidados en la práctica esos novedosos conceptos resarcitorios y observadas sus vicisitudes y carencias, cuando deben ponerse en marcha, a la vista de la GBP e informe razonado, las reformas necesarias para evitar todas las discriminaciones cualitativas y cuantitativas a este sector de las tareas del hogar.

En este empeño, el trabajo de la Comisión de Seguimiento del Baremo, - realizada a través de las propuestas contenidas en la Guía de Buenas Prácticas y de las recomendaciones del Informe Razonado-, resulta fundamental para ayudar a reducir aquellos obstáculos que estarían impidiendo una igualdad de sexo y laboral efectiva en el sistema; prueba de ello, son los avances significativos que en este sentido están siendo promovidos en su seno respectivo. Estos avances, aconsejan y justifican ahora, tras un tiempo razonable de vigencia transcurrido de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, la decidida y sustancial revisión en reformas sucesivas, de todas las limitaciones discriminatorias existentes en la indemnización del lucro cesante respecto de aquellas personas dedicadas a las tareas del hogar de la unidad familiar, cuyo reconocimiento por el sistema fue inicialmente reconocido pero después limitado y minusvalorado en su origen.

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

- Arroyo Aparicio, Alicia (2014): Discriminación y dependencia económica. Coord.: José A. García-Cruces (Dir.): Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, T. II, Valencia: Tirant lo Blanch, Vol. 2, 2014IS BN 978-84-9053-916-3, .1473-1524.

- Balaguer, M. (2010). Manual de derecho constitucional. Madrid: Tecnos. 45.

- Carmona, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Políticos (nueva época), (84), 265-285. Cerdá, C. (2007).

- Conde-Ruiz, J. I., & Marra de Artiñano, I. (2016). Brechas salariales de Género en España. Madrid: FEDEA.

- García Rubio, María Paz. (2011): La discriminación por razón de sexo en la contratación privada". En García Rubio, María Paz y Valpuesta Fernández, María Rosario (dir.): El Levantamiento del velo: las mujeres en

el Derecho Privado, Valencia: Tirant lo Blanch, pp.1073-1120.

- López y García de la Serrana, Javier. Revista Aseguranza. Septiembre de 2017. El reconocimiento del trabajo dentro del hogar por el nuevo Baremo.

- López y García de la Serrana, Javier. La guía de buenas prácticas para la aplicación del baremo de autos. Artículo realizado en el III Foro Aranzadi de responsabilidad civil. Granada 2018.

- Medina Crespo, Mariano. Puesta al día en reclamaciones por accidentes de tráfico y seguro de defensa jurídica. Edición 2020. Unidad Formativa 1: "El sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Estructura y principios que lo informan" - Versión 13/10/2020. 14.

- Moraga, M. Á. (2006). Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978. Mujer y Constitución en España, (111), 19-42

- Pérez, A. E. (2005). Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

- Pérez Tirado, Jose. Diciembre de 2020. Curso impartido: [Edición 2020/10], Módulo impartido: 7«El lucro cesante en el baremo en supuestos de fallecimiento, secuelas y lesiones temporales» José Pérez Tirado.

- Rodríguez Pacios, Adelina. (1-18). DOI: <http://dx.doi.org/10.18002/cg.v0i5>. Nuevas reflexiones sobre la salud desde la perspectiva de género. Desigualdades de género: en la salud y en la enfermedad.

- Ruiz, R. (2009). El principio de igualdad entre hombre y mujeres. Del ámbito público al ámbito jurídico y familiar. Tesis Doctoral. <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10750/RuizCarbonell.pdf>

- Ugartemendía, J.I. y Bengoetxea, J (2014). Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas. Revista de Trabajo y Seguridad Social, (13), 166-172.

Las cláusulas limitativas de derechos en el contrato de seguro

M^a Angustias López Bermúdez
Abogada

Sumario

I.- TIPOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS APLICABLES: DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS DELIMITADORAS, LIMITATIVAS, LESIVAS Y SORPRESIVAS

II.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DISTINTAS CLÁUSULAS SUSCEPTIBLES DE INCORPORACIÓN

- 2.1 Régimen jurídico de las cláusulas delimitadoras del riesgo
- 2.2 Régimen jurídico de las cláusulas limitativas: requisitos legales para su validez
- 2.3 Cláusulas sorpresivas en el contrato de seguro

III.- ESPECIALIDADES EN LAS REGLAS INTERPRETATIVAS EN MATERIA DE SEGUROS: PRINCIPIO DE NO OPONIBILIDAD A TERCEROS E “INDUBIO PRO ASEGURADO O DAMNATO”

IV.- LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: CONTROL DE INCORPORACIÓN Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN

V.- ESTUDIO SOBRE LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS: EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.

- 5.1 Ámbito de aplicación de la normativa de consumidores y usuarios
- 5.2 Control de contenido o abusividad
- 5.3 El control de transparencia: comprensibilidad real del consumidor

VII.- CONCLUSIONES

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

I.- TIPOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS APLICABLES: DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS DELIMITADORAS, LIMITATIVAS, LESIVAS Y SORPRESIVAS

La categorización de los distintos tipos de cláusulas se convierte en necesario dado el vacío legal de la actual Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS), que debiendo establecer alguna diferenciación mínima entre las cláusulas, censura incluir una definición legal; recae así en los Tribunales la labor de esclarecer cada cláusula mediante la composición de un cuerpo jurisprudencial que nos permita clasificar cada cláusula y conocer su regulación, efectos y consecuencias jurídicas.

Por consiguiente, es de obligado cumplimiento realizar el presente ejercicio a fin de poder establecer una estrategia jurídica adecuada al conflicto planteado tras dar luz a los conceptos jurídicos indeterminados que presenta la Ley de Contrato de Seguro.

En un contrato de seguro son incluidas distintas cláusulas, que en el presente dictamen, serán analizadas y que clasificamos como conflictivas las siguientes: **delimitadoras, limitativas de derechos y lesivas.**

Las **cláusulas lesivas** son aquellas que, o bien son contrarias a la ley y derivan en nulidad en virtud del artículo 3 LCS, o bien sin serlo se encargan de gravar excesivamente al asegurado produciéndose una extralimitación. En cuanto a la lesividad de las cláusulas ha habido actividad reciente en nuestro Alto Tribunal, que con la sentencia núm. 101/2021, de 24 de febrero declara como lesiva una cláusula que limita a 600€ la cobertura en el contrato de seguro de defensa jurídica. Nuestro TS es tajante en cuanto considera que *“la fijación de una cuantía tan reducida que por ridícula haga ilusoria la facultad atribuida de libre elección de los profesionales, equivale en la práctica a vaciar de contenido la propia cobertura que dice ofrecer la póliza”*. Se declara la lesividad con el sustento principal de que se produce una desnaturalización del contrato, pues no es proporcional la cuantía limitada a los costes habituales de defensa jurídica.

En cambio, históricamente, ha sido más conflictiva la **distinción entre cláusulas delimitadoras y limitativas**. La clave es determinar si determinada cláusula concreta describe el riesgo cubierto y cuándo hace una limitación a la cobertura. Por lo tanto, las cláusulas delimitadoras se definen como

aquellas que establecen los límites del riesgo asegurado y determinan la cobertura de la póliza. Mientras que las cláusulas limitativas definen la cobertura restringiendo o modificando derechos del asegurado, que sin existir dicha previsión se presumirían cubiertos. En la discusión jurisprudencial de la frontera entre delimitadora y limitativa surge una nueva situación jurídica: las cláusulas sorprendentes o sorprendentes, que sin importar si a priori se catalogaban como delimitadora o no, si se separan sorprendentemente del contenido natural se asimilan a las cláusulas limitativas y se aplica su régimen jurídico; cuestión que se abordará con más detalle en el próximo apartado.

Continuando con la distinción delimitador-limitativo del clausulado del contrato, en términos del Tribunal Supremo (en adelante TS) con la STS 541/2016, de 14 de septiembre, cuyo contenido es ratificado por el Alto Tribunal en la STS 58/2019, de 29 de enero se define esta controversia:

“[...] 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”.

Aunque es fácil encontrar un concepto teórico en las sentencias de los distintos órganos judiciales, la realidad es que distinguir el tipo de cláusula va a depender del caso concreto y sus circunstancias, quedando así el trabajo de esclarecer la cláusula y su régimen jurídico a Jueces y Tribunales. Es amplia la opinión de que este extremo es así de conflictivo, que necesita un **estudio individualizado para distinguir cláusulas delimitadoras y limitativas**, y ello tiene su reflejo en la jurisprudencia; citamos a modo de ejemplo las siguientes sentencias:

Sentencia 238/2015, de la Audiencia Provincial de Navarra, de 18 de junio

“debe atenderse a las circunstancias concretas de cada caso para determinar si nos encontramos ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado”

Sentencia 715/2013, del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre.

“las fronteras entre ambas no son claras”

Sentencia 273/2016, del Tribunal Supremo, de 22 de abril.

“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 confrontación clásica a la que la jurisprudencia pretende dar luz es la de distinguir las cláusulas limitativas y delimitadoras; por un lado, las aseguradoras defienden que se tratan de cláusulas delimitadoras del objeto del contrato mientras que el asegurado considera que se trata de una cláusula limitativa con las exigencias legales previstas, o incluso que se trata de una cláusula lesiva.

II.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DISTINTAS CLÁUSULAS SUSCEPTIBLES DE INCORPORACIÓN

Dar un concepto teórico puede resultar sencillo, lo difícil es establecer una distinción de cada tipo de cláusula con la casuística que se presenta en la práctica. Para proceder a esclarecer la oscuridad de la cláusula, es de obligado cumplimiento conocer del régimen jurídico de las distintas cláusulas, así como su consideración jurisprudencial que es de vital importancia al dotar de contenido las indeterminaciones u omisiones de la legislación aplicable.

Para esta labor, es necesario destacar que el régimen jurídico de las cláusulas limitativas es distinto al de las delimitadoras, contando las primeras con más exigencias legales previstas en pro de proteger la posición del contratante; de modo que aquí se encuentra el núcleo de la problemática. Régimen diferenciado que analizamos a continuación.

2.1 RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO

El régimen jurídico de las cláusulas delimitadoras es sin duda más beneficioso para la aseguradora, así como flexible, en cuanto no se prevén unas exigencias legales tan rígidas

como para las cláusulas limitativas, pues se considera que la finalidad de la cláusula es distinta y no merece mayor trascendencia en nuestra legislación.

Las cláusulas delimitadoras no tienen una regulación específica dentro de la Ley de Contrato de Seguro, sino que nos encontramos menciones a la delimitación del riesgo en diversos artículos: el artículo 8 indica que forma parte del contenido del contrato la *“Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente”*; en cambio, el artículo 100 regula el concepto de accidente *“Sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el contrato”*. Pero no encontramos un articulado específico que nos detalle un régimen jurídico, por lo que de esta omisión se extrae la consecuencia de que no se imponen requisitos legales específicos para las cláusulas que concreten el riesgo, al contrario de lo previsto para las limitativas.

Debido a la inobservancia legislativa, es necesario recurrir de nuevo a la jurisprudencia para poder esclarecer el régimen jurídico de la delimitación del riesgo, siendo esta otra circunstancia controvertida:

La jurisprudencia más reciente del TS ha considerado que *“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.”*, (haciendo uso de las siguientes sentencias: STS 853/2006, de 11 de septiembre, 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)

También es de aplicación actual la STS 676/2008, de 15 de julio, cuya doctrina es reproducida en múltiples sentencias, que aclaró que: *“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*

¹ Sentencia del Tribunal Supremo 661/2019, de 12 de diciembre.

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”

Lejos de estas disposiciones genéricas se encuentran multitud de sentencias con aspectos fácticos y tipos de contrato de seguro distintos que impiden realizar una conclusión global, simplemente asientan aspectos generales a moldear por los órganos judiciales atendiendo a cada asunto particular. Aunque sí que extraemos la importancia del riesgo en el contrato para determinar su naturaleza, que gira tanto en torno al deber de declaración de aspectos personales para determinar así el contenido del contrato como en el deber de poner en conocimiento del asegurado aquello que constituya el objeto del contrato y sobre el cual presta su consentimiento; en cuanto al riesgo, ello supone que se otorgue la posibilidad de conocer tanto las cláusulas delimitadoras

como las limitativas.²

2.2 REGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS: REQUISITOS LEGALES PARA SU VALIDEZ

La regulación legal de estas cláusulas está prevista en su totalidad en el artículo 3 LCS que suscribe para estas lo siguiente: “Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.”. Impone para su validez el cumplimiento de dos requisitos formales imperativos, debido a que por el contenido y el carácter restrictivo de estas cláusulas, se presume necesario el conocimiento y aceptación consciente del asegurado.

Antes de proceder a analizar los presupuestos legales de las cláusulas limitativas, es necesario hacer dos consideraciones previas relevantes: la primera, que las cláusulas limitativas no podrán tener carácter lesivo para el asegurado pues esta causa derivaría en la nulidad conforme al artículo 3 LCS. La segunda, supone una limitación, en cuanto no todo el

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 71/2017, de 24 de marzo.



contenido o derechos pueden ser limitados, se excluye aquellas cuestiones previstas por una norma con carácter imperativo (en nuestro caso, tiene esta consideración toda la Ley de Contratos de Seguro); queda así como contenido de estas cláusulas aquellas cuestiones que dependan de la “autonomía de la voluntad”.³

Teniendo en cuenta estas consideraciones, procedemos a analizar los requisitos legales del artículo 3 LCS:

1. Necesidad de ser destacadas de forma especial

La literalidad del artículo 3 no nos expone qué mecanismos son válidos para considerar que una cláusula se ha destacado de forma especial. De nuevo, es necesario acudir a la práctica jurídica y a las problemáticas que llegan a un contencioso.

La doctrina en este aspecto se encuentra dividida, por un lado SANCHEZ CALERO⁴ afirma que basta con que se destaquen mediante otro tipo de letra, sean subrayadas u otro procedimiento que tenga el mismo efecto. En cambio, en la posición contraria, PÉREZ SERRABONA⁵ propone que “deben destacarse, separándolas del resto de las generales, aislándolas en la medida de lo posible, del resto de las cláusulas”.

En cuanto a la jurisprudencia, esta ha ido encaminada en la segunda tesis y ha exigido en distintas sentencias la necesidad de que destacarlas no es un mero acto formal, sino un procedimiento encaminado a la correcta formación de la voluntad y consentimiento del firmante en cuanto este va a ver limitados sus derechos de forma artificiosa.

Hacemos en adelante un análisis de las distintas sentencias que consideramos incluyen requisitos no previstos en la escueta regulación del artículo 3, y que son importantes, dada la casuística de la materia, de cara a destacar la invalidez de la cláusula.

La **Sentencia Juzgado Mercantil de Palma de Mallorca N° 2, de 1 de junio de 2016**, hace una

³ Guiasola Paredes, A.: “Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados”, Cuadernos Mercantiles: Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro, 2006

⁴ Ibidem

⁵ Pérez Serrabona, J. L.: El contrato..., cit., pág. 274.

buena síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo más clásica:

“Se trata, en suma, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina científica, de subordinar la validez de las cláusulas limitativas a la doble condición de apreciabilidad externa -con múltiples posibilidades al respecto en la grafía y forma de presentación (tamaño, subrayados, negrita, color, etc.)- y aceptación específica por el asegurado, pues de no darse este requisito, las cláusulas en cuestión no formarían parte del contrato (STS 26 mayo 1989), y merecerán la sanción de nulidad (STS 10 mayo 1988; STS 19 junio 1989).” (FJ 3)

Más reciente es la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 9 de febrero de 2017** en la que se planteaba el supuesto de que la cláusula limitativa (donde se excluía una prestación por incapacidad temporal) se había firmado en un documento aparte anunciado por remisión en las condiciones particulares. Se planteaba así, si extraer del contrato de seguro la cláusula, hacía que esta estuviese destacada de forma especial.

Los motivos de recurso, en esencia, son la infracción del artículo 3 LCS, infracción del artículo 1288 Código Civil donde impone desfavorecer a la parte que ocasione la oscuridad de una cláusula y el principio in dubio pro asegurado.

El TS resuelve a favor de la aseguradora considerando que se cumple el primer requisito del artículo 3 LCS en cuanto *“contribuye la sencillez y claridad de redacción, realizada en un apartado diferenciado y sin ningún tipo de abigarramiento o mezcla de otras exclusiones heterogéneas que pudieran dificultar la lectura y visualización comprensiva del riesgo excluido”*, al encontrarse la cláusula discutida en dicha sentencia destacada en negrita.

2. Necesidad de aceptación por escrito

Este segundo requisito, que al igual que el anterior no está desarrollado legalmente, se presume más sencillo aunque ha sido necesaria la creación de un cuerpo jurisprudencial que lo aclare. Es difícil separar ambos requisitos, en cuanto, para que se cumpla la legalidad estos deben concurrir de forma acumulativa.

La jurisprudencia más reciente y consolidada aboga por la necesidad de la **doble firma** para que la cláusula se entienda aceptada, la cual consiste en que las condiciones generales

deben ser firmadas por un lado, y por otro las condiciones particulares donde se incluyen las cláusulas limitativas.

Por ejemplo, la STS 402/2015, de 14 de julio de 2015, deja claro este extremo cuando se solicita que era necesario que la cláusula limitativa debiera ir firmada individualmente y no con una aceptación genérica para todo el pliego de cláusulas; textualmente deniega esta petición con el siguiente fundamento:

“Respecto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser especialmente aceptadas por escrito, es un requisito que debe concurrir cumulativamente con el anterior (STS de 15 de julio de 2008, RC 1839/2001), por lo que es imprescindible la firma del tomador. Como se ha señalado anteriormente, la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos. La STS de 17 de octubre de 2007 (RC 3398/2000) consideró cumplida esta exigencia cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares y la de 22 de diciembre de 2008 (RC 1555/2003), admitió su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían, debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas. En ningún caso se ha exigido por esta Sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas.” (FJ 3)

Esta doctrina acuñada con el Tribunal Supremo no es aplicable en el supuesto en el que la cláusula se redacta en un documento ajeno al pliego de condiciones generales y particulares, y se hace una remisión a él dentro del mismo contrato; como se menciona en el apartado anterior con la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 9 de febrero de 2017**. Aunque es esta misma sentencia la que considera en su fundamento jurídico segundo que cuando la cláusula limitativa se encuentre incluida en las condiciones generales se produce la aceptación por escrito al incluir encima de la firma la siguiente coletilla: *“el asegurado conoce y acepta las cláusulas limitativas o excluyentes que figuren en la condición segunda del clausulado general”*.

A pesar de lo anterior, hay sentencias contradictorias con lo establecido por el Tribunal Supremo, en este extremo destacamos la del Juzgado Mercantil de Palma de Mallorca Nº 2, de 1 de junio de 2016 que condena a la aseguradora con la siguiente fundamentación:

“Cabe en base a ello introducir el requisito de la doble firma: la primera, relativa al contrato globalmente considerado, y la segunda para cada cláusula limitativa, ya que la exigencia de que dichas cláusulas sean específicamente aceptadas por escrito (art. 3 LCS) es un plus sobre la firma expresiva del consentimiento contractual general.”

El Juez en este caso interpreta que el espíritu de la ley es imponer un requisito especial dado los efectos de una cláusula limitativa en atención a la literalidad artículo 3 LCS, y por ello cada cláusula debe ir firmada de forma individual para plasmar inequívocamente el consentimiento y conocimiento de dicha cláusula concreta.

Como conclusión a los requisitos del artículo 3 LCS desglosados, siempre teniendo en cuenta como elemento la casuística fáctica que puede surgir, la esencia es que la cláusula (sea cual sea el medio) esté destacada y sea identificada sin necesidad de realizar ninguna labor o interpretación extraordinaria; incorporándose esta en las condiciones particulares por la naturaleza de su contenido, y firmadas de forma global por permisión de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo.

Destacan como sentencias estimatorias de las pretensiones del asegurado-perjudicado y declaran que la cláusula es limitativa las siguientes:

Existen sentencias clásicas ajenas a la regulación actual como las sentencias del Tribunal Supremo de fecha de 29 de enero de 1996, de 21 de mayo 1996, de 9 de febrero de 1994, y de 22 de enero de 1999 que ante esta discusión afirmaban que *«decir que la delimitación del riesgo no es un cláusula limitativa no tiene sentido, pues la cláusula repercute en el derecho del asegurado, en cuanto es excluyente del riesgo. No se trata por tanto de una hermenéutica restrictiva, sino de una efectiva exigencia de la Ley para constatar el contenido contractual...»*.

La discusión entre el carácter delimitador o limitativo de la cláusula en cuanto a perjuicio estético tiende a declarar la cláusula como delimitadora, aunque es una cuestión que suele ir aparejada a la limitación de otras coberturas como la invalidez o incapacidad, resolviendo habitualmente a partir del concepto jurisprudencial sin más; es por tanto una cuestión de apreciación de jueces y tribunales.

Como sentencias destacadas a modo de ejemplo en esta materia las siguientes:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 280/2015, de 5 de noviembre revoca la sentencia de primera instancia y rebaja la indemnización de la misma, reconoce indemnización por invalidez pero a la vez que declara que *“No es indemnizable el perjuicio estético, ya sea en forma de cicatrices, deformidades externas o cualquier otro tipo de secuela que hubiera de ser considerada dentro del capítulo de perjuicio estético, del mencionado baremo legal.”* porque en el cláusulas generales del contrato de seguro existen disposiciones especiales en cuanto al perjuicio estético, las cuales considera el tribunal delimitadoras del riesgo en cuanto no se altera el concepto si no que se excluyen de la cobertura.

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 213/2014, de 12 de septiembre trata un accidente de tráfico que deriva en invalidez y un perjuicio estético de 22 puntos; el contrato de seguro vigente incluye una cláusula que delimita la cobertura en caso de incapacidad permanente junto a otras disposiciones que establecen la cobertura por qué conceptos y en qué cantidad, la cual se declara nula en primera instancia, y en apelación se discute si dentro de la póliza se encuentra incluya la incapacidad temporal y el perjuicio estético. La parte actora considera que cabe cobertura de estos daños en cuanto la cláusula que los excluya es limitativa de derechos del asegurado y no cumple los requisitos del artículo 3 LCS. El tribunal interpreta la cláusula según la literalidad del contrato que en las condiciones particulares se hace remisión a las generales y establece que son delimitadoras, y que aquello que no delimiten no es objeto de cobertura: *«las estipulaciones delimitadoras del riesgo que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, determinando los concretos riesgos cubiertos, en qué cuantía dentro de un límite máximo establecido -6.000.000.- #-, el límite temporal y el ámbito espacial (STS del Pleno de 11 de septiembre de 2006, RC 3260/1999, invocada por otras muchas). Es doctrina consolidada que a las estipulaciones delimitadoras del riesgo, frente a las limitativas de derechos, no le son de aplicación las exigencias especiales del art. 3 LCS”.*

Por último, recientemente, el TS se ha manifestado con su sentencia de 22 de marzo de 2021 sobre un seguro que incluía una cláusula donde excluía cobertura cuando la

lluvia excedía más de 40 libros por metro cuadrado durando una hora consecutiva. Hecho controvertido, y habitualmente incorporado por las aseguradoras, que es declarado en esta sentencia como cláusula limitativa en cuanto se excluía “anormalidad” en la lluvia, término que exige que «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».

2.3 CLÁUSULAS SORPRESIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO

El término de cláusula sorpresiva es acuñado por la jurisprudencia actual, sin que se encuentre expresamente regulado en ningún precepto legal, manteniendo en su razonamiento una relación íntima con las cláusulas limitativas y la protección de la Ley de Consumidores y Usuarios con el control de abusividad.

Para otorgar un concepto es necesario expresarse en los mismos términos que el Tribunal Supremo con su sentencia núm. 732/2017 de 2 de marzo: *“las cláusulas sorpresivas son aquellas que delimitan el riesgo de forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual”.*

El propio Tribunal Supremo también afirma en su sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril, que *“hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.”*; En el mismo sentido la STS núm 715/2013, de 25 de noviembre confirma que *“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 STS núm. 82/2012, de 5 de marzo, consideró que *“debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, 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).”.

Es de obligado cumplimiento enlazar las cláusulas sorprendentes con la protección de las expectativas razonables del asegurado. El asegurador para formalizar un contrato de seguro debe tener en cuenta las *“expectativas legítimas y razonables acerca del riesgo asegurado en función de la regulación legal y usual de ese tipo de contrato”*⁶, teniendo además en consideración el contenido normal del contrato sin apartarse de la cobertura propia. En esta dirección se manifiesta también el Tribunal Supremo en su sentencias SSTs de

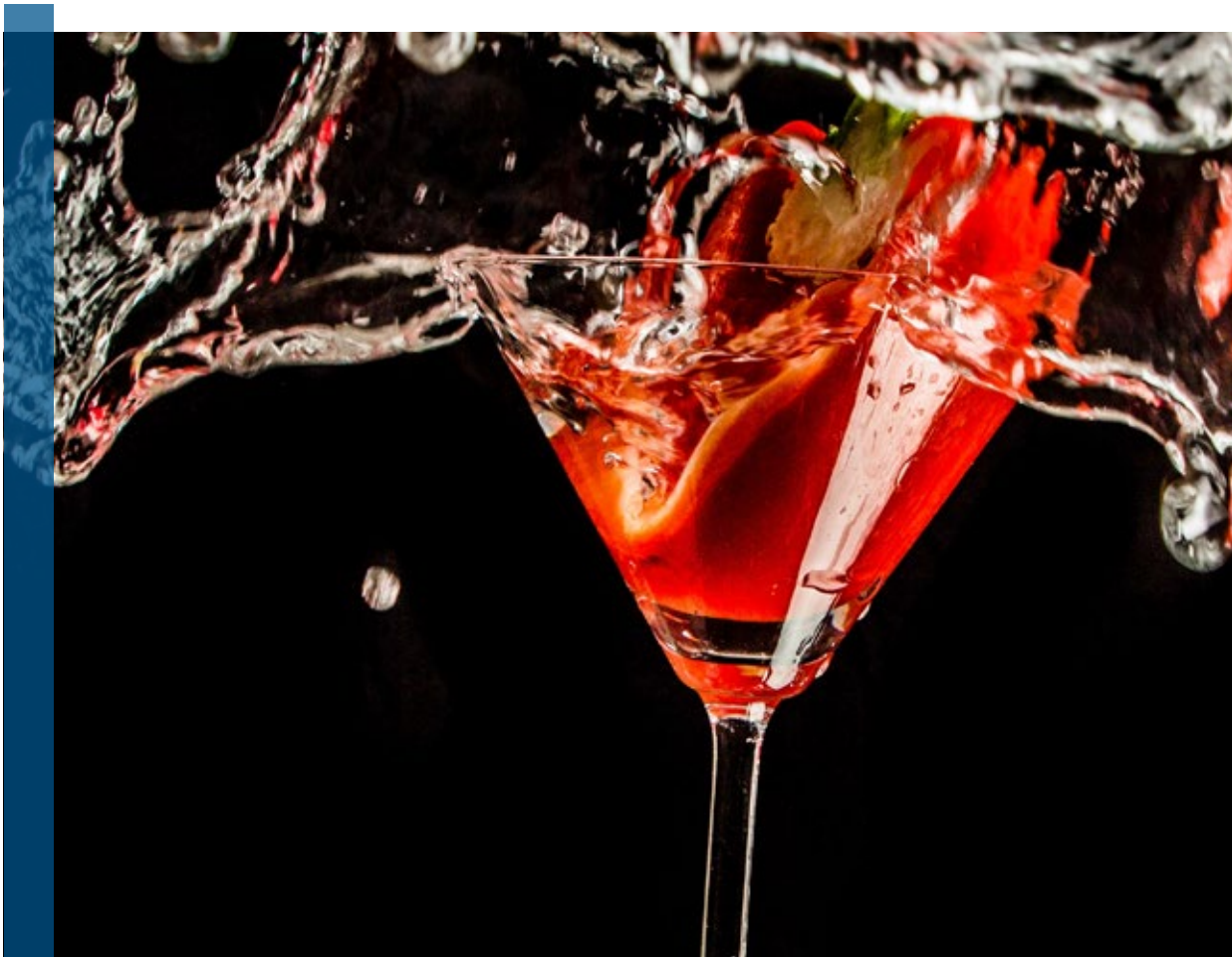
⁶ Miranda Serrano, L.: “Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 761, Mayo 2017. pp.10.

10 de mayo de 2005, de 28 de enero de 2008: *“al identificar el riesgo, lo haga de un modo anormal o inusual, ya sea porque se aparte de la cobertura propia del tipo de contrato de seguro de que se trate (Sentencia de 23 de octubre de 2.002), ya porque introduzca una restricción que haya que entender”.*

Recientemente, el TS ha actualizado su doctrina en cuanto a las cláusulas sorprendentes con su sentencia de 17 de febrero de 2021, en la que se resuelve la discusión entre la naturaleza sorprendente o delimitadora en un contrato de seguro colectivo de vida y falla finalmente que no era aplicable la doctrina de las cláusulas sorprendentes *“per se a todo condicionamiento de seguros, pues hay limitaciones que son inherentes a la propia naturaleza jurídica del seguro contratado”*⁷

En conclusión, considerar que una cláusula es sorprendente supone que se declare la nulidad

⁷ López y García de la Serrana.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021”. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro N° 4/57.



de la misma y su no incorporación al contrato al ser limitativa por sorpresiva, siendo de aplicación el régimen del artículo 3 LCS ya descrito.

III.- ESPECIALIDADES EN LAS REGLAS INTERPRETATIVAS EN MATERIA DE SEGUROS: PRINCIPIO DE NO OPONIBILIDAD A TERCEROS E “INDUBIO PRO ASEGURADO O DAMNATO”

Como a todo contrato, al de seguro le son aplicables las reglas comunes de interpretación establecidas en el artículo 1281 y siguiente del Código Civil; pero dada las especialidades de este tipo de contrato se regulan reglas interpretativas específicas reguladas en el artículo 57 del Código de Comercio que han sido llevadas a efecto por la jurisprudencia haciendo la siguiente síntesis: 1. Siguiendo la interpretación legal y contractual; 2. Realizar una interpretación conjunta y no aislada, con la preferencia de la intención de las partes sobre las palabras, pero entendido ello de un modo general a todos los contratos análogos; 3. Interpretarse de buena fe.

Pero el principio de buena fe tiene una especial importancia si se trata de un contrato de seguro, pues *“se tiene en cuenta la desigual posición económica de las partes para dulcificar una interpretación rigurosa en contra del asegurado y para interpreta en cambio contra el asegurador las cláusulas oscuras [...] Como medio de interpretación se tendrán en cuenta los prospectos publicados por la empresa, la proposición del contrato, las condiciones de otros contratos semejantes pactados por las mismas partes, etc.”*⁸

Considerando estas ideas generales, a continuación se profundizará en dos aspectos interpretativos específicos: el principio de no oponibilidad frente a terceros que sirve como límite a cualquier interpretación sobre la cláusula y el principio in dubio pro asegurado/perjudicado que inclina la balanza a favor de estos en caso de oscuridad o imprecisión interpretativa.

3.1 PRINCIPIO DE NO OPONIBILIDAD A TERCEROS DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

Las reglas de interpretación de los contratos mencionadas son esenciales y deben tenerse en

cuenta en el momento de plantear un pleito, tanto para beneficiarnos de ellas como para ponderar si no es aplicable. Se pretende dar solución a dos inquietudes habituales:

En primer lugar, de los **daños sufridos por terceros** se presume la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones personales que rijan entre asegurador y asegurado, ya procedan de la ley como de la voluntad de las partes.

Como cuestión previa, es necesario aclarar que el artículo 76 LCS recoge la denominada “acción directa” contra la aseguradora, para que en vía independiente a la del asegurado reclame los daños propios sufridos. Este artículo impone que la acción directa *“es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado”*, es decir, si las partes firman una cláusula limitativa esta sería una excepción personal, y únicamente cabe oponer por parte de la aseguradora las denominadas excepciones objetivas. En cambio si la cláusula es delimitadora, y por tanto no sujeta a las exigencias del artículo 3 LCS, al delimitar el riesgo como elemento esencial del contrato, estas cláusulas pueden ser oponibles al tercero en cuanto ponen los límites de la responsabilidad del asegurador.

La jurisprudencia ha sido clara en este extremo y destaca con la **sentencia del TS 1221/2006, de 22 de noviembre**, citada reiteradamente en otras sentencias, que ataja sin lugar a dudas que *“la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (art. 76 de la Ley) hay que referirla a las excepciones personales, que el primero albergue contra el segundo, y no a aquéllas eminentemente objetivas, emanadas de la Ley o de la voluntad accionada de las partes, dentro de cuyos límites queda el asegurador obligado a indemnizar al perjudicado.”*

Por tanto, la inoponibilidad de la cláusula de limitación de la indemnización de cualquier riesgo cuando el asunto sea controvertido dependerá de si se declara judicialmente la cláusula como limitativa y se procede a su nulidad.

En segundo lugar, al hilo de la inoponibilidad cabe recordar que la aseguradora tiene reconocido una facultad de repetición contra el asegurador, que no queda absolutamente blindado de responsabilidad por su contrato

⁸ Sentencia 549/2018, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de julio

de seguro, en el caso que su aseguradora haga efectiva su cobertura frente a un tercero. Se regula en el artículo 10 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 adelante LRCSCVM) que establece que *“una vez efectuado el pago de la indemnización”* cabe repetir contra el asegurado, pero únicamente si se producen unas causas tasadas en este mismo artículo:

1. el daño causado fuese debido a la conducta dolosa
2. la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas
3. En cualquier otro supuesto que proceda según la ley

3.2 INDUBIO PRO ASEGURADO E INDUBIO PRO DAMNATO

En el tema que nos ocupa nos encontramos en la dicotomía de distinguir si estamos ante una cláusula limitativa o delimitadora, y ello plantea la duda de si esta dificultad de interpretación permite la **aplicación del principio in dubio pro asegurado o damnato** que resulta muy beneficioso para el asegurado o perjudicado, y que tiene su reflejo en el artículo 80.2 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TR-LGDCU) así como en el artículo 6.1 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y el artículo 1288 del Código civil).

El principio in dubio pro asegurado, según la jurisprudencia, se define como *«el principio con arreglo al cual los supuestos de duda en el contrato de seguro deben ser resueltos a favor del asegurado»*⁹. Por otra parte, el principio in dubio pro damnato (perjudicado) *“constituye una secuela del principio de reparación íntegra del daño en que se fundamenta nuestro sistema de responsabilidad civil, que igualmente aconseja inclinarse por la opción más favorable al resarcimiento cuando existen dudas sobre el alcance de un precepto legal en el que se regula*

la procedencia o la cuantía de la reparación”.¹⁰

Apelar a estos principios en supuestos donde hay dificultad para distinguir la tipología de la cláusula es muy común, aunque es necesario advertir que es un argumento desestimado habitualmente por los tribunales; todo ello se debe a la construcción jurisprudencial que se ha formado en torno a estos principios.

La jurisprudencia consolidada actualmente, de la que destaca la sentencia 347/2009 de la Sala del TS de 18 mayo, limita la aplicación de este principio en los casos donde *“el clausulado de la póliza admite diversas interpretaciones y no puede concretarse la procedencia de ninguna de ellas”*. Aunque el TS en esta misma sentencia establece una excepción a la aplicación del principio in dubio pro asegurado/perjudicado y considera que *“no es aplicable en los casos en los cuales no es necesario resolver entre dos interpretaciones dudosas de una cláusula contractual, sino proceder a la concreción de un concepto jurídico establecido en con carácter indeterminado”*; sentencia que asienta criterio y es acogido por diversos Juzgados y Audiencias

En consecuencia, si el juzgado o tribunal debe aclarar la naturaleza de la cláusula entre su carácter delimitador o limitativo, es probable que se rechace este argumento en vía judicial. Aunque sí es cierto que la excepción que establece el TS no constituye jurisprudencia en cuanto no constan otras sentencias propias que recojan dicho criterio.

IV.- LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: CONTROL DE INCORPORACIÓN Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN.

A tenor de la literalidad del artículo 1 LCGC se considera condiciones generales de la contratación toda cláusula que sea predispuesta por una parte (denominada predisponente) e impuesta a la otra (denominada adherente), y que se incorporan a una pluralidad de contratos semejantes. Del concepto se excluye por tanto el elemento de la negociación, el adherente no ha tenido posibilidad de influir en el contenido del contrato sino que tiene que aceptarlo en bloque si pretende contratar. Según nuestra jurisprudencia, en relación a las cláusulas suelo, manifestó que una cláusula se considera negociada cuando *“se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas*

⁹ Sentencia 347/2009, del Tribunal Supremo, de 18 de mayo. FJ 7º.

¹⁰ Ibidem

que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario¹¹, por lo que es necesario influir en la redacción de la cláusula y acoger las exigencias del adherente.

La imposición de las condiciones generales de la contratación no afecta a los denominados “elementos esenciales” del contrato, que son el precio, el bien o servicio y la contraprestación; que en el supuesto de un contrato de seguro serán los elementos personales (asegurador y tomador), los formales (la póliza y la entrega de la misma) y los reales (el riesgo asegurado que determina la cobertura).

Con esta consideración previa se puede confirmar que es aplicable la normativa de las condiciones generales de la contratación, con los controles que establece, al clausulado de los contratos de seguro. Pero para hacer dicha afirmación hay que salvar el contenido del artículo 4 LCGC que establece que **“Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que [...] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.”**;

con una lectura preliminar parece que excluye la aplicabilidad de la LCGC por causa de la LCS, pero haciendo una interpretación coherente la LCGC es aplicable a todos los contratos donde se incluyan condiciones generales de la contratación e incluye un régimen jurídico más amplio que los escuetos requisitos del artículo 3 LCS. A su vez la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece en su “preámbulo” lo siguiente:

“en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, 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, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”¹²

Con ello podemos delimitar que el régimen jurídico de la LCGC sólo es aplicable a las condiciones limitativas, que por su naturaleza

¹¹ Sentencia 2207/2015, del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2015. FJ séptimo.

¹² Considerando 19 del Preámbulo de la Directiva 93/12/CEE



son ajenas a los elementos esenciales del contrato, y ello conlleva también la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios que analizaremos en el apartado siguiente; pues si cabe valorar la abusividad de una cláusula se presupone que esta se considera como una condición general de la contratación sometida a la LCGC.

La ley de LGC establece una protección muy débil al adherente y no supone un gran argumento a favor *per se*, aunque sí se recurre habitualmente a las disposiciones de esta ley. La protección se concreta con la regulación de dos formas de control:

1. Los denominados “requisitos de incorporación” regulados en el artículo 5 y 7 LCGC
2. Las reglas especiales de interpretación reguladas en el artículo 6 LCGC

Los **requisitos de incorporación** son puramente formales, que de no cumplirse se considera que la cláusula no se ha llegado a incorporar:

El primer requisito se regula en el artículo 5.4 LCGC y están referidos a la redacción de la cláusula: *“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”*; en cuanto a la claridad es necesario especificar que se refiere a la legibilidad o no por razones puramente físicas, como pudiera ser el tamaño de letra o documento degradado...etc. Un motivo poco alegable en la actualidad tras el avance jurisprudencial en la materia por los conflictos con la contratación bancaria de los últimos años.

El segundo requisito es la puesta a disposición de las condiciones generales de la contratación, que para los contratos formalizados por escrito como es el contrato de seguro, tiene que hacerse la entrega del documento donde se incluyen las condiciones generales, que sea firmado y que en el documento se haga referencia a que se incluyen dichas condiciones generales de la contratación.

En cuanto a las **reglas de interpretación**, estas se concretan en dos: en primer lugar, la regla de prevalencia (art. 6.1 LCGC) de las condiciones particulares frente a las generales cuando existe una contradicción; y en segunda instancia la regla de interpretar las dudas generadas sobre la cláusula en el sentido más

favorable al adherente. Este último requisito va en la línea del principio *in dubio pro asegurado* desarrollado anteriormente con las especialidades del contrato de seguro, donde la finalidad no es únicamente la prevalencia de unas cláusulas u otras si no que prima la protección del adherente con la aplicación de la condición más beneficiosa.

La consecuencia de no apreciar los requisitos de incorporación en el proceso de formalización del contrato de seguro supondría de igual manera la nulidad de la cláusula afecta conforme al artículo 10 LCGC, la cláusula no se considera incorporada y el vacío se integrará por declaración judicial con lo que establezca el artículo 1258 CC y las disposiciones específicas de interpretación que se contengan en el contrato. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.¹³

Sin embargo, las consecuencias establecidas por la LCGC en cuanto a la integración del vacío no serán de aplicación si el asegurado tiene la consideración de consumidor, cuestión que altera el régimen jurídico y lo complementa de la forma que se analiza en el apartado siguiente.

V.- ESTUDIO SOBRE LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS: EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.

5.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La normativa de consumidores regulada actualmente con el TR-LGDCU también forma parte del régimen jurídico aplicable en la presente problemática, en cuanto su aplicabilidad en materia de seguros es admitida y normalizada por la Directiva 93/13/CEE del Consejo para las cláusulas limitativas y por la jurisprudencia actual. Se puede destacar a modo de ejemplo la sentencia 661/2019, del Tribunal supremo, de 12 de diciembre que reconoce que con carácter general *“conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro”*.

¹³ Artículo 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

La LGDCU sirve de complemento a lo referenciado sobre las condiciones generales de la contratación aportado una protección mayor. La estrategia jurídica a seguir para alegar la aplicación de la normativa es consumidores deberá ser negar el carácter delimitador de la cláusula, y fundamentar que supone una cláusula limitativa por su naturaleza, forma de incorporación al contrato, expectativas razonables del asegurado...etc

El asegurado/perjudicado tiene la consideración de consumidor a efectos de la norma, en cuanto *“son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*¹⁴. El consumidor cuenta con una protección especial en cuanto al verse negado de la negociación es considerado como la parte débil del contrato a causa de la predisposición de las cláusulas que le afectan junto a la respectiva asimetría informativa frente al asegurador.

La LGDCU recoge dos tipos de control: el denominado control de contenido o abusividad y un control de transparencia adicional que se detallan a continuación.

5.2 CONTROL DE CONTENIDO O ABUSIVIDAD

El artículo 82 LGDCU recoge el concepto de cláusula abusiva alegando que son *“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”*.

La definición legal es ambigua en cuanto a sus términos y necesita de un estudio de claridad para ajustarlo a la materia que nos compete; labor que ha venido realizando la jurisprudencia constituyendo una amplia base teórico-práctica para dotar de contenido a los conceptos indeterminados de “buena fe” y “desequilibrio importante”.

La “buena fe” es entendida como una *regla de conducta, como un deber de tratar de manera leal y equitativa, en definitiva un deber*

*de no aprovecharse de la posición de dominio que le viene conferida por la predisposición.*¹⁵ Este deber implica que el predisponente tenga en consideración los intereses de la otra parte, en concreto las expectativas de cobertura, haciendo un balance global atendiendo a todo el contrato de seguro que permita la equitativa distribución de los derechos y obligaciones. Pero como dijo el Tribunal Supremo con la sentencia 241/2013 de 9 de mayo, no cabe limitar la buena fe a una esfera subjetiva si no que es necesario *“proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone, son aceptables en un mercado libre y abastecido”*.

En cambio en el término de “desequilibrio importante” subyace la idea de la justificación, la eventual declaración de abusividad de la cláusula dependerá de los motivos que sustenten el desequilibrio; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 26 de enero de 2017 nos ofreció pistas para interpretar la posible abusividad de una cláusula al considerar que *“deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.”*. Si en el contrato de seguro no se producen exclusiones expresas, atendiendo al alcance de los daños reconocidos como indemnizables en el actual baremo de Tráfico, es razonable considerar que son daños reconocidos y cubiertos.

Al hilo de ello la STJUE de 16 de enero de 2014 precisó que *“para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación”,* sino que es necesario ir más allá pudiendo *“resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, [...] ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista*

¹⁴ Artículo 3 de la 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

¹⁵ Román Llamosi, S.: “El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con consumidores y usuarios”. Revista de Derecho vLex - Núm. 198, Noviembre 2020

por las normas nacionales.”.

Lo anterior debe interpretarse con las exigencias del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE transpuestas en el artículo 82.3 LGDCU en cuanto *“el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.”.*

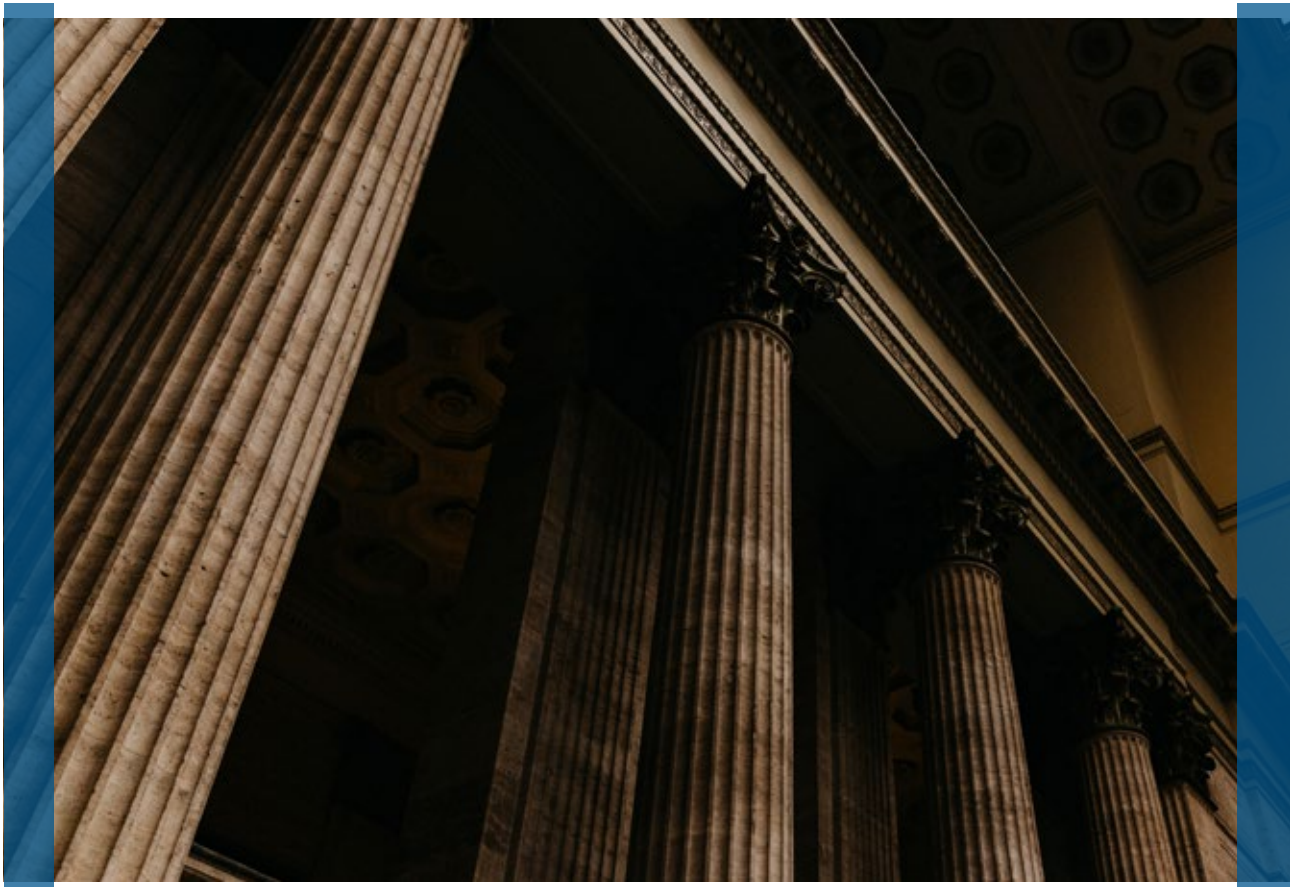
En cuanto a las consecuencias jurídicas de la declaración de abusividad son la nulidad de pleno derecho, considerándolas no puestas, con la subsistencia del resto del contrato cuando ello sea posible por exigencia legal del artículo 83 LGDCU. Las consecuencias han sido puestas en valor por la jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha declarado en torno a la nulidad que *“el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación*

de la cláusula abusiva (STS número 367/2017, de 8 de junio, Tol 6157454).”.

5.3 EL CONTROL DE TRANSPARENCIA: COMPENSIBILIDAD REAL DEL CONSUMIDOR

El segundo control de transparencia que establece el texto normativo de consumidores y usuarios va más allá que las previsiones previstas en la LCGC, que cuya observancia se refiere exclusivamente a un control formal de incorporación. En cambio el artículo 80.1 LGDCU se refiere a las cláusulas no negociadas, para las cuales establece como exigencia los siguientes requisitos: concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; accesibilidad y legibilidad (con la imposición de una letra superior a 1,5 mm); y buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Rige en la materia tanto un control formal y como un control material de incorporación, distinción que surge con la STS (Pleno) 241/2013, de 9 de mayo, en relación a la abusividad de las cláusulas suelo; en esta relevante sentencia el Alto Tribunal exige que el consumidor sea informado de las condiciones que le afectan



para llegar a una «*comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato*». No basta entonces con que una cláusula sea clara y comprensible para que sea transparente, si no que el consumidor debe de conocer la existencia de tal cláusula, sus efectos y la relevancia de esta en el contrato. La comprensibilidad debe ser real, conocer tanto la carga económica como la jurídica, teniendo en cuenta que siempre nos referimos al conocimiento propio de un consumidor medio.

Aunque teóricamente cabe la aplicación de toda la LGDCU junto a la jurisprudencia que la desarrolla, y a pesar de que es un recurso comúnmente alegado, no se encuentra con facilidad manifestaciones expresas de los tribunales en materia de seguros, siendo en muchas ocasiones un argumento que acompaña de forma subyacente al argumento principal, en otras ocasiones descartado en vía de recurso y en otras muchas es un elemento secundario; el núcleo de las sentencias es comúnmente la declaración de nulidad alegando el incumplimiento de las exigencias del artículo 3 LCS. Como añadido al referido artículo 3 se acompaña alegaciones referidas a alguna protección extraordinaria de la LGDCU, lo más común es alegar el artículo 82 LGDCU referente a la buena fe o al desequilibrio entre las partes, así como los requisitos de incorporación del artículo 80.1, todo ello junto a la regla interpretativa más favorable al consumidor del artículo 80.2; aunque como se ha dejado claro no es un argumento que tenga una gran cabida en la jurisprudencia actual como para ser el fundamento jurídico principal.

Un ejemplo clarificador de la posición habitual de los Jueces y Tribunales es la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 185/2014 de 27 mayo que resuelve recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 7, en la que el demandante interpone demanda de nulidad por la abusividad de una cláusula alegando además su condición de limitativa: *“Ahora bien, el carácter limitativo de la cláusula no determina, en absoluto, que sea nula, de acuerdo con lo dispuesto en [...] hoy, artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)*, ni conforme a lo establecido en el apartado 14º de la disposición adicional primera de aquella Ley (hoy, artículo 86 del TRLGDCU)”. Y aun reconociendo la aplicabilidad de la normativa de consumo, resuelve aplicando el artículo 3 LCS porque lo considera *“La cuestión nuclear sobre la que discrepan las partes es si la condición general es una cláusula limitativa de los derechos del*

asegurado o, por el contrario, si es delimitadora del riesgo”.

VII.- CONCLUSIONES

Con el estudio realizado de la previsión legal y jurisprudencial de las cláusulas limitativas y su diferenciación en cuanto a régimen y consecuencias de las cláusulas sorpresivas, lesivas y delimitadoras nos permite extraer una serie de conclusiones de la práctica jurídica.

Se ha pretendido esclarecer una materia que, a pesar de la gran producción de sentencias sobre la misma, es muy conflictiva. Es necesario partir de la base de que es una problemática muy casuística, la actual ley de contrato de seguro hace mención a las cláusulas limitativas y a la lesividad de las condiciones generales sin demasiada extensión, en cambio no se regula expresamente ni concepto ni contenido de las cláusulas delimitadoras, lesivas o sorpresivas, que de hecho son una construcción jurisprudencial. Nos encontramos así con conceptos jurídicos indeterminados que no favorecen a una materia en la que el fallo de una sentencia estimatoria o desestimatoria dependerá de los hechos que se produzcan y sobre la literalidad de una cláusula concreta redactada particularmente por cada aseguradora. Todo ello debiéndose armonizar con la legislación vigente para las condiciones generales de la contratación y la normativa de consumidores cuando el asegurado tenga tal condición.

El artículo 3 LCS impone que la cláusula sea destacada de forma especial y que sea firmada específicamente. Atendiendo a la literalidad deben apreciarse técnicas que hagan resaltar la cláusula, junto a la aceptación por escrito. La finalidad de la ley, y de los múltiples pronunciamientos judiciales, es que se produzca el conocimiento consciente de la existencia de la cláusula con sus correspondientes consecuencias jurídicas y económicas. Requisitos que deben completarse con la protección propia de un consumidor, en cuanto al control de transparencia, y con los requisitos de incorporación de toda condición general de la contratación.

La jurisprudencia ha sido vital para delimitar la naturaleza de las cláusulas, y por consiguiente fijar su régimen jurídico. Nuestro Tribunal Supremo ha actualizado su doctrina con las recientes sentencias ya descritas, clarificando la distinción clásica de los distintos tipos de cláusulas. Las denominadas cláusulas sorpresivas, en la práctica terminan juzgándose

como una cláusula limitativa más, sin tener en consideración especial la denominación que le den las partes a dicha cláusula; el Tribunal Supremo afirma con claridad que se podrán declarar como limitativas aquellas cláusulas delimitadoras del riesgo que son contradictorias a las condiciones particulares o fijan una delimitación infrecuente e inusual, e incluso afirma que no podrá ser limitadora aquella cláusula que entre en contradicción con las condiciones particulares en su sentencia 676/2008, de 15 de julio. Lo importante de catalogar la cláusula como “sorpresa o sorprendente” no es solo dotarla de un concepto o distinguirla de las demás, si no el régimen jurídico que adopta. Independientemente de si se cataloga inicialmente como delimitadora del riesgo y se blinda de cualquier control, la jurisprudencia ha admitido que la delimitación sorprendente de los derechos del asegurado conlleva la asimilación de la misma como limitativa de derechos, y le es de aplicación el artículo 3 LCS con todos sus requisitos.

Para concluir es imprescindible destacar la reciente actividad jurisprudencial en la materia, encaminada a favorecer la interpretación y la transparencia de las cláusulas en los contratos de seguro que se presta esencial. Las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021 junto a la sentencia de 17 de febrero 2021 son el claro ejemplo de la evolución doctrinal a priori más restrictiva a apreciar el carácter limitativo o lesivo, y encamina la jurisprudencia a un régimen más simplificado y transparente demandado por la práctica jurídica actual. En las referidas sentencias nuestro Alto Tribunal armoniza el régimen jurídico disperso y la ingente producción jurisprudencial, nos lleva a considerar que en los contratos de seguro con consumidores se debe realizar un triple control de las cláusulas limitativas (control de incorporación, de transparencia y de contenido)¹⁶; con consideración especial en la naturaleza del contrato y las expectativas razonables del consumidor a efectos de cobertura.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

Guiasola Paredes, A.: “Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados”, *Cuadernos Mercantiles: Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, 2006

Guiasola Paredes, A.: “Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto”, *Cuadernos Mercantiles: Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, 2006

Miranda Serrano, L.: “Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, Mayo 2017. pp.10.

Román Llamosi, S.: “El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con consumidores y usuarios”. *Revista de Derecho vLex*, Núm. 198, Noviembre 2020

López y García de la Serrana, J.: “40 años de la ley de contrato de seguro”. *Revista Economist&Jurist*, núm 243, Septiembre 2020.

López y García de la Serrana, J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021”. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro* Nº 4/57.

López y García de la Serrana, J.: “Seguro de accidentes. Infracción del artículo 3 de la LCS al insertar una cláusula limitativa de derechos en las condiciones generales, aunque se remita a ellas en las condiciones particulares”. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm 56, Mayo 2020

Pérez Serrabona, J.L., (1993). *El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales*, España: Editorial Comares

Pérez Serrabona, F.J., (2020). *El contrato de seguro*. En Pérez Serrabona, J.L (Coord.), *España: Títulos Valores y contratación mercantil* (pp. 227.262). Editorial Técnica AVICAM.

Palomar Olmeda, A (2021). *Practicum ejercicio de la abogacía*. Editorial Thomson Reuters.

¹⁶ López y García de la Serrana, J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021”. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro* Nº 4/57.

El consentimiento informado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual médico-sanitaria

Clara Muñoz Moya
Abogada

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN

II.- CUESTION PROCESAL PREVIA

III.- RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

3.1 Concepto y finalidad de la responsabilidad civil

3.2 Diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual

IV.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

4.1 Concepto

4.2. Responsables

4.2.1 Responsable de facilitar la información

4.2.2 Responsable de recabar el consentimiento

4.3 Titular del derecho a la información

4.3.1 En caso de menores

4.3.2 En caso de incapaces

4.4 Contenido

4.5 Forma

4.6 Momento

V.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

5.1 Daño

5.1.1 Daño físico

5.1.2 Daño moral

5.2 Relación de causalidad

5.3 Culpa o negligencia.

5.4 Tiempo para ejercitar la acción

VI.- FRENTE A QUIEN HA DE EJERCERSE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

VII.- CONCLUSIONES

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

IX.- LEGISLACIÓN

X.- JURISPRUDENCIA CONSULTADA

I.- INTRODUCCIÓN

En nuestros días el derecho a la información y a no sufrir injerencias indeseadas se han convertido en una de las bases que nos permite decidir, con conocimiento, sobre aquellos aspectos que puedan tener relevancia en nuestras vidas. En el ámbito de la medicina estos derechos tan importantes se han materializado en lo que se llama el consentimiento informado, el cual ha encontrado amparo en el Artículo 15 de nuestra Constitución. De este modo, cualquier omisión informativa se ha convertido en causa habitual y bastante para sostener una reclamación a consecuencia de la actuación médico-sanitaria de que se trate, ya sea en su modalidad contractual como extracontractual. Y es que, poco a poco se ha ido abandonado el paternalismo que venía marcando la relación médico-paciente para dar cada vez más fuerza al derecho a la autonomía del mismo. A sustentar este derecho ha venido el derecho a la información asistencial como base del consiguiente consentimiento informado, objeto de este trabajo. Como podemos intuir el consentimiento informado consiste en el derecho de todo paciente a tolerar una intervención médica cuando ha podido valorar, tras recibir la información asistencial, todos los beneficios y perjuicios a los que se aventura.

Sin embargo, como veremos, la violación de la obligación de información desde la perspectiva de la responsabilidad civil presenta aspectos problemáticos. Los más relevantes son respecto al daño indemnizable y a la relación de causalidad. Y ello, porque los casos más judicializados son aquellos en los que se han producido un resultado lesivo sin que pueda hacerse ningún reproche a la actuación técnica de los profesionales mas que la falta de información o consentimiento informado.

En este trabajo vamos a tratar de dar luz a los aspectos más importantes de este consentimiento informado y cómo de él pueden derivarse reclamaciones por responsabilidad civil extracontractual.

II.- CUESTION PROCESAL PREVIA

En nuestro ordenamiento ha existido una pugna entre diversos ordenes jurisdiccionales por el conocimiento de las reclamaciones derivadas de responsabilidad por los daños sufridos a consecuencia de la asistencia sanitaria. Entre ellas, a parte del orden penal, se encontraban los órdenes contencioso-administrativo, social y civil.

En primer lugar es preciso hacer referencia al orden penal. Esta jurisdicción goza de carácter preferente lo que hace que no se planteen problemas al respecto, y ello por lo contenido en los Arts. 10.2 y 44 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (LOPJ) que son del siguiente tenor literal.

Artículo 10.2

“No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.”¹

Artículo 44.

“El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional.”²

Con respecto al orden social, hubo un tiempo en el que se defendió la legitimidad de este orden para conocer de estas reclamaciones. Entre otras, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991, en su fundamento jurídico primero, argumenta de forma textual:

“[...]«que aun reconociendo la categoría general unitaria del orden civil, la solución que atribuye la competencia a este orden, resulta muy forzada y tiene difícil cabida cuando sobre la Entidad Gestora recae la responsabilidad de hacer efectiva la prestación -art. 23.1 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1974\1482 y NDL 27361)- que lleva a cabo la asistencia sanitaria con el propósito de restablecer la salud, art. 98 de la Ley citada», de ahí que, «exigir las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, como exigir la prestación misma o pedir el reintegro de los gastos ocasionados, en los casos reglamentariamente autorizados por la utilización de los servicios ajenos a la Seguridad Social (art. 102 de la Ley) no puede fundarse en la existencia de una culpa extracontractual, sino en el desarrollo mismo de la acción protectora del sistema de la S. Social». Si las razones hasta ahora expuestas,

¹Art. 10.2 de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

²Art. 44 de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

abogan a favor del conocimiento por este orden jurisdiccional social de la materia controvertida, por constituir la misma un momento de la acción protectora de la S. Social a la que tienen acceso y derecho sus beneficiarios y ser por ende «un pleito sobre seguridad social» como rezaba el apartado cuarto del artículo 1.º de la precedente Ley de Procedimiento Laboral o «una cuestión litigiosa en materia de S. Social», como previene el apartado b) del art. 2.º de la Ley actual de Procedimiento Laboral (RCL 1990\922 y 1049) y que el apartado quinto del art. 9.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 1975-85, 8375) atribuye a los Tribunales y Juzgados del orden jurisdiccional laboral, son por ello mismo razones también valederas para que esta competencia prevalezca frente a la jurisdicción contencioso-administrativa, pese a que en el litigio se trate, como se verá, de una responsabilidad patrimonial de carácter objetivo de la S. Social, pues la competencia que en principio podría atribuir a este orden jurisdiccional el artículo primero de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que el motivo invoca, viene excluida en el apartado a) de su artículo segundo al prevenir que no corresponden a esta jurisdicción «las cuestiones que aun relacionadas con actos de la Administración Pública se atribuyan por una Ley a la Jurisdicción Social». Tampoco el apartado b) del art. 3.º de la Ley últimamente citada y el art. 40 de la Ley del Régimen J. de la A. del Estado, preceptos a los que el recurso se acoge, invalidan lo argumentado. Pues aunque el primer precepto atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad pública» esta exclusividad de dicha jurisdicción para conocer de la citada materia, fue reflejo del art. 128 de la Ley de E. Forzosa (RCL 1954\1848 y NDL 12531), pero posteriormente ha sido quebrada por el art. 41 de la Ley de R. Jurídico de la A. del Estado que atribuye a los Tribunales ordinarios el conocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado cuando éste actúe en relaciones de derecho privado. Precepto que ha sido interpretado por esta Sala en sentencias de 23 de septiembre de 1985 y 6 de octubre de 1989, que igual excepción procede cuando se trata de actuaciones de los entes de la S. Social en prestaciones prevenidas en el R. General o Regímenes Especiales a sus respectivos beneficiarios.”³

³Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta, de lo Social, de 5 de julio de 1991 en relación al Recurso de casación por infracción de ley núm. 989/1990

Fue la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, en su Auto de 23 de diciembre de 1993 la que puso punto y final a la posibilidad de ventilar estos asuntos a través del orden social. El caso que trata dicho auto versa sobre una indemnización por *mala praxis* consistente en la omisión de una prueba diagnóstica que, de haberse realizado, hubiese facultado a los demandantes a la práctica de un aborto eugenésico.⁴ Pues bien, la Sala utiliza, entre otros argumentos, la *vis atractiva* para atribuir la competencia al orden civil.

“Por otro lado, no cabe olvidar que la redacción del art. 85.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio [...], del Poder Judicial, «Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: En primera instancia, de los juicios que no vengán atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales», viene a configurar la «vis atractiva» de la jurisdicción civil, la cual, ha sido objeto de declaración y reconocimiento en el campo jurisprudencial, y, no cabe, tampoco, omitir, que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido declarando de manera generalizada que a la mentada jurisdicción compete el conocimiento de los daños y perjuicios originados en el curso de una asistencia médico-quirúrgica encuadrada en los supuestos de culpa extracontractual, y así, sin propósito exhaustivo, son de citar, entre otras, las Sentencias de las fechas siguientes, en cuanto contemplan casos análogos al que nos ocupa: 20-2-1981 (RJ 1981\564), 7 y 22 junio y 21 septiembre 1988 (RJ 1988\4825, RJ 1988\5124 y RJ 1988\6847) y 29 junio y 23 noviembre 1990 (RJ1990\4945 y RJ1990\9042). Por consiguiente, las consideraciones que anteceden llevan a concluir que en el caso concreto de autos, el conflicto de competencia debe resolverse en favor de la jurisdicción del orden civil, criterio este que es coincidente con el mantenido en los distintos informes fiscales evacuados en el curso del procedimiento.”⁵

Auto este que acabamos de citar que no pone fin a la puja por la competencia entre diferentes órdenes jurisdiccionales pues, tal y como dice SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Podría pensarse que, a partir de la resolución comentada, ha quedado definitivamente determinada la atribución a la jurisdicción civil de las reclamaciones en materia de asistencia

⁴Se trata de la interrupción voluntaria del embarazo cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que el feto nacerá con un defecto o enfermedad.

⁵Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia), de 23 de diciembre de 1993.

sanitaria, pero [...], la verdadera utilidad de dicha resolución ha sido exclusivamente la de impedir el conocimiento del orden jurisdiccional social, pero no prejuzga si la jurisdicción corresponde a los tribunales civiles con preferencia a los contencioso-administrativos.”⁶

Esta situación continuó así hasta la publicación y entrada en vigor de los siguientes artículos:

Art. 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) en su redacción dada por la Ley 4/1999 de 13 de enero.

Art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) en su redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

Art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (LOPJ).

Art. 121 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (CP)

En la actualidad, encontramos que la responsabilidad sanitaria puede ser exigida por medio de las dos vías. Es decir, a través de la vía civil y de la contencioso-administrativa.⁷

Por lo tanto, cuando un sujeto es víctima de una *mala praxis* médica en un centro de salud público puede, al amparo del Art. 2.e) LJCA y 32.1,2 y 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, interponer demanda de reclamación patrimonial a la Administración Pública.

Art. 2.e) LJCA *“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:*

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la

⁶SERRA DOMÍNGUEZ, M. *“Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria. Comentario a la Sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993”*. p. 12.

⁷Ver PUEYO CALLEJA, F^o JAVIER. *“La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa”* Vol. 17, N^o. Extra 1, 2009 (ejemplar dedicado a: XVII Congreso “Derecho y Salud”). ISSN 1133-7400,



naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”⁸

Art. 32. Principios de la responsabilidad.

“1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

⁸Art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.



2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el

apartado 5.[...]"⁹

En palabras de CADENAS SOBREIRA, M. ÁNGEL “ [...] resulta determinante al respecto si el hecho dañoso, la conducta médico-sanitaria que lo causó, se ha producido en el contexto de una actividad desarrollada como profesional liberal (por cuenta propia) o al servicio de una entidad privada, o si lo ha sido en un centro hospitalario público, subyaciendo la condición del sanitario de personal estatutario de la SS, al servicio del Insalud o de los servicios públicos autonómicos prestadores de la asistencia sanitaria”¹⁰

Lo concerniente a los presupuestos para exigir responsabilidad en la jurisdicción contenciosa-administrativa queda fuera de este estudio. Lo traído aquí hasta el momento es un mero apunte a la hora de discernir ante qué jurisdicción ha de dirigirse el damnificado por una mala actuación médico-sanitaria.

⁹Art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹⁰CADENAS SOBREIRA, M. A “Las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de competencia de la jurisdicción civil”. En BELLO JANERO, D. (dir.) Régimen Jurídico de la responsabilidad sanitaria. Madrid. Reus. 2013, p. 52 - 53.

III.- RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Como acabamos de ver, en aquellos casos en los que el servicio médico-sanitario productor de un daño merecedor de resarcimiento ha sido prestado por un profesional liberal o por cuenta y orden de una entidad privada, la competencia es puramente civil. La cuestión ahora es determinar cuándo estamos ante un supuesto de responsabilidad civil contractual (Art. 1101 C.C.) o extracontractual (Art. 1902 y 1903 C.C.).

La existencia de ambos regímenes civiles se remonta al Derecho Romano. Dicha distinción, en ocasiones difícil de establecer, no es baladí. De ésta dependerán el criterio de imputación, la carga probatoria, la legitimación, la extensión de la responsabilidad así como la prescripción de las acciones.

El Art. 1.089 C.C establece que *“las obligaciones nacen de los contratos [...] y de los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”*¹¹ *“De este modo la responsabilidad se origina por el daño que ocasiona el incumplimiento de los contratos, por una parte y el daño ocasionado por una acción u omisión negligente o culposa, por otra.”*¹²

No obstante, parece necesario precisar, brevemente, en qué consiste el concepto de responsabilidad civil. A este respecto dedicaremos el siguiente apartado del trabajo.

3.1.- CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Dice el Art. 1.089 C.C:

*“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”*¹³

Podemos definir la responsabilidad civil, tal y como hace GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. de la siguiente forma *“La responsabilidad civil se puede configurar como un deber de indemnizar*

donde existe un derecho de crédito del que es titular o acreedor el perjudicado y un deber de prestación del que es deudor el responsable. Puede ser que éste sea el mismo autor del daño, responsabilidad por “hechos propios” y cabe que la responsabilidad recaiga sobre una persona distinta del autor del daño, responsabilidad por “hechos ajenos””¹⁴

En lo que respecta a la función que cumple la responsabilidad civil (o derecho de daños), afirmamos que ésta es múltiple. Aquí se recogen las siguientes funciones:

“1.º Reintegración de la situación alterada al mismo estado que existía antes de la producción del daño: función reintegradora; esta función se puede formular de un modo distinto en el sentido que la indemnización siempre debe producir el resarcimiento del daño causado y por ello se habla de función resarcitoria.

2.º Sanción de una conducta contraria a la norma general que obliga a no dañar a nadie: función sancionadora.

*3.º A las anteriores y tradicionales funciones se une la de disuadir a las personas que están en situación de causar un daño y, por tanto, se habla de función disuasoria o preventiva.”*¹⁵

3.2.- DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

En torno a la responsabilidad contractual encontramos los Arts. 1.089 y 1.101 del C.C.

Art. 1.089 C.C:

*“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”*¹⁶

Art. 1.101 C.C:

“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el

11Art.1.089 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

12ROCA TRÍAS, E. “Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual.” EN ROCA TRÍAS, E, NAVARRO MICHEL, M DERECHO DE DAÑOS. TEXTOS Y MATERIALES. VALENCIA. 6ª EDICIÓN. TIRANT LO BLANCH. 2011. P. 42.

13Art.1.089 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

14GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas.” Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVI (2013) 203 - 214. p. 205.

15Roca Trías, E. “La responsabilidad civil extracontractual.” En Roca Trías, E, Navarro Michel, M DERECHO DE DAÑOS. Textos y materiales. Valencia. 6ª Edición. Tirant Lo Blanch. 2011. p. 22.

16Art. 1.089 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

*cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.*¹⁷

De su lectura extraemos que el que incumpla o cumpla defectuosamente un contrato se verá obligado a:

- Resarcir el daño causado por su actuación.

- Cumplir aquello a que se obligó. (Art. 1.088 C.C. *“Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”*)¹⁸

Por su parte, la responsabilidad extracontractual (o aquiliana), también recogida en el ya mencionado Art. 1.089 C.C. *“Las obligaciones nacen [...] de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”*, a diferencia de la anterior, el que cause a otro daño merecedor de resarcimiento sin mediar entre ellos contrato alguno, deberá exclusivamente repararlo.¹⁹

Lo que en teoría, sobre papel, parece fácilmente distinguible, lo cierto es que en la práctica entraña una gran dificultad. Por ello, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha intentado, a golpe de sentencia, clarificar esta cuestión dibujando los límites entre una y otra. A ello vino la Sentencia del Alto Tribunal en la textualmente dice *“Según la jurisprudencia de esta Sala, «la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC - y otro subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe-»* (STS de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6815) , recurso de casación

núm. 3219/2000). Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo (SSTS 22 de julio de 1927, 29 de mayo de 1928, 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9445)). Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil.”²⁰

Por tanto, habrá responsabilidad contractual cuando:

- Existe, con carácter previo, un contrato o relación jurídica similar.
- Concurre un elemento objetivo: producción de un daño a consecuencia del cumplimiento defectuoso o incumplimiento de éste.
- Un elemento subjetivo: la obligación por contrato o similar debe existir entre el que causa el daño y quien lo recibe.
- También *“cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación.”*

En cambio la responsabilidad extracontractual será exigible, aun existiendo un contrato previo, cuando la producción del daño no se derive de lo pactado al tratarse de daños ajenos a la naturaleza del contrato *“aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo.”*

Como acabamos de decir, no es suficiente que exista un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere excluyendo la aquiliana. Para calificar de contractual un daño se necesita que la

¹⁷Art. 1.101 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

¹⁸Art. 1.088 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

¹⁹Roca Trías, E. “Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual.” En Roca Trías, E, Navarro Michel, M DERECHO DE DAÑOS. Textos y materiales. Valencia. 6ª Edición. Tirant Lo Blanch. 2011. p. 42.

²⁰Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 1135/2008, de 22 de diciembre de 2008.

realización del hecho dañoso tenga lugar dentro de lo que constituye propiamente la materia del contrato. De lo contrario, puede darse la concurrencia de ambas responsabilidades, en una yuxtaposición que sólo desaparece cuando se dan los requisitos de una o de otra responsabilidad; por lo que incluso puede afirmarse que subsiste la culpa extracontractual completando la contractual en cuanto integra todos los elementos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne el patrimonio perjudicado.

En nuestra jurisprudencia la línea que diferencia una responsabilidad de la otra se confunde en virtud del principio de unidad de culpa civil. Y ello porque el juez puede circular entre culpa contractual y extracontractual sin incidir en incongruencia en virtud de los principios de unidad de culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual. Lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente.

Para distinguir entre una y otra podemos acudir a unos criterios generales de ROCA TRÍAS, E.²¹

1º La fuente de obligación contractual es la voluntad de las partes. En la responsabilidad extracontractual, la fuente se encuentra en el hecho ilícito, o que intervenga < cualquier género de culpa o negligencia >, siempre que reúna los elementos del art. 1.902C.C. Este criterio de distinción debe completarse con una explicación: es el daño originado por el incumplimiento de la obligación contractual lo que genera la responsabilidad. Hay un deber preexistente asumido mediante contrato o por otra causa, cuya vulneración origina responsabilidad. Este deber no existe en la responsabilidad extracontractual, a no ser que se esté de acuerdo en entender que la obligación de responder se genera POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER GENÉRICO CONTENIDO EN LA REGLA ALTERUM NON LAEDERE.²²

²¹ROCA TRÍAS, E. "Responsabilidad por incumplimiento de contrato y responsabilidad extracontractual." En Roca Trías, E, Navarro Michel, M DERECHO DE DAÑOS. Textos y materiales. Valencia. 6ª Edición. Tirant Lo Blanch. 2011. p. 46 - 47.

²²Locución latina que, en el ámbito civil, inspira la responsabilidad extracontractual.

2º El interés lesionado con la responsabilidad por incumplimiento de la obligación nacida del contrato es el derecho de crédito, y lo que se busca con el sistema de incumplimiento es proteger este interés. En cambio, en la responsabilidad extracontractual se busca la indemnidad del que ha sufrido el daño.

3º El incumplimiento de la obligación contractual no necesariamente debe producir un daño; la falta de cumplimiento de la obligación no origina necesariamente la obligación de indemnizar, que solo nacerá si se ha generado un daño emergente o un lucro cesante. Por ello, en la responsabilidad por incumplimiento puede condenarse al cumplimiento de la obligación in natura o bien por el equivalente. En cambio en la obligación nacida del acto u omisión dañoso que genera la responsabilidad extracontractual sólo puede condenarse a la reparación.

A continuación vamos a determinar cuándo la responsabilidad médico-sanitaria es contractual o extracontractual, pues como dice García Garnica, M^a. C. *"Lo primero que habrá de determinar es si entre el paciente y el prestador de asistencia sanitaria media o no un contrato. Las hipótesis a este respecto son variadas."*²³ Estas hipótesis son:

- A. Prestación de asistencia espontánea o de urgencia, sin contrato. El supuesto de hecho que da base a esta hipótesis es el de aquellos casos en los que el médico actúa de forma urgente, sin consentimiento del paciente ni de quienes pudiesen prestarlo por sustitución o representación y fuera de la consulta o centro en el que presta sus servicios. En estos casos, lo normal sería la aplicación del régimen extracontractual. Sin embargo, *"se ha afirmado por algún autor que en estos casos cabría apreciar la existencia de un cuasicontrato."*²⁴
- B. Prestación de asistencia médica en virtud de contrato entre paciente y facultativo. Esto es cuando el paciente suscribe un contrato de arrendamiento de servicios con el médico en su consulta privada. El problema se plantea cuando

²³GARCÍA GARNICA, M^a. C. ASPECTOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. PAMPLONA. ARANZADI, S.A. 2010. p. 21-31.

²⁴GARCÍA GARNICA, M^a. C. ASPECTOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. PAMPLONA. ARANZADI, S.A. 2010. p. 22.

para el desarrollo de la actividad éste se sirve de personal que lo asista o de las instalaciones de un centro hospitalario.

- Cuando no exista contrato entre el personal auxiliar y el paciente la responsabilidad será extracontractual. Aunque podrá optar por reclamar la reparación de los daños al facultativo.

- Cuando la actividad se desarrolla en un centro sanitario con el que el paciente no ha suscrito contrato y el daño producido es atribuido al centro, podrá el paciente reclamar, al amparo del Art. 1.902 C.C, al centro hospitalario. Salvo que hubiese formalizado un contrato de clínica, en este caso sin asistencia sanitaria, la responsabilidad que se le pudiese imputar sería contractual.

C. Prestación de asistencia médica en virtud de contrato entre paciente y centro sanitario. En estos casos el centro será responsable contractualmente de los daños que se le imputen (falta de material, deficiencias en la organización de la prestación) como por los causados por sus dependientes y auxiliares. No obstante, el paciente podrá reclamar por vía extracontractual al médico privado que haya provocado los daños.

D. Prestación de asistencia sanitaria en virtud de seguro médico. Supuesto éste que tiene lugar cuando el paciente contrata con una compañía aseguradora que, a cambio de una prima, ponga a su disposición personal sanitario y centros hospitalarios.

Sobre el alcance de la responsabilidad contractual entre aseguradora y asegurado han existido discrepancias entre la jurisprudencia (que limita la responsabilidad de la aseguradora al entender que no puede extenderse a la correcta ejecución de la prestación de los servicios sanitarios) y la doctrina (hace responsable a la aseguradora de la adecuada prestación a sus asegurados de los servicios contratados). En cuanto a la responsabilidad extracontractual de la aseguradora por los daños ocasionados por su personal y los centros hospitalarios de los que es titular no cabe duda alguna, la acción se encuentra amparada por el Art. 1.903 C.C.

En lo que se refiere a la facultad del paciente de reclamar la reparación de los daños



causados al personal sanitario podrá hacerlo en vía extracontractual. No obstante, *“en ocasiones la jurisprudencia ha extendido la calificación de contractual a su responsabilidad, tanto en virtud de la doctrina de la < yuxtaposición de responsabilidades >, como por estimar que no puede considerarse que el centro sanitario y el propio facultativo actúen <fuera de todo vínculo contractual.>”*²⁵

o obstante, lo anterior, tal y como manifiesta e el centro sanitario y el propio facultativo actúan personal y los centros hospitalarios

No obstante lo anterior, tal y como manifiesta GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. *“Algunos autores y sentencias se inclinan a favor de la unificación de los dos bloques de responsabilidad, opinan que la distinción no tiene sentido porque en definitiva lo que se persigue en cualquier caso es el resarcimiento del daño.”*²⁶ Y es que tal distinción en ocasiones no es necesaria. Concretamente, en el ámbito sanitario es indiferente. Y así lo ha puesto de relieve Pueyo Calleja, F^o. J. *“Pero la jurisprudencia prescinde de esta distinción, especialmente en sede de responsabilidad sanitaria a través de varias vías:*

- a. La aproximación de efectos de una y otra responsabilidad, a salvo el plazo de prescripción.
- b. *Relativizando su propia distinción bien al prescindir de la calificación del supuesto de hecho de uno u otro modo, bien al aplicar indistintamente las normas de ambas clases de responsabilidad a un mismo supuesto (es la doctrina de la “yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual” o “de unidad de culpa civil”) sin incurrir por ello en incongruencia (STS 6-5-1998...).”*²⁷

La jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal ha dicho sobre la doctrina de la unidad de culpa civil que *“La acción contractual y la acción extracontractual, según la más reciente jurisprudencia de esta Sala, tienen*

carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede alternativamente optar por una o por otra de ellas y solamente en el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante (como ocurre en el caso de la prescripción) y los elementos de la pretensión permitan determinarla con carácter indiscutible, es admisible calibrar con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes la naturaleza de la acción con el fin de aplicar la disposición pertinente.[...].

En efecto, la sentencia de 19 de julio de 2005 declara que, en un supuesto de responsabilidad médica, que «concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual [...] y porque la cita de ambos preceptos es absolutamente admisible desde la idea de que el principio *naeminem laedere* en que descansa la responsabilidad extracontractual y el deber de cumplir sin causar daños los contratos permite admitir la compatibilidad de ambas normas, no sin reconocer la dificultad que en determinadas ocasiones plantea el distinguir la responsabilidad emanada de dichas fuentes de obligación, por más de que aparezcan en nuestro derecho perfectamente diferenciados los regímenes de las responsabilidades contractual y extracontractual, principalmente en su distinto origen.

*Por su parte, la sentencia de 24 de octubre de 2005 declara que esta Sala viene a anudar a ambas clases de responsabilidades unas mismas pautas y exigencias y la de 27 octubre de 2005 declara que «la responsabilidad, en realidad es una sola aunque venga determinada por causas distintas y esta Sala incluso ha admitido el cambio de una acción a otra o el ejercicio de ambas en el mismo supuesto, en lo que se ha dado en llamar “yuxtaposición de responsabilidades”, en sentencias de 30 de diciembre de 1989, 8 de febrero de 2000, 26 de septiembre de 2000, 11 de diciembre de 2001.”*²⁸

IV.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Una vez hechas las apreciaciones previas que, a mi juicio, considero necesaria vamos a dedicar el resto de esta obra a analizar cómo puede derivarse la responsabilidad civil extracontractual del consentimiento informado previo y necesario a toda intervención médico-sanitaria, curativa o satisfactoria.

²⁵GARCÍA GARNICA, M^o. C. ASPECTOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. PAMPLONA. ARANZADI, S.A. 2010. p. 29.

²⁶GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas.” *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013) 203 – 214. p. 207.

²⁷PUEYO CALLEJA, F^o JAVIER. “La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa” Vol. 17, N^o. Extra 1, 2009 (ejemplar dedicado a: XVII Congreso “Derecho y Salud”). ISSN 1133-7400,. p. 89.

²⁸Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 908/2005 de 29 de noviembre de 2005. Núm. Rec.671/1999.

4.1.- CONCEPTO

Encontramos un primigenio concepto de consentimiento informado en los apartados 5 y 6 del Art. 10 de la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.²⁹ No obstante, podemos decir que tenemos una regulación completa del derecho de información a partir 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 (LAP). En concreto, en su Art. 3 define el consentimiento informado como *“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.”*³⁰

Para su regulación básica, ya que cada Comunidad Autónoma, sin contravenir la presente, pueden desarrollar y complementarla, debemos acudir a los Arts. 4 y 8 de la citada ley. Y así lo ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ PANTOJA, P sosteniendo que la LAP se trata de una *“norma básica que, en nuestra opinión, no es una norma “resolutoria” de conflictos sino una norma de “mínimos” que se ve necesitada de una importante integración e interpretación normativa, doctrinal y jurisprudencial.”*³¹

Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

“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, 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, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

²⁹Ley 14/1986, de 25 de abril, General Sanitaria, BOE núm. 102 de 29 abril de 1986, p. 15207 - 15224.

³⁰Art. 3 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.

³¹FERNÁNDEZ PANTOJA, P. “El consentimiento informado: prestación por representación y relevancia jurídico-penal.” En Lledó-Yagüe, F, Morillas Cueva, L (dir.) Responsabilidad Médica Civil y Penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado) Madrid. Dykinson S.L. 2012. p. 199.

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 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. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.”*³²

Artículo 8. Consentimiento informado.

“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.

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.”*³³

³²Art. 4. 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.

³³Art. 8 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.

Estos Arts. consagran dos principios básicos:

1. El derecho de todo paciente a ser informado.

2. La exigencia del consentimiento que se debe prestar tras haber sido informado.

Como vemos, excepto en los casos que así lo determina la ley, el consentimiento informado se ha configurado como un requisito previo necesario para cualquier intervención médico-sanitaria. Tal es su importancia que ha sido categorizado como un Derecho Fundamental recogido en el Art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁴

Seguidamente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2001, le reconoció el mismo rango de derecho fundamental. *“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.”*³⁵ Y con posterioridad el Tribunal Constitucional en su sentencia número 37/2011 de 28 de marzo.

Según Blanco Pérez-Ruboi, L. *“El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por el cual, después de haber sido correctamente informado sobre el procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone realizar, éste decide prestar conformidad y someterse al citado procedimiento o intervención.”*

*Como premisa esencial debe señalarse que, tanto la información al paciente, como la obtención de su consentimiento, forman parte del contenido de la lex artis ad hoc.”*³⁶

³⁴Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. Diario Oficial de la Unión Europea N.º. C. 364, de 18 de diciembre de 2000.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil) núm. 3/2001 de 12 de enero.

³⁶BLANCO PÉREZ-RUBOI, L. “EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA LEX ARTIS” REVISTA DOCTRINAL ARANZADI CIVIL-MERCANTIL NÚM 2/2014. ARANZADI, S.A.U., CIZUR MENOR. 2014. P 1.

En este mismo sentido encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo en la que se afirma que *“la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc [...]”*³⁷

La *lex artis ad hoc* es una construcción jurisprudencial que ha tomado forma en diferentes sentencias, siendo una de las más relevantes en este sentido la del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991 definiéndola 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), [...]”*³⁸

En palabras de Vázquez López. J. Enrique, *la lex artis ad hoc “funciona como un concepto jurídico indeterminado, ya que, como estamos viendo, se exige una actitud concreta del profesional sanitario cuya corrección o no dependerá de haber actuado conforme a los protocolos y normas de actuación de cada especialidad, normas que son cambiantes conforme la Medicina y los descubrimientos científicos van avanzando.”*

*Como tal concepto indeterminado, su concreción depende del caso concreto y de las concretas circunstancias de tiempo y lugar. No es lo mismo una operación de apéndice en plena selva amazónica que en un hospital con todos los medios disponibles. Igualmente, la conducta exigible a un médico hace veinte años no es la misma que ha de ser aplicable a día de hoy, y ello por razones obvias: los conocimientos han cambiado y lo que antes podía ser válido en Medicina, hoy ya no lo es.”*³⁹

³⁷Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2004. Núm. de recurso 8656/1999.

³⁸Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 11 de marzo de 1991. Núm. de recurso 245/1987.

³⁹VÁZQUEZ LÓPEZ. J. ENRIQUE LA “Lex Artis ad hoc” como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto

No obstante, como ya hemos adelantado, esta regla general contiene dos excepciones recogidas en el Art. 9.2 LAP. De darse las circunstancias seguidamente descritas, el personal médico-sanitario podrá realizar la intervención necesaria sin mediar consentimiento por parte del paciente. Éstas son:

1. En caso de riesgo para la salud pública por razones sanitarias establecidas por ley.
2. Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no ser posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o personas vinculadas.

4.2.- RESPONSABLES

Los responsables de velar por el buen cumplimiento de este derecho de rango fundamental son dos. A saber:

- Por un lado, el obligado a proporcionar al paciente la información.
- Por otro, el responsable de obtener el consentimiento del paciente (o sujeto autorizado a proporcionarlo en su nombre).

4.2.1.- RESPONSABLE DE FACILITAR LA INFORMACIÓN

Para esclarecer quien es el obligado o responsable de trasladar al paciente toda la información necesaria previa a cualquier intervención médico-sanitaria debemos partir del Art. 4.3 LAP anteriormente mencionado. De éste se desprende que, en última instancia, el médico responsable⁴⁰ garantiza el cumplimiento del derecho a la información. Pero no sólo atribuye responsabilidades a éste, también

o tratamiento médico: A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). Cuad. med. Forense [online]. 2010, vol.16, n.3.

⁴⁰Se entiende por médico responsable a la luz del Art. 3 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 "el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales."

a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o que le apliquen una técnica o procedimiento concreto.

Por su parte, el Art. 10.1 de la misma ley dice que "El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente [...]"

Se puede apreciar, y en palabras de CADENAS OSUNA, D la "absoluta confusión que generan las palabras del legislador al abordar una cuestión de tan vital relevancia como es la titularidad del deber de información al paciente."⁴¹

Para dar luz a esta cuestión vino la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1998 en la que se resolvió que "Indudablemente, la obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba médica, pero no cabe desvincular al Centro hospitalario de toda obligación al respecto, al incumbirle, en el aspecto y estructura organizativos, un deber "in vigilando" e "in eligendo", especialmente, en casos concretos como el de autos, en el que la prueba a efectuar podía ofrecer la existencia de un riesgo no imprevisible, con resultado de consecuencias dañosas incalculables [...]"⁴²

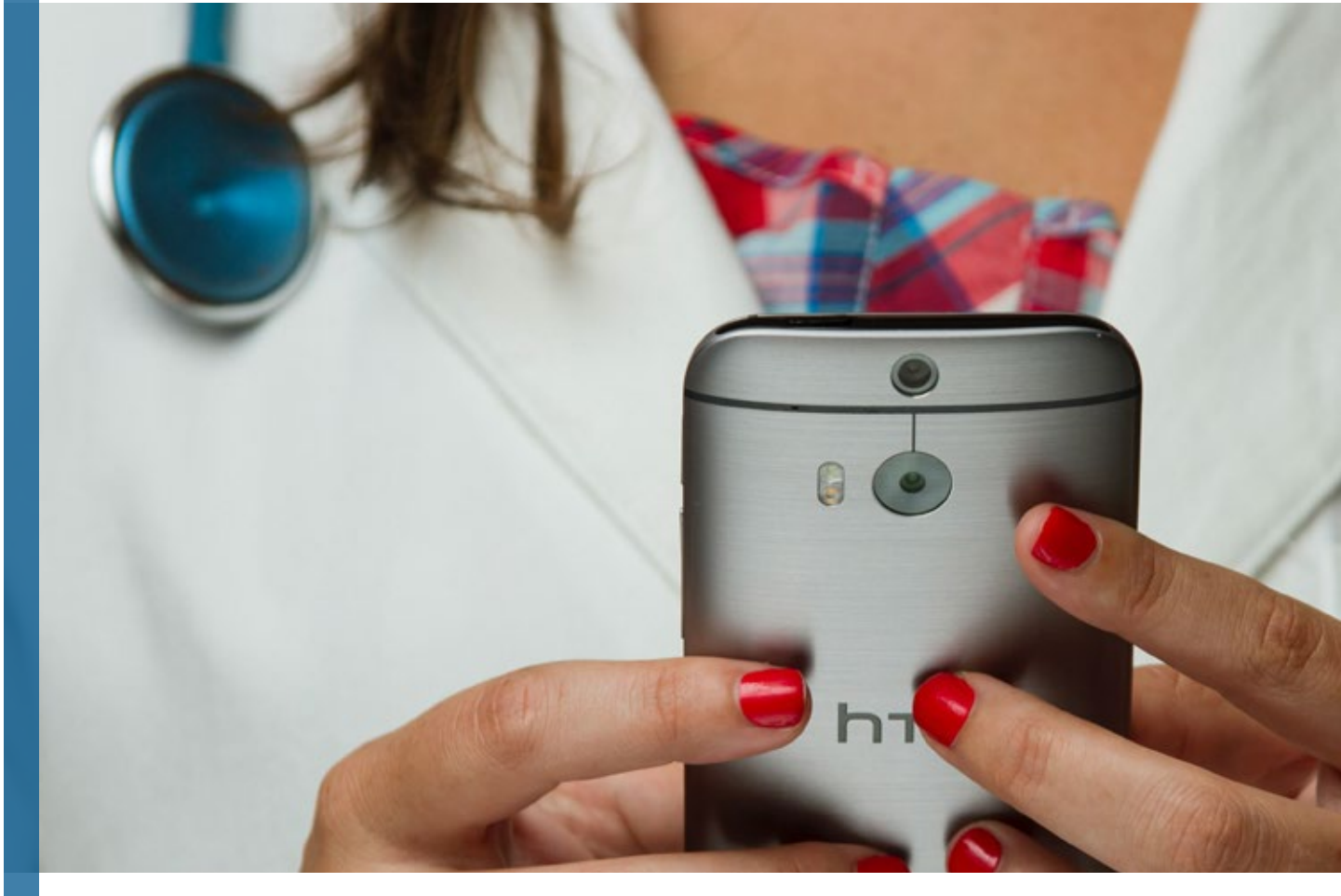
Aunque en esta sentencia se haya atribuido la responsabilidad de proporcionar la información esencial al profesional que realiza la intervención así como al Centro Hospitalario, nuestro Alto Tribunal también ha hecho garante al médico responsable en su sentencia de 15 de mayo de 2008 estableciendo que "Hay que estimar por ello que la información previa al consentimiento puede prestarse tanto por el médico responsable [...] como por el que debe practicar «la actuación en el ámbito de la salud del paciente»."⁴³

En opinión de Cadenas Osuna, D " El médico responsable <deberá propiciar o fomentar tal información>, cuestionando tanto a los pacientes como a los especialistas intervinientes sobre la información obtenida o proporcionada, respectivamente, y sobre su grado de comprensión por el paciente. Es ésta la única carga proporcionada que puede exigirse

⁴¹CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. 1ª Edición. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p. 143.

⁴²Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil) núm. 956/1998 de 16 de octubre de 1998.

⁴³Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil) núm. 357/2008 de 15 de mayo de 2008.



al médico responsable del paciente, pudiendo aquél, por tanto, eximirse de responsabilidad si acredita que ha supervisado, en la medida de sus posibilidades, la atención, por los profesionales intervinientes en el procedimiento practicado, del derecho a la información asistencial del paciente, aunque tal derecho haya sido vulnerado de facto al haber acallado alguno de los especialistas actuantes un riesgo anejo a la actuación practicada que termina por materializarse causando un daño al paciente”⁴⁴

En la misma línea Atela Bilbao, A. “Según la Ley, parece que el que practica la intervención o aplica el procedimiento es el encargado de facilitar la información y el médico responsable le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información, que le habrá sido proporcionada por el primero (art. 4.3 LO 41/2002). [...] Técnica e información sobre esa técnica son dos deberes que configuran la praxis médica del mismo profesional, van unidos, aunque pueda haber otros que deban garantizar que se ha

dado información.” ⁴⁵A apoyar esta postura ha venido la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2003.

En Andalucía, la Instrucción 1.6 de la Orden de 8 de julio de 2009, por la que se dictan instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de Consentimiento Informado, ha establecido que están obligados a proporcionar la información todo el personal participe en el proceso de atención al paciente o usuario del sistema sanitario circunscrito a su ámbito de competencia y grado de cualificación y participación. Deberá asegurar su cumplimiento quien realice efectivamente la intervención o actuación.

4.2.2.- RESPONSABLE DE RECABAR EL CONSENTIMIENTO

⁴⁵ATELA BILBAO, A “Consentimiento informado y lex artis ad hoc: casuística en Bizkaia”. En Lledó-Yagüe, F, Morillas Cueva, L (dir.) Responsabilidad Médica Civil y Penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado) Madrid. Dykinson S.L. 2012. p. 173.

⁴⁴CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p. 145.



responsable del paciente al que corresponde recabar su consentimiento informado. Ahora bien, ¿quiere ello decir que al facultativo que lleva a cabo la intervención o aplica el tratamiento no le va a incumbir obligación alguna con relación al consentimiento informado cuando no coincida en identidad con el médico responsable? Bajo nuestro punto de vista, una respuesta afirmativa al interrogante planteado resultaría absolutamente inadmisibles, habida cuenta de que es este facultativo el que actúa directamente sobre el cuerpo del paciente, de manera que, si no obtiene personalmente su consentimiento informado, al menos debe cerciorarse, antes de actuar, de que el consentimiento ha sido recabado por el médico responsable. En todo caso, teniendo en cuenta que es al facultativo actuante al que corresponde el deber de informar al paciente sobre el procedimiento que va a practicar, entendemos que lo más coherente es que sea el mismo facultativo el que solicite su consentimiento informado.”⁴⁷

4.3.- TITULAR DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El titular del derecho a la información médico-sanitaria es el propio paciente o usuario. Basta la lectura de los Arts. 2.3; 5.1 y 8.1 de la LAP para hacer esta afirmación. Eso sí, para ello debe contar con plena capacidad de obrar.⁴⁸ Aunque como dice FERNÁNDEZ PANTOJA, P. “[...]la capacidad para otorgar el consentimiento por el paciente a efectos de una actuación o intervención de carácter médico, no se identifica con la “capacidad de obrar” sino con la “capacidad de comprensión del alcance de esa intervención”. De aquí los límites en cuanto a menores e incapaces que entran en los supuestos que veremos de otorgamiento del consentimiento “por representación.””⁴⁹

Por tanto, y en palabras de Blanco Pérez-Ruboi, L “es el propio paciente el que es titular del derecho de información, siempre y cuando tenga capacidad de decidir por sí mismo, es

Según los Arts. 9.3 y 10.2 de la LAP corresponde al médico responsable del paciente valorar su capacidad para facilitar su consentimiento así como evaluar aquellos casos en los que éste deba recogerse de forma escrita. Sin embargo, nada se dice sobre quien debe recabar el consentimiento del paciente.

En Andalucía, la instrucción Primera apartado 6 dice “Quien debe asegurar que el proceso de Consentimiento Informado ha sido correctamente realizado será quien lleve efectivamente a cabo la intervención o actuación”⁴⁶ Por lo que entendemos que, en última instancia, el facultativo que realice una intervención o actuación es el que debe comprobar que ese consentimiento informado ha sido previamente concedido.

En cualquier caso, nos sumamos a las palabras de CADENAS OSUNA, D “De los antedichos preceptos parece concluirse que es al médico

⁴⁶Instrucción 1.6 de la Orden de 8 de julio de 2009, por la que se dicta instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de Consentimiento Informado.

⁴⁷CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p. 212.

⁴⁸Art. 322 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”

⁴⁹FERNÁNDEZ PANTOJA, P. “El consentimiento informado: prestación por representación y relevancia jurídico-penal.” En Lledó-Yagüe, F, Morillas Cueva, L (dir.) Responsabilidad Médica Civil y Penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado) Madrid. Dykinson S.L. 2012. p. 198.

decir, siempre que tenga la aptitud cognoscitiva para entender la información y para poder elegir autónoma y racionalmente lo conveniente a sus intereses (aceptar o rechazar una intervención médica con base en dicha información disponible).”⁵⁰

Cabe hacer mención a la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada con la que se regula el derecho del paciente, mayor de edad o menor emancipado, a otorgar su conformidad en relación a actuaciones sanitarias futuras si llegado el momento no tuviese la capacidad suficiente para hacerlo. Esto se articula mediante el llamado documento de voluntad vital anticipada que se recoge por escrito y se inscribe en un Registro creado para ello.

Como acabamos de indicar, en palabras de Fernández Pantoja, P, el Art. 9 de la citada ley contiene excepciones a este derecho de rango fundamental y el Art. 5 posee limitaciones.

4.3.1.- EN CASO DE MENORES

El punto de partida son los Arts. 9.3c) y 4 LAP.

El primero establece que el consentimiento se otorgará por representación, esto es a través del representante legal, cuando el paciente menor de edad no posea capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención. No obstante, debe ser oída su opinión conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. De este precepto se hace posible diferenciar dos supuestos:

- Los menores que reúnen condiciones de madurez suficientes y que, por tanto, tienen capacidad para conocer el alcance del acto médico pueden autorizar la intervención médica.

- Los menores en los que no concurren las condiciones de madurez suficientes el consentimiento a la intervención lo manifestarán sus padres o tutores. Garantizándose siempre su derecho a ser oídos.

Por su parte, art 9.4 LAP determina que los menores emancipados o mayores de 16

años (que no se encuentren en la situación que acabamos de describir) prestarán consentimiento por si mismos, salvo que se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor según el criterio del facultativo, en cuyo caso el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

En base a esto, manifiesta BLANCO PÉREZ-RUBOI, L. que *“En el caso de los menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, a menos que se trate de un caso de grave riesgo, en cuyo caso, según el criterio del médico que le asiste, informará a los padres y su opinión será tenida en cuenta para tomar las decisiones correspondientes. Por tanto, el legislador ha establecido la mayoría de edad médica en los dieciséis años. Algún autor ha advertido de los riesgos que supone partir sin más del criterio cronológico en los pacientes menores de edad, sin ningún tipo de aclaración, pues la clave se encuentra en la presencia en el menor de condiciones de madurez suficientes, de capacidad natural, lo que no siempre guarda relación directamente proporcional con su edad, sino que debe analizarse en cada caso concreto, dada la patente variabilidad existente en esta materia en los distintos sujetos.”⁵¹*

Además, ha de tenerse en cuenta el Art. 5.4 LAP en el que se limita la información que se ha de suministrar al paciente cuando el conocimiento de su situación pueda perjudicar su salud de manera grave. En el mismo sentido, el art. 5.3 del Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece la limitación al derecho a la información cuando el facultativo, de acuerdo con el criterio del padre y de la madre, considere la posibilidad de que esta información pueda, por razones objetivas, perjudicar gravemente el estado de salud, prevaleciendo en caso de conflicto la opinión de los padres del menor de edad.

Establece el Art. 9.2 de la Ley 1/1996 que *“Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado,*

⁵⁰BLANCO PÉREZ-RUBOI, L “El consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis” Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm 2/2014. Aranzadi, S.a.u., Cizur Menor. 2014. p 8.

⁵¹BLANCO PÉREZ-RUBOI, L “El consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis” Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm 2/2014. Aranzadi, S.a.u., Cizur Menor. 2014. P 10.

teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.”⁵²

Como podemos observar, puede existir una colisión en los supuestos del Art. 9.4 LAP y el 9.2 de la Ley 1/1996, toda vez que si el menor reúne condiciones de madurez suficientes, debería respetarse su decisión. Así, en los supuestos en los que se produzcan discrepancias entre la voluntad del menor y la del representante legal y si la madurez del menor no fuese suficiente, lo conveniente sería la intervención del Juez y del Ministerio Fiscal, con apoyo del criterio del médico.

4.3.2.- EN CASO DE INCAPACES

Para el caso de los incapaces debemos acudir al Art. 9.3.a) que hace referencia a la incapacidad natural y b) a la incapacidad judicial.

“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.”⁵³

De la lectura del apartado a) debemos plantearnos cual es su ámbito de aplicación ya que este Art. recoge la posibilidad de que el paciente posea un representante legal. Y como sostiene CADENAS OSUNA, D “Este panorama legal lleva a un sector importante de nuestra doctrina mas autorizada a afirmar que la aplicación del artículo 9.3.a) LAP queda restringida a los pacientes que, por causa transitoria o permanente, no presenten capacidad natural

*bastante para decidir sobre el curso de la acción a seguir en el ámbito de su salud, pero cuya capacidad no haya sido modificada por sentencia judicial.”*⁵⁴ Esto nos lleva a la sostener que en aquellos casos en los que el paciente tenga representante legal por encontrarse modificada su capacidad por sentencia y en esta no se dice nada sobre su capacidad de decisión en el ámbito sanitario debe entenderse que puede manifestar el consentimiento por si mismo. Sólo cuando se encuentre en una situación de incapacidad natural puede, a la luz del Art. 9.3.a) presentar el consentimiento su representante legal.⁵⁵

En lo que se refiere al juicio de capacidad, dice el mencionado Art. que corresponde al médico responsable del paciente su realización. En este sentido nos sumamos a las palabras de CADENAS OSUNA D. “*entretanto se validen en España unos criterios estandarizados que encaucen una evaluación objetiva de la capacidad de las personas, lo más idóneo sería que la realización del juicio de capacidad no se hiciera recaer, al menos en los supuestos mas dudosos, en un único profesional sanitario, sino en un colegio integrado, como mínimo, por dos facultativos, en aras de evitar [...] la contaminación de los juicios de capacidad por las subjetividades propias de los profesionales sanitarios.*”⁵⁶

Con respecto a quién debe otorgar el consentimiento a falta de representante legal nos encontramos con una gran incógnita debido al gran alcance de los conceptos de familia o vinculados por razones de hecho. Incógnita que no encuentra respuesta en nuestra legislación estatal. Por ello se hace necesario que el legislador defina quienes son estos sujetos y establezca un orden de prelación entre los mismos. Tampoco dice la LAP nada respecto de quién ha de otorgar el consentimiento cuando el paciente no capaz no tenga representante legal ni vinculados, cuando éstos no sean conocidos o no quieran decidir.

En relación a los incapaces por sentencia judicial, dice el Art 760.1 de la Ley 1/2000,

⁵⁴CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p. 216.

⁵⁵CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p. 216 y 217.

⁵⁶CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p. 218 y 219.

⁵²Art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵³Art. 9.3 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.



de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que *“La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado [...]”*⁵⁷ En base a ello, un sujeto puede estar incapacitado judicialmente pero si la sentencia no lo incapacita para tomar decisiones médicas se presume, *iuris tantum*, que tiene la capacidad suficiente para decidir por sí mismo. Del mismo modo, cuando un sujeto se encuentre incapacitado para la toma de decisiones sanitarias puede, por aplicación análoga del Art. 162.1º C.C tomar decisiones por sí mismo cuando presente capacidad suficiente para ello. En este sentido se pronuncia Cadenas Osuna, D cuando afirma que *“puede el paciente con la capacidad modificada judicialmente prestar el consentimiento informado cuando se acredite que presenta la suficiente capacidad para ello [...]”*⁵⁸

⁵⁷Art. 760.1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7.

⁵⁸CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la res-

4.4.- CONTENIDO

El contenido mínimo necesario para que el consentimiento manifestado con anterioridad a una intervención o actuación sea válido está recogido en el Art. 4.1 in fine LAP.

*“La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.”*⁵⁹

El Art. 10.1 LAP entra con mayor profundidad que el anteriormente citado y establece que se proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento, la siguiente información básica:

ponsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p. 225.

⁵⁹Art. 4.1 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.

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.

d) Las contraindicaciones.

El apartado 4 de la Instrucción Primera de la Orden de 8 de julio de 2009, por la que se dictan instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de Consentimiento Informado establece que se informará al paciente, *“como mínimo, de los aspectos relacionados con las circunstancias de la indicación, la manera en que se realizará el procedimiento, los beneficios esperados y los riesgos en función de las características específicas de la persona, del estado actual del conocimiento científico y del centro donde se va a realizar la intervención. También será informado de los riesgos derivados de la no realización del procedimiento así como de las alternativas que en su caso existieran.”*⁶⁰

Artículos estos que puestos en relación con el 8.1 LAP nos llevan a afirmar que no caben los consentimientos generales sino que debe de existir una relación concreta, directa y específica entre la información que se suministra al paciente y las actuaciones que se autorizan a través del consentimiento que se preste. O en otras palabras *“No puede ser entendido como una admisión abierta a cualquier tipo de intervención por parte del médico hacia quien otorga el consentimiento [...]”*⁶¹ En la misma línea afirma CADENAS OSUNA, D *“únicamente está legalmente justificada aquella actuación del facultativo que haya sido previamente legitimada por un consentimiento otorgado con carácter específico [...], sin que en modo alguno pueda reputarse eficaz un consentimiento*

general que conceda al profesional sanitario <carta blanca>[...].

*Si a lo largo del proceso asistencial el equipo médico considera indicado el sometimiento del paciente a distintos procedimientos, los profesionales sanitarios deben recabar tantos consentimientos como actuaciones médicas se entiendan necesarias [...]”*⁶²

Y ello salvo que una actuación médica esté compuesta por varias intervenciones o fases. En estos casos basta con el consentimiento otorgado para la actuación en su conjunto. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de noviembre de 2007.⁶³ Cosa distinta son las intervenciones o pruebas diagnósticas que hayan de realizarse periódicamente, ya que en estos casos si habrá que mostrar consentimiento para cada una de ellas.

Por tanto, el documento de consentimiento informado ha de ser específico y personalizado para cada paciente por exigencia del Art. 10.1 LAP ya mencionado y así lo ha ratificado la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, entre otras, en su sentencia de 4 de junio de 2013 *“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.”*⁶⁴

Relacionado con lo anterior, hemos de aclarar qué sucede en los casos de hallazgo médico, esto es, cuando en una intervención previamente autorizada se descubre una afección para la cual se hace precisa otra cirugía o una modificación de la planificada. En estos casos, la prosecución con la intervención dependerá de si resulta urgente e inaplazable y de la contemplación de dicha eventualidad en el documento de consentimiento informado. Así, pueden darse varias situaciones, a saber:

- Si el paciente se encuentra en

⁶⁰Instrucción 1.4 de la Orden de 8 de julio de 2009, por la que se dicta instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de Consentimiento Informado.

⁶¹FERNÁNDEZ PANTOJA, P. “El consentimiento informado: prescripción por representación y relevancia jurídico-penal.” En Lledó-Yagüe, F, Morillas Cueva, L (dir.) Responsabilidad Médica Civil y Penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado) Madrid. Dykinson S.L. 2012. p. 202.

⁶²CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p. 280 y 282.

⁶³Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 2 de noviembre de 2007.

⁶⁴Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 4 de junio de 2013. Núm. Rec. 2187/2010.

condiciones de capacidad en ese mismo instante para prestar consentimiento se estará a su voluntad una vez haya recibido la nueva información necesaria.

- Si no reúne en ese momento la capacidad suficiente para mostrar un consentimiento válido y la intervención sobre el hallazgo no es de urgencia se ha de esperar a que el paciente recobre la capacidad.
- Si no reúne en ese momento la capacidad suficiente para mostrar un consentimiento válido y la intervención sobre el hallazgo resulta necesaria para evitar un riesgo grave e inminente para la vida del paciente, puede realizarla al amparo del Art. 9.2.b) LAP.
- Que el paciente hubiese aceptado previamente la actuación médica ante las eventualidades que pudiesen acontecer. Sobre esta posibilidad advierte CADENAS OSUNA, D *que “En nuestra opinión, únicamente están legitimadas aquellas modificaciones en la intervención programada cuya contingencia y riesgo haya sido informado al paciente antes de otorgar su consentimiento. Ahora bien, esa hipótesis resulta viable cuando es posible prever ex ante las complicaciones sobrevenidas en el curso de la actuación médica, previsibilidad que colisiona en cierto modo con la naturaleza fortuita característica del hallazgo médico. En suma, podemos afirmar que no ostenta eficacia jurídica las autorizaciones genéricas y desinformadas otorgadas por el paciente al facultativo para modificar, en el desarrollo de la intervención programada, su extensión y forma de ejecución en el sentido que juzgue conveniente conforme a su juicio clínico, quedando a salvo, evidentemente, los supuestos de emergencia.”*⁶⁵

Por último, ha de advertirse que no son válidas las cláusulas insertas en el documento de consentimiento informado que eximan de responsabilidad al profesional sanitario y ello por ser contrario a la ley ⁶⁶, porque la *lex artis*

65 CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p.287.

66 Art. 1.255 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. “Los contratan-

ad hoc no puede ser excluida mediante pactos privados y porque a la luz del Art. 1.102 C.C no es posible la renuncia de la acción que exija responsabilidad por actuación dolosa.

Llegados a este punto considero oportuno hacer un repaso por las dispares sentencias del Tribunal Supremo en las que vemos una desigual consideración del contenido de la información asistencial en atención a la incidencia estadística y a la distinción entre medicina curativa y satisfactiva.

La Sentencia de 28 de diciembre 1998⁶⁷ se señala que *“la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia.”*

Sentencia de 12 de enero de 2001⁶⁸ *“poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma.”*

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 junio de 2004⁶⁹ *“la falta de documento alguno acreditativo de que el demandado-recurrido informara a la actora-recurrente de ese 0,44% de posibilidades de necrosis como riesgo típico de la intervención difícilmente permite aceptar la pura y simple conjetura, más que presunción, del tribunal sentenciador sobre la suficiencia de la información facilitada a la paciente.”*

En la STS de 21 octubre de 2005 se señala que: *“La información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”.* *“ante un*

tes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

67 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1207/1998 de 28 de diciembre.

68 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 3/2001 de 12 de enero.

69 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 560/2004 de 22 de enero.

supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria [...] en el que se acrecienta [...] el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona [...] con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención.”⁷⁰

Sentencia de 17 de abril de 2007.⁷¹ *“El consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, 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 revisten una gravedad extraordinaria.”*

En la STS de 16 enero 2012⁷² *“La complicación surgida es de escasa incidencia estadística (entre el 0,2 y el 0,4), pero el riesgo de resultados como el enjuiciado en una operación vertebral es lo suficientemente importante como para no haber sido omitido.”* Además, tal y como apunta ASUA GONZÁLEZ, C *“la circunstancia de que el riesgo de una intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo.”⁷³*

4.5.- FORMA

La decisión del paciente o usuario deber ser libre y voluntario, tal y como recoge el Art. 8.1 LAP ya que, en relación con el Art. 1.265 C.C *“Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”⁷⁴* Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de diciembre de 2003 *“Si el consentimiento ha de ser libre, presupuesto de aquél ha de ser la información.”⁷⁵*

Por su parte, el apartado 2 del Art. 8 LAP establece que el consentimiento se otorgará, por norma general, de forma verbal. No obstante, será escrito:

- Cuando haya una intervención quirúrgica.
- En los procedimientos de diagnósticos y terapéuticos invasores.
- En la aplicación de procedimientos que comporten riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Como podemos ver, y poniendo éste en relación con el Ar. 10.2 LAP *“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.”⁷⁶*, se impone que el consentimiento previo sea recogido por escrito en aquellas intervenciones que supongan mayor peligrosidad para la vida y/o salud del paciente así como para aquellos procedimientos que lo indique expresamente la ley como sucede con el Art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida.

Sin embargo, en relación a estos Arts. podríamos plantearnos cuál es el criterio real que debe seguirse para recabar el consentimiento por escrito. La potencial peligrosidad o la incertidumbre del resultado. Según CADENAS OSUNA, D *“de las palabras del legislador se desprende una aparente*

⁷⁰Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 758/2005 de 21 de octubre.

⁷¹Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 421/2007 de 17 de abril.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 948/2011 de 16 de enero.

⁷³ASUA GONZÁLEZ, C. “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario.” Revista CESCO de derecho de Consumo. N°8/2013. p . 150.

⁷⁴Art. 1.265 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁷⁵Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 918/2003 de 2 de diciembre de 2003.

⁷⁶Art. 10.2 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.

propensión a la utilización del consentimiento como un instrumento al servicio de la medicina defensiva,⁷⁷ persiguiendo la protección de los profesionales sanitarios al fomentar que los mismos dispongan de un indicio de prueba de haber recabado el consentimiento del paciente (a saber, el documento de consentimiento) en aquellos supuestos en que, por conllevar dudas el resultado de la actuación médica a practicar, es más probable que éste sea insatisfactorio y, en consecuencia, el facultativo se vea inmerso en el futuro en un procedimiento judicial.”⁷⁸

Por otro lado, en aquellos casos en los que el médico no contase con el consentimiento por escrito o el documento de consentimiento no ofreciese toda la información pertinente, entiende nuestra jurisprudencia que no puede derivarse de forma directa la inexistencia del consentimiento del paciente. Eso sí, tendrá lugar una inversión de la carga de la prueba, debiendo el médico demostrar que ha obtenido el consentimiento informado que le habilitaba para la actuación, por ser quien se halla en una situación más favorable para conseguirla. Así lo ha declarado nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 9 de junio de 2015 *“es doctrina reiterada de la Sala (STS de 22 septiembre de 2010, Rc. 1004/2006 (RJ 2010, 7135)) que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor “ad probationem “ (SSTS [...] 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638)), 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 [...]; habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916), que debe al menos «quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte»,[...] doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico*

⁷⁷Modo de ejercer la medicina para evitar denuncias o demandas por mala praxis mediante la realización de un número excesivo de pruebas diagnósticas que descarten situaciones insólitas, asegurándose que el enfermo firma su consentimiento escrito a todas las pruebas o tratamientos que se le realizan. Consiste, por tanto, en el empleo por parte del médico de los procedimientos y medios diagnósticos-terapéuticos con el principal fin de evitar ser demandado o reclamado judicialmente.

⁷⁸CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p 273.

quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios.”⁷⁹

Y en la misma línea la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 de octubre de 2002 *“en cuanto a la forma escrita del consentimiento no resulta imprescindible si consta que efectivamente se ha prestado, no siendo indispensable que se acredite mediante prueba documental sino que la información y el consentimiento pueden demostrarse por cualquier otro medio de prueba”⁸⁰*

Jurisprudencia no exenta de críticas. Sostiene CADENAS OSUNA, D que *“la consideración del incumplimiento de la forma escrita como determinante de la inversión de la carga de la prueba de la existencia del consentimiento informado carece de relevancia alguna, debido a que tal inversión es jurisprudencialmente establecida con carácter general para todos los supuestos de consentimiento informado (se respete o no la forma documental cuando es preceptiva) por aplicación de la doctrina de la facilidad probatoria recogida en el artículo 217.7 LEC”⁸¹*

Por último, en cuanto a su carácter expreso o tácito, el Art. 8.2 exige que el consentimiento sea expreso, descartando el consentimiento dado tácitamente. Sin embargo, en la práctica médica diaria vemos como, en una gran cantidad de ocasiones, este mandato legal no es respetado al ciento por ciento. Tal es así que los Tribunales han concedido validez al consentimiento tácito. Un ejemplo de ello lo podemos observar en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo)⁸² en un caso sobre la práctica de una colonoscopia donde se admite que el paciente consintió de forma tácita que se practicase la misma. En el mismo sentido opina Monterroso Casado, E. *“Cuando*

⁷⁹Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera, de lo Civil) núm. 336/2015, de 9 de junio de 2015.

⁸⁰Sentencia del Tribunal Supremo (Sala sexta, de lo Contencioso-Administrativo) Recurso de Casación núm. 5294/1998.

⁸¹CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p 275.

⁸²Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª) núm. 644/2012 de 11 de mayo.



un paciente asiste a un centro médico o cuando el profesional es llamado para que acuda a atenderle a su domicilio, existe un contrato implícito y verbal, en el que se entiende que existe un consentimiento [...] En principio será perfectamente válido este consentimiento tácito, así como el verbal; precisamente, el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 señala que “el consentimiento será verbal por regla general”. Sin embargo, ese mismo precepto impone un deber de diligencia (de información) incrementado, que conste por escrito, cuando los tratamientos conlleven un mayor riesgo para la salud: [...] A sensu contrario, en presencia de tratamientos que no generan riesgos, el consentimiento puede ser verbal, e incluso tácito.”⁸³

4.6.- MOMENTO

La única referencia que encontramos en la LAP sobre el momento en el que ha de prestarse el consentimiento informado es que debe ser antes de cualquier intervención o actuación,

una vez recibida la información pertinente sobre ésta. Ha esclarecer un poco la situación ante la vaga regulación dada por el legislador vino la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de octubre de 2009 en la que se dilucidaba la validez del consentimiento prestado horas antes de la intervención. El Alto Tribunal en tal caso entendió que “en cuanto al hecho de que fuese firmado sólo unas horas antes del inicio de la operación, no es relevante, ya que la ley no establecía un período mínimo de reflexión.”⁸⁴

Sentencia esta criticada por parte de la doctrina y no acogida por algunos Tribunales, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de febrero de 2012 en la que dice “[...] con relación al consentimiento informado, señalar que [...] el mismo debe ser solicitado con antelación suficiente al objeto de que el paciente pueda, con sosiego decidir la conveniencia o no de la intervención. [...]”

No parece lógico, pues que en el caso sometido a la consideración de la Sala,

⁸³ MONTERROSO CASADO, E. “La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y reparación del daño.” Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Nº 17. Primer Trimestre. Año 2006. p.11.

⁸⁴Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 27 de octubre de 2009. Núm. Rec. 1059/2005.

la operación se efectuó el 9-9-03, y el consentimiento se firma por la actora ese mismo día, (incluso como dijo la actora, el mismo se firmó «en la mesa de operaciones») y tal proceder, como acertadamente señala la sentencia apelada, quiebra, viola y conculca la finalidad última de la citada aquiescencia. El propio perito del demandado admitió que el consentimiento ha de conseguirse antes del día de la operación. Prestarlo como se hizo en el presente supuesto, lo priva de su razón de ser y finalidad, pues la paciente carece del necesario sosiego y calma para decidir con libertad y voluntariedad plenas, por lo que, de conformidad con la doctrina que ha quedado expuesta, esa deficiencia en el consentimiento constituye una mala praxis médica y una infracción de la «lex artis».⁸⁵

En el mismo sentido LLEDÓ BENITO, I sostiene, apoyándose en una serie de sentencias como la de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de febrero de 2001⁸⁶, que el consentimiento debe ser prestado como mínimo 24 horas antes de ejecutar el procedimiento correspondiente, para garantizar que el paciente haya obtenido la información suficiente y tenga tiempo bastante para reflexionar libre y responsablemente, valorando todas las posibilidades.⁸⁷

En contraposición, nos unimos a las palabras de Cadenas Osuna, D cuando dice que se hace necesario separar la información asistencial (que ha de transmitirse con antelación suficiente) y el consentimiento informado. Y ello porque no es realmente importante que este último se haya presentado con una antelación mínima ya que, aun prestándose el mismo día de la intervención, lo importante es que haya recibido la información asistencial con suficiente antelación para poder reflexionar sobre la misma. Cuestión contrapuesta es el consentimiento manifestado con demasiado tiempo de antelación. En estos casos se ha de comprobar por parte de los médicos que no se ha producido cambio alguno en las circunstancias del paciente, pues sólo si no la ha

habido el consentimiento sigue siendo válido.⁸⁸

V.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

La responsabilidad civil del profesional sanitario puede ser, como ya hemos hecho alusión anteriormente.

- Contractual.
- Extracontractual, como base en el principio “*alterum non laedere*” o el deber de no dañar a nadie.

En este trabajo abordaremos la segunda de las opciones que, como ya hemos hecho referencia en este trabajo, es la que surge por la producción de un daño causado por acción u omisión culpable sin la existencia de una obligación anterior. La responsabilidad extracontractual del profesional sanitario por omisión del consentimiento informado existirá cuando tenga lugar una conducta culposa o negligente de la que se derive un daño al paciente.

5.1.- DAÑO

La realidad del daño es una cuestión fáctica que debe ser probada. Sin embargo, el daño que ha de ser indemnizado a través de la responsabilidad por omisión del consentimiento informado del paciente presenta varias dificultades.

Es importante señalar la consolidada jurisprudencia que se pone de manifiesto en la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 4 de marzo de 2011⁸⁹ en la que establece que “*Los efectos que origina la falta de información están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, 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*

⁸⁵Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª) núm. 55/2011 de 11 de febrero.

⁸⁶Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (sección 4ª) núm. 102/2001, de 13 de febrero de 2001.

⁸⁷LLEDÓ BENITO, I “LA EXPLICACIÓN PRÁCTICA DE UN CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA ACTUACIÓN DEL FACULTATIVO EN EL ACTO MÉDICO QUIRÚRGICO.” EN LLEDÓ-YAGÜE, F, MORILLAS CUEVA, L (DIR.) RESPONSABILIDAD MÉDICA CIVIL Y PENAL POR PRESUNTA MALA PRÁCTICA PROFESIONAL (EL CONTENIDO REPARADOR DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO) MADRID. DYKINSON S.L. 2012. P. 291 Y 292.

⁸⁸CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018 p. 290 y 291.

⁸⁹Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 101/2011 de 4 de marzo.

una necesidad relativa (SSTS de 23 de mayo, 29 de junio (RJ 2007, 3871))

5.1.1.- DAÑO FÍSICO

En el campo en el que nos centramos hemos de cuestionarnos si ha de responder el médico frente a los daños corporales derivados de aquellas actuaciones que realice sin haber obtenido consentimiento informado, cuya diligencia en la ejecución se encuentra dentro de los requisitos exigidos por la *lex artis*. En estos casos existe una corriente jurisprudencial⁹⁰ que aplica la llamada teoría del desplazamiento del riesgo. Según ésta el paciente debe verse resarcido por los daños corporales padecidos a consecuencia de una intervención diligente pero no consentida por no haber sido advertido de todos los riesgos aparejados a la misma. Corriente ésta, que distingue dos posibilidades:

- Que se de la producción de un resultado no satisfactorio para la salud, en cuyo caso se derivará la responsabilidad civil pertinente en base a la ausencia del consentimiento informado. Y ello porque los tribunales fundamentan en dicha omisión un elemento de culpabilidad en el que basar la imputación subjetiva de los daños derivados de su actuación.⁹¹

- Aquellos casos donde se de la producción de un resultado satisfactorio para la salud. En éstos la omisión del consentimiento informado no genera consecuencias para el profesional sanitario.

El efecto de esta interpretación jurisprudencial es que, como bien ha expresado CADENAS OSUNA, D, produce una equiparación entre las consecuencias jurídicas de la negligencia en las técnicas requeridas por el acto médico y de la obtención del consentimiento informado para una actuación médica ejecutada diligentemente.⁹² Y en este mismo sentido se pronunció el Illmo. Sr. D. José Antonio Álvarez Caperochipi en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de

2002 *“Estimo que no puede identificarse a efectos de responsabilidad la impericia médica con la falta de consentimiento del paciente a un acto médico. Y la razón [...] es la ausencia de relación de causalidad entre el daño sufrido por el paciente y la falta de información. Sin que pueda imponerse una responsabilidad cuasi-objetiva por una defectuosa información, que es en esencia el incumplimiento de un deber formal o ritual del protocolo previo a la actuación médica.*

Entiendo que sólo cuando la actuación médica inconsciente sea atentatoria contra la libertad personal o dignidad de la paciente, y haya un comportamiento médico abusivo o arbitrario, podrá asimilarse la falta de consentimiento con la impericia médica, e imponer al facultativo la indemnización de todos los daños. Como sucedería en los casos de operaciones sorpresivas, injustificadamente arriesgadas o experimentales”⁹³

5.1.2.- DAÑO MORAL

Existe otra corriente jurisprudencial que, a diferencia de la anterior (las actuaciones que a pesar de no ser consentidas por el paciente no generan daños físicos no generan posibilidad de indemnización), sostiene que la omisión del consentimiento informado constituye un daño moral merecedor de resarcimiento.

Para analizar el daño moral hay que distinguir dos corrientes jurisprudenciales:

1. Aquella para la que la lesión del derecho a la autodeterminación del paciente constituye un daño moral.

Según la corriente jurisprudencial que, apoyando la dimensión del daño moral como un daño autónomo, considera que la omisión del consentimiento informado vulnera la *lex artis ad hoc* y el derecho a la autonomía personal del paciente. Vulneración ésta de la que, con independencia de las demás circunstancias que se den, debe derivarse una indemnización. En este sentido encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 en la que afirma que *“Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la administración sanitaria del riesgo existente [...] supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la*

⁹⁰Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Núm. 652/2006 de 26 de junio o Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 4 de mayo de 2010. Núm. Rec. 5546/2005.

⁹¹CADENAS OSUNA, D EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. MADRID. AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 2018. P. 345.

⁹²CADENAS OSUNA, D EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. MADRID. AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 2018. P. 346.

⁹³Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala lo de Civil y Penal) núm. 20/2002 de 6 de septiembre.

intervención”⁹⁴

Siguiendo esta línea se pronuncia el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 17 de marzo de 2005 dice que *“ha de tenerse en cuenta que la ausencia de consentimiento informado constituye en sí mismo un daño indemnizable. En estos supuestos, el derecho a la indemnización surge de manera obligada, con independencia de la concurrencia de culpa o negligencia del personal sanitario interviniente. Este deber de reparación está vinculado directamente con la privación de la capacidad de decisión del paciente sobre su propia salud, aun cuando no se haya podido determinar que el funcionamiento del servicio público menoscabó las posibilidades de supervivencia del paciente.”*⁹⁵

En la doctrina sostiene ASUA GONZÁLEZ, C. *“Sin embargo, no se puede obviar que, aunque el resultado sea positivo y el paciente no tenga que confrontarse con la angustia de un*

94Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 4 de abril de 2000. Núm. Rec. 8065/1995.

95Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 096/2005 de 17 de marzo de 2005.

*desenlace negativo para el que no había podido prepararse, se ha producido una efectiva la lesión de su autonomía.”*⁹⁶

Argumentación esta última con la que concordamos, al igual que lo hace Cadenas Osuna, D cuando sostiene que es un *“posicionamiento jurisprudencial [...] con el que concordamos plenamente, la omisión del consentimiento informado del paciente supone en todo caso una infracción por el profesional sanitario de las obligaciones que le impone la lex artis ad hoc y una correlativa vulneración del derecho del paciente a la autonomía personal, susceptible de resarcimiento como un daño individualizado y autónomo respecto de las posibles secuelas que puedan derivarse de la actuación médica no consentida”*⁹⁷

2. Aquella corriente que defiende el resarcimiento del daño moral sólo cuando tiene lugar un daño corporal.

96ASUA GONZÁLEZ, C. “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario.” Revista CESCO de derecho de Consumo. Nº8/2013. p. 159.

97CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018. p. 350.



A diferencia de la postura anteriormente comentada se encuentra la jurisprudencia del nuestro Alto Tribunal que considera que *“la falta de información no es «per se» una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido).”*⁹⁸ Con este posicionamiento el Tribunal Supremo subordina la posible indemnización por daño moral derivado de la violación del derecho a la autonomía del paciente a la existencia de un daño corporal. Casos estos en los que el concepto a indemnizar es el moral y no el corporal. Sin embargo, si la actuación no consentida supone un resultado positivo para el paciente no habrá lugar a indemnización.

Encontramos pues, tres tendencias:

1ª. Aquella que entiende la omisión del consentimiento informado como el elemento causal entre la intervención no consentida y las lesiones corporales que haya sufrido por una actuación médica, diligentemente ejecutada, para la que no ha mostrado su conformidad.

2ª. Aquella que considera un daño moral indemnizable la violación del derecho a la autonomía del paciente sufrida como consecuencia de la ausencia de su consentimiento informado, al margen de las lesiones corporales que puedan derivarse.

3ª. Aquella que difiere de la segunda en el caso de que sólo resulta indemnizable el daño moral si va acompañado de un daño corporal.

5.2.- RELACION DE CAUSALIDAD

A continuación debemos analizar la relación de causalidad entre la omisión informativa y el daño sufrido. Para ello hay que distinguir la causalidad material y la imputación objetiva.

Y como bien ha señalado ARCOS VIEIRA M^a L *“la mayor dificultad se presenta, en consecuencia, en los casos [...] en los que el único fallo apreciable a lo largo de una relación asistencial incide en el aspecto de la información debida al paciente. Sobre esta base, las opciones que se plantea la doctrina y la jurisprudencia son las siguientes.”*⁹⁹

a) considerar inexistente el daño o el nexo

causal y absolver a los demandados.

b) sostener la inexistencia de nexo causal entre la falta de información y los daños en la salud o el patrimonio del paciente, estableciendo la existencia del nexo causal con un daño moral cual es la pérdida de opciones o la limitación de la autonomía del paciente.

c) Rechazar el elemento de causalidad material para condenar por unos daños personales o patrimoniales a la luz de los criterios de imputación objetiva.

Esta diversidad de respuestas judiciales, tal y como apunta Arcos Vieira M^a L, se debe a que aún está por determinar si la falta de información o de consentimiento constituye un daño al paciente o si únicamente debe servir de base para la imputación de responsabilidad por los daños físicos, psíquicos o patrimoniales indemnizables en caso de que la asistencia sanitaria que los causó adoleciera de errores, fallos o negligencias.¹⁰⁰

A continuación entraremos en el estudio de la causalidad material. Para el análisis de ésta acudimos a la *conditio sine qua non* o teoría de la equivalencia de las condiciones. Se trata de la doctrina, mayoritariamente seguida por nuestros tribunales, que condiciona el daño a aquella circunstancia que si no hubiese tenido lugar no se habría producido.¹⁰¹ A partir de esta premisa hemos de cuestionarnos cómo se puede establecer un nexo de causalidad entre un resultado lesivo y una conducta omisiva, como es la omisión del consentimiento informado. Sin embargo, para poder aplicar esta teoría a las omisiones hay que acudir a su versión adaptada, hablando entonces en términos de causalidad hipotética, en virtud de la cual se entiende condición del resultado una omisión siempre que se pueda confirmar que si se hubiese ejecutado la acción omitida el resultado lesivo no habría tenido lugar.¹⁰²

Además, es sentada y pacífica jurisprudencia que para que una omisión pueda ser la causante de un daño, el sujeto que la omite ha de

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil Sección 1ª) núm. 488/2006, de 10 de mayo entre otras.

⁹⁹ ARCOS VIEIRA M^a L RESPONSABILIDAD SANITARIA POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN AL PACIENTE. 2007. ARANZADI S.A. P. 54.

¹⁰⁰ ARCOS VIEIRA M^a L RESPONSABILIDAD SANITARIA POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN AL PACIENTE. 2007. ARANZADI S.A. P. 54

¹⁰¹ CADENAS OSUNA, D EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. MADRID. AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 2018. P. 386.

¹⁰² CADENAS OSUNA, D EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. MADRID. AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 2018. P 382.

encontrarse ante el deber jurídico de actuar y que de haber actuado no se hubiese producido el daño. “Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación.”¹⁰³ En este sentido apunta Regañón-Díaz García-Alcalá, C. que “La doctrina suele ser pacífica a la hora de entender que una conducta omisiva no puede considerarse nunca causa de un resultado desde la aplicación de las ciencias de la naturaleza.”¹⁰⁴

En este sentido observamos como el Art. 8.1 LAP impone al profesional sanitario el deber de recabar el consentimiento informado previo a toda actuación. “De esta suerte, podemos colegir con facilidad que la omisión del consentimiento informado no constituye una mera situación de inactividad del profesional sanitario, sino, por el contrario, una auténtica omisión susceptible de generar consecuencias jurídicas siempre que cause daño al paciente.”¹⁰⁵

No obstante, podemos afirmar que el nexo causal queda acreditado mediante la regla adaptada de la *conditio sine qua non* desde el momento en el que la omisión del consentimiento informado es la causa material de los daños corporales provocados por la intervención médica siempre que quede probado, con certeza o una probabilidad cualificada, que el paciente hubiese rechazado la intervención de haber sido informado correctamente. De lo contrario, es decir, si hubiese aceptado igualmente la intervención, no habría causalidad material. Sin embargo, desde la perspectiva que considera un valor indemnizable la lesión al derecho a la libre determinación, la omisión del consentimiento causa una lesión a este derecho, fuese cual fuese la decisión del paciente, con independencia de si se ha producido, o no, una lesión corporal para el paciente.¹⁰⁶

Por tanto, “Si pudiésemos demostrar con absoluta seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza [...] que el paciente hubiere

prestado su consentimiento y, por tanto, se hubiere intervenido igual si con anterioridad al acto médico en cuestión le hubieren sido explicados con todo detalle sus riesgos y alternativas -riesgos que tras la actuación médica se han materializado-, no habría lugar a indemnización. Resultaría aplicable, en tal caso, lo que la doctrina alemana denomina teoría de la «conducta alternativa conforme a derecho» [...] , en virtud de la cual un daño no será imputable a su causante si, de haber actuado el mismo conforme a derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión. No obstante, la correcta aplicación de esta teoría exige que la carga de la prueba recaiga sobre quien alega que en el caso de haber observado la conducta alternativa diligente se hubiera producido el mismo resultado dañoso.”¹⁰⁷

En casos en que esta afirmación resulte dudosa, la teoría de la pérdida de oportunidad hace posible la imputación del daño corporal a la omisión del consentimiento informado en la proporción en que, probablemente, el paciente hubiese rechazado la intervención. Y ello porque se obvia el nexo causal para indemnizar por la pérdida de oportunidad.¹⁰⁸ O, en su versión más actual, en la que se produce a flexibilización de la relación de causalidad en supuestos de incertidumbre causal al aplicarse como criterio de imputación probabilística del daño, permite considerar acreditado el vínculo material de causalidad entre la omisión del consentimiento informado y la proporción de daño que corresponde con la probabilidad de que le paciente hubiese rechazado el procedimiento médico.¹⁰⁹

No obstante, en opinión de Regañón-Díaz García-Alcalá, C “[...] gran parte de los supuestos más controvertidos de responsabilidad sanitaria se identifican con casos de omisiones [...] graves, se obtiene la conclusión de que el verdadero problema es de imputación objetiva del daño y no de relación de causalidad [...]”¹¹⁰

¹⁰³Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 482/2017 de 28 de julio.

¹⁰⁴DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y NEXO CAUSAL EN EL ÁMBITO SANITARIO. GRANADA. COMARES. 2006. p 58

¹⁰⁵CADENAS OSUNA, D EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. MADRID. AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 2018. P 382.

¹⁰⁶Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 323/2011 de 13 de mayo.

¹⁰⁷GALÁN CORTÉS, J, C “Consentimiento informado y nexo causa en la responsabilidad médica.” Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2006. p.6.

¹⁰⁸Es lo que ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006.

¹⁰⁹CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018. p. 389.

¹¹⁰DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Granada. Comares. 2006. p 60

Como ha analizado Asua González, C.¹¹¹ el Tribunal Supremo ha adoptado diversas posturas que seguidamente vamos a plasmar.

La primera de ella viene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1997¹¹² en la que sostiene que aunque la omisión del consentimiento informado constituye una negligencia, entre esta deficiencia y el resultado dañoso no existe ninguna relación de causalidad ya que, en cualquier caso, habría acaecido ese resultado. Sobre esta sentencia se ha manifestado Galán Cortés, J.C. mostrando su desacuerdo *“toda vez que la inobservancia de la obligación de informar por parte del cirujano, y de obtener el preceptivo y necesario consentimiento informado, es determinante por sí misma de la responsabilidad del facultativo si llega a materializarse alguno de los riesgos existentes de la intervención y que no eran conocidos por el paciente, al haber obrado con patente desviación de la lex artis ad hoc [...]”*¹¹³

Posteriormente, con un criterio totalmente contrario, el Alto Tribunal, en su sentencia de 26 de junio de 2006,¹¹⁴ tras comprobar el correcto diagnóstico y la adecuada actuación médica conforme a la *lex artis* estimó la demanda del paciente basándose en la falta de información por parte del médico. Según este criterio *“se procede a la indemnización de los daños patrimoniales o morales conectados a la afección a la salud sin ninguna consideración a la imputación o conexión entre tal daño y la vulneración de la obligación de información/consecución del consentimiento informado.”*¹¹⁵

Otro de los argumentos seguidos por la Sala ha sido prestar atención al criterio de asunción o traslado del riesgo. Según esta corriente, la Sentencia de 26 de septiembre de 2000¹¹⁶ se basa en que la falta de información supone la asunción por parte del médico de los riesgos de la intervención.

¹¹¹ASUA GONZÁLEZ, C. “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario.” Revista CESCO de derecho de Consumo. Nº8/2013. p. 150 – 158.

¹¹²Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 985/1997 de 10 de noviembre.

¹¹³GALÁN CORTÉS, J.C. Responsabilidad médica y consentimiento informado. 2001. Civitas Ediciones, S.L. p. 530 y 531.

¹¹⁴Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 652/2006 de 26 de junio.

¹¹⁵ASUA GONZÁLEZ, C. “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario.” Revista CESCO de derecho de Consumo. Nº8/2013. p. 152.

¹¹⁶Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 849/2000, de 26 de septiembre.

Criterio distinto es el que toma en consideración la posibilidad de haber evitado el resultado lesivo puesto que, si se hubiese proporcionado al paciente información suficiente, no se hubiese sometido a la intervención. Sin embargo, hay que hacer dos matizaciones:

-Como ya se ha dicho, no procede indemnización si se considera que el daño se hubiese producido de todos modos.

- Además, para que procediera la indemnización de todo el daño final se debería estar en la certeza de que, con la debida información, tal daño se habría evitado, lo que es difícil de comprobar. *“De ahí que, en las decisiones en las que se indemniza todo el daño final incidiéndose en la causalidad, las consideraciones al respecto no sean directas y resulten de contundencia diversa”*¹¹⁷

Pues bien, este es el criterio adoptado por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004¹¹⁸ en la que se condenó al cirujano que practicó una reducción mamaria por la falta de información acerca de los riesgos que corría la paciente, porque de haber sido informada no se habría sometido a dicha intervención.

Por otro lado, en aquellos casos en los que existe una evidente incertidumbre sobre la decisión que hubiese adoptado el paciente, el Alto Tribunal ha optado por tener en cuenta la pérdida de la oportunidad de que el daño no se hubiese producido como valor indemnizable. *“el análisis de la responsabilidad en clave de pérdida de oportunidad es una perspectiva posible en supuestos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido.”*¹¹⁹ Este es el caso de la Sentencia de 30 de junio de 2009.¹²⁰

¹¹⁷ASUA GONZÁLEZ, C. “INFRACCIÓN DE DEBERES DE INFORMACIÓN Y OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR EN EL ÁMBITO SANITARIO.” REVISTA CESCO DE DERECHO DE CONSUMO. Nº8/2013. p. 153.

¹¹⁸Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 560/2004, de 22 de junio.

¹¹⁹ASUA GONZÁLEZ, C. “Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad. Comentario a la STS de 19 de febrero de 2020.” Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm.11/2020. Editorial Civitas, SA. p. 3.

¹²⁰Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 478/2009 de 30 de junio.

En este sentido Galán Cortés, J, C sostiene que *“La pérdida de oportunidad determina perfectamente el nexo causal entre la omisión o deficiencia de la información y el daño surgido, sirviendo además para moderar o mitigar, en algunos casos, la cuantía indemnizatoria en función de las circunstancias concurrentes y del grado de probabilidad de que el paciente se sustrajera a la intervención realizada de haber conocido en su momento tal riesgo, posteriormente materializado tras su práctica.”*¹²¹

Con esta teoría se distribuye el peso de la incertidumbre entre la víctima, que obtiene una indemnización parcial apropiada a la probabilidad de que no hubiera sufrido el daño de no haber mediado el hecho ilícito o, lo que es lo mismo, el agente responde en proporción a la probabilidad causal.

Otro de los posicionamientos se encuentra en la ya mencionada sentencia de 10 de mayo de 2006. En esta se concede una indemnización por la violación del derecho a la autonomía decisoria del paciente derivado de la falta de consentimiento informado condicionado a la producción de un daño corporal a consecuencia de la omisión de la información. Y es que al no poderse acreditar el nexo causal entre el actuar negligente y el daño moral sufrido por la incertidumbre sobre la decisión que éste hubiese adoptado el Tribunal considera que *“aun admitiendo [...] que la falta de información no es «per se» una causa de resarcimiento pecuniario [...], se reconoce que se produjo el daño que fundamenta la responsabilidad de quienes debiendo informar no lo hicieron, teniendo en cuenta que el riesgo se materializó, aunque se excluya la conducta negligente por parte de quien llevó a cabo la intervención quirúrgica, que era necesaria y era la única alternativa posible para obtener la curación del paciente. [...] Esta suerte de circunstancias resultan relevantes para fundamentar una indemnización [...] derivada de la pérdida de oportunidad [...]”*¹²² Por tanto, el Tribunal considera que el daño que fundamenta la responsabilidad del médico es el derivado de la omisión de la información necesaria, es decir, la pérdida de oportunidad. Y así lo declara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de enero de 2009¹²³ en la que se sostiene que *“al obviar la relación de causalidad,*

en rigor, se estará indemnizando un daño diferente (la pérdida de una oportunidad).” Sin embargo, existe otra versión en la que *“es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido”*¹²⁴

Tras este repaso por la distintas posturas que ha adoptado el Tribunal Supremo debemos analizar la posible imputación objetiva. *“El papel encomendado a la Teoría de la imputación objetiva es, precisamente, el de suministrar los criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o ponderación entre las distintas causas - o riesgos-concurrentes, a fin de determinar la posible responsabilidad civil.”*¹²⁵

Para este análisis vamos a hacer referencia a dos teorías de imputación objetiva:¹²⁶

1º) De un lado, la teoría o criterio del incremento del riesgo o comportamiento alternativo conforme a derecho.

Esta teoría deriva a su vez en dos, la teoría del nexo y la teoría de la elevación del riesgo. Ambas exigen que el incumplimiento de la norma incremente la probabilidad de producción del daño. La primera de ellas exige, además, que se pruebe que el daño no se habría producido si se hubiese cumplido la norma.

De su aplicación a los supuestos de ausencia de consentimiento informado sacamos las siguientes conclusiones:

Referente a los daños corporales. En este caso, la omisión del consentimiento informativo no eleva la probabilidad de que se produzca el daño cuando la intervención se realiza con toda la diligencia posible. Por lo tanto, no puede

¹²¹GALÁN CORTÉS, J, C. “ CONSENTIMIENTO INFORMADO Y NEXO CAUSA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.” EDITORIAL ARANZADI, S.A.U., CIZUR MENOR. 2006. p. 5.

¹²²Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil Sección 1ª) núm. 488/2006, de 10 de mayo.

¹²³Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) núm. 31/2009 de 23 de enero.

¹²⁴Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 948/2011 de 16 de enero.

¹²⁵DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Granada. Comares. 2006. p 11.

¹²⁶CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018. p. 393 – 404.



haber imputación objetiva de daños corporales.

En relación a los daños morales por la vulneración del derecho a la autonomía, la omisión del consentimiento informado produce el riesgo del daño moral al paciente.

2º) De otro lado, la teoría o criterio de causalidad adecuada.

Con esta teoría se elimina la imputación objetiva de aquellos daños imprevisibles para un observador experimentado con los especiales conocimientos del que causa el daño.¹²⁷

De su aplicación a los supuestos de ausencia de consentimiento informado sacamos las siguientes conclusiones:

Cuando se refiere a los daños corporales. En estos casos se debe excluir la imputación objetiva de los daños que puedan derivarse de la actuación médica a la omisión del consentimiento informado. Y ello porque aunque los daños corporales derivados de la intervención se vinculan materialmente a la omisión del consentimiento informado, no puede el médico prever los daños que puedan derivarse de la ejecución diligente de su actividad médica.

Cuando se refiere a los daños morales por la vulneración del derecho a la autonomía. Al igual que con la teoría anterior, el daño moral producido por la omisión del consentimiento informado es objetivamente imputable puesto que el médico puede prever que esa omisión está privando al paciente del acceso a la información necesaria para que manifieste su consentimiento informado de forma válida.

Analizando la imputación objetiva en su teoría del nexo, se excluye el daño corporal pues no eleva la probabilidad de que se produzca el daño corporal cuando el médico ejecuta una actuación totalmente diligente. Por su parte, el daño moral por la lesión del derecho a la autonomía si es imputable pues con la omisión de la información el profesional sanitario provoca tal lesión moral.

En la versión de la causalidad adecuada quedan excluidos los daños corporales como consecuencia de la omisión del consentimiento informado pues no puede preverlos cuando

¹²⁷CADENAS OSUNA, D El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018. P 402.

se ejecuta una actuación acorde a la *lex artis ad hoc*. Respecto del daño moral si resulta imputable pues el profesional sanitario puede prever que con su omisión está privando al paciente de la posibilidad de adoptar una decisión informada, independientemente de la decisión que hubiese tomado.

En definitiva, y en palabras de GARCÍA GARNICA M^a. C. *“no existe acuerdo en la doctrina ni en la jurisprudencia al precisar si las irregularidades en el proceso de formación y obtención del consentimiento informado deben ser analizadas en sede de criterio de imputación, de causalidad o, incluso, en cuanto a si pueden constituir per se un daño indemnizable, en tanto lesión a un derecho subjetivo del paciente.”*¹²⁸

5.3.- CULPA O NEGLIGENCIA.

Tal y como expone DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a D.¹²⁹ existen dos criterios para la imposición de la responsabilidad extracontractual.

- Sistema de responsabilidad subjetiva o, lo que es lo mismo, que la responsabilidad derive de la culpa del actor. Según esta teoría, para hacer responsable civilmente de la producción de un daño debe el paciente acreditar la culpabilidad del sujeto, ya sea dolosa o negligente en cualquiera de sus grados.

Para que una conducta sea dolosa se precisan de un elemento intelectual (requiere del conocimiento del hecho y de la consciencia de la realización de un acto contrario a derecho) y otro volitivo (se quiera el resultado de la acción o se asume como consecuencia necesaria.) Para que exista culpa (acción u omisión voluntaria sin malicia) se precisa de una falta de diligencia. Tal y como establece el Art. 1.104 C.C, se entiende por culpa o negligencia

La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia

que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

- Sistema de responsabilidad objetiva, o lo que es lo mismo, emanar la obligación de resarcimiento de una relación de causalidad sin observar culpa o negligencia.

En la responsabilidad de los médicos y sanitarios rige el principio de la culpabilidad con la excepción de aquellos casos en los que se persigue la consecución de un resultado, como es en la cirugía estética donde se admite una responsabilidad objetiva. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, *“Con reiteración, este Tribunal, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios. De esa forma, a partir del daño que fundamenta la responsabilidad, el criterio de imputación en virtud del artículo 1.902 CC, se basa, como no podía ser de otra forma, en el reproche culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo -lex artis ad hoc- [...]; razón por la que habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas [...], pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia [...], al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación [...]”*¹³⁰

Una conducta es culposa cuando no se respete el estándar de diligencia exigido por la obligación o no sea acorde a la exigida a un buen padre de familia. En el caso del personal sanitario, para que de su conducta no puedan

¹²⁸GARCÍA GARNICA, M^a. C. Aspectos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica. Pamplona. Aranzadi, S.A. 2010. p. 101.

¹²⁹DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a. D. “La responsabilidad civil del profesional sanitario”. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. ISSN 1133-1259. Núm. 7, 1994. p. 202.

¹³⁰Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 922/2005 de 24 de Noviembre de 2005.

derivarse consecuencias ha de ser acorde a la *lex artis ad hoc*, que ya ha sido definida en este trabajo.¹³¹ En este punto se hace preciso dejar constancia de que “*el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forman parte de toda actuación asistencial [...], constituyendo una exigencia ética y legamente exigible a los miembros de la profesión médica, [...] de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.*”¹³²

Ahora bien, hemos de distinguir cuando nos encontramos ante una obligación de medios o de resultados. En efecto, de la sentencia anteriormente mencionada se extrae que la medicina curativa o terapéutica entraña una obligación de medios, por lo que la actuación médica será conforme a la *lex artis ad hoc* cuando proporcione todos los cuidados y medios (al ser el suyo un contrato de arrendamiento de servicios) que se requieran según el estado de la ciencia, debiendo ser el paciente el que pruebe la actuación negligente del médico.

Por otro lado, en lo que se refiere a la medicina satisfactiva, la jurisprudencia ha sido cambiante. Sin embargo, la más reciente¹³³ sostiene que el mismo argumento que sirve de base para establecer la obligación de medios en la medicina curativa es el que ha de usarse para llegar a la misma conclusión en la medicina satisfactiva. Eso sí, en estos casos el deber de información ha de ser más exhaustivo aún. No obstante, existen dos excepciones:

- Cuando se produce el aseguramiento del resultado, que puede darse tanto en la medicina curativa como en la satisfactiva. En estos casos se está asumiendo una obligación de resultados por parte del profesional, en la que el paciente sólo tiene que demostrar el incumplimiento del resultado prometido. Es el médico el que ha de probar la concurrencia de alguna circunstancia que lo libere de responsabilidad.

Esto parece suceder en los casos de publicidad. Y es que, del Art. 61 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 puede extraerse la garantía del resultado de la campaña publicitaria.

- Cuando el profesional se compromete a la entrega de una cosa, como un informe.

Así las cosas, y siendo tal y como expresa Galán Cortés, J, C “*El incumplimiento del deber de información por parte del médico y, por ende, la omisión o deficiencia del consentimiento informado, no está anudada, de forma inmediata y automática, a una consecuencia indemnizatoria, resultando imprescindible para ello la identificación de un daño derivado de la materialización de un riesgo del que el paciente no fue informado con carácter previo a la intervención médica, correctamente ejecutada desde el punto de vista técnico, para así poder declarar, con fundamento en tal incumplimiento, la responsabilidad civil, ya que puede haber responsabilidad civil sin culpa pero no sin daño.* [...]”

El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de responsabilidad civil. Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no tendría otra consideración que la de una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes (deontológico, disciplinario...), pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, bien contractual o extracontractual.”¹³⁴

La cuestión radica en considerar la lesión al derecho de decisión del paciente un daño por sí mismo merecedor de indemnización o sólo cuando vaya acompañado de un daño corporal. Cuestión esta que como ya hemos visto ha levantado voces contrapuestas en la jurisprudencia.

5.4.- TIEMPO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN

Dice el Art. 1.968.2 del CC que el plazo de prescripción es de un año cuando se trate de responsabilidad extracontractual. Plazo que empieza a contarse, a la luz del Art. 1.969 C.C. desde el día que pudo ejercitarse la acción.

Por ello, en el caso de que la omisión del consentimiento informado sea considerado

¹³¹Ver página 16.

¹³²Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 199/2013 de 11 de abril.

¹³³Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 778/2009, de 20 de noviembre.

¹³⁴GALÁN CORTÉS, J, C. “CONSENTIMIENTO INFORMADO Y NEXO CAUSA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.” EDITORIAL ARANZADI, S.A.U., CIZUR MENOR. 2006. P. 5.

como un daño indemnizable de forma autónoma el plazo debe empezar a computarse desde el momento en que el paciente conoce que ha sido sometido a una actuación médica sin previo consentimiento informado, lo que puede darse en momentos distintos:

- Un paciente que no ha emitido su consentimiento a una determinada intervención podrá ejercitarla desde el momento en que tenga conocimiento de que se ha ejecutado la intervención o desde que recupere la movilidad.

- En el caso de que la información dada al paciente sea insuficiente el plazo comienza desde que el paciente es conocedor de dicha deficiencia.

Si el daño que se reclama es el daño corporal derivado de una intervención médica sin su consentimiento informado el plazo empieza a computarse, en virtud de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007¹³⁵ en el día en que se *“conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas [...]”*

VI.- FRENTE A QUIEN HA DE EJERCERSE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Dice el ya citado Art. 1.902 C.C que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*¹³⁶

Debemos traer a colación la ya citada jurisprudencia que extiende los efectos de la responsabilidad extracontractual a aquellos casos en los que, aún existiendo contrato entre las partes, el daño causado no se deriva de lo estrictamente pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio, aunque hayan ocurrido en la ejecución del mismo. Porque en virtud de ésta podemos reclamar daños extracontractuales basados en el recién mencionado Art. frente al profesional sanitario con el que no haya contrato de servicios médicos por hechos propios, lo que ocurre en los dos supuestos siguientes:

- Cuando el contrato existe entre paciente y centro sanitario.

- Cuando hay contrato entre paciente y una compañía aseguradora.

En el ámbito de la reclamación extracontractual por hecho ajeno, recogido en el Art. 1.903 apartado 4 C.C, el centro sanitario privado será responsable extracontractual cuando entre éste y el paciente no exista contrato de servicios médicos, ni con el profesional sanitario que lo asiste. Se exige así que, para que el centro sanitario responda por culpa *in vigilando* o *in eligendo* debe declararse la responsabilidad extracontractual por hecho propio de los dependientes con los que exista una relación jerárquica¹³⁷. Relación que se da cuando, según la jurisprudencia, el facultativo posea la condición de colaborador¹³⁸ en el establecimiento sanitario o cuando sea elegido por el centro y no por el paciente (aunque no exista una efectiva dependencia laboral). También se exige que se encuentre realizando labores asignados por la estructura organizativa de la clínica.¹³⁹

En los casos en los que el médico es elegido por el paciente se entiende que el centro sólo cumple con un contrato de hospitalización, eximiéndosele de responsabilidad.¹⁴⁰

¹³⁷Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 269/2010 de 14 de mayo “dependencia que no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas.”

¹³⁸Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 291/2001, de 24 de marzo “Aunque no se trate de efectiva dependencia laboral, la afirmación de carácter colaborador del especialista permite la aplicación del artículo 1903.”

¹³⁹Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 307/2009, de 6 de mayo “el conductor accidentado utilizaba el vehículo de su propiedad para uso particular, fuera de las horas de trabajo, contraviniendo la prohibición que le imponía la empresa, que no le había autorizado expresamente su uso privado, como reconoce la sentencia, pues ello impide establecer una relación de dependencia entre uno y otra, como presupuesto inexcusable del artículo 1903 del Código Civil (LEG 1889, 27) , aunque se acudiese a la responsabilidad por riesgo, puesto que el vehículo se hallaba cedido exclusivamente para el desempeño de su trabajo.”

¹⁴⁰Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1379/2006, de 20 de diciembre “El deber cuyo incumplimiento genera la responsabilidad civil que se demanda incumbe al médico demandado y no a la Clínica Girona, SA, puesto que [...] aquel no forma parte de la plantilla, sino que figura en la relación de médicos especialistas en ginecología del cuadro médico de la Mutua de Telefónica de España, SA, y que fue la propia actora quien eligió libremente al médico [...] Lo cierto es que la Clínica se limitó a permitir la utilización de sus instalaciones, en virtud de concierto con la Mutua de Telefónica, y a suministrar los medios técnicos e

¹³⁵Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 28 de febrero de 2007. Núm. Rec. 5536/2003

¹³⁶Art. 1.902 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

VII.- CONCLUSIONES

Partiendo de la base de que el consentimiento informado ha sido elevado a la categoría de Derecho Fundamental y que constituye un elemento de la *lex artis ad hoc* materializado en una doble obligación para los profesionales sanitarios:

- Facilitar al paciente la información necesaria sobre la intervención que se propone realizar éste.
- Obtener del paciente su consentimiento previo para realizar cualquier intervención.

Paso a exponer mis conclusiones.

Conclusión primera. Me posiciono a favor de la corriente jurisprudencial y doctrinal que considera que la ausencia de la información necesaria para conformar un consentimiento informado válido es causa suficiente para sostener una reclamación al profesional que debió, de un lado, proporcionar la información y de otro obtener el consentimiento informado.

Y ello, porque como se ha expuesto en este trabajo la falta de diligencia por parte del profesional que no ofrece toda la información asistencial necesaria constituye un acto negligente que atenta con la *lex artis ad hoc*.

Conclusión segunda. En lo que al contenido se refiere, considero que no ha de establecerse diferencias en cuanto al nivel de exigencia entre la medicina curativa y la satisfactiva. Y ello, porque el paciente tiene el derecho, fundamental, de conocer la información asistencial relativa a la posible actuación médica a la que va a someterse, con independencia de si se trata de medicina curativa o satisfactiva. Igualmente no debe ser tenido en cuenta a la hora de facilitar dicha información que ésta pudiera ocasionar, o no, que el paciente decidiese no someterse a la intervención pues de lo contrario se estaría atentado, a su vez, contra la autonomía del paciente que debe poder decidir sobre los tratamientos médicos que desea recibir.

Conclusión tercera. Relativa a la forma. Si bien la ley reconoce como norma general que

instrumentos necesarios para llevarla a cabo, y de tales funciones no surge para ella ninguna obligación de responder por la acción u omisión culposa o negligente del profesional que intervino en el acto médico [...]"

tanto el consentimiento como la información se prestarán de forma verbal, creo que lo oportuno y necesario, en aras de proteger al paciente y al médico de cara a posibles reclamaciones de responsabilidad, sería que tanto uno como otro se recojan siempre por escrito. Es más, en mi opinión, la información debería ser facilitada en un primer momento cuando se informase al paciente de su estado, y una segunda vez justo antes de cada intervención. Y si es posible por más de un médico al fin de asegurarse el traslado de toda la información pertinente, acompañándose de un formulario totalmente personalizado al paciente, en el que se recojan todas las particulares que presente. Por otro lado, el paciente debería mostrar su consentimiento siempre por escrito, describiendo todos aquellos riesgos que tenga consciencia haber comprendido. Consentimiento que debe ser revisado por el médico para poder informar de aquellos riesgos que no constasen en el mismo.

Conclusión cuarta. En relación con la más actual teoría de la pérdida de oportunidad. No parece lo más acertado aplicar ésta a los daños morales en tanto en cuanto, desde la consideración realizada en nuestra Conclusión primera, la práctica de una actuación médica sin previo consentimiento informado constituye una lesión al derecho a la autonomía del paciente, sin tener relevancia alguna la decisión que hubiese tomado de haber tenido toda la información, provocando un daño moral merecedor de reparación.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

Arcos Vieira, M^a L. *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información al Paciente*. 1^a Edición. 2007. Editorial Aranzadi, S.A. ISBN: 978-84-8355-203-2.

Asua González, C. I. "Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario." Revista CESCO de derecho de Consumo. N^o 8/2013. Disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

Asua González, C. I. "Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad. Comentario a la STS de 19 de febrero de 2020." Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm.11/2020. Editorial Civitas, SA.

Bello Janeiro, D. *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. 1^o Edición. Madrid. Reus, S.A. 2013. ISBN: 978-84-290-1722-9 .

Blanco Pérez-ruboi, L. "El consentimiento

informado como elemento esencial de la lex artis.” Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil. Núm. 2/2014 parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014

Cadenas Osuna, D. *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*. 1ª Edición. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. ISBN: 978-84-340-2478-6

Díaz-Ambrona Bardají, M^a. D. “La responsabilidad civil del profesional sanitario”. Conferencia inaugural del Curso: <Ética y legislación para profesionales sanitarios>. Logroño, 7-X-1994. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. ISSN 1133-1259. Núm. 7, 1994.

Díaz-Regañón García-Alcalá, C. *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*. 1ª Edición. Granada. Editorial Comares, S.L. 2006. ISBN 84-86509-22-X.

García Garnica, M^a. C. *Aspectos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica*. 1ª Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi, S.A. 2010. ISBN 978-84-9903-586-4.

González Hernández, R. “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XL VI (2013) 203-214 / ISSN: 1133-3677.

Galán Cortés, J.C. “Consentimiento informado y nexos causales en la responsabilidad médica.” Actualidad Jurídica Aranzadi num. 716/2006 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2006. BIB2006/1367.

Galán Cortés, J.C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. 2001. 1ª Edición. Civitas Ediciones, S.L. ISBN: 84-470-1677-3.

Lledó-Yagüe, F, Morillas Cueva, L. *Responsabilidad Médica Civil y Penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)* 2012. 1ª edición. Madrid . Dykinson, S.L ISBN 978-84-9031-250-6

Monterroso Casado, E. “La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y reparación del daño.” Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. N^o 17. Primer Trimestre. Año 2006.

Palomares Bayo, M, López y García de la Serrana, J. *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*. 1ª Edición. Granada. Editorial Comares, S.L. 2002. ISBN: 84-8444-518-6.

Pueyo Calleja, F^o Javier. “La responsabilidad sanitaria: Momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa.” ISSN 1133-7400, Vol. 17, N^o. Extra 1, 2009 (ejemplar dedicado a: XVII Congreso “Derecho y Salud”). Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2947942>

Roca Trías, E, Navarro Michel, M. *DERECHO DE DAÑOS. Textos y materiales*. 6ª Edición. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2011. ISBN: 978-84-9004-297-7.

Serra Domínguez, M. “Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria. Comentario a la Sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993.” DS Vol. 2, Enero-Diciembre 1994. Disponible en: <https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/Vol0201-2.pdf>

Vázquez López, J. E. “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)”. Cuad. med. Forense [online]. 2010, vol.16, n.3. Disponible <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S113576062010000200009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1988-611X.

Responsabilidad civil por circulación de vehículos a motor. Interpretación del Convenio de La Haya sobre ley aplicable en accidentes de circulación: accidente en Marruecos de un vehículo matriculado en España. Perjudicados con distinto país de residencia.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 1 de febrero de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

1.- Objeto del proceso

Consiste en la demanda de responsabilidad civil, que es formulada por los herederos de D. Manuel y de D. Virgilio , así como por D.a Florencia , esta última litigando también en nombre propio, contra D. Benigno y la compañía de seguros Mapfre Familiar, S.A.

La base fáctica, en la que se fundó la demanda, radica en que el 2 de agosto de 2010 cuando el demandado Benigno conducía, por la carretera nacional n.o 17 (Oujda-Figuig), a 34 Km al norte de Tendara (Marruecos), un automóvil de matrícula española-YHZ , asegurado en la compañía Mapfre Familiar, S.A., sin intervención de ningún otro vehículo, se salió de la calzada, dando vueltas de campana. A consecuencia de dicho siniestro, fallecieron los ocupantes del turismo D. Manuel y D. Virgilio y resultó lesionada D.a Florencia .

2.- La sentencia de primera instancia

El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cartagena, que examinó y consideró que los tribunales españoles gozaban de jurisdicción para el conocimiento del proceso, por aplicación de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La ley aplicable para la resolución del litigio venía determinada conforme al Convenio sobre accidentes de circulación por carretera hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, ratificado por España y publicado en el B.O.E. de 4 de noviembre de 1987. Tras auto de 29 de abril de 2013, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, se consideró que los tribunales españoles eran competentes para el conocimiento de las demandas acumuladas planteadas por los distintos perjudicados.

Pues bien, en aplicación de dicho convenio, la sentencia del juzgado concluyó que a los demandantes, que traían causa de D. Virgilio, se les aplicaría la ley española, toda vez que la víctima tenía residencia en España y el vehículo estaba matriculado también en España; mientras que, por el contrario, los familiares del fallecido Sr. Manuel y la lesionada D.ª Florencia, se les indemnizó mediante la aplicación del derecho marroquí, dado que tenían su domicilio en Marruecos.

Con base en la normativa respectivamente vigente en ambos países, la sentencia fijó las indemnizaciones correspondientes. No se aplicaron los intereses de demora del art. 20 de la LCS, con el argumento de la existencia de serias dudas sobre la condición de residentes de los demandados y por ende de la aplicación de la normativa aplicable. Se condenó, no obstante, al pago de los intereses de demora ordinarios desde la fecha de la demanda y, desde la sentencia, los del art. 576 de la LEC. Se señaló que la normativa marroquí exige que se acredite la existencia de perjuicios por el retraso o impago de la aseguradora, sin que exista prueba al respecto. Tampoco se acordó imponer las costas procesales, dada la existencia de serias dudas de hecho y de derecho, así como la estimación parcial de la demanda.

3.- La sentencia de segunda instancia.

Contra la precitada sentencia se interpusieron recursos de apelación por los herederos de D. Manuel y D. Virgilio, así como por D.ª Florencia, ésta última también en

nombre propio en resarcimiento de las lesiones sufridas.

En ellos, se cuestionaba la sentencia del juzgado en cuanto no había aplicado la legislación española para el resarcimiento del daño sufrido, así como con respecto a la aplicación de los intereses del art. 20 de la LCS. Comoquiera que no apeló la sentencia de primera instancia la compañía aseguradora, devino firme el pronunciamiento relativo a la responsabilidad de los codemandados en la génesis del accidente y por el daño corporal causado.

El conocimiento del recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, que dictó sentencia por la que se confirmó la del juzgado.

En dicha resolución se razonó, en relación con el recurso formulado por los herederos de D. Virgilio, que la aplicación del derecho español estaba condicionada a que la víctima tuviera su residencia en España, y si bien, para acreditar tal punto de conexión, se presentó tarjeta de residencia en vigor en nuestro país, sin embargo, en el domicilio que figura en el atestado y en la partida de defunción consta domiciliado en Marruecos, lo que condujo a la Audiencia a razonar que, en consecuencia:

“[...]”la oposición podía tener cierto fundamento, aunque el juzgador a quo luego entendiera acreditado que la residencia (a efectos de aplicación del art. 4 del Convenio de La Haya) del citado ocupante estuviera en España (lo que no es impugnado, ni -por ello- objeto de esta alzada) y con ello, aplicara esta legislación respecto a los herederos y perjudicados del citado ocupante; en consonancia con lo anterior, también en el auto de 2 de febrero de 2012, que estima parcialmente la declinatoria (y el que dicta esta Sección Quinta al resolver el recurso de apelación frente al anterior) se consideraba que la residencia del Sr. Virgilio estaba en España”.

En cuanto al recurso interpuesto por los herederos del Sr. Manuel se razonó que, según el Convenio de La Haya, la legislación aplicable era la marroquí, pues las víctimas tenían su residencia habitual en Marruecos. Con base en ello, se descartó la aplicación del art. 20 de la LCS española. Por otra parte, se reputó debidamente acreditado el derecho extranjero, a través de la identificación del texto legal vigente aplicable al caso remitido por la embajada de Marruecos y acompañado de la correspondiente traducción

por intérprete jurado.

4.- Recursos extraordinarios por infracción procesal y casación Contra la sentencia de la Audiencia se interpusieron por los demandantes recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

Por auto de esta Sala de 7 de octubre de 2020, se admitieron los motivos primero y tercero del recurso de casación formulado por los herederos de D. Manuel y D.a Florencia , y, por el contrario, se inadmitió el segundo de ellos, relativo a la vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre el régimen y carga de la prueba del derecho extranjero. Igualmente, se rechazó el recurso por infracción procesal interpuesto por dicha parte.

Con respecto a los formulados por los herederos de D. Virgilio fueron admitidos ambos recursos extraordinarios a trámite para su resolución por esta Sala.

SEGUNDO.- Examen del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por los herederos de D. Virgilio

Dicha parte recurrente interpuso contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial

recurso extraordinario por infracción procesal fundamentado en sendos motivos, los cuales debemos desestimar al no encontrar amparo en Derecho por las razones que exponen a continuación.

1.- Los concretos motivos del recurso por infracción procesal formulados y su desarrollo

El primero de ellos, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.o de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente los arts. 209 y 218 de la LEC. En su desarrollo, se reprocha a la sentencia recurrida no haber dado respuesta a la petición de aplicación de los intereses moratorios del art. 20 de la LCS, lo que conforma una incongruencia omisiva o por defecto.

El segundo de ellos, al amparo del art. 469.1.4.o de la LEC, por vulneración del art. 24 CE, relativo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en tanto en cuanto no se había dado respuesta a la cuestión suscitada concerniente a la aplicación de los intereses del art. 20 de la LCS, pese a haberse interesado, en su momento, la aclaración y/o complemento de la sentencia dictada por el tribunal provincial.

2.- Desestimación de ambos motivos



Ambos motivos, al estar íntimamente conectados entre sí, merecen un tratamiento conjunto, dado que se fundamentan en denunciar que la sentencia de la Audiencia no se pronunció sobre la petición de aplicación de los intereses moratorios del art. 20 de la LCS, lo que implicaría incurrir en incongruencia omisiva vedada por el art. 218.1 de la LEC y, además, atentar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su manifestación de obtener una respuesta motivada de los tribunales ante una pretensión legítimamente formulada.

La congruencia exige la necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 698/2017, de 21 de diciembre; 233/2019, de 23 de abril; 640/2019, de 26 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 313/2020, de 17 de junio, 526/2020, de 14 de octubre, entre otras); desde esta perspectiva, la sentencia debe ser la respuesta que dan los juzgadores a las pretensiones introducidas por el actor en el escrito rector del proceso, conjuntamente con las que merecen las excepciones y resistencias opuestas por el demandado.

Una sentencia es pues incongruente, como ha recordado reiteradamente esta Sala (por todas las sentencias 604/2019, de 12 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 267/2020, de 9 de junio o 526/2020, de 14 de octubre), si concede más de lo pedido (ultra petita); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (extra petita); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (citra petita), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (infra petitum), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte.

Pues bien, basta leer la sentencia de la Audiencia para comprobar que se rechaza la aplicación del interés moratorio del art. 20 de la LCS, por las dudas sobre la residencia en España D. Virgilio y, por lo tanto, la aplicación del derecho español, a las que se refieren los fundamentos de derecho primero y segundo de dicha resolución. Ahora bien, que ello conforme causa justificada, para negar la aplicación de dicho interés, constituye cuestión propia del

recurso de casación igualmente interpuesto al tratarse de una valoración de naturaleza jurídica.

Existe respuesta motivada a la pretensión deducida y, por lo tanto, no se ha vulnerado tampoco el art. 24.1 CE.

TERCERO.- Análisis del recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Virgilio

1.- Planteamiento y desarrollo del recurso

En este caso, el recurso de casación se fundamenta en la infracción del art. 20 de la LCS y doctrina jurisprudencial interpretativa de la existencia de causa justificada para liberar a la compañía de seguros de la condena a satisfacer dicho interés legal. En el recurso, se cita como vulnerada la doctrina fijada por las sentencias 336/2012, de 24 de mayo; 623/2012, de 19 de octubre; 742/2012, de 4 de diciembre, 117/2013, de 25 de febrero y 404/2013, de 6 de junio.

En su desarrollo, se explica que, conforme a dicha doctrina, sólo puede ser causa justificada de la mora de la aseguradora la controversia en cuanto a la cobertura del seguro que requiera la intervención judicial. Se sostiene que el proceso no es un óbice para no imponer tales intereses a no ser que sea necesario para resolver la incertidumbre sobre el nacimiento de la obligación de indemnizar. Se alega que no se aprecia causa justificada de exoneración, cuando no se discute la realidad del siniestro ni su cobertura y sí su cuantía o la concurrencia de culpas. Se señala, por último, que las alusiones, en el atestado y certificación de defunción, al domicilio en Tendrara son de carácter accidental derivadas de la estancia temporal del fallecido en Marruecos, ya que también, en dichos documentos, se hace constar profesión obrero en el extranjero y jubilado en el extranjero, todo ello unido a la tarjeta de residencia en vigor, emitida por la administración española, acreditativa de la residencia legal que disfrutaba el Sr. Virgilio en nuestro país.

Tampoco podía existir ninguna duda de derecho para la compañía de seguros sobre la aplicación del Convenio de La Haya sobre accidentes de circulación por carretera de 4 de mayo de 1971, dada su evidente experiencia en liquidar accidentes de sus asegurados en el extranjero y aplicación de dicha normativa. Incluso se cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16, número 13/2012, de 13 de enero, en la que fue parte Mapfre, con respecto a la aplicación del

precitado convenio en accidente que se produjo en Tánger.

2.- Estimación del recurso. Inexistencia de causa justificada de la mora de la aseguradora

El recurso debe ser estimado.

Para que nazca el derecho del asegurado a cobrar la indemnización derivada del contrato de seguro suscrito, es necesario no sólo la realización del evento dañoso, sino también que el mismo constituya un riesgo objeto de cobertura en la póliza suscrita.

En principio, la obligación de pago se presume existente desde la realización del siniestro típico, si bien es natural que la compañía se cerciore de su existencia, de las circunstancias en que se produjo y de hallarse cubierto por el contrato suscrito, así como, en su caso, de cuantificar el daño; pero dichas comprobaciones han de ser llevadas con celeridad y diligencia, respetando las normas legales de liquidación (sentencia 419/2020, de 13 de julio), todo ello a los efectos de evitar incurrir en la mora, que regula el art. 20.4o de la LCS, en cuyo caso se adeudará un interés anual igual al del interés legal del dinero, incrementado en el 50 por 100, sin necesidad de reclamación judicial, y transcurridos dos años, desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

No obstante lo cual, el art. 20.8 de la LCS norma que no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador, cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable a la compañía aseguradora.

La jurisprudencia se ha tenido que enfrentar, en numerosas ocasiones, a la interpretación de tal precepto, a los efectos de fijar criterios sobre la determinación de cuando concurre una causa de tal naturaleza, que disculpe la obligación legal de las compañías de liquidar celosa y puntualmente los siniestros.

En este sentido, en la reciente sentencia 503/2020, de 5 de octubre, hemos señalado:

“[...] sólo concurre la causa justificada del art. 20.8 de la LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar; esto es, cuando la resolución

judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (sentencias 252/2018, de 10 de octubre; 56/2019, de 25 de enero, 556/2019, de 22 de octubre; 570/2019, de 4 de noviembre, 47/2020, de 22 de enero y 419/2020, de 13 de julio, entre otras muchas).

Ahora bien, como es natural, la mera circunstancia de judicializarse la reclamación, ante la negativa de la aseguradora de hacerse cargo del siniestro, no puede dejar sin efecto la aplicación del art. 20 de la LCS, pues en tal caso su juego normativo quedaría desvirtuado y su aplicación subordinada a la oposición de las compañías de seguro. Es decir, la judicialización, excluyente de la mora, habrá de hallarse fundada en razones convincentes que avalen la reticencia de la compañía a liquidar puntualmente el siniestro; dado que no ha de ofrecer duda que acudir al proceso no permite presumir la racionalidad de la oposición a indemnizar, puesto que no se da un enlace preciso y directo, conforme a las directrices de la lógica, entre ambos comportamientos con trascendencia jurídica.

En definitiva, como señala la STS 317/2018, de 30 de mayo, citada por la más reciente 419/2020, de 13 de julio: “[...] solamente cuando la intervención judicial sea necesaria para fijar el derecho a la indemnización y razonable la oposición de la compañía, ante la situación de incertidumbre concurrente, podrá nacer la causa justificada a la que se refiere el art. 20.8 LCS”. De esta manera, se expresan igualmente las recientes sentencias 56/2019, de 25 de enero; 556/2019, de 22 de octubre y 116/2020, de 19 de febrero”.

Pues bien, en este caso, la reclamación formulada por los herederos D. Virgilio , no planteaba especiales problemas jurídicos relativos a la aplicación del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre accidentes de circulación por carretera, ratificado por España y publicado en el B.O.E. de 4 de noviembre de 1987, en cuanto a la aplicación de la legislación española, así como con respecto a la jurisdicción de nuestros tribunales, dado lo establecido en el art. 22.3.o de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción entonces vigente, en que se determinaba la misma, en materia de obligaciones extracontractuales, “cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España” como sucedía en este caso.



No era cuestión controvertida la realidad del siniestro, la responsabilidad del conductor demandado, al salirse de la calzada, por pérdida del control del vehículo, ni tampoco la existencia y vigencia de la cobertura.

La circunstancia de discrepar sobre la cuantía de la indemnización, no es causa justificada de demora en la obligación de indemnizar conforme una reiterada jurisprudencia (sentencias 328/2012, de 17 de mayo, 641/2015, de 12 de noviembre; 317/2018, de 30 de mayo; 47/2020, de 22 de enero y 643/2020, de 27 de noviembre, entre otras).

La residencia en España del Sr. Virgilio constaba en documento expedido por las autoridades españolas. Incluso dicha residencia en nuestro país fue expresamente proclamada por el auto de 2 de febrero de 2012, dictado por el juzgado, resolutorio de la declinatoria promovida por la aseguradora, en que consta que, según documental obrante en autos, D. Virgilio estaba empadronado en Fuente Álamo desde 9/11/2009, antes lo había estado en Alhama de Murcia (hasta el 2005) y anteriormente lo había estado también en Fuente Álamo. Los testigos que intervienen, en la declaración de herederos, manifiestan, bajo los apercibimientos legales, que el domicilio del finado que consta era su última residencia y dicha resolución se confirma por auto de tres de septiembre de dos mil doce del juzgado resolutorio del recurso de reposición interpuesto por la entidad demandada.

Pese a ello, la compañía, que ya no podía albergar duda al respecto, avalada por sendas resoluciones judiciales, continuó con su reticencia a liquidar el siniestro que, por otra parte, tampoco presentaba mayores dificultades, pues el daño a indemnizar consistía en el fallecimiento de una persona, lo que no requería mayores comprobaciones, que constatar la realidad de la muerte, nunca cuestionada, para aplicar el sistema tabular o, al menos, consignar las cantidades correspondientes a disposición de los herederos, lo que no hizo ni tan siquiera formulando una oferta amparada en el derecho marroquí.

Por todo ello, considera este tribunal que no concurre causa justificada para liberar a la compañía de la obligación de satisfacer los intereses del art. 20 de la LCS, al haber incurrido en mora en la liquidación del siniestro con respecto a dichos perjudicados, sin que quepa extrapolar la situación de estos recurrentes a las otras víctimas, pues cada grupo de perjudicados

estaba sometido a distintos regímenes jurídicos.

Los intereses se calcularán, durante los dos primeros años, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20% si aquel no resulta superior (sentencias de pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras, por las sentencias 632/2011, de 20 de septiembre; 165/2012, de 12 de marzo; 736/2016, de 21 de diciembre; 222/2017, de 5 de abril; 562/2018, de 10 de octubre; 140/2020, de 2 de marzo; 419/2020, de 13 de julio; 503/2020, de 5 de octubre y 643/2020, de 27 de noviembre).

La estimación de este motivo de casación conlleva que carezca de interés examinar el segundo de los formulados que versa sobre la aplicación del art. 20 de la LCS, ante la supuesta existencia de jurisprudencia divergente de las Audiencias Provinciales al respecto.

CUARTO.- Examen del primero de los motivos de casación interpuesto por los herederos D. Manuel y por D.a Florencia , ésta última también por interés propio por su condición de lesionada

El primero de los motivos de casación, se fundamenta en la vulneración por inadecuada interpretación de lo establecido en el art. 4, en relación con el 3 y el 1 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera.

En el desarrollo del recurso, se considera que era aplicable la ley española dado que el conductor, al producirse el accidente, tenía su residencia habitual en España.

Para resolver dicho motivo de casación hemos de partir de la base de que el mentado convenio señala, en su art. 3, que: “la ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente”, que, en este caso, sería Marruecos; no obstante, conforme a lo establecido en su art. 4:

“Cuando en el accidente intervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado, será aplicable para determinar la responsabilidad:

- respecto del conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia

habitual,

- respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente,

- respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo, si tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado.

En caso de ser varias las víctimas, la ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas”.

Pues bien, en este caso, no se discute que en el accidente intervino un único vehículo, que era el conducido por el demandado, el cual estaba matriculado en España, país distinto al del lugar del accidente, por lo que cabría, como excepción, la aplicación de la legislación española.

Ahora bien, a tal efecto y con respecto a las víctimas, que viajasen como pasajeros en el vehículo siniestrado, el convenio contiene una regulación específica, conforme a la cual se distingue si dichas víctimas tenían su residencia habitual en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio hubiera ocurrido el accidente, en cuyo caso se aplicará la legislación del país de matriculación, lo que acontecía con respecto a D. Virgilio, puesto que no tenía su residencia habitual en Marruecos sino en España; pero tal situación, por el contrario, no concurría en relación a D. Manuel y a D.a Florencia, que se hallaban domiciliados en el lugar del accidente; es decir en territorio del reino de Marruecos.

La proposición normativa del art. 4 del Convenio determina la posibilidad de la aplicación de distintos regímenes jurídicos para la determinación de la responsabilidad derivada del accidente, y de esta forma el convenio contempla expresamente que “en caso de ser varias las víctimas, la ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas”.

En consecuencia, no es determinante, para la aplicación de la legislación del país de matriculación del vehículo, en este caso, la española, la circunstancia de que el conductor tuviera su domicilio en España, puesto que el Convenio no tiene en cuenta la residencia habitual de este último.

La tesis que sostiene el recurrente

determinaría que si el vehículo estuviera matriculado en país distinto del correspondiente al lugar del accidente, que es el presupuesto de aplicación del art. 4, como resulta indiferente el lugar de residencia del conductor, siempre se aplicaría la legislación del Estado de matriculación, por lo que la distinción entre ocupantes con residencia o no en el país en el que se produjo el accidente, o con residencia en el país de matriculación, en el caso de no ocupantes del vehículo, o la posibilidad de la aplicación de regímenes normativos distintos a las víctimas, carecería de contenido y ámbito aplicativo.

El Convenio se refiere a las víctimas, ya sean éstas el conductor, el propietario, el poseedor, cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, así como a los ocupantes y no ocupantes del mismo, por eso habla de la responsabilidad “respecto de”, es decir en relación a dichos eventuales perjudicados, lo que, desde luego, no dice el Convenio es que sea aplicable la legislación española cualquiera que fuera el lugar de residencia habitual de las víctimas ocupantes del vehículo por el hecho de que el conductor tenga su residencia en España, según la particular interpretación del convenio dada por la parte recurrente.

En definitiva, lo que el Convenio establece es que, en los accidentes en los que están involucradas varias víctimas (conductor, propietario, ocupantes, transeuntes...), la ley aplicable se determinará por separado en relación con cada una de ellos, según las reglas establecidas en los tres específicos supuestos contemplados en dicha norma internacional, al hacerlo así la sentencia de la Audiencia no vulneró la normativa considerada infringida por dichos recurrentes.

Por todo ello, este motivo de casación no debe ser estimado.

QUINTO.- Análisis del tercero de los motivos de casación formulados por los herederos de D. Manuel y de D.a Florencia

En este caso, inadmitido el segundo de los motivos de casación formulados, el tercero de ellos se funda en la no imposición de los intereses del art. 20 de la LCS, cuando se ha aplicado el derecho español en un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero, o bien por falta de prueba del derecho foráneo.

Este motivo de casación tampoco puede ser estimado, toda vez que, como hemos

razonado, la responsabilidad con respecto a estos recurrentes se debe determinar mediante la aplicación del derecho marroquí, como se hizo por el Juzgado en decisión ratificada por la Audiencia. Derecho que se declaró debidamente acreditado y con base al cual se fijaron las indemnizaciones correspondientes.

Lo que se pretende, con este motivo del recurso, es integrar el derecho extranjero con el español, mediante la aplicación de una disposición legal de este último ordenamiento jurídico, cuando se trata de distintas unidades normativas, que constituyen cuerpos legales con vida propia e independiente, que no permiten la aplicación conjunta de ambos bloques normativos para liquidar el mismo siniestro, como se interesa por la parte recurrente, uno para resarcir el daño (el marroquí) y otro para la mora de la aseguradora (el español).

La norma de conflicto establecida en el Convenio de La Haya sobre accidentes de circulación por carretera de 4 de mayo de 1971, remite en este caso al derecho marroquí. Si la parte recurrente considera que éste último fue indebidamente aplicado por la Audiencia debería formular recurso de casación, indicando qué concreto precepto de dicho ordenamiento jurídico foráneo fue infringido por dicho tribunal, lo que conforma una posibilidad legal perfectamente admitida por la jurisprudencia, como hemos proclamado, entre otras, en la sentencia 722/2009, de 23 de marzo de 2010, en la que razonamos:

“Es cierto que la sentencia recurrida realiza, en algún fundamento, referencias al derecho español de forma complementaria pero ello no es óbice para afirmar que está aplicando el derecho suizo a la relación jurídica controvertida. Sin duda - STS 4 de julio 2006 -, “la ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la ley (artículo 24 CE), además de infringir la norma conflictual española. Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del derecho extranjero no deba ser tenida como doctrina legal a los efectos del artículo 6.1 del Código civil, sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas”.

En conclusión, no cabe integrar el derecho extranjero aplicable al caso con el derecho español, rompiendo la unidad de cada ordenamiento jurídico; y sí se considera que, con arreglo a las leyes marroquíes, la parte recurrente tenía derecho a la aplicación de los intereses moratorios reclamados, entonces debió interponer su recurso de casación mediante la indicación de la concreta norma de derecho extranjero indebidamente aplicada por la Audiencia, lo que, desde luego, no hace con la invocación como infringido del art. 20 de la LCS española.

SEXTO.- Costas y depósito

En cuanto a las costas del recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Manuel y por D.a Florencia deben ser impuestas a dichos recurrentes, al desestimarse el mismo por aplicación del art. 398 de la LEC, con pérdida del depósito constituido para recurrir a tenor de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9, de la LOPJ.

La desestimación del recurso por infracción procesal formulado por los herederos de D. Virgilio , determina la imposición de las costas procesales, por aplicación del art. 398 LEC, y pérdida de depósito (Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9, de la LOPJ).

La estimación del recurso de casación formulado por dicha parte conlleva no se haga especial pronunciamiento en costas y que proceda la devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 398 LEC y Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8, de la LOPJ).

FALLO

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

1.o- Desestimar el recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Manuel y por D.a Florencia , contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2017, dictada por la sección 5.a de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, en el recurso de apelación núm. 15/2017, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

2.o- Desestimar el recurso por infracción procesal interpuesto por los herederos de D. Virgilio contra dicha sentencia, con imposición de costas y pérdida del depósito para recurrir.

3.0- Estimar el recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Virgilio contra la precitada sentencia, que casamos, a los efectos de estimar en parte el recurso de apelación interpuesto y condenar a la compañía de seguros demandada a satisfacer los intereses de demora del art. 20 de la LCS, desde la fecha del siniestro hasta su completo pago, computados de la manera reseñada en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia, sin hacer especial pronunciamiento de las costas de apelación y devolución del depósito correspondiente para apelar.

4.0- No se hace especial condena sobre las costas de este recurso de casación y se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.



Por **José A. Badillo Arias**
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

No es habitual encontrarnos con sentencias del Tribunal Supremo que interpreten y apliquen el Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971. Este Convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto.

Al igual que lo hacen la práctica totalidad de los ordenamientos internos en cuanto a la Ley aplicable para las obligaciones extracontractuales, el Convenio establece en su artículo 3 el criterio de la *Lex loci*, al señalar que: "la Ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente". La novedad del Convenio está en las excepciones que establece a este principio general en sus artículos 4 al 6, que utiliza distintos criterios, como el de la ley del Estado de matriculación del vehículo, o el de la *lex damni* o Ley del país de residencia de las víctimas o perjudicados, si se dan determinadas circunstancias y elementos en el accidente.

"A raíz de estos hechos, los herederos de los dos fallecidos y la lesionada interpusieron una demanda de responsabilidad en el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cartagena, que examinó y consideró que los tribunales españoles gozaban de jurisdicción para el conocimiento del proceso"

Los hechos que dan lugar a esta resolución tienen que ver con el accidente de un vehículo ocurrido en Marruecos, conducido por D. Benigno, al volcar dicho vehículo sin intervención de ningún otro. El vehículo tenía matrícula española y estaba asegurado en una entidad también española. Como consecuencia del accidente fallecieron dos ocupantes y resultó lesionada otra ocupante del vehículo.

A raíz de estos hechos, los herederos de los dos fallecidos y la lesionada interpusieron una demanda de responsabilidad en el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cartagena, que examinó y consideró que los tribunales españoles gozaban de jurisdicción para el conocimiento del proceso, por aplicación de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En consecuencia, el problema que se plantea en este caso es la determinación de la Ley aplicable, al intervenir en el accidente elementos extranjeros y ser de aplicación el citado Convenio de la Haya de 1971. En tal sentido, se daba la circunstancia de que uno de los fallecidos tenía residencia en España, mientras que el otro fallecido y la lesionada tenían residencia en Marruecos.

Por ello, el juzgado de primera instancia, en aplicación de las excepciones del artículo 4 del Convenio, indemnizó a los perjudicados del residente en España con la Ley española, mientras que los perjudicados del residente en Marruecos y la lesionada marroquí, fueron resarcidos en virtud de la normativa de dicho país.

No se aplicaron los intereses de demora del art. 20 de la LCS, con el argumento de la existencia de serias dudas sobre la condición de residentes de los demandados y por ende de la aplicación de la normativa aplicable. Se condenó, no obstante, al pago de los intereses de demora ordinarios desde la fecha de la demanda y, desde la sentencia, los del art. 576 de la LEC. Se señaló que la normativa marroquí exige que se acredite la existencia de perjuicios por el retraso o impago de la aseguradora, sin que exista prueba al respecto.

COMENTARIO

Tampoco se acordó imponer las costas procesales, dada la existencia de serias dudas de hecho y de derecho, así como la estimación parcial de la demanda.

Contra dicha sentencia, se interpusieron recursos de apelación por parte de los herederos de los dos fallecidos, así como por parte la lesionada. En ellos, se cuestionaba la sentencia del juzgado en cuanto no había aplicado la legislación española para el resarcimiento del daño sufrido, así como con respecto a la aplicación de los intereses del art. 20 de la LCS.

Dicho recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial de Murcia, al entender la Sala que se había aplicado correctamente el Convenio de la Haya.

Contra la sentencia de la Audiencia se interpusieron por los demandantes recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

“En definitiva, para la Sala, lo que el Convenio establece es que, en los accidentes en los que están involucradas varias víctimas (conductor, propietario, ocupantes, transeúntes...), la ley aplicable se determinará por separado en relación con cada una de ellos, según las reglas establecidas en los tres específicos supuestos contemplados en dicha norma internacional”.

En lo que ahora nos interesa, el recurso de casación de los perjudicados por el fallecido al que se le había aplicado el derecho español, por tener su residencia en nuestro país, pretendía que se condenara a la entidad aseguradora a los intereses del artículo 20 LCS. La Sala estima el recurso, al entender que, en virtud de la regla 8ª de dicho artículo, no hay causa justificada para que la aseguradora no haya abonado antes la indemnización correspondiente, puesto que “la mera circunstancia de judicializarse la reclamación, ante la negativa de la aseguradora de hacerse cargo del siniestro, no puede dejar sin efecto la aplicación del art. 20 de la LCS, pues en tal caso su juego normativo quedaría desvirtuado y su aplicación subordinada a la oposición de las compañías de seguro”.

Respecto al recurso de casación de los perjudicados por el fallecido residente en Marruecos y la lesionada también residente en este país, a los que se les había aplicado la legislación marroquí, los recurrentes consideran que era aplicable la ley española dado que el conductor, al producirse el accidente, tenía su residencia habitual en España.

Para la Sala, en este caso, sería aplicable el artículo 4 del Convenio de la Haya que establece ““Cuando en el accidente intervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado, será aplicable para determinar la responsabilidad: (...) respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente”. Es decir, que solo sería aplicable la Ley española -ley de matriculación del vehículo-, si los ocupantes tuvieran residencia en un país distinto de aquél en el que hubiera ocurrido el accidente.

Como quiera que uno de los fallecidos y la lesionada, ocupantes del vehículo, tenían su residencia en Marruecos, no se aplica la legislación del país de matriculación del vehículo, sino la del lugar del accidente. En definitiva, para la Sala, lo que el Convenio establece es que, en los accidentes en los que están involucradas varias víctimas (conductor, propietario, ocupantes, transeúntes...), la ley aplicable se determinará por separado en relación con cada una de ellos, según las reglas establecidas en los tres específicos supuestos contemplados en dicha norma internacional.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Seguro colectivo de vida. Modalidades de vida entera o a tiempo parcial. Obligación de Información de la Aseguradora. No es aplicable la doctrina de las condiciones sorpresivas, en tanto en cuanto es inherente a la modalidad de seguro de vida pactado el establecimiento de un límite temporal de cobertura, que constituye su esencia; por lo que no cabe atribuir el calificativo de sorpresiva a una condición delimitadora ínsita en la propia naturaleza jurídica del contrato suscrito o dicho de otra forma de su alcance típico o usual.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 17 de febrero de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

1.- El objeto del proceso

Es objeto del presente proceso la demanda que es interpuesta por el actor D. Epifanio contra las entidades BBVA de Seguros, S.A., y BBVA, S.A., a los efectos de obtener un pronunciamiento judicial que proclame la vigencia del contrato colectivo de vida, suscrito en fecha 23 de abril de 1988 entre el demandante y la compañía Euroseguros, S.A. (actual BBVA Seguros, S.A.) en concepto de deudora y Banco de Bilbao, S.A., (actual BBVA) como tomador.

La razón del litigio proviene de las discrepancias existentes entre las partes sobre el alcance de la cobertura suscrita, pues mientras que el demandante considera que el contrato de seguro concertado es un seguro de vida entera, la parte demandada sostiene, por el contrario, que nos encontramos ante un contrato de tal clase pero de duración temporal, que se extingue cuando los asegurados alcanzasen la edad de los 65 años, tal y como resulta documentado en la póliza n.o NUM000 a la que se refiere el seguro colectivo y a la que se hace alusión en el certificado de adhesión.

En el art. 6.2 de dicha póliza, bajo la rúbrica “condiciones de adhesión”, se señala que “no podrán incorporarse a este seguro personas de edad menor de catorce años ni de edad igual o superior a sesenta y cinco años, ni tampoco personas incapacitadas”, y el art. 7, bajo el título “variaciones en la composición del grupo asegurado”, dice en el apartado correspondiente a las bajas que éstas tendrán lugar por alguna de las siguientes causas: “4) cumplimiento de la edad límite (65 años) especificada en el artículo 6.2 de las presentes condiciones”.

El demandante señala que ni en el boletín de adhesión, ni en la certificación individual del seguro, ni en el extracto de condiciones generales que le fueron facilitadas, se hace referencia a que el contrato sea de duración temporal, tampoco se le entregó la póliza del contrato a la fecha de su adhesión, ni se le informó que el seguro de vida fuera de duración limitada a los 65 años.

2.- La sentencia de primera instancia

Formalizada judicialmente la controversia se tramitó por el cauce del juicio ordinario n.o 42/2016 ante el Juzgado de Primera Instancia de Chantada, con oposición de las codemandadas. Dicho procedimiento finalizó por sentencia estimatoria de la demanda.

La precitada resolución, tras descartar la excepción de falta de legitimación pasiva de BBVA, S.A., como tomadora del contrato, argumentó que el demandante aportó al proceso el boletín de adhesión al contrato de seguro de vida litigioso suscrito el 23 de abril de 1988, junto con las correspondientes certificaciones individuales y el extracto de las condiciones generales del seguro “Euroseguros Vida”, que le fueron facilitadas, sin que, en las exclusiones de la cobertura, que le fueron facilitadas figurase el cumplimiento de la edad de 65 años.

La compañía, por el contrario, aportó el contenido de la póliza y condiciones generales y sostiene que el asegurado recibió una copia idéntica de dicho clausulado, en donde consta la limitación de la duración del seguro y su extinción al alcanzar los 65 años de edad.

La sentencia no da valor a la documentación que fue remitida al actor el 25 de junio de 2005, por la compañía de seguros, a requerimiento del demandante, en el que se acompañaba copia del clausulado del contrato, ya que en el condicionado remitido figura: “Información previa a la contratación en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 30/1995 y de los artículos 104 a 107 de su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto no 2486/1998 de 20 de noviembre”, mencionando por lo tanto una normativa posterior a la concertación del contrato litigioso, en dicho documento sí figura la vigencia temporal del seguro por un año prorrogable hasta la edad de los 65 años.

Tras considerar que se trata de una cláusula limitativa, que no reúne los requisitos del art. 3 de la LCS, y que no aparece firmada por el actor, considera que se produjo una unilateral modificación por parte de la demandada BBVA Seguros, S.A., de las condiciones inicialmente pactadas en el contrato suscrito en contra de lo establecido en el art. 1256 CC, sin obtener la aceptación de don Epifanio, por lo que deberá estarse al clausulado inicial de la póliza contenido en el seguro concertado en abril de 1988, teniéndose la cláusula de vigencia temporal por no puesta.

3.- Sentencia de segunda instancia

Por la parte demandada se interpuso recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Lugo, que dictó sentencia revocatoria de la pronunciada por el Juzgado.

En ella, se considera que la sentencia recurrida no hace mención alguna a la póliza de seguro colectivo de vida NUM000, aportada por las codemandadas con la contestación a la demanda, en las que se contiene la limitación temporal de la cobertura pactada hasta los 65 años de edad, respecto a las cuales señaló el demandante, en la audiencia previa, que carecían de fecha y que, por lo tanto, no podían demostrar que se tratase de la póliza a la que se refieren las condiciones generales. No obstante, razona la Audiencia, que aun cuando no se

contenga la fecha, en testimonios notariales de 2002 y 2004, a diferencia de la póliza que le fue suministrada al actor en 2005, se refieren al original con dos suplementos, el último de los cuales fue efectuado en mayo de 1989, con lo que la póliza NUM000 es necesariamente de fecha anterior y contiene la vigencia limitada de la cobertura.

Por ello, consideran que el contrato finalizaba al cumplir el asegurado los 65 años, conforme a la redacción original de la póliza NUM000, sin perjuicio de que la falta de entrega de copia de la misma al asegurado por la compañía aseguradora, como era su deber, haya podido incidir en error, como vicio del consentimiento que, de ser esencial y excusable, supondría la anulabilidad del contrato; no obstante, en el proceso, no se ejercita tal acción, sino de cumplimiento contractual de la póliza NUM000 a la que se remite el certificado individual del actor, que contiene, en su cláusula 7, tal limitación de edad, condición que no puede reputarse limitativa sino delimitadora del riesgo. Con tal apoyo argumental se constata la existencia de un error en la valoración de la prueba por parte del juez a quo, que conduce al tribunal provincial a la desestimación de la demanda, sin condena en costas.

4.- Recursos interpuestos por el demandante

Contra dicha sentencia se interpusieron por el demandante recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

SEGUNDO.- Examen del recurso extraordinario por infracción procesal

Este recurso se fundamentó en tres motivos de los cuales el primero de ellos no fue admitido a trámite, por auto firme de este tribunal de 21 de octubre de 2020, por lo que su análisis obviamente no procede por las razones indicadas en dicha resolución.

1.- Exposición de los concretos motivos de infracción procesal formulados y admitidos a trámite

Los motivos por infracción procesal admitidos son el segundo de ellos, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2o de la LEC, por considerar vulnerado el deber de congruencia entre la sentencia dictada y las pretensiones deducidas por las demandadas que impone el art. 218.1 LEC, incurriendo de esta forma en una

incongruencia extra petita.

Y el tercero de los motivos por infracción procesal, segundo y último de los admitidos, se formula, en esta ocasión, al amparo del art. 469.1.4o de la LEC, por vulneración del art. 24.1 CE, por error patente en la valoración de la prueba, al declarar acreditado la sentencia de la Audiencia que los documentos aportados por las entidades codemandadas, en los testimonios notariales de 2002 y 2004, se corresponden con la póliza de vida a la que se adhirió el demandante en 1988.

2.- Examen y decisión del primero de los motivos por infracción procesal sobre la incongruencia de la sentencia de la Audiencia

En el desarrollo de este motivo, se considera por la parte recurrente que la sentencia vulneró el principio procesal de congruencia que impone el art. 218.1 de la LEC, al considerar que



fueron alterados los términos del debate, que únicamente versaban sobre si el actor recibió, al tiempo de adherirse al seguro colectivo de vida, las condiciones de la póliza NUM000 , que supuestamente contenían las cláusulas de la limitación temporal de la cobertura hasta los 65 años de edad, y con base únicamente a tal hecho controvertido debería ser resuelta la contienda judicializada objeto del litigio.

Como hemos declarado en múltiples resoluciones (sentencias 580/2016, de 30 de julio y más recientemente 548/2020, de 22 de octubre), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes que, al no tener conciencia del alcance de la controversia, no pueden actuar adecuadamente en defensa de

sus intereses.

No obstante, en este caso, el motivo ha de ser desestimado, dado que la sentencia recurrida se pronuncia sobre lo pedido en la demanda sin apartarse de la causa de pedir que, según la jurisprudencia, viene constituida por los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal (sentencias 1258/2002, de 20 de diciembre; 364/2008, de 16 de mayo; 470/2020, de 16 de diciembre y 586/2020, de 10 de noviembre). La resolución de la Audiencia no alteró los términos del debate generando una indefensión, que pudiera afectar a la dimensión constitucional de la congruencia como inherente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como exigen comprobar las sentencias 359/2001, de 3 de abril y 487/2020, de 23 de septiembre, para determinar si se ha incurrido en un defecto procesal como el denunciado en el recurso.

En efecto, en el caso presente, el hecho controvertido es si el contrato de seguro colectivo de vida, al tiempo que se adhirió el actor, era temporal o de vida entera, y de esta



BBVA | Seguros

manera se determinó por la Audiencia el objeto del proceso, en el fundamento de derecho segundo de su sentencia, como igualmente fue delimitado de tal forma, previamente, por el Juzgado. No quedó circunscrito, como pretende la parte recurrente, a constatar si se le entregaron las concretas condiciones generales que fijaban una duración temporal de la cobertura hasta que el asegurado cumpliera los 65 años de edad. La sentencia del juzgado de primera instancia, como la de la Audiencia, así como la prueba interesada por las partes versaban sobre la naturaleza de la póliza de vida NUM000 y sobre las consecuencias de la falta de información debida sobre tal extremo.

No hubo pues alteración de la causa petendi, ni indefensión alguna de la parte demandante, que pudo ejercitar sin cortapisas su derecho de defensa. La circunstancia de que no constase la efectiva entrega de dicha póliza al demandante, razonó la Audiencia, podría fundamentar, en su caso, una acción de anulabilidad por error, pero no implica la estimación de la acción de cumplimiento del contrato, que era la realmente ejercitaba.

La sentencia no se aparta pues de forma sustancial de la causa petendi, contesta a las pretensiones y resistencias de las partes, por lo que tal motivo de infracción procesal no debe ser estimado.

3.- Examen del último de los motivos de infracción procesal admitidos, vulneración del art. 24.1 CE por interpretación irracional de la prueba, con patente y manifiesto error

En el desarrollo del motivo se señala que la Audiencia incurrió en un error patente cuando da valor a los documentos aportados por las demandadas en sendos testimonios de actas notariales y reputarlos auténticos, considerando, en consecuencia, que constituyen el contenido contractual de la póliza de seguro NUM000 a la que se adhirió el actor.

La parte recurrente estima que, en dicha valoración de la prueba, se incurrió en sendos errores manifiestos, puesto que el actor negó la autenticidad de los documentos, y no únicamente con respecto a su fecha, así como que los aportados por la demandada se correspondieran con la póliza contratada al tiempo de adhesión por el demandante al seguro colectivo, error que se evidenciaba porque las actas notariales de protocolización de dicha póliza son de fecha muy posterior a la adhesión del actor.

Es evidente que la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia sin que la casación constituya una tercera instancia, que permita una nueva valoración del material fáctico del proceso (sentencias 367/2016, de 3 de junio, 477/2019, de 17 de septiembre y 365/2020, de 29 de junio, entre otras muchas); no obstante, cabría interponer el recurso extraordinario por infracción procesal cuando se haya efectuado una valoración de la prueba arbitraria, irracional o que sea patente o manifiestamente errónea. Para tales casos, este tribunal, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, permite, al amparo del art. 469.1 4o de la LEC, impugnar una valoración probatoria que atente, de forma notoria, al canon de racionalidad que impone el art. 24.1 de la CE.

En este sentido, la sentencia 7/2020, de 8 de enero, proclama que:

“Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, “esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)”.

De igual forma, se expresan las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre o 681/2020, de 15 de diciembre, entre otras muchas.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no podemos considerar que la valoración de la prueba por parte de la Audiencia incurra en un defecto de tal clase cuando da por acreditado cual era el contenido de las condiciones generales de contratación de la póliza litigiosa NUM000 , con base a su incorporación en sendas actas notariales, acreditativas de su existencia real, en los que pese a no indicar la fecha de la póliza si contienen dos anexos donde se añaden las modificaciones realizadas, siendo el último de ellos del año 1989, por lo que

la póliza era necesariamente de fecha anterior, y de tal modo concluir que la póliza original era de un seguro de vida duración temporal que se extinguía cuando el asegurado cumpliera los 65 años de edad, pese a que no se incluyera dicha cláusula en el extracto de condiciones generales entregado al actor.

En dicho extracto se hace referencia que, para cobrar el siniestro, tanto para el caso de muerte como de invalidez, es preciso aportar la partida de nacimiento del asegurado, lo que es coherente con la vigencia temporal del seguro. En los documentos facilitados al actor al tiempo de contratar siempre se hacía referencia a la precitada póliza NUM000, sin atisbos de que su contenido contractual fuera variado en cuanto a la extinción del seguro al alcanzar el asegurado los 65 años de edad. Los actos propios de la aseguradora nunca entraron en contradicción con tal hecho. El razonamiento de la Audiencia no conforma una conclusión irracional o absurda, que deba ser corregida como atentatoria a las reglas de la sana crítica art. 326.2 II de la LEC.

En definitiva, la sentencia no dice que le fuera entregado al actor información, al adherirse a la póliza, sobre su vigencia temporal, sino que la póliza del seguro de vida se concertó bajo la modalidad de duración temporal hasta que los asegurados cumplieran los 65 años de edad, en que se extinguía.

TERCERO.- Examen del primero de los motivos del recurso de casación A los efectos decisivos del presente motivo de casación partimos de las consideraciones siguientes en

función de las cuales hemos de resolver la controversia suscitada.

1.- Formulación del primer motivo del recurso de casación

Este motivo de casación se fundamenta en la existencia de interés casacional, por aplicación indebida del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS).

Se considera, por la parte recurrente, que dicho precepto ha sido infringido, al entender la sentencia recurrida que, pese a la falta de comunicación al asegurado de las condiciones generales, en extremo esencial, como era el relativo a la naturaleza del seguro de vida objeto de adhesión, cabe oponerle el contenido de la póliza en cuanto a su duración temporal, considerando como lesionada la doctrina

exteriorizada en las sentencias de esta sala de 27 de julio de 2006 y 912/2011, de 23 de diciembre.

En el desarrollo del motivo, se argumenta que la sentencia recurrida reconoce que se le entregó al asegurado el boletín de adhesión (condiciones particulares que delimitan los elementos esenciales del contrato), así como los certificados individuales, en los que no figura referencia alguna al carácter temporal del riesgo asegurado, así como tampoco sobre la extinción del contrato por el hecho de cumplir el asegurado 65 años, no obstante lo cual se considera que tal condicionado contractual le es oponible.

2.- El seguro de riesgo de muerte y sus modalidades

Conforme al art. 83 de la LCS: "Por el seguro de vida el asegurador se obliga, mediante el cobro de la prima estipulada y dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a satisfacer al beneficiario un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, en el caso de muerte o bien de supervivencia del asegurado, o de ambos eventos conjuntamente".

El ramo de vida es uno de los sectores más dinámicos del contrato de seguro ante las distintas posibilidades y modalidades que brinda la cobertura de la vida humana. En este caso, nos hallamos ante un seguro de vida para el caso de la muerte, en el que el tomador asegura su propia vida, aunque también puede asegurar la vida de un tercero. En esta clase de seguro, el epicentro es la muerte y el riesgo la incertidumbre sobre la duración de la vida humana, en tanto en cuanto constituye un evento certus an, incertus cuando, toda vez que todas las personas estamos sometidas a la ley inexorable del fallecimiento que tarde o temprano truncará nuestra existencia, aunque ignoramos el concreto momento en que tal fatal desenlace necesariamente se producirá, si bien sometido, como es natural, a los límites temporales de supervivencia propios del género humano.

La edad, el estado de la salud, los riesgos vitales a los que está sometida la actividad a la que se dedica o practica el asegurado, constituyen pilares fundamentales a la hora de contratar esta clase de seguros, y ello no sólo a los efectos de determinar el umbral aceptado o refutado del riesgo asumido, sino también como imprescindible elemento para el cálculo actuarial de la prima.

Pues bien, el seguro para el caso de muerte, que fue la modalidad a la que se adhirió el recurrente, admite distintas clases. Una de ellas, en atención al criterio de duración, es la que distingue entre seguro de vida entera y seguro para el caso de muerte a tiempo parcial o con carácter temporal, cada una de las cuales, a su vez, admite distintos subtipos (sobre una sola cabeza, sobre dos, de capital, de renta etc.).

La esencia de la primera de las precitadas modalidades (a vida entera) radica en que la compañía cubre el riesgo del fallecimiento del asegurado sin limitación temporal alguna, por lo que producido el hecho de la muerte la compañía aseguradora deberá hacer honor al compromiso asumido abonando la prestación pactada a la persona o personas que designe el asegurado (beneficiarios) o, en su caso, a los herederos. En la segunda de ellas (a tiempo parcial) se asegura el riesgo del fallecimiento siempre que se produzca dentro de unas determinadas coordenadas temporales.

En este caso, el contrato litigioso cubre a los asegurados entre 14 a los 65 años de edad y se extingue al alcanzar esta última edad, momento en que dejan de devengarse las primas correspondientes y la compañía queda liberada de la obligación de atender al siniestro, siempre que se produzca fuera del contexto temporal pactado; mientras que si, por el contrario, ocurre dentro del mismo habrá de hacerse cargo del siniestro objeto de cobertura.

Conforme a la práctica del sector es habitual, como acontece en el caso que nos ocupa, que el seguro de riesgo de muerte se complemente con otras prestaciones como la invalidez absoluta o permanente para todo tipo de trabajo, e incluso que, si el siniestro se produce por accidente, se pague un capital doblado, como igualmente se pactó en la póliza litigiosa NUM000, que comprendía además la cobertura de descubiertos en cuentas bancarias hasta la cuantía de 300.000 ptas.

Pues bien, según resulta del certificado individual de seguro, del extracto de las condiciones generales de la póliza y del boletín de adhesión, el seguro pactado era el suscrito por la tomadora instrumentalizado en la póliza NUM000, si bien es cierto que la compañía de seguros, en contra de lo manifestado en su contestación, no consta que entregara al demandante un extracto de condiciones generales en las que figurara que el contrato se extinguía, como suele ser habitual en esta clase de seguros colectivos, en un determinado

periodo de tiempo, en este caso al cumplir el asegurado los 65 años de edad.

Queda pues circunscrito el proceso a determinar las consecuencias de dicho déficit de información, y si el mismo puede transmutar la naturaleza de la modalidad de seguro contratado con carácter temporal para darle el tratamiento jurídico de otro de vida entera.

3.- Sobre el seguro colectivo objeto de adhesión y las obligaciones de las compañías de informar

En el caso litigioso, nos encontramos ante un seguro colectivo de vida, del que es tomador el Banco de Bilbao, S.A. que es la persona jurídica que suscribe el contrato con la entidad aseguradora, en nombre propio y en el de los bancos del grupo. El grupo asegurable lo constituyen el “conjunto de personas físicas que tiene la característica común de ser cliente de cualquiera de las Oficinas Bancarias del Banco de Bilbao (Tomador del Seguro) y Bancos del Grupo” que se indican a continuación. Se entiende por cliente “la persona que mantiene una relación dimanante tanto de operaciones activas como pasivas, con cualquiera de los Bancos indicados anteriormente”. Y, en tal condición, el demandante se adhirió al seguro litigioso.

Se define contractualmente la póliza, en el extracto de condiciones generales aportadas por el demandante y que le fueron facilitadas al tiempo de formalizar su adhesión, como “el documento que contiene las Condiciones que regulan el Seguro. Forman parte integrante de la póliza: Las Condiciones Generales, las Especiales relativas a cada una de las Garantías Aseguradas y las Particulares del Grupo Asegurado que incluirán la relación de asegurados, así como los Suplementos que se emitan para completarla o modificarla”.

Con respecto a esta tipología de seguros norma el art. 81 de la LCS, que “el contrato puede celebrarse con referencia a riesgos relativos a una persona o a un grupo de ellas. Este grupo deberá estar delimitado por alguna característica común extraña al propósito de asegurarse”.

La jurisprudencia se ha referido con reiteración a esta clase de seguros, señalando que “[...] en los seguros colectivos o de grupo no hay coincidencia entre el tomador del seguro y el asegurado porque la póliza se contrata con la aseguradora por aquél para facilitar la

incorporación de quienes forman parte del grupo, unidos por alguna circunstancia ajena a la mera voluntad de asegurarse, los cuales manifiestan ordinariamente su voluntad de incorporarse mediante la firma de un boletín de adhesión y reciben una certificación individual expresiva de las condiciones del aseguramiento” (sentencias de 6 de abril de 2001, rec. 878/1996; 1058/2007, de 18 de octubre, 516/2009, de 15 de julio; 541/2016, de 14 de septiembre; 570/2019, de 4 de noviembre y 636/2020, de 25 de noviembre entre otras).

El art. 50.3 del Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación del seguro privado, vigente a la fecha de adhesión del demandante, señalaba que, en los seguros colectivos de vida, además de la póliza, deberá utilizarse el boletín de adhesión suscrito conjuntamente por el tomador del seguro y el asegurado, lo que conformaba una exigencia derivada de la necesidad de contar con la voluntad exteriorizada del adherente de incorporarse al seguro de vida pactado por el tomador, sometiéndose a su régimen jurídico. De tal regulación se deduce que el asegurado, por un elemental deber de transparencia, ha de contar, al tiempo de su adhesión, con la información básica derivada del contrato al que se va a incorporar y que garantizará los riesgos objeto de cobertura.

Este deber de transparencia contractual se refleja expresamente en disposiciones ulteriores, no vigentes al tiempo de contratar, como en el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en cuyos artículos 106 y 107, se refleja que el asegurado ha de recibir con anterioridad a la celebración del contrato de seguro o a la suscripción del boletín de adhesión, la información requerida para conocer el alcance del contrato, lo que hoy en día se reproduce, en el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que deroga la disposición anterior.

Esta necesidad de facilitar información a los asegurados en los seguros colectivos, es recordada por la jurisprudencia (sentencias de 27 de julio de 2006, en recurso 2294/1999; 1058/2007, de 18 de octubre; 516/2009, de 15 de julio; 541/2016, de 14 de septiembre y 555/2019, de 22 de octubre), que reconoce la inoponibilidad de cláusulas no informadas al adherente, especialmente las limitativas.

4.- Naturaleza delimitadora de la cláusula definidora de la clase de contrato de seguro celebrado

Hemos de dejar claro también que la determinación, en este caso, de la duración temporal del contrato de seguro suscrito no conforma una condición general limitativa de la cobertura, sino delimitadora del riesgo, en tanto en cuanto determina el ámbito temporal del aseguramiento y la modalidad de seguro de vida concertado.

En este sentido, hemos declarado en las sentencias 853/2006, de 11 de septiembre; 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; 661/2019, de 12 de diciembre, que 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.

5.- Desestimación del recurso de casación

Pues bien, efectuadas las anteriores consideraciones previas, el recurso no puede ser estimado.

En primer término, debemos considerar que la acción que se ejercita es la de cumplimiento del contrato, no de anulabilidad por error en el consentimiento, ni de indemnización de daños y perjuicios por supuestos incumplimientos de deberes precontractuales de información.

En segundo lugar, la modalidad de seguro de vida concertado por la tomadora, la entidad bancaria Banco de Bilbao, S.A., fue la reflejada en la póliza NUM000 , como así se advirtió expresamente en los boletines de adhesión, certificación individual de seguro y extracto de condiciones generales facilitadas al asegurado, con remisión a las condiciones de dicha póliza.

Según resulta de la póliza NUM000 suscrita por la tomadora, el tipo de seguro concertado no fue de vida entera, sino de tiempo parcial, de manera que la cobertura del seguro se extinguía al cumplir el asegurado los 65 años de edad.

Es cierto, que no consta que la compañía hubiera informado o entregado al recurrente, al tiempo de adherirse, las condiciones generales del seguro, que lo delimitaban con carácter

temporal, aunque sí se le comunicó en la documentación facilitada que, para cobrar en su caso el siniestro, era necesario aportar la partida de nacimiento del asegurado.

Ahora bien, de dicha omisión no podemos obtener las consecuencias de mudar la naturaleza jurídica del contrato suscrito, precisamente en el ejercicio de una acción de cumplimiento, como la ejercitada en la demanda, en la que se postula se declare la vigencia del contrato de seguro colectivo de vida suscrito el 23 de abril de 1988 por el demandante con la entidad Euroseguros (actual BBVA SEGUROS, S.A.), en concepto de aseguradora, y con la entidad Banco Bilbao, S.A., (actual BBVA, S.A.), en concepto de tomadora, convirtiéndolo en otro tipo contractual diferente al efectivamente suscrito por ésta última, con la consiguiente indefinición de prestaciones esenciales no previstas por tal circunstancia.

Al menos, desde el año 2005, en que se remite al demandante, por la compañía de seguros, a solicitud de aquél, un extracto de las condiciones generales en las que figura la limitación temporal de la póliza suscrita por la tomadora, en coherencia con el tipo de seguro de vida contratado, el recurrente no podía negar tal conocimiento, sin que ejercitase ninguna acción judicial al respecto hasta el 9 de febrero de 2015, continuando abonado el importe de las primas giradas hasta el 2010, en que alcanzó los 65 años de edad y dejaron de girarse, pese a las quejas formuladas al respecto en escrito de 21 de julio de 2005.

En este caso, no nos hallamos ante cláusulas limitativas no oponibles, ni delimitadoras susceptibles de ser incardinadas en el tipo contractual pactado como el caso de la sentencia de 27 de julio de 2006, en que se discutían las limitaciones contractuales derivadas del concepto de invalidez permanente y absoluta causadas por accidente.

Por todo ello, en virtud del conjunto argumental expuesto, este motivo de casación lo debemos desestimar.

CUARTO.- Examen de los otros dos motivos de casación Los otros dos motivos de casación tampoco han de correr mejor suerte que el anterior en función de los

argumentos que se pasan a exponer en los apartados siguientes.

1.- Formulación del segundo motivo de casación

El segundo de los motivos de casación igualmente, por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3o LEC, e infracción del art. 3 de la LCS, se fundamenta en que la cláusula de exclusión de la cobertura, al cumplir los 65 años de edad, es una cláusula sorpresiva que merece el tratamiento de las limitativas.

2.- Desestimación del motivo:

inaplicación de la doctrina de las cláusulas sorpresivas Este motivo tampoco debe ser estimado. Como hemos señalado en la sentencia del pleno de esta Sala 661/2019, de 12 de diciembre:

“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”.

Pues bien, en este caso, no es aplicable la mentada doctrina, en tanto en cuanto es inherente a la modalidad de seguro de vida pactado el establecimiento de un límite temporal de cobertura, que constituye su esencia; por lo que no cabe atribuir el calificativo de sorpresiva a una condición delimitadora ínsita en la propia naturaleza jurídica del contrato suscrito o dicho de otra forma de su alcance típico o usual.

3.- Formulación del último de los motivos de casación

Este motivo, igualmente por interés casacional, se fundamenta en la infracción por aplicación indebida del art. 3 de la LCS, en relación con los arts. 1285 y 1288 del CC.

4.- Desestimación del motivo

El recurso incurre en el óbice formal de citar una única sentencia, la 1056/2001, de 8 de noviembre, que no es de pleno.

En cualquier caso, determinado el contenido de las condiciones generales de la póliza NUM000 suscrita por la tomadora, la extinción del seguro a los 65 años de edad, conforma una cláusula de redacción clara y precisa, que no genera dudas interpretativas, que determinen la aplicación de la regla contra proferentem del art. 1288 del CC y su interpretación jurisprudencial (sentencias 248/2009, de 2 de abril; 601/2010, de 1 de octubre; 71/2019, de 5 de febrero; 373/2019, de 27 de junio, y 636/2020, de 25 de noviembre, entre otras), ni cabe alcanzar una conclusión distinta fundada en una hermenéutica sistemática de la póliza (art. 1285 CC).

QUINTO.- Costas y depósito

Las propias razones esgrimidas por la Audiencia y las dificultades fácticas que presentó el recurso para el propio tribunal provincial, así como la falta de celo de la compañía en la información precontractual y su documentación, conducen a que no se haga especial condena sobre las costas de la alzada (art. 398 LEC), pese a la desestimación del recurso.

FALLO

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

1.o- Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2017, dictada por la sección 1.a de la Audiencia Provincial de Lugo, en el recurso de apelación núm. 634/2016, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas del recurso.

2.o- Se ordena la pérdida del depósito constituido al efecto. 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 **Pedro Torrecillas Jiménez**
Abogado

En esta nueva sentencia, del ponente Seoane Spiegelberg nos recuerda cual es el criterio del T.S. en cuanto a la definición de cláusulas limitativas y delimitadoras aplicadas, en el caso que nos ocupa, a un seguro de vida, donde se discute si es de vida entero o a tiempo parcial, es decir que se extingue al cumplir los 65 años.

Se trata de un seguro de adhesión, siendo tomadora una entidad bancaria, y el adherente un cliente de la misma, quien suscribió el correspondiente boletín de adhesión, y al parecer junto al certificado, según afirmó, no le entregaron las condiciones generales de la póliza donde se especificaba que el seguro de vida estaba delimitado a la edad de 65 años..

Se da la circunstancia que en el año 2005 el asegurado requirió a la entidad aseguradora para que le entregara las condiciones generales de la póliza, alegando que no las recibió cuando suscribió la póliza, y a pesar de que en su contenido constaba la limitación temporal, siguió abonando las primas hasta el año 2010, fecha en que cumplió los 65 años, y dejaron de girarse por la aseguradora, y en el año 2015 presenta demanda solicitando que se declarara la vigencia del contrato, afirmando que, por no habersele entregado cuando se adhirió a la póliza, las condiciones generales donde se establecía la delimitación temporal, el seguro de vida debería ser considerado entero.

En el Juzgado de 1ª Instancia se estimó íntegramente la demanda, acogiendo las pretensiones y argumentaciones de la parte actora, por considerar que la limitación temporal a 65 años era una condición limitativa y que como tal debía de reunir los requisitos del art.

“(…) Se ha presentado una demanda solicitando el cumplimiento de un contrato, y se ha desestimado, toda vez que pretendía mudar la naturaleza jurídica contrato suscrito, postulando que se declarara la vigencia del contrato de seguro colectivo de vida, (…)

3 de la L.C.S., que este caso no cumplía por estar incluida en las condiciones generales no aceptadas por el asegurado, igualmente entendió que se produjo una unilateral modificación por parte de la aseguradora de las condiciones inicialmente pactadas en el contrato suscrito contra lo establecido en art. 1256 del CC, sin obtener la aceptación del asegurado, teniéndose la cláusula temporal por no puesta.

Con posterioridad la Audiencia Provincial, estimó el recurso apelación de la aseguradora, revocando la sentencia y desestimando la demanda presentada por el asegurado, aplicando la doctrina jurisprudencia del T.S. , al considerar que la delimitación temporal a los 65 años era una condición delimitadora y no limitativa e igualmente, por los testimonios notariales aportados por la aseguradora, referentes a las condiciones generales vinculadas al contrato suscrito, se desprende que existía la limitación temporal a los 65 años.

La Audiencia Provincial consideró que el contrato de vida quedaba extinguido al cumplir el asegurado los 65 años, y que la falta de entrega de copia de las condiciones generales al asegurado, pudo incidir en error, como vicio de consentimiento que de ser esencial y excusable, supondría la anulabilidad del contrato, acción que no se ha ejercitado en este procedimiento parte del asegurado.

Finalmente, el T.S. tras hacer un breve recorrido por el concepto de los seguros de vida, en relación con el art. 83 de la L.C.S., considera que la prima que se abona está

COMENTARIO

calculada en base a la cobertura contratada, y en este caso el asegurado tuvo la posibilidad de adherirse a la modalidad de vida entero, por el que debía abonar una prima superior, sin embargo contrató el seguro de vida a tiempo parcial, entre 14 a 65 años, abonando una prima mas reducida.

No constando que la aseguradora hubiese entregado al demandante extracto de las condiciones generales en las que figuraba que el contrato se extinguía en un determinado periodo de tiempo, en este caso al cumplir los 65 años, quedaba circunscrito el proceso a determinar las consecuencias de dicho déficit de información y si el mismo podía transmutar la naturaleza de la modalidad del seguro contratado con carácter temporal para darle el tratamiento jurídico de otro de vida entera.

Sigue argumentando la sentencia que en este tipo de seguros colectivos quien se adhiere manifiesta ordinariamente su voluntad de incorporarse mediante la firma de un boletín de adhesión y recibe una certificación individual expresiva de las condiciones de aseguramiento y conforme al R.D. 1348/85 de 1 de agosto, por el que aprueba el Reglamento de seguro privado, se deduce que el asegurado, por un elemental deber de transparencia, ha de contar, al tiempo de su adhesión, con la información básica derivada del contrato al que se va incorporar y que garantizará los riesgos objeto de cobertura.

El deber informar a los asegurados, en este tipo de seguros colectivos, es recordada por reiterada jurisprudencia, que reconoce la inoponibilidad de las cláusulas no informadas al adherente, especialmente las limitativas.

El ponente, Seoane Spiegelberg, aclara que en este caso no estamos ante una cláusula limitativa, si delimitadora del riesgo, en tanto en cuanto determina el ámbito temporal del aseguramiento y la modalidad de seguro concertado.

Una de las cuestiones más importantes de esta sentencia, es el tipo de acción que ha ejercitado el demandante y las acciones que se ha dejado el tintero y podrían haber tenido un resultado satisfactorio para sus intereses. Se ha presentado una demanda solicitando el cumplimiento de un contrato, y se ha desestimado, toda vez que pretendía mudar la naturaleza jurídica contrato suscrito, postulando que se declarara la vigencia del contrato de seguro colectivo de vida, convirtiéndolo en otro tipo contractual diferente al efectivamente suscrito, con la consiguiente indefinición de prestaciones esencia no previstas por tal circunstancia, y fundamentando sus pretensiones en que no le fueron entregadas las condiciones generales de la póliza donde se delimitaba la vigencia del contrato hasta cumplir los 65 años.

En base a las argumentaciones del demandante, en el sentido de que no tuvo conocimiento del contenido de las condiciones generales donde se delimitaba el tiempo de vigencia del contrato, debería haber solicitado la anulabilidad por error en el consentimiento o en todo caso solicitar la indemnización de daños y perjuicios por supuesto incumplimiento de deber precontractual de información. Obviamente en las sentencias no se han pronunciado sobre la viabilidad de estas acciones, por no ser planteadas por el asegurado

Finalmente se pronuncia la sentencia sobre la supuesta infracción por inaplicación de la doctrina de las causas sorprendidas, considerando que no es aplicable lo anterior, en tanto en cuanto es inherente a la modalidad de seguro de vida pactado el establecimiento de un límite temporal de cobertura, que constituye su esencia; por lo que no cabe atribuir el calificativo de sorprendente a una condición delimitadora ínsita en la propia naturaleza jurídica del contrato suscrito o dicho de otra forma de su alcance típico y usual.

En definitiva se entiende que la cláusula de delimitación temporal, contenida en las condiciones generales de la póliza, es totalmente clara y precisa, y no genera ningún tipo de dudas interpretativas, que determine la aplicación de regla contra proferentem del art. 1288 del CC, ni cabe alcanzar una conclusión distinta fundada en su hermenéutica sistemática de la póliza.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Determina que el límite de 600€ en las pólizas de defensa jurídica es lesivo, aún cuando las condiciones particulares donde se fija estén firmadas, pues una cuantía tan reducida hace ilusoria la facultad atribuida de libre elección de los profesionales y equivale en la práctica a vaciar de contenido la propia cobertura que dice ofrecer la póliza.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 24 de febrero de 2021

Ponente: Excm. Sra. Dña. Mª de los Angeles Parra Lucan

PRIMERO.- Antecedentes

Se plantea como cuestión jurídica la eficacia de una cláusula que fija en 600 euros el límite de cobertura de la defensa jurídica en caso de libre designación de los profesionales.

Por lo que interesa a efectos del presente recurso son hechos probados o no discutidos los siguientes.

1. El Sr. Juan Miguel , taxista de profesión, y con domicilio en Mollet del Vallès, concertó el 25 de enero de 2002 una póliza de seguro del automóvil con Fiatc que se fue renovando a su vencimiento de manera anual durante los años siguientes.

En las condiciones particulares de la póliza se incluía como «garantía adicional» la defensa jurídica.

En la póliza se hacía referencia al «Pago de las Primas», que se fijaba en 1.102,70 €, sin hacer desglose ni distinción alguna salvo la relativa a impuestos y seguros.

En el reverso, se relacionaban dos cláusulas particulares:

«M. Ocupantes del vehículo asegurado. Garantías por persona en cada siniestro: muerte 15.000 €; invalidez permanente: 15.000 €; asistencia sanitaria: 3.000 €; ocupantes asegurados: únicamente el conductor.

»V. Libre elección de abogado (art. 63 de las condiciones generales). El asegurador garantiza a su cargo, sin límite alguno, todos los gastos necesarios para la defensa y/o reclamación de los intereses del asegurado, según las coberturas a que se refiere el presente artículo, cuando los servicios sean prestados por el mismo asegurador.

»Si el asegurado ejerciera su derecho a la libre elección de abogado y/o procurador que lo represente, el asegurador abonará hasta el límite máximo de 600 euros, los gastos de dichos profesionales, con sujeción a las normas orientadoras de los colegios profesionales a los que aquellos pertenecieran».

Tanto el anverso como el reverso del contrato estaban firmados del puño y letra del Sr. Juan Miguel .

No se han aportado las condiciones generales.

2. Estando vigente la póliza, el Sr. Juan Miguel falleció el 26 de septiembre de 2010 en un accidente provocado por el conductor de otro vehículo que, circulando bajo los efectos del alcohol, invadió el carril contrario y chocó frontalmente con el Sr. Juan Miguel .

3. Ante las reticencias de Generali (aseguradora del vehículo causante del accidente) a pagar la indemnización correspondiente, la Sra. Lorenza y el Sr. Silvio (esposa e hijo del fallecido), designaron libremente letrado que les permitiera ejercer libremente la defensa de sus intereses. Así lo comunicaron el 23 de noviembre de 2010 a Fiatc.

La dirección letrada designada por la Sra. Lorenza y el Sr. Silvio se personó en el procedimiento penal seguido a resultas del accidente y, extinguido por fallecimiento del conductor causante del accidente, presentó solicitud de auto de cuantía máxima, al que se opuso Generali; luego presentó demanda ejecutiva, a la que se opuso Generali, y, finalmente, en julio de 2015, la Sra. Lorenza y

el Sr. Silvio cobraron una indemnización en una cuantía total de 316.637,76 euros (capital e intereses).

4. La Sra. Lorenza y el Sr. Silvio abonaron los importes pactados en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito por importes de 31.183,35 y 3.090,18 euros.

5. La dirección letrada designada emitió entonces factura por los honorarios debidos al letrado y derechos de procurador, calculados de conformidad con los criterios orientadores en materia de honorarios del Colegio de Abogados de Barcelona. La factura se reclamó a Fiatc quien, tras varias gestiones y requerimientos, acabó emitiendo un cheque a nombre de la Sra. Lorenza por importe de 600 euros, por ser ese «el límite que está cubierto en la póliza».

6. La Sra. Lorenza y el Sr. Silvio , en su condición de herederos del Sr. Juan Miguel , interponen demanda contra Fiatc por la que solicitan el abono da la factura pagada (descontando los 600 euros ya abonados por la demandada), en cumplimiento del contrato de seguro, al considerar que la cláusula por la que se limitaba la cuantía debía ser dejada sin efecto por nula, lesiva, o por contravenir el art. 3 LCS. Argumentaron que la cláusula, por su cuantía tan extremadamente reducida, vaciaba de contenido la cobertura, impidiendo al asegurado optar por letrado de su confianza a pesar de que el art. 76.d) LCS le faculta para ello, ya que con la citada cantidad no alcanzaba siquiera un verbal de cuantía de tres mil euros ni un juicio de faltas con reclamación de responsabilidad civil.

7. El juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó a Fiatc a pagar la cantidad solicitada. Basó su decisión en que la cláusula del contrato de seguro que fijaba en 600 euros el máximo de la cobertura de la defensa jurídica cuando el asegurado ejercite el derecho de libre elección de abogado y procurador debía tenerse por no puesta por ser limitativa y no aparecer destacada respecto de las restantes condiciones, tal como exige el art. 3 LCS y la jurisprudencia.

8. La sentencia de primera instancia fue recurrida por Fiatc. Por lo que interesa a efectos del presente recurso, Fiatc defendió que la cláusula ofrecía la defensa jurídica como una prestación adicional de un seguro del automóvil, por lo que no era aplicable el régimen del seguro de defensa jurídica del art. 76.d) LCS sino el del art. 74 LCS, de modo

que el riesgo quedaba delimitado en la cuantía voluntariamente aceptada de 600 euros para el caso de que se recurriera a la libre elección de abogado y procurador.

9. La Audiencia estimó el recurso de apelación de Fiatc y desestimó la demanda, si bien no puso las costas de primera instancia a los demandantes por estimar que concurrían dudas de derecho por las discrepancias entre las diferentes Audiencias Provinciales respecto de la cláusula controvertida.

La Audiencia Provincial afirmó que en el caso la polémica entre las partes acerca de si era aplicable el art. 74 o el art. 76 LCS no tenía la trascendencia que pretendía la recurrente, pues existía en la póliza un pacto específico que permitía la libre elección de abogado, si bien con un límite que debía analizarse. Al hacerlo, rechazó que fuera una cláusula limitativa y rechazó también que fuera lesiva (abusiva) o sorprendente porque la cuantía fijada de 600 euros debía ponerse en relación directa con el importe de la prima del seguro obligatorio del automóvil concertado, que no incluía cantidad alguna por defensa jurídica. Consideró irrelevante conceptualizar la cláusula como delimitadora o limitativa por estar debidamente

aceptada y consideró que cumplía los requisitos del art. 3 LCS, al ser clara y comprensible, estar las condiciones particulares redactadas en letras mayúsculas y negritas, y aparecer casi de forma individualizada y no entre el clausulado de condiciones generales donde podía pasar inadvertida.

10. Los demandantes interponen recurso de casación.

SEGUNDO. Recurso de casación. Planteamiento y admisibilidad

1. Motivos del recurso de casación. El recurso se funda en tres motivos.

En el primero denuncia infracción legal del art. 3 LCS en relación con el art. 76 d) LCS y en relación con la siguiente doctrina jurisprudencial: STS de 20 de marzo de 1991, 23 de abril de 1992, sentencia del pleno del TS de 11 de septiembre de 2006, sentencia n.o 303/2006, de 20 de marzo, n.o 722/2000, de 17 de julio, n.o 273/2016, de 22 de abril y 401/2010, de 1 de julio, así como de la doctrina recogida en las SSTJUE Stask (TJCE 160/2011) C-293/10, Massar C- 460/14, de 7 de abril de 2016 y Büyüktipi C-5/15, de 7 de abril de 2016, entre otras. En su desarrollo, sostiene



que la sentencia debió apreciar la condición de lesiva a una cláusula contractual que vacía de contenido la prestación que pretende cubrir.

En el segundo denuncia infracción de los arts. 82, 83 y 87.6 TRLGDCU, dada la abusividad de la cláusula que limita a 600 euros la cobertura en el contrato de seguro de defensa jurídica en caso de libre elección de abogado. Cita como jurisprudencia infringida las sentencias del Tribunal Supremo 214/2014, de 15 de abril, 241/2013, de 9 de mayo y las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013 y 23 de abril de 2015.

En el tercero denuncia la infracción del art. 3 LCS en relación con el art. 76 d) LCS, y sostiene que la cláusula v de las condiciones particulares debe calificarse como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, a tenor de las sentencias del Tribunal Supremo 481/2016, de 14 de julio, 273/2016, de 22 de abril, 375/2016, de 3 de junio y sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 402/2015, de 14 de julio.

2. Oposición de la recurrida y admisibilidad.

La recurrida invoca causas de inadmisibilidad que consistirían, según dice, en la inexistencia de doctrina asentada sobre el particular y la inaplicabilidad al caso de la jurisprudencia que se cita en el recurso, en la inexistencia de interés casacional por no infringir la sentencia recurrida la doctrina de la sala y por carecer manifiestamente de fundamento por plantear cuestiones que no afectan a la ratio decidendi de la sentencia recurrida.

Debemos rechazar los óbices de inadmisibilidad planteados por la recurrida. De acuerdo con la doctrina de esta sala (entre otras, sentencias 2/2017, de 10 de enero, y 667/2016, de 14 de noviembre, con cita de la 439/2013, de 25 de junio), no se trata de causas de inadmisibilidad absolutas. Concorre de manera suficiente el interés casacional y la parte recurrida ha podido conocer, y oponerse, a la cuestión jurídica que se plantea al amparo de los preceptos que se invocan de manera oportuna y que se dicen infringidos, a saber, si el límite de los 600 euros de la cobertura de la defensa jurídica cuando se ejerce el derecho de libre elección de abogado y procurador es lesivo, abusivo o limitativo de derechos.

Procede entrar por tanto en el fondo del recurso y, en atención a la estrecha vinculación entre ellos, daremos una respuesta conjunta a los tres motivos planteados.

TERCERO. Decisión de la sala

1. Delimitación cuantitativa en caso de libre designación de profesionales en caso de la cobertura de defensa jurídica. Artículos 74 y 76 a) a 76 g) LCS .

i) La claridad y precisión es exigible a todas las cláusulas del contrato de seguro, tanto si están incluidas en las condiciones generales como en las particulares, y con independencia de que se califiquen de delimitadoras del riesgo o limitativas de los derechos del asegurado.

Así resulta del tenor del art. 3 LCS, ampliamente interpretado por la jurisprudencia de esta sala, que ha exigido la necesaria transparencia contractual en los contratos de seguro, como resume con claridad la sentencia 498/2016, de 19 julio, con cita de la sentencia 273/2016, de 22 de abril; además, sobre la exigencia de transparencia y el control de abusividad en los contratos de seguro se ha pronunciado la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, J.C. Van Hove.

ii) Las formalidades exigidas en el art. 3 LCS para las cláusulas limitativas que condicionan o modifican el derecho a cobrar la indemnización (estar destacadas de modo especial y ser específicamente aceptadas por escrito) suponen un plus con el fin de comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto.

Pero, aunque no estén sometidas a esas formalidades, las cláusulas que delimitan el riesgo objeto de la cobertura (entre las que la doctrina de la sala ha incluido las que concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos, incluida la cuantía) deben estar redactadas de manera clara y precisa.

iii) Además, aun cuando las cláusulas sean claras y en su caso hayan superado las exigencias formales de aceptación, en ningún caso pueden ser lesivas (art. 3 LCS, aunque el asegurado sea un profesional).

Dentro del concepto de «lesivas» deben incluirse aquellas cláusulas que reducen considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En este caso, con independencia de que formalmente se exprese el consentimiento, la cláusula es nula en atención a su contenido (sentencias 273/2016 de 22 abril, y 303/2003,

de 20 marzo).

iv) Doctrina y jurisprudencia han advertido las diferencias entre la obligación del asegurador en el seguro de responsabilidad civil de asumir, salvo pacto contrario, la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado (art. 74 LCS), y el seguro regulado en los arts. 76.a) a 76.g) LCS, que tiene por objeto principal la defensa jurídica. En especial porque el art. 76.g) LCS excluye de la regulación propia del seguro de defensa jurídica a la llamada «defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil de conformidad con lo previsto en el artículo 74».

La cuestión tiene especial trascendencia porque en el art. 74 LCS, salvo pacto en contrario o conflicto de intereses (o pasividad de la aseguradora, de acuerdo con la doctrina de la sentencia 646/2010, de 27 de octubre, con precedentes en las sentencias 437/2000, de 20 de abril, y 91/2008, de 31 de enero), no es posible la libre designación de profesionales.

Por el contrario, la facultad de libre designación de profesionales es contenido propio del seguro de defensa jurídica (art. 76.d. LCS).

El seguro de defensa jurídica, que debe ser objeto de un contrato independiente, puede sin embargo incluirse dentro de una póliza única, y entonces habrá de especificar el contenido de la defensa garantizada y la prima que le corresponde (art. 76.c.II LCS). El incumplimiento de esta exigencia formal ha permitido a la jurisprudencia negar que existiera un seguro de defensa jurídica que obligara a la aseguradora a hacerse cargo de los gastos de los profesionales designados por el asegurado en un caso de inexistencia de conflicto de intereses cuando la póliza del seguro de responsabilidad civil recogía el compromiso de la aseguradora de hacerse cargo de los gastos, sin más especificación (sentencia 437/2000, de 20 de abril).

v) En el ámbito del art. 74 LCS, la obligación del asegurador de pagar los gastos de la dirección jurídica confiada a una persona diferente del asegurador, en los limitados casos en que ello resulte posible, lo será «hasta el límite pactado en la póliza» (art. 74.II in fine art. 74 LCS).

En el ámbito del seguro de defensa jurídica, conforme al art. 76.a) LCS, el asegurador queda obligado a hacerse cargo de los gastos de la defensa jurídica libremente elegida «dentro

de los límites establecidos en la ley y en el contrato».

vi) Para las cláusulas que fijan la cuantía máxima de la cobertura de defensa jurídica en el ámbito del art. 74 LCS, ante el silencio del legislador, corresponde a los tribunales calificar su naturaleza delimitadora o limitativa (tal y como recientemente ha dicho la sala en la sentencia 421/2020, de 4 de julio, en un caso en el que el asegurado por un seguro de responsabilidad civil, para su defensa frente a la demanda de responsabilidad que se dirigió contra él, y dada la existencia de conflicto de intereses, designó abogado de su libre elección). Según la citada sentencia 421/2020, aunque en principio la cláusula puede calificarse como delimitadora del riesgo, en atención a las circunstancias del caso será limitativa de los derechos del asegurado, incluso lesiva, si fija unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de responsabilidad civil.

vii) Para los seguros de defensa jurídica, además de la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre las cláusulas de delimitación, las cláusulas limitativas y las cláusulas lesivas, es preciso atender a la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, cuya incorporación a la ley española del contrato de seguro tuvo lugar por medio de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, la interpretación del derecho nacional debe dirigirse a lograr la mayor efectividad del derecho de elección del perjudicado. Por lo que aquí interesa, naturalmente que no se excluye que puedan fijarse límites a la cuantía cubierta por el asegurador en función de la prima pagada, pero siempre que ello no comporte vaciar de contenido la libertad de elección por el asegurado de la persona facultada para representarlo y siempre que la indemnización efectivamente abonada por este asegurador sea suficiente, lo que corresponde comprobar en cada caso al órgano jurisdiccional nacional.

En este sentido, la STJUE de 7 de abril de 2016, asunto C-5/15, Gökhan Büyüktipi, afirma (apartado 25):

«La Directiva 87/344 no pretende una armonización completa de las normas aplicables a los contratos de seguro de defensa

jurídica y que, dado el estado actual del Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden determinar libremente el régimen aplicable a dichos contratos, siempre y cuando los principios establecidos en esa Directiva no se vean privados de su esencia (véase, en este sentido, la sentencia Stark (TJCE 2011, 160), C-293/10, EU:C:2011:355, apartado 31). De este modo, el ejercicio del derecho del asegurado de elegir libremente a su representante legal no excluye que, en determinados casos, se establezcan limitaciones a los gastos soportados por las compañías aseguradoras (véase la sentencia Sneller (TJCE 2013, 376), C-442/12, EU:C:2013:717, apartado 26)».

Con anterioridad, la STJUE de 20 de mayo de 2011, asunto C-293/10, Stark, había declarado (apartado 36 y declaración final):

«El art. 4, apartado 1, de la Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales,

reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional en virtud de la cual puede pactarse que el asegurado en defensa jurídica podrá elegir para la representación de sus intereses en los procedimientos administrativos o judiciales únicamente a una persona profesionalmente habilitada para ello que tenga su despacho en el lugar donde el órgano jurisdiccional o administrativo competente en primera instancia tiene su sede, siempre que, para no vaciar de contenido la libertad de elección por el asegurado de la persona facultada para representarlo, esta limitación se refiera sólo al alcance de la cobertura, por el asegurador de la defensa jurídica, de los gastos derivados de la intervención de un representante y siempre que la indemnización efectivamente abonada por este asegurador sea suficiente, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».



Y la STJUE de 7 de noviembre de 2013, asunto C-442/12, Sneller, en su apartado 28 dice:

«Además, las partes contratantes son libres para pactar los niveles de cobertura de los gastos de defensa jurídica más importantes, en su caso mediante el pago por el asegurado de una prima mayor (véase, en este sentido, la sentencia Stark, antes citada, apartado 34)».

2. Aplicación al caso. Estimación del recurso de casación.

En el caso que da lugar a este recurso nos encontramos con un contrato de seguro del automóvil que no se limita a incorporar el contenido propio de defensa que incumbe al asegurador de la responsabilidad civil frente a las reclamaciones del perjudicado contra el asegurado (art. 74 LCS) sino que incluye, además, de manera voluntaria, una cobertura adicional de defensa jurídica.

La condición particular V de la póliza, firmada por el asegurado, es del siguiente tenor: «Libre elección de abogado (art. 63 de las condiciones generales). El asegurador garantiza a su cargo, sin límite alguno, todos los gastos necesarios para la defensa y/o reclamación de los intereses del asegurado, según las coberturas a que se refiere el presente artículo, cuando los servicios sean prestados por el mismo asegurador. Si el asegurado ejerciera su derecho a la libre elección de abogado y/o procurador que lo represente, el asegurador abonará hasta el límite máximo de 600 euros, los gastos de dichos profesionales, con sujeción a las normas orientadoras de los colegios profesionales a los que aquellos pertenecieran».

Aunque no se han aportado las condiciones generales a este procedimiento, se desprende del tenor de la condición particular que se incluía la cobertura de defensa jurídica tanto para las reclamaciones de responsabilidad civil que pudieran dirigirse contra el asegurado (art. 74 LCS) como para la reclamación de sus intereses en una posición activa, es decir en caso de reclamaciones frente a terceros con ocasión de los daños sufridos en un accidente de circulación. Por lo demás, la cláusula particular no limita la «libre elección de abogado» a los casos de conflicto de intereses de la aseguradora, pero incluye como posibles limitaciones dos: el límite máximo de 600 euros y la sujeción a las normas orientadoras de los colegios profesionales a los que pertenecieran los profesionales libremente designados.

En el caso, lo que se reclama a la aseguradora demandada son los honorarios de abogado y derechos de procurador abonados por la esposa e hijo del asegurado fallecido y en su condición de herederos del mismo por la reclamación frente a la aseguradora de quien provocó la muerte del asegurado. La demandada no niega que la póliza cubriera los gastos ocasionados por estos profesionales por ser una reclamación frente a terceros, pero entiende que la cuantía que debe abonar se limita a la suma de 600 euros prevista en la póliza. Este es el punto de controversia que se somete a esta sala.

La cláusula que fija los límites de cobertura se incluyó entre las cláusulas particulares y fue firmada por el asegurado. En este sentido, la limitación de la cobertura conforme a los criterios orientadores de los Colegios Profesionales habría quedado aceptada e incorporada a la póliza, pues cumple las exigencias del art. 3 LCS.

Los propios demandantes, aunque abonaron una suma mayor a los profesionales designados, limitan su reclamación al límite de lo que resulta de esos criterios orientadores.

Cuestión distinta es la que plantea el límite de los 600 euros previstos en la póliza. La sentencia recurrida, aceptando el argumento de la aseguradora, considera que debe ponerse en relación con la prima abonada por el seguro, que no incluye cantidad alguna por defensa jurídica, por lo que para aumentar el límite de los gastos de defensa el asegurado pudo aumentar la prima del seguro. Este argumento no puede ser aceptado.

Aun en el caso de que se tratara de la defensa del asegurado frente a la reclamación del perjudicado (art. 74 LCS) ya hemos dicho que, de acuerdo con la sentencia 421/2020, de 14 de julio, la cláusula que delimita cuantitativamente el objeto asegurado, aunque en principio pueda calificarse como delimitadora del riesgo, puede considerarse como limitativa de derechos e incluso lesiva si fija unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de responsabilidad civil.

Pero, además, en el caso litigioso, en el que se reclama por gastos de defensa de los intereses frente a terceros, el que la cobertura se incluyera como adicional de un seguro de responsabilidad civil no le priva de su propio objeto. La cobertura de la defensa jurídica de los intereses frente a terceros no es la del art.

74 LCS sino la propia de un contrato de defensa jurídica, aun cuando no se hubiera fijado, como exige el art. 76.c) LCS, la parte de la prima que le correspondía. La falta de especificación sería imputable a la aseguradora, no al asegurado ni a sus herederos, y el argumento de la aseguradora aceptado por la sentencia recurrida de que para mayor cuantía debía haberse pagado mayor prima puede ser invertido, pues también cabría pensar que de no haberse incluido la cobertura adicional de defensa la prima habría sido menor.

Como hemos advertido, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las partes contratantes son libres para pactar niveles de cobertura de los gastos de defensa jurídica más importantes, en su caso mediante el pago por el asegurado de una prima mayor, y el ejercicio del derecho del asegurado de elegir libremente a su representante legal no excluye que, en determinados casos, se establezcan limitaciones a los gastos soportados por las compañías aseguradoras, pero siempre que no se vacíe de contenido la libertad de elección por el asegurado de la persona facultada para representarlo y siempre que la indemnización efectivamente abonada por este asegurador sea suficiente.

Desde este punto de vista es razonable admitir que, en función de la prima pagada, puede establecerse una limitación del riesgo cubierto cuando se recurra a servicios jurídicos escogidos libremente mientras que la cobertura sea total si los servicios son prestados por el asegurador, pues cabe pensar que cuando la compañía presta el servicio de defensa con sus propios medios o con servicios jurídicos concertados, los costes asumidos serán menores. Con todo, la fijación de una cuantía tan reducida que por ridícula haga ilusoria la facultad atribuida de libre elección de los profesionales, equivale en la práctica a vaciar de contenido la propia cobertura que dice ofrecer la póliza.

Esto es lo que ha sucedido en el caso puesto que, ante el abanico de posibles pretensiones que pudieran ejercitarse en defensa de los intereses del asegurado en caso de siniestro, la cuantía de 600 euros fijada en la cláusula resulta lesiva, pues impediría ejercer el derecho a la libre elección de abogado y/o procurador, al no guardar ninguna proporción con los costes de la defensa jurídica. Basta observar los criterios orientadores del Colegio de Abogados correspondiente a la localidad en la que se firmó el contrato de seguro y a los que se remitía la misma póliza como límite de la cobertura del

asegurador lo que, por otra parte, a pesar de su carácter meramente orientativo, creaba la apariencia de una cobertura suficiente que al mismo tiempo quedaba vacía de contenido por la cuantía máxima señalada.

En atención a lo motivado la sala estima el recurso de casación. Al asumir la instancia desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmamos el fallo de la sentencia del juzgado, por las razones expuestas en esta sentencia.

TERCERO. Costas

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas devengadas por este recurso.

Se imponen a la demandada las costas del recurso de apelación, ya que debió ser desestimado. Se le imponen igualmente las costas de la primera instancia.

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 Lorenza y D. Silvio contra la sentencia dictada con fecha 15 de marzo de 2018, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.a, en el rollo de apelación n.o 719/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.o 439/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.o 55 de Barcelona.

2.o- Revocar la sentencia en el sentido de desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por Fiatc, Compañía de Seguros y Reaseguros a Prima Fija S.A. y, en consecuencia, confirmar el fallo de la sentencia del juzgado.

3.o- No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para su interposición.

4.o- Imponer a la demandada las costas de la primera instancia y las costas de su recurso de apelación. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Por **Alberto J. Tapia Hermida**
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Esta Sentencia califica como lesiva, por anormalmente limitativa de la cuantía de la cobertura que establece (600 euros) en un seguro de defensa jurídica incorporado en un seguro de responsabilidad civil del automóvil.

Contexto jurisprudencial

La Sentencia comentada resuelve, en última instancia, un litigio complejo que se ubica en un cruce de dos caminos:

a) Por un lado, el camino de la jurisprudencia sobre las denominadas “cláusulas sorprendentes” en los contratos de seguro que pueden obedecer, básicamente, a dos tipos de factores: a.1) Sorpresas cuantitativas que se producen, por ejemplo, en las sumas aseguradas o límites de indemnización que se calificarán de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado siempre que no establezcan límites tan reducidos que resulten incompatibles con la propia naturaleza del seguro, porque entonces podrán calificarse de nulas por lesivas. a.2) Sorpresas cualitativas que se producirán cuando las condiciones excluyan de cobertura algún riesgo que, por ley o por costumbre, deban entenderse implícitamente incluido en el objeto del seguro. Ello conducirá a calificarán de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado que únicamente podrán ser opuestas a este si han sido destacadas y aceptadas expresamente. Y todo ello, siempre que no excluyan riesgos esenciales a la propia naturaleza del seguro, porque entonces podrán calificarse de nulas por lesivas.

b) Por otro lado, el camino de la cobertura accesoria de defensa jurídica en el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (seguros de D&O). Aun cuando la distinción legal es clara, conviene comenzar reiterando la diferencia entre la defensa jurídica -pasiva- del asegurado accesoria al seguro de responsabilidad civil que asume, en principio, el asegurador, salvo pacto en contrario o conflicto de interés con el asegurado conforme al art.74 de la LCS y la defensa jurídica -activa o pasiva- del asegurado como cobertura principal y autónoma en el seguro de defensa jurídica conforme al art.76 a) de la LCS.

Supuesto de hecho

a) El Sr. X, taxista de profesión, y con domicilio en Mollet del Vallès, concertó el 25 de enero de 2002 una póliza de seguro del automóvil con la aseguradora Y que se fue renovando a su vencimiento de manera anual durante los años siguientes. En la póliza se hacía referencia al «Pago de las Primas», que se fijaba en 1.102,70 €, sin hacer desglose ni distinción alguna salvo la relativa a impuestos y seguros. En el reverso, se relacionaban las dos cláusulas particulares siguientes: *“M. Ocupantes del vehículo asegurado. Garantías por persona en cada siniestro: muerte 15.000 €; invalidez permanente: 15.000 €; asistencia sanitaria: 3.000 €; ocupantes asegurados: únicamente el conductor. (...) V. Libre elección de abogado (art. 63 de las condiciones generales). El asegurador garantiza a su cargo, sin límite alguno, todos los gastos necesarios para la defensa y/o reclamación de los intereses del asegurado, según las coberturas a que se refiere el presente artículo, cuando los servicios sean prestados por el mismo asegurador. Si el asegurado ejerciera su derecho a la libre elección de abogado y/o procurador que lo represente, el asegurador abonará hasta el límite máximo de 600 euros, los gastos de dichos profesionales, con sujeción a las normas orientadoras de los colegios profesionales a los que aquellos pertenecieran”*. Tanto el anverso como el reverso del contrato estaban firmados del puño y letra del Sr. X.

COMENTARIO

b) Estando vigente la póliza, el Sr. X falleció. en un accidente provocado por el conductor de otro vehículo que, circulando bajo los efectos del alcohol, invadió el carril contrario y chocó frontalmente con el Sr. X.

c) Ante las reticencias de la aseguradora Z del vehículo causante del accidente a pagar la indemnización correspondiente, la esposa y el hijo del asegurado fallecido designaron libremente letrado que les permitiera ejercer la defensa de sus intereses y lo comunicaron el 23 de noviembre de 2010 a la aseguradora Y.

d) La dirección letrada designada por la esposa y el hijo del asegurado fallecido se personó en el procedimiento penal seguido a resultados del accidente y, extinguido por fallecimiento del conductor causante del accidente, presentó solicitud de Auto de cuantía máxima, al que se opuso la aseguradora Z del vehículo causante del accidente.

e) Luego La dirección letrada designada por la esposa y el hijo del asegurado fallecido presentó demanda ejecutiva, a la que se opuso la aseguradora Z del vehículo causante del accidente.

f) Finalmente, en julio de 2015, la esposa y el hijo del asegurado fallecido cobraron una indemnización en una cuantía total de 316.637,76 euros (capital e intereses).

g) La esposa y el hijo del asegurado fallecido abonaron los importes pactados con su dirección letrada en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito por importes de 31.183,35 y 3.090,18 euros.

h) Dicha dirección letrada designada emitió entonces factura por los honorarios debidos al letrado y derechos de procurador, calculados de conformidad con los criterios orientadores en materia de honorarios del Colegio de Abogados de Barcelona.

i) La factura se reclamó a la aseguradora Y del seguro del automóvil suscrito con el asegurado causante quien, tras varias gestiones y requerimientos, acabó emitiendo un cheque a nombre de la esposa del asegurado fallecido por importe de 600 euros, por ser ese “el límite que está cubierto en la póliza”.



Conflicto jurídico

a) La esposa y el hijo del asegurado fallecido, en su condición de herederos del Sr. X, interpusieron demanda contra la aseguradora Y. por la que solicitan el abono da la factura pagada (descontando los 600 euros ya abonados por la demandada), en cumplimiento del contrato de seguro, al considerar que la cláusula por la que se limitaba la cuantía debía ser dejada sin efecto por nula por lesiva o por contravenir el art. 3 LCS. Argumentando que la cláusula vaciaba de contenido la cobertura por su cuantía tan extremadamente reducida; con el efecto último de impedir al asegurado -o, en este caso, sus herederos- optar por letrado de su confianza a pesar de que el art. 76.d) LCS le faculta para ello, ya que con la citada cantidad no alcanzaba siquiera un verbal de cuantía de tres mil euros ni un juicio de faltas con reclamación de responsabilidad civil.

b) El Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona dictó Sentencia de 11 de abril de 2017 en la que estimó íntegramente la demanda y condenó a la aseguradora Y a pagar la cantidad solicitada.

c) La Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia de 15 de marzo de 2018 por la que estimó el recurso de apelación de la aseguradora Y desestimando la

(...) “... el Fundamento de Derecho Tercero dice que, ante el abanico de posibles pretensiones que pudieran ejercitarse en defensa de los intereses del asegurado en caso de siniestro, la cuantía de 600 euros fijada en la cláusula resulta lesiva, pues impediría ejercer el derecho a la libre elección de abogado ” (...)

demanda, sin imposición de las costas de primera instancia a los demandantes por estimar que concurrían dudas de derecho por las discrepancias entre las diferentes Audiencias Provinciales respecto de la cláusula controvertida.

d) La esposa y el hijo del asegurado fallecido demandantes interpusieron recurso de casación basado en tres motivos: En el primero denunciaron la infracción legal del art. 3 LCS en relación con el art. 76 d) LCS y en relación con doctrina jurisprudencial citada. En el segundo denunciaron infracción de los arts. 82, 83 y 87.6 TRLGDCU, dada la abusividad de la cláusula que limita a 600 euros la cobertura en el contrato de seguro de defensa jurídica en caso de libre elección de abogado, con cita de la jurisprudencia pertinente. En el tercer motivo denunciaron la infracción del art. 3 LCS en relación con el art. 76 d) LCS al sostener que la cláusula V de las condiciones particulares debía calificarse como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, a tenor de las sentencias del Tribunal Supremo citadas.

Doctrina jurisprudencial

La Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo 101/2021, de 24 de febrero que comentamos decide en su fallo estimar el recurso de casación interpuesto por la esposa y el hijo del asegurado fallecido demandantes contra la sentencia dictada

por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª y, en consecuencia, revocarla en el sentido de desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la aseguradora Y confirmando el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona con el resultado final de la estimación de la demanda interpuesta por la esposa y el hijo del asegurado fallecido. Alcanza este fallo sobre la base de un razonamiento que podemos exponer a modo de silogismo de la siguiente manera:

a) Premisa mayor: La delimitación cuantitativa de la cobertura de defensa jurídica en caso de libre designación de profesionales en los seguros de responsabilidad civil ex art.74 LCS y en los seguros de defensa jurídica ex art. 76 d) LCS. En este sentido, su Fundamento de Derecho Tercero dice que la claridad y precisión es exigible a todas las cláusulas del contrato de seguro, tanto si están incluidas en las condiciones generales como en las particulares, y con independencia de que se califiquen de delimitadoras del riesgo o limitativas de los derechos del asegurado.

b) Premisa menor: La doctrina y la jurisprudencia han advertido las diferencias entre la obligación del asegurador en el seguro de responsabilidad civil de asumir, salvo pacto contrario, la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado (art. 74 LCS), y el seguro regulado en los arts. 76.a) a 76.g) LCS, que tiene por objeto principal la defensa jurídica.

c) Conclusión: aplicación al caso con estimación del recurso de casación. En este sentido, el Fundamento de Derecho Tercero dice que, ante el abanico de posibles pretensiones que pudieran ejercitarse en defensa de los intereses del asegurado en caso de siniestro, la cuantía de 600 euros fijada en la cláusula resulta lesiva, pues impediría ejercer el derecho a la libre elección de abogado y/o procurador, al no guardar ninguna proporción con los costes de la defensa jurídica. Para alcanzar esta conclusión, Basta observar los criterios orientadores del Colegio de Abogados correspondiente a la localidad en la que se firmó el contrato de seguro y a los que se remitía la misma póliza como límite de la cobertura del asegurador lo que, por otra parte, a pesar de su carácter meramente orientativo, creaba la apariencia de una cobertura suficiente que al mismo tiempo quedaba vacía de contenido por la cuantía máxima señalada.

Nota bibliográfica:

El lector interesado en este tipo de seguro de defensa jurídica y la problemática implícita en la Sentencia comenta nuestro comentario de los arts.76 a) a 76 g) de la LCS en Sánchez Calero, F. (Director), "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 8/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 4ª Edición. Cizur Menor 20101, pág. 1801 a 1943 así como nuestra "Guía del Contrato de Seguro", Ed, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2018, pág.51 y ss. y las entradas de nuestro blog financiero (ajtapia.com) de 07.04.2017 sobre "Cláusulas limitativas por «sorpresivas». Sentencia núm. 147/2017, de 2 de marzo, del Tribunal Supremo "; de 21.02.2019 sobre "Seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos (seguros de D&O). Cláusulas limitativas por contrarias al contenido "natural" de este tipo de seguro. Sentencia núm. 58/2019, de 29 de enero, del Tribunal Supremo"); de 27.07.2019 sobre "Seguro de defensa jurídica. La libre elección de abogado por el asegurado en sentido amplio. Sentencia 373/2019 del Tribunal Supremo"; y de 22.03.2021. "Cláusula lesiva por anormalmente limitativa en la cuantía de su cobertura. Seguro de defensa jurídica incorporado en un seguro de responsabilidad civil del automóvil. Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo 101/2021, de 24 de febrero".

Sobre la valoración de los daños corporales causados por la exposición de personas al polvo del amianto o asbesto.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 15 de marzo de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Recurso de casación de la parte demandada

CUARTO.- Análisis del primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por la parte demandada

Un orden lógico de cosas exige analizar, en primer término, el recurso de casación formulado por la parte demandada, en tanto en cuanto su estimación determinaría que careciese de fundamento la obligación de resarcimiento del daño, aspecto sobre el que únicamente versa el recurso de tal clase formulado por la parte actora.

1.- Planteamiento y desarrollo del primero de los motivos del recurso de casación

En el primero de ellos, al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de los arts. 1902, 1104 y 1105 del Código Civil (en adelante CC) y de la jurisprudencia que los interpreta, entre otras, las sentencias 426/2006, de 10 de mayo; 1380/2008, de 7 de enero; 210/2010, de 25 de abril; 139/2011, de 14 de marzo.

En el desarrollo del motivo, se señala que la infracción se ha producido al haber

estimado parcialmente demandas que alegan la mera exposición ambiental al asbesto, sin que concurra el necesario requisito de culpabilidad, porque: (i) la factoría a lo largo de noventa años que estuvo en funcionamiento (1907-1997) siempre contó con los necesarios permisos y autorizaciones; (ii) nunca fue objeto de expediente administrativo o sancionador relacionado con su actividad industrial; (iii) cuando la factoría estuvo operativa a lo largo del pasado siglo, no eran conocidos ni previsibles los riesgos para la salud de los vecinos que la sentencia imputa a la actividad de la factoría; (iv) estos riesgos únicamente hubieran podido evitarse si la factoría y la actividad industrial allí desarrollada no hubieran existido.

Se considera que, de no estimarse el recurso, a la demandada se le haría responsable de todas las patologías o afecciones relacionadas con el asbesto alegadas potencialmente por cualquier persona que hubiera sido vecino o que hubiera trabajado en los municipios de Cerdanyola del Vallés o de Ripollet en aquella época.

Se achaca a la sentencia de la Audiencia haber establecido una responsabilidad objetiva o por simple riesgo. La apreciación de la culpa exige tener en cuenta la normativa reguladora de la actividad industrial y en especial la relativa a emisiones y residuos, ya que se alega simple vecindad o trabajo en las proximidades de la fábrica.

La valoración de la culpa, se sigue insistiendo en el recurso, no puede prescindir del elemento constitutivo de la previsibilidad, que debe ponerse en relación con los conocimientos médicos y científicos conocidos, que no existían en relación a la exposición ambiental, sin que concurra tampoco el requisito de la evitabilidad. Además, para el caso del mesotelioma (que es la afección que alegan el grueso de las demandas), se puede contraer por exposiciones esporádicas y que no existe un umbral mínimo de exposición susceptible de evitar el riesgo de contraer la enfermedad.

Sintetizados de la forma expuesta las razones de este primer motivo de casación procederemos a su examen.

2.- Algunas consideraciones previas sobre la denominada doctrina del riesgo

La culpa es el título ordinario de imputación del daño, que permite su endoso o transferencia desde el patrimonio de la víctima que lo padece al del sujeto causante como excepción a la

regla latina *casum sentit dominus*, conforme a la cual la víctima ha de pechar con los daños que personalmente sufra en la lotería de la vida. Sobre tal base se construye el art. 1902 del CC, que obliga a reparar el daño causado por culpa o negligencia, como igualmente lo hacen los códigos francés, italiano, alemán o portugués.

No obstante, la actividad peligrosa desplegada por la persona puede constituir igualmente, bajo determinadas circunstancias, un legítimo título de imputación del daño.

En este sentido, el art. 1:101 de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, tras señalar que la persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligado a repararlo, establece a continuación como títulos de imputación los siguientes: «a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuyas actividades anormalmente peligrosas lo hayan causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones». En definitiva, recogiendo los protípicos supuestos de la responsabilidad civil subjetiva o por culpa, objetivada o por riesgo, y vicaria o por hecho de otro.

De estas actividades anormalmente peligrosas se ocupa posteriormente el art. 5:101 de dichos principios, con la atribución a quien las lleva a cabo de una responsabilidad objetiva por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. En dicho precepto, se atribuye a una actividad el calificativo de anormalmente peligrosa si: «a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común». En su apartado 3, señala que el riesgo de daño puede ser significativo «en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo».

Por su parte, el art. 2050 del Código Civil italiano norma que: «Quien cause un daño a otro en el desempeño de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas adecuadas para evitar el daño», consagrando pues una normativa inversión de la carga de la prueba.

En estos supuestos de actividades peligrosas permitidas, por ser socialmente útiles, colisionan los intereses de los terceros de no resultar perjudicados, con el propio y



legítimo de los titulares que las gestionan de obtener los mayores rendimientos económicos posibles derivados de su explotación, a veces sometida, aunque no siempre, a un régimen de responsabilidad objetiva bajo aseguramiento obligatorio.

Esa desigualdad, en las posiciones de ambas partes, se pone fácilmente de manifiesto por la circunstancia de que mientras los terceros soportan la amenaza eventual de sufrir daños significativos, con la única ventaja de obtener a cambio, en el mejor de los casos, un beneficio meramente difuso, el titular de la actividad, por el contrario, se beneficia de las ganancias generadas de su explotación en su particular provecho. Esta asimetría conduce a la

posibilidad de justificar decisiones normativas que, por razones de justicia conmutativa, impongan a quien se aproveche de ese stock de riesgos, las cargas económicas de los perjuicios causados a los terceros ajenos a la misma, con la finalidad de compensar esa especie de daños expropiatorios o de sacrificio. De esta manera, se han utilizado las fórmulas latinas ubi emolumentum, ibi onus (donde está la ganancia está la carga) o cuius commoda, eius incommoda (quien obtiene una ventaja debe padecer los inconvenientes).

3.- La doctrina del riesgo en su configuración jurisprudencial

En ausencia de una cláusula general reguladora de la materia, esta Sala ha venido elaborando la denominada doctrina del riesgo, sometida a las limitaciones impuestas por la obligación de conciliarla con el sistema subjetivista de responsabilidad propio de nuestro Código Civil, que impide atribuir de forma exclusiva al riesgo la consideración de título legítimo de imputación del daño.

Manifestación al respecto la encontramos en la sentencia 720/2008, de 23 de julio, en la que destacamos sendos aspectos de relevancia, como puntos de partida a considerar:

«En primer lugar, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC (SSTS 6-6-07 en recurso no 2169/00, 26-9-06 en recurso no 930/03, 6-9-05 en recurso no 981/99, 4-7-05 en recurso no 52/99, 31-12-03 en recurso no 531/98 y 6-4-00 en recurso no 1982/95).

En segundo lugar, la aplicación de la doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad civil exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal (STS 24-1-03 en recurso no 2031/97, con cita de las de 20-3-96, 26-12-97, 2-3-00 y 6-11-02)».

Insiste en tal doctrina la sentencia 185/2016, de 18 de marzo, que fijó, con claridad, que el riesgo no es suficiente sino va acompañado de culpa, en los términos siguientes:

«La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de

lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que «faltaba algo por prevenir»-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC».

En el mismo sentido, las sentencias 519/2010, de 29 de julio y 208/2019, de 5 de abril, así como las citadas en ellas.

Por su parte, la sentencia 187/2012, de 29 de marzo, advierte que nuestro derecho no ha aceptado una generalización en la inversión de la carga de la prueba, salvo en los casos de daños derivados de actividades anormalmente peligrosas, en las que se requiere un mayor rigor en la diligencia desplegada para evitar el daño, y así:

«La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero , 4 de marzo de 2009; 11 de diciembre de 2009; 31 de mayo de 2011). Pero al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta (SSTS 9 de febrero y 14 de mayo 2011)».

Esta doctrina se reproduce igualmente en sentencias posteriores como las 299/2018, de 24 de mayo y 678/2019, de 17 de diciembre, entre otras.

La sentencia 523/2015, de 22 de septiembre,

en ese esfuerzo delimitador, fija el contorno de la doctrina jurisprudencial del riesgo, sin considerarla expresión de una responsabilidad objetiva o por el resultado; por otra parte, condiciona su aplicación proporcionalmente a la gravedad del daño, y de esta forma justifica ser más riguroso en la exigencia del nivel de la diligencia debida, con admisión de una suerte de presunción de culpa y sus implicaciones sobre la inversión de la carga de la prueba, todo ello para favorecer la posición de las víctimas en sus pretensiones resarcitorias de los daños sufridos, lo que se explica de esta forma:

«La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS 28 de julio 2008)».

De nuevo, la sentencia 185/2016, de 18 de marzo, precisa que el riesgo constituye un concepto graduable del que deriva, en lógica consecuencia, que el nivel de diligencia exigible está sometido a la ecuación de que cuanto mayor sea el peligro de una concreta actividad, mayor ha de ser también el nivel de diligencia exigible a quien la controla o gestiona, lo que incluso puede justificar la atribución dinámica de la carga de la prueba, todo lo cual se expresa bajo el razonamiento relativo a que:

«3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal -el desempeño de una actividad peligrosa-reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción o «agotamiento» de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad (por culpa o subjetiva) por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo así creado: que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa.

4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño -el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro- puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del artículo 217 LEC [...]».

Más recientemente, la sentencia 124/2017, de 24 de febrero, insistiendo en tales ideas, reitera que:

«[...] Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo que el Tribunal Supremo ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva [Ts. 21 de mayo del 2009 (RJ Aranzadi 3030), 10 de diciembre de 2008 (RJ Aranzadi 16 de 2009), 7 de enero de 2008 (RJ Aranzadi 203), 30 de mayo de 2007 (RJ Aranzadi 4338)]».

4.- Pautas y guías resolutorias De la doctrina expuesta podemos obtener las conclusiones siguientes que seguiremos para abordar la decisión del presente motivo de casación:

I. En primer lugar, que el riesgo, por sí solo, no es título de imputación jurídica en el ámbito de nuestro derecho, sino que corresponde al legislador la atribución del régimen jurídico de la responsabilidad objetiva a una concreta y específica actividad. No existe en el marco de nuestro ordenamiento jurídico una cláusula general de responsabilidad objetiva para casos como el que conforma el objeto del presente proceso. Nuestro sistema exige conciliar las particularidades derivadas del riesgo, en actividades anormalmente peligrosas, con un título de imputación fundado en la falta de la diligencia debida (responsabilidad subjetiva o por culpa).

II. La doctrina del riesgo se encuentra, por otra parte, circunscrita a aquellas actividades anormalmente peligrosas, no es extrapolable a las ordinarias, usuales o habituales de la vida. Los daños susceptibles de ser causados con la actividad peligrosa han de ser especialmente significativos por su frecuencia, alcance o gravedad y fundamentalmente si afectan a la salud de las personas. No se extiende la aplicación de la mentada doctrina a aquellos

otros que son fácilmente prevenibles.

En este sentido, no se consideró aplicable a casos relativos a la caída al suelo en una peluquería (sentencia 1042/1993, de 12 de noviembre); explotación de un negocio de calzado (sentencia 679/1994, 9 de julio); riesgos generales de la vida (sentencias 1363/2007, de 17 de diciembre o 701/2015, de 22 de diciembre, así como las citadas en ellas); muerte por ahogamiento en una piscina (sentencias 747/2008, de 30 de julio y 678/2019, de 17 de diciembre); caída en un escalón de un restaurante (sentencia 149/2010, de 25 de marzo); ubicación o características de la puerta de acceso a un cuarto de calderas (sentencia 385/2011, de 31 de mayo); lesiones al pisar el cristal de un vaso en una sala de fiestas (sentencia 185/2016, de 18 de marzo) entre otros supuestos contemplados.

No obstante, sí se aplicó, por ejemplo, en los casos de explotación de la minería (sentencia 1250/2006, de 27 de noviembre); explosión de una bombona de gas (sentencia 1200/2008, de 16 de diciembre), transporte ferroviario (sentencias 791/2008, de 28 de julio y 44/2010, de 18 de febrero); fabricación y almacenamiento de material pirotécnico (sentencia 279/2011, de 11 de abril); explotación de trenes suburbanos (sentencias 927/2006, de 26 de septiembre; 645/2014, de 5 de noviembre o 627/2017, de 21 de noviembre), ejecución de obras con utilización de explosivos (sentencia 26/2012, de 30 de enero) o explosión por acumulación de gas (sentencia 299/2018, de 24 de mayo) entre otros.

III. Para los supuestos de daños derivados de actividades especial o anormalmente peligrosas se eleva considerablemente el umbral del deber de diligencia exigible a quien la explota, controla o debe controlar, en proporción al eventual y potencial riesgo que genere para terceros ajenos a la misma. No cabe exigir una pericia extrema o una diligencia exquisita cuando nos encontremos ante un riesgo normal creado por el autor del daño; ahora bien, la existencia de un riesgo manifiestamente superior al normal, como el del caso que nos ocupa, se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una rigurosa diligencia ajustada a las circunstancias concurrentes, en definitiva a extremar en muy elevado grado las precauciones debidas.

IV. Se facilita la posición jurídica de la víctima,

mediante una suerte de inversión de la carga de la prueba atribuida a quien gestiona o controla la actividad peligrosa, que responde además a una dinámica y coherente manifestación del principio de facilidad probatoria, toda vez que es la entidad demandada la que cuenta con los conocimientos y medios necesarios para demostrar los esfuerzos llevados a efecto para prevenir el daño representable, o justificar su condición de inevitable o de residual sin culpa.

V. Por otra parte, el art. 1908.2 CC, igualmente invocado en la demanda, regula los daños causados por los humos excesivos que sean nocivos como un supuesto de responsabilidad propia y directa del propietario de matiz objetivo (sentencias 227/1993, de 15 de marzo; 281/1997, de 7 de abril; 31/2004, de 28 de enero y 589/2007, de 31 de mayo).

5.- Aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa con respecto a los denominados pasivos ambientales

I. En el caso que enjuiciamos, no nos encontramos ante una actividad que podamos calificar como común o habitual o constitutiva de un riesgo general de la vida, sino anormalmente peligrosa, en tanto en cuanto consiste en la transformación a gran escala de un mineral que, por sus especiales e idóneas características, posibilita la fabricación de un importante número de productos con elevada rentabilidad, pero que también causa graves efectos perniciosos para la salud de las personas, incluso la muerte.

II. La entidad demandada era perfectamente consciente de tales riesgos, que nacían de las partículas desprendidas en forma de polvo o fibras en los procesos industriales de manipulación del asbesto y su inhalación por las personas, en tanto en cuanto susceptibles de generar conocidas patologías pulmonares, no sólo a sus propios trabajadores -cuestión ajena a la jurisdicción civil-, sino que trascendían a terceros, como los denominados pasivos domésticos por los riesgos derivados de las partículas depositadas en la ropa de trabajo de sus empleados al regresar a sus domicilios y con repercusión también en el medio ambiente, al hallarse la actividad sometida al control de sus emisiones.

En este sentido, podemos citar el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

La diligencia observada es más que cuestionable cuando, por ejemplo, al solicitar la calificación de la demandada a los efectos del precitado Reglamento, en un escrito datado el 14 de mayo de 1964, dirigido a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos del Gobierno Civil de Barcelona, se hace constar, expresamente, por la demandada, que «esta industria es inofensiva en todos los aspectos»; puesto que, si es ésta la consideración que la propia empresa dispensa a la actividad que desarrolla, en contraste con los conocidos efectos perniciosos para la salud de las personas, es natural una relajación palpable de los deberes de diligencia en la prevención y evitación de los daños de tal naturaleza.

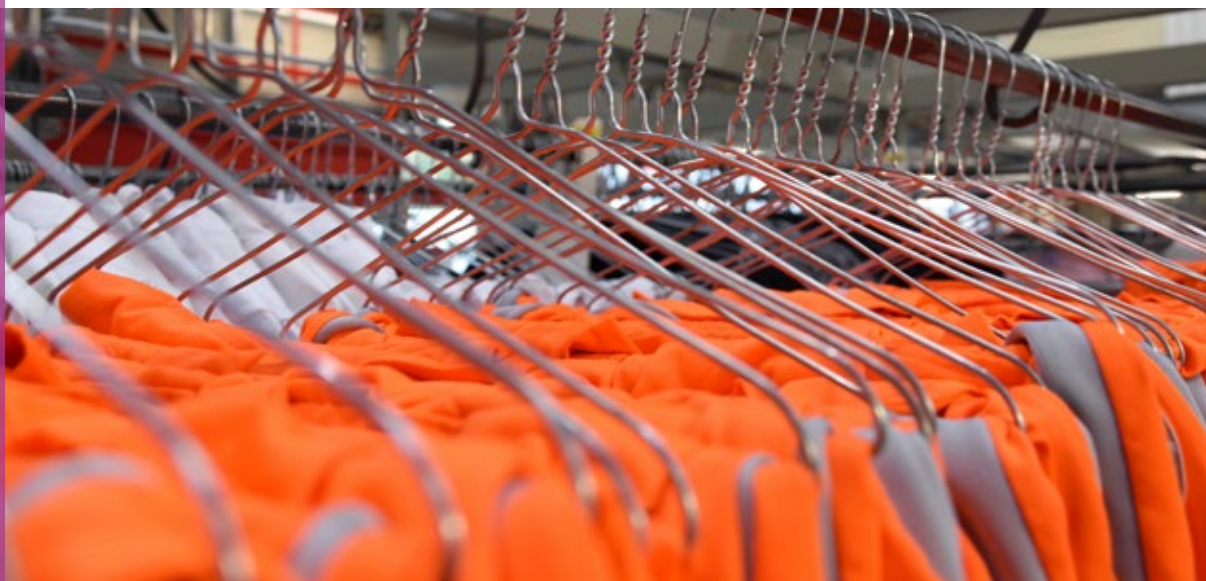
Por otra parte, existía un conjunto normativo, que imponía obligaciones a la demandada, de las que se desprendía el efecto negativo de la actividad desarrollada sobre el medio ambiente. Así el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico, en cuyo anexo II, relativo al catálogo de actividades potencialmente contaminantes a la atmósfera, dentro del grupo C, punto 3.10.2 figura «fabricación de productos de fibrocemento» y, en el anexo III, se identifican los principales contaminantes a la atmósfera, donde aparece el asbesto (amianto), dentro del apartado de partículas sólidas.

En la Resolución de 30 de septiembre de 1982, de la Dirección General de Trabajo, por la que se aprueban las normas para la aplicación y desarrollo de la Orden sobre las condiciones en que deben realizarse los trabajos en los que se manipula el amianto, se refiere su art. 8.5 a la eliminación controlada de residuos.

En el RDL 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, hoy derogado, en su anexo, apartado 5, aparece como actividades que deben someterse a una evaluación de impacto ambiental las instalaciones destinadas a la extracción del amianto, su tratamiento y transformación, así como los productos que contienen amianto.

También podemos citar el Real Decreto 108/1991, de 1 de febrero, sobre la prevención y reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto, entre otras disposiciones normativas.

III. Por otra parte, las fibras de amianto tienen unas particularidades perfectamente conocidas por la demandada que las hacían



especialmente dañinas, en tanto en cuanto:

Son partículas indestructibles, no biodegradables e imperceptibles. Son microscópicas y tienen unas características físicas que facilitan su aerodispersión. Son fácilmente respirables y sus efectos patológicos científicamente constatados.

La fábrica, por otra parte, se encontraba integrada en el marco urbano, con viviendas residenciales muy próximas, con lo que su deber de extremar las precauciones debidas era más intenso. Un centro escolar se hallaba incluso a unos 12 metros de la fábrica.

IV. La demandada, al ostentar el control sobre la actividad peligrosa, estaba obligada a adoptar medidas eficientes para evitar o disminuir los riesgos característicos de la explotación industrial a la que se dedicaba, con el exigente deber de garantizar la indemnidad de las personas, que podrían verse afectadas por los riesgos inherentes a padecer una enfermedad relacionada con la actividad peligrosa, que constituía para la demandada una fuente importante de recursos económicos, la cual explotó la fábrica, durante noventa años, lo que es un indicativo evidente de su rentabilidad, con su correlativa obligación de invertir en seguridad.

V. Estos riesgos gestionados eran especialmente significativos, en tanto cuanto repercutían directamente sobre la salud de las personas, causando importantes patologías, elevadas a la condición de enfermedad profesional. Los riesgos de tal naturaleza se

conocían antes de 1940, en que se fue legislando sobre las correlativas medidas de seguridad a adoptar en sucesivas reformas legislativas que respondían a una previa y constatada situación de riesgo para la salud tributaria regulación normativa. La OMS, desde 1973, clasifica el amianto dentro de la categoría de agentes cancerígenos para las personas.

VI. Las víctimas demandantes vivían y/o trabajaban en las inmediaciones de la fábrica, tales circunstancias les hicieron proclives a ser sujetos pasivos del daño sufrido, ahora bien en forma alguna se les puede atribuir una suerte de negligencia contributiva en la génesis del daño. Nos encontramos pues ante un daño unilateralmente causado por la entidad demandada sin aportación concausal de las víctimas.

VII. Constatado el carácter nocivo para la salud de la inhalación de las fibras desprendidas en la manipulación industrial del asbesto en el interior de la fábrica, no era difícil de representar el riesgo de las emanaciones al exterior procedentes de las ropas de trabajo de los empleados de la demandada, así como las liberadas al medio ambiente sometidas además a limitaciones impuestas. Es más, a medida que se iba adquiriendo un mayor conocimiento sobre las consecuencias dañinas de la actividad desarrollada, la demandada debía extremar sus precauciones practicando una política intensa y dinámica de seguridad sobre cuyo acreditamiento le corresponde la carga de la prueba.

VIII. La circunstancia de que la actividad

contase con autorización administrativa no significa ni implica la ausencia de responsabilidad en su gestión y control, no conlleva el cumplimiento de los activos deberes de prevención de riesgos que competían a la demandada. Tampoco la ausencia de sanciones administrativas permite obtener la conclusión de que se observó la diligencia debida, independientemente de la suspensión de sectores de la actividad de la fábrica acordados, en su día, por la Inspección de Trabajo a los que se hizo referencia. Es obvio que no todos los comportamientos ilegítimos son sancionados. En los daños ambientales existe además el deber de actualizarse continuamente cara a la utilización de las mejores técnicas para evitar los daños, siempre que se pueda acceder a las mismas en condiciones razonables.

IX. La parte demandada indica que la contaminación de las personas, que vivían en las proximidades de la fábrica, era inevitable, con ello parece deducirse que se hallaban obligadas a soportar pacientemente las graves repercusiones producidas en su salud alegando la doctrina de los riesgos del progreso.

Dicha doctrina es de aplicación a los casos en los que los daños se deriven de «hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos», doctrina que fue aplicada por este tribunal, por ejemplo, en supuestos de contagio por transfusión con anterioridad a la disponibilidad de los reactivos para la práctica de las pruebas del SIDA (sentencias 1250/2007, de 5 de diciembre o 244/2014, de 21 de mayo) y que no es extrapolable al caso que nos ocupa.

Su aplicación requiere, en primer término, que la entidad demandada, que la invoca, no incurra en falta de diligencia en su evaluación permanente, dinámica y no estática, activa que no pasiva, de los peligros inherentes a la actividad anormalmente peligrosa desarrollada, máxime dado el conocido riesgo de causar graves daños para la vida de las personas.

En segundo lugar, sería preciso que la parte demandada justificase que, conforme a los conocimientos científicos y técnicos concurrentes, se ignoraba, durante el periodo temporal de la explotación de la industria, los daños susceptibles de ser causados a las personas por las emanaciones y residuos procedentes de la fábrica. O dicho de otra forma, que concurría una incerteza sobre los

hechos nocivos de carácter general para un operador medio.

En contraste con ello obran en autos estudios científicos aportados por la demandante relativos a que, a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado, era conocida la contaminación medio ambiental. La empresa, por otra parte, no es una pequeña fábrica sino una más que relevante entidad del sector debidamente cualificada, con varias fábricas a lo largo del territorio nacional, y que fue una de las principales, sino la más importante importadora de amianto.

X. La sentencia recurrida razona, en su fundamento de derecho décimo, que lejos de observarse un especial deber de cuidado exigible, resultó acreditado, a través de distintos elementos de prueba, que la demandada incrementó el riesgo en la gestión de una actividad ya, por sí sola, anormalmente peligrosa, no sólo con deficiencias en el mantenimiento interno de los niveles de contaminación tolerables, según acta de la inspección de trabajo, sino que, según el informe del ingeniero industrial del ayuntamiento de Ripollet, de marzo de 1977, la evacuación del polvo del proceso de molido de la fábrica mediante extractores y chimeneas al exterior se llevaba a efecto sin filtros ni dispositivos de retención y recogida de polvo, así como que, en calles adyacentes, se encontraban fibras y residuos de cemento y amianto. Se señala igualmente que las instalaciones de la demandada se deben calificar como potencialmente contaminadoras de la atmósfera y sus emisiones, dentro del grupo de contaminantes especiales del anexo III (partículas de sustancias minerales asbestos) según el Decreto de 6 de febrero de 1975.

Es cierto que no se llegó a medir, en esa inspección, el grado de contaminación, pero no cabe duda que la actividad desarrollada contaminó a los actores (pasivos ambientales), y no consta la inmediata corrección de tales defectos, cuya carga de la prueba correspondía a la demandada.

En 1977, todavía llegaban los sacos de amianto en bolsas de yute, que es un material poroso y las descargas se realizaban al aire libre en las proximidades a viviendas, con la emisión de fibras al medio ambiente.

Consta también como la Inspección Provincial de Trabajo solicitó al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, la valoración del riesgo higiénico en

la manipulación del amianto comprobando deficiencias y la necesidad de adopción de medidas correctoras. Dentro de ellas, se hacía referencia a que los residuos que puedan generarse deberán ser depositados en recipientes impermeables y cerrados, y se deberá de informar a la empresa encargada del tratamiento y peligrosidad de los mismos. Se concluye que se sobrepasa ampliamente la dosis máxima permitida en la mayoría de los puestos de trabajo en el interior de la fábrica. En el marco de las recomendaciones efectuadas se señala que para el control ambiental deberá llevarse a efecto un plan de toma de muestras. Con respecto a los almacenes se indica que los suministros de amianto se obtengan paletizados y recubierto el conjunto con fundas de plástico. Se recomienda igualmente que las emisiones al aire deberán cumplir la normativa de aplicación.

Con base en dicho informe la Inspección de Trabajo suspendió de forma inmediata la actividad de buena parte de la fábrica y se ordenó se procediera, entre otros extremos, a la eliminación de residuos en 15 días. A tenor de informe municipal no se cumplió debidamente.

En el informe de la Diputación de Barcelona, de abril de 1997, consta también que el tratamiento de los residuos fue bastante incorrecto y fueron esparcidos por caminos y calles, pese a conocerse la naturaleza de producto tóxico y peligroso para la salud.

En otro informe técnico, solicitado a requerimiento de la demandada, el ayuntamiento hace referencia a la existencia de piezas defectuosas y residuos desde el comienzo de la actividad de la demandada hasta la mitad de la década de los años 80, en los alrededores de la fábrica. Más tarde, desde 1986 a 1993, se informa que los residuos fueron transportados a un vertedero en Varisses, no por lo tanto con antelación, al menos no consta, y desde 1993 hasta 1997, en Hostalets de Pierola.

Se firman acuerdos de 2004 y 2008, con el ayuntamiento para proceder al confinamiento de fibrocemento localizados en superficie y subsuelo, varios años después del cierre de la fábrica en 1997, con aportación económica de la demandada.

En definitiva, no cabe concluir que la demandada obrara, con la diligencia exquisita que le era exigible, en la gestión de una actividad anormalmente peligrosa para la salud de las personas como la que explotaba en su fábrica. Tampoco que fueran objetivamente

imprevisibles los daños susceptibles de ser causados a las personas, que habitaban o trabajaban en sus inmediaciones, con las emisiones de las fibras de amianto que liberaba. Máxime incluso cuando no observó la normativa vigente al respecto, ni demostró un particular cuidado en la prevención de un daño, que le era perfectamente representable. La imposición de prevenciones a seguir por parte de la Administración inspectora constituye un significado indicativo de la pasividad de la demandada.

XI. La desestimación del recurso no determina, como sostiene la recurrente, que deba hacerse cargo de la indemnización de todas las enfermedades derivadas del asbesto que sufran quienes habiten o hayan habitado en Cerdanyola. La sentencia de la Audiencia no contiene una declaración de tal clase; lejos de ello efectúa una pormenorizada valoración de la situación individual de cada perjudicado reclamante, en atención a las coordenadas temporales, concernientes a los años de exposición al asbesto; a las espaciales, de proximidad al foco emisor; a las laborales, relativas a la inexistencia de otras fuentes alternativas de adquisición de la enfermedad; a las domésticas, derivadas de la convivencia con trabajadores de la demandada que llevaban la ropa contaminada a sus domicilios.

Todo ello, con análisis de las concretas pruebas aportadas al proceso, especialmente las periciales, en las que se efectuó un riguroso estudio sobre la causalidad médica con respecto a cada uno de los demandantes, descartando como perjudicados a las personas en las que no concurrían criterios de imputación clínica.

QUINTO.- Examen del segundo motivo de casación formulado por la parte demandada

Abordaremos a continuación este motivo de casación que afecta a los denominados pasivos domésticos; es decir, personas contaminadas por el contacto con las prendas de trabajo de sus familiares, especialmente al proceder a su lavado.

1.- Formulación de este concreto motivo de recurso

Se articula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1902, 1104 y 1105 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta (entre otras, sentencias de n.o 1380, de 7 de enero; n.o 426/2006, de 10 de mayo; n.o 139/2011, de 14 de

marzo; n.o 210/2010, de 5 de abril).

En su desarrollo, se denuncia que se ha condenado a COEMAC, respecto de las demandas que alegan «exposición doméstica» al asbesto, sin que concurra el presupuesto de la culpabilidad. Este requisito de la culpa o negligencia lo aprecia la sentencia, sin atender a las normas legales y reglamentarias, ni a los conocimientos médicos y científicos de la época en que tal exposición se produjo, pese a desprenderse de los hechos probados que la empresa adoptó las medidas necesarias tiempo antes (1977) de que fueran establecidas por la normativa laboral española y europea.

2.- Desestimación del motivo

Sobre tal reclamación es de aplicación la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta.

La diligencia debida, exigible a la entidad demandada, le obligaba al control de la contaminación interior causada por las partículas desprendidas en el proceso industrial del tratamiento del asbesto, habida cuenta los evidentes riesgos que generaba tal actividad para la salud de sus empleados al causarles específicas patologías elevadas a la condición de enfermedad profesional.

Conocida, por otra parte, la retención y depósito sobre las prendas de trabajo de las fibras y polvo del amianto, que se hallaban en suspensión en el recinto de la fábrica y que se liberaban en el curso de su transformación industrial, no era difícil para la recurrente representarse, en su activa obligación de prevenir daños, que la referida vestimenta llegase impregnada de tales sustancias a los domicilios de sus dependientes, donde eran lavadas y que, por lo tanto, constituyesen un foco de contaminación para sus familiares convivientes.

Por otra parte, el lavado correspondía no a dichos familiares, sino a la empresa, dado que se trataba de material de titularidad de ésta, que debía facilitar a sus trabajadores.

Todo ello además cuando las medidas de depuración del ambiente interior no eran escrupulosamente observadas, según se deduce del acta levantada por la inspección de trabajo, que llegó a paralizar distintos sectores de la fábrica e impuso a la demandada la obligación de llevar a efecto el lavado de la ropa, así como la utilización de doble taquilla.

Estos datos son ilustrativos de que tales prevenciones no eran observadas por la recurrente hasta que fueron impuestas por la autoridad laboral, lo que es un indicativo de que no se actuaba con la diligencia exigida, que debía ser proporcional al elevado riesgo desencadenado por la actividad fabril que gestionaba y su condición de altamente nociva para la salud.

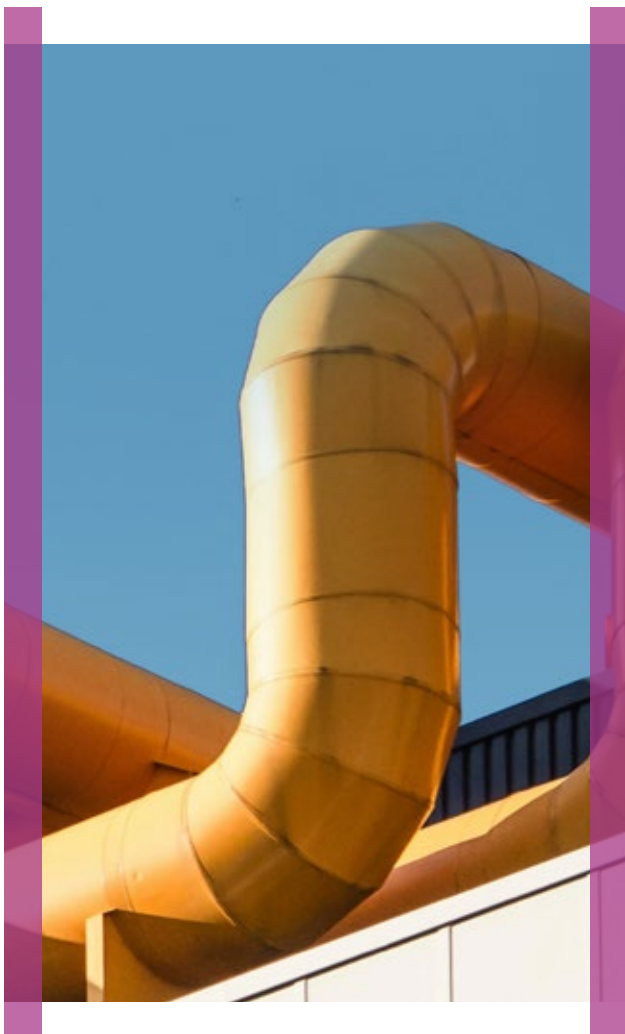
Esta Sala ha tenido oportunidad además de enfrentarse a una contaminación de tal naturaleza, en otra fábrica de la demandada, en la sentencia 639/2015, de 3 de diciembre, en la que razonamos:

«Desde el punto de vista de la imputación objetiva del resultado lesivo al agente, contrariamente a lo que se sostiene, la responsabilidad de las demandadas no se hace descansar únicamente en el riesgo creado por la utilización de un producto como el amianto, sino que, con absoluto respeto al sistema tradicional culpabilístico, se asienta en la omisión de la diligencia extrema que cabía exigirles en atención a un riesgo previsible, que se invoca para poner de manifiesto la conducta de los demandados y el peligro creado por el material empleado, lo que no les exime de responsabilidad en el ámbito de la culpa civil sobre la base de una causalidad debidamente fundamentada en lo material y en lo jurídico, y de un pronunciamiento sobre el fondo que sólo va a afectar a las tres demandantes en la exclusiva condición de amas de casa, aunque represente una empresa o explotación permitida.

Y es que, no se trata de analizar si Uralita S.A. cumplió o no con la normativa laboral en materia de prevención de riesgos por la manipulación de asbesto o amianto, lo que es propio de la jurisdicción social, sino si aquélla actuó frente a terceros ajenos a esta relación con la diligencia exigible una vez que a partir de los años cuarenta va teniendo un mayor conocimiento del riesgo que en general suponía la exposición al polvo de amianto, incluso para terceros ajenos a la relación laboral, que sabía que podían entrar en contacto con fibras de amianto por ocuparse del lavado y cuidado en su casa de la ropa, y no en la propia empresa, como ha sucedido en el supuesto enjuiciado».

SEXTO:- Tercer motivo de casación de la parte demandada

Descartados los anteriores recursos de casación en los que se cuestiona la existencia de la responsabilidad civil de la entidad



demandada, procede entrar en el examen de los motivos de casación formulados relativos al deber de reparar el daño.

1.- Formulación y desarrollo del tercero de los motivos de casación de la parte demandada

Se interpone, al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por infracción del artículo 1902 CC, en relación con los artículos 659 y 661 del mismo texto legal y doctrina de la sentencia 915/2006, de 4 de octubre. Se considera improcedente que la sentencia de la Audiencia, respecto de cinco demandas, haya declarado la compatibilidad entre las acciones ejercitadas en concepto de heredero (iure hereditatis) y las entabladas en concepto de perjudicado (iure propio).

En el desarrollo del recurso se niega que ambas pretensiones indemnizatorias sean posibles, toda vez que duplican indebidamente el resarcimiento del daño y que sólo cabe una

verdadera y propia indemnización por causa de muerte derivada del título hereditario, sin que quepa reclamar por el perjuicio sufrido en vida por los causantes. Se razona que si los afectados hubieran sido indemnizados (tras el diagnóstico de mesotelioma) nunca sus herederos ni las personas cercanas hubieran podido reclamar por el mismo daño. Como argumento adicional se afirma que el padecimiento, el sufrimiento, la aflicción, en que el daño moral consiste, tiene carácter personalísimo, por lo que sólo puede ser indemnizado quien directamente lo padece, sin que sea factible extenderlo a las personas que directamente no lo han sufrido, salvo excepciones legales predeterminadas como los supuestos contemplados en la Ley de protección jurisdiccional del derecho al honor, intimidad y propia imagen.

No se considera aplicable la doctrina de la sentencia 535/2012, de 13 de septiembre, pues en ella no existía una acumulación de pretensiones iure hereditatis más iure propio, sino que los padres de la víctima optaron por reclamar por un solo concepto iure hereditatis. Además, se trataba de un supuesto en que las secuelas se hallaban estabilizadas con alta médica, a diferencia de lo que sucede en el caso objeto de este proceso en el que se trata de una enfermedad con pronóstico fatal (mesotelioma).

Igualmente, se descartó la aplicación de la doctrina reflejada en la sentencia 249/2015, de 20 de mayo, concerniente a un supuesto de sucesión procesal, en el que la actora fallece, tras la interposición de la demanda por las lesiones y secuelas sufridas y ya estabilizadas, que posteriormente reclaman sus hijos, al sostener la acción ya deducida judicialmente por su progenitora.

Por último, tampoco se reputa aplicable el régimen jurídico de los arts. 45 y 47 de la Ley 35/2015, pues son normas que no habían entrado en vigor al tiempo de formularse la demanda y además no es asumible la indemnización por secuelas con el diagnóstico de una enfermedad.

2.- Desestimación del motivo

El recurso plantea la problemática relativa a si la víctima de un daño de contenido personal, que muere sin haber ejercitado las correspondientes acciones judiciales reparatorias y siempre que éstas no hayan prescrito, transfiere a sus herederos el derecho a obtener el resarcimiento del daño experimentado al formar parte de su herencia conforme a los arts. 659 y 661 del

CC. De contestar afirmativamente tal cuestión, si es compatible reclamar *ex iure proprio*, por la muerte, y *ex iure hereditatis*, por el daño corporal sufrido por el causante en vida.

No se puede negar el carácter polémico de esta cuestión, que se ha movido entre los dos polos antagónicos de las posiciones favorables o contrarias a tal posibilidad, dadas las reticencias fundamentalmente existentes respecto a la transmisión del daño moral. Han surgido, incluso, otras posturas intermedias, que admiten la transmisión del crédito resarcitorio sólo en los casos en los que haya sido judicialmente ejercitado y fallezca el perjudicado durante la sustanciación del proceso, lo que conforma ya un supuesto de sucesión procesal.

No nos hallamos, en el caso que enjuiciamos, ante derechos personalísimos, que se extinguen por la muerte, como los derechos políticos al sufragio, los derivados de la función pública desempeñada, o los propios de la condición de nacional de un determinado país, ni tampoco ante derechos reales personalísimos como el usufructo vitalicio (art. 513 CC) o los derechos de uso y habitación (arts. 525 y 529 CC). La sentencia 62/1981, de 17 de febrero, señala, en este ámbito delimitador, que han de tenerse como intransmisibles, los derechos «[...] de carácter público, o los «*intuitu personae*» o personales en razón a estar ligados a una determinada persona en atención a las cualidades que le son propias -los en general denominados o calificados de personalísimos-, como parentesco, confianza y otras, que por ley o convencionalmente, acompañan a la persona durante su vida».

La muerte no se indemniza a quien muere, sino a quienes sufren los daños morales o patrimoniales por tal fallecimiento. Ello es así, dado que no existe propiamente daño resarcible para el muerto, desde la esfera del derecho de daños, sino privación irreversible del bien más preciado con el que contamos como es la vida, que extingue nuestra personalidad (art. 32 CC). La muerte no genera, por sí misma, perjuicio patrimonial ni no patrimonial a la víctima que fallece y, por lo tanto, en tal concepto, nada transmite vía hereditaria; cuestión distinta es que nazcan *ex iure proprio* derechos resarcitorios, originarios y no derivados, a favor de otras personas en razón a los vínculos que les ligan con el finado.

En este sentido, señala la sentencia 246/2009, de 1 de abril, que «es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por

causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable «*ex iure proprio*», al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del «*de cuius*»» De la misma manera, se expresa la sentencia 636/2003, de 19 de junio, cuando proclama que se niega mayoritariamente que «[...] la pérdida en sí del bien «*vida*» sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible «*mortis causa*» a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales «*iure hereditatis*»».

Ahora bien, el derecho de los particulares a ser resarcidos económicamente por los daños y perjuicios sufridos, a consecuencia de una conducta jurídicamente imputable a otra persona (art. 1902 CC), genera un derecho de crédito de contenido patrimonial, condicionado a la concurrencia de los presupuestos de los que surge la responsabilidad civil. Los bienes jurídicos sobre los que recae el daño cuando son la vida, la integridad física, los derechos de la personalidad, tienen carácter personalísimo y, como tales, no son transmisibles por herencia, pero cuestión distinta es el derecho a ser resarcido económicamente por mor de la lesión padecida, en tanto en cuanto goza de la naturaleza de un crédito de contenido patrimonial, que no se extingue por la muerte del causante (art. 659 CC).

Este derecho al resarcimiento económico nace desde el momento en que es causado el daño, como resulta del juego normativo de los arts. 1089 y 1902 del CC, no cuando es ejercitado ante los tribunales o reconocido en una sentencia judicial, que tiene efectos meramente declarativos y no constitutivos del mismo. Lo adquiere el lesionado desde que lo sufre y queda integrado en su patrimonio, susceptible de ser transmitido a sus herederos.

Existen manifestaciones normativas de dicha transmisibilidad, como las contempladas los arts. 4 y 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El art. 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (TRLRCSVM) que norma, por su parte, que el asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes; y, en su párrafo segundo, establece que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigir

al asegurador la satisfacción de los referidos daños, que prescribirá por el transcurso de un año», como igualmente resulta del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro. Los artículos 44 y siguientes del precitado TRLRCSCVM, tras la reforma introducida por la Ley 30/2015, de 22 de septiembre, regulan la indemnización por lesiones temporales en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización (art. 44); la indemnización por secuelas en caso de fallecimiento del lesionado tras la estabilización y antes de fijarse la indemnización (art. 45); la indemnización de gastos en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización (art. 46) y la compatibilidad de la indemnización a los herederos con la indemnización a los perjudicados por la muerte del lesionado (art. 47).

La transmisibilidad del crédito resarcitorio no genera, por otra parte, ningún enriquecimiento sin causa, en tanto en cuanto el título de herencia justifica la adquisición vía hereditaria; mientras que, por el contrario, de vedarse la reclamación, a quien realmente se beneficiaría de forma injusta sería al causante del daño.

Esta posibilidad de transmisión a los herederos del referido derecho de crédito, por el daño corporal sufrido, fue reconocida expresamente por la sentencia del Pleno de la Sala 1.a 535/2012, de 13 de septiembre, así como su compatibilidad con la reclamación ex iure propio de los herederos por la muerte del causante, lo que se razonó en los términos siguientes:

«El derecho de la víctima a ser resarcido por las lesiones y daños nace como consecuencia del accidente que causa este menoscabo físico y la determinación de su alcance está (en) función de la entidad e individualización del daño, según el resultado de la prueba que se practique, que no tiene que ser coincidente con la del informe médico-forense [...] En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva,

tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho - iure hereditatis -, y por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, [...]».

La sentencia 249/2015, de 20 de mayo, proclamó, por su parte, en un supuesto de sucesión procesal por la muerte de la actora, que

«[...] si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico contempla el fallecimiento como única causa de estimación (extinción) de la personalidad de las personas físicas también lo es, sin duda alguna, que dicha extinción no afecta a la transmisibilidad de los derechos y obligaciones que, sin tener el carácter de personalísimos, pasan a integrar la herencia conforme al fenómeno jurídico de la sucesión mortis causa (artículos 657, 659 y 661 del Código Civil)».

Por su parte, la sentencia 515/2004, de 18 de junio, admitió la legitimación ex iure hereditatis en el derecho de crédito de la hija de la demandante, que se suicidó, por el fallecimiento de su marido en un accidente minero.

El hecho pues de contar con un doble título ex iure hereditatis y ex iure propio, cada uno con su contenido patrimonial específico, permite su ejercicio conjunto, dado que no son acciones incompatibles o que se excluyan mutuamente (art. 71.2 LEC). Así lo reconoce la sentencia 535/2012, de 13 de septiembre, cuando señala que «[...] como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente -iure propio- puesto que se trata de daños distintos y compatibles».

Por consiguiente, el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por éstos como perjudicados por su fallecimiento.

Recurso de casación interpuesto por la parte demandante

SÉPTIMO.- Recurso de casación interpuesto por la parte actora.

1.- Examen del primero de los motivos

Este motivo se fundamenta en la vulneración del art. 1902 CC y del baremo establecido por la Ley 30/95, de 8 de noviembre, RDLeg. 8/2004, de 29 de octubre, en relación con la moderación de la indemnización en caso de muerte sobrevenida, y la jurisprudencia que la aplica, en base al principio de reparación íntegra del daño en supuestos ajenos al ámbito circulatorio.

En el desarrollo de este motivo se considera que la sentencia incurre en un error, al fijar el montante indemnizatorio, con respecto al lapso temporal que medió entre el diagnóstico de la enfermedad y el fallecimiento; es decir, en proporción al tiempo durante el cual aquella patología fue sufrida por la víctima, lo cual supone, se sostiene, una sensible disminución de las indemnizaciones, con infracción del principio de la reparación íntegra del daño sufrido, lo que sucede en el caso del fallecimiento sobrevenido de D. Gines ; D. Luis Miguel ; D.a Eufrasia , D.a Nieves , D.a Soledad y D.a Paula , que murieron por mesotelioma pleural, sin que sea aplicable la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009 y 13 de septiembre de 2012, ya que se circunscribían al ámbito circulatorio y no se indemnizaba una enfermedad secuela de por sí mortal. Se añade que las indemnizaciones reclamadas ya se habían incorporado al patrimonio, máxime en el caso de D.a Paula , que muere durante el procedimiento, declarándose la sucesión procesal a favor de sus hijos.

2.- Desestimación del primer motivo

El problema del crédito resarcitorio adquirido por herencia y no cuantificado, como es el caso que nos ocupa, no puede quedar desligado del fenómeno de la muerte, en tanto en cuanto el fallecimiento de la víctima implica inexorablemente que dichos perjuicios dejan de sufrirse, lo que constituye una circunstancia trascendente para su cuantificación. El crédito que se transmite debe adecuarse a los daños efectivamente irrogados, no puede extenderse a los que, en condiciones normales, le hubieran correspondido a la víctima en función a sus expectativas vitales, porque éstas se han visto frustradas por la muerte.

En definitiva, deviene improcedente indemnizar una incertidumbre ficticia, en tanto en cuanto constan con precisión las coordenadas temporales del perjuicio padecido, que no constituyen un dato inocuo

o carente de relevancia, dado que, en función ellas, se debe calcular el montante económico del resarcimiento debido. No estamos, en estos supuestos, ante un crédito indemnizatorio por la pérdida de incrementos patrimoniales futuros o daños no patrimoniales incondicionados e inciertos, sino concretos y definidos por el fenómeno de la muerte.

No vemos pues error en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, porque tenga en cuenta, a la hora de proceder a la valoración del daño, el tiempo transcurrido entre el diagnóstico de la enfermedad, hasta entonces silente, y el fallecimiento de la víctima, a los efectos de determinar la indemnización correspondiente.

El daño es el presupuesto para la existencia de la responsabilidad civil, en tanto en cuanto marca sus límites y el quantum indemnizatorio, que ha de ser proporcional a la entidad del perjuicio sufrido, sin generar enriquecimientos para la víctima ni esfuerzos desorbitantes para el causante de ellos. Cuando la víctima muere, antes de la cuantificación del daño, la duración de la vida, sus expectativas vitales, se convierten en un dato cierto, que no puede ser despreciado.

En la sentencia del Pleno de esta Sala 535/2012, de 13 de septiembre, señalamos: «[...] ya no hay incertidumbre alguna sobre la duración de las lesiones y secuelas, por lo que el crédito resarcitorio que se transmite por herencia deberá hacerse en razón del tiempo transcurrido desde el accidente hasta su fallecimiento, y no por lo que le hubiera correspondido de haber vivido conforme a las expectativas normales» -en el caso enjuiciado en dicha sentencia de un joven de quince años-, «[...] puesto que aquello que se presumía como incierto dejó de serlo a partir de ese trágico momento».

3.- Análisis del segundo motivo

En este caso, consiste en la vulneración del art. 1902 CC y del baremo establecido por la Ley 30/95, de 8 de noviembre, RDLeg. 8/2004, de 29 de octubre, en relación con su aplicación orientativa en supuestos ajenos a la circulación de vehículos a motor y en base al principio de reparación íntegra del daño.

En este caso, se queja la parte recurrente de que la sentencia aplica un porcentaje de incremento, salvo en un caso, el de D.a Nieves (demandante su nieta D.a Lorena), de un 10%



sobre las cantidades baremadas en vez del 50% postulado en la demanda, cuando dicho sistema tabular indemniza exclusivamente los daños derivados de la circulación. Se señala al respecto el carácter incurable de la enfermedad, la penosidad de los cuidados paliativos y de padecer una enfermedad derivada del asbesto en una población de las primeras de España en prevalencia de mesotelioma residual en zonas alejadas del foco emisor. Se citan, en apoyo de este motivo, las sentencias de esta Sala de 9 de marzo de 2010, 14 de noviembre de 2012, 18 de junio de 2013, 16 de diciembre de 2013, 6 de junio de 2014, 18 de febrero de 2015.

4.- Desestimación del motivo, salvo en el particular que se razonará

La sentencia de la Audiencia no lesiona la jurisprudencia sobre la posibilidad de utilizar las reglas del baremo de tráfico como criterios orientadores, no vinculantes, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas, como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor [entre muchas, sentencias del Tribunal Supremo 906/2011, de 30 de noviembre (Rec. 2155/2008), 403/2013, de 18 de junio (Rec. 368/2011) y 262/2015, de 27 de mayo (Rec. 1459/2013) y 232/2016, de 8 de abril].

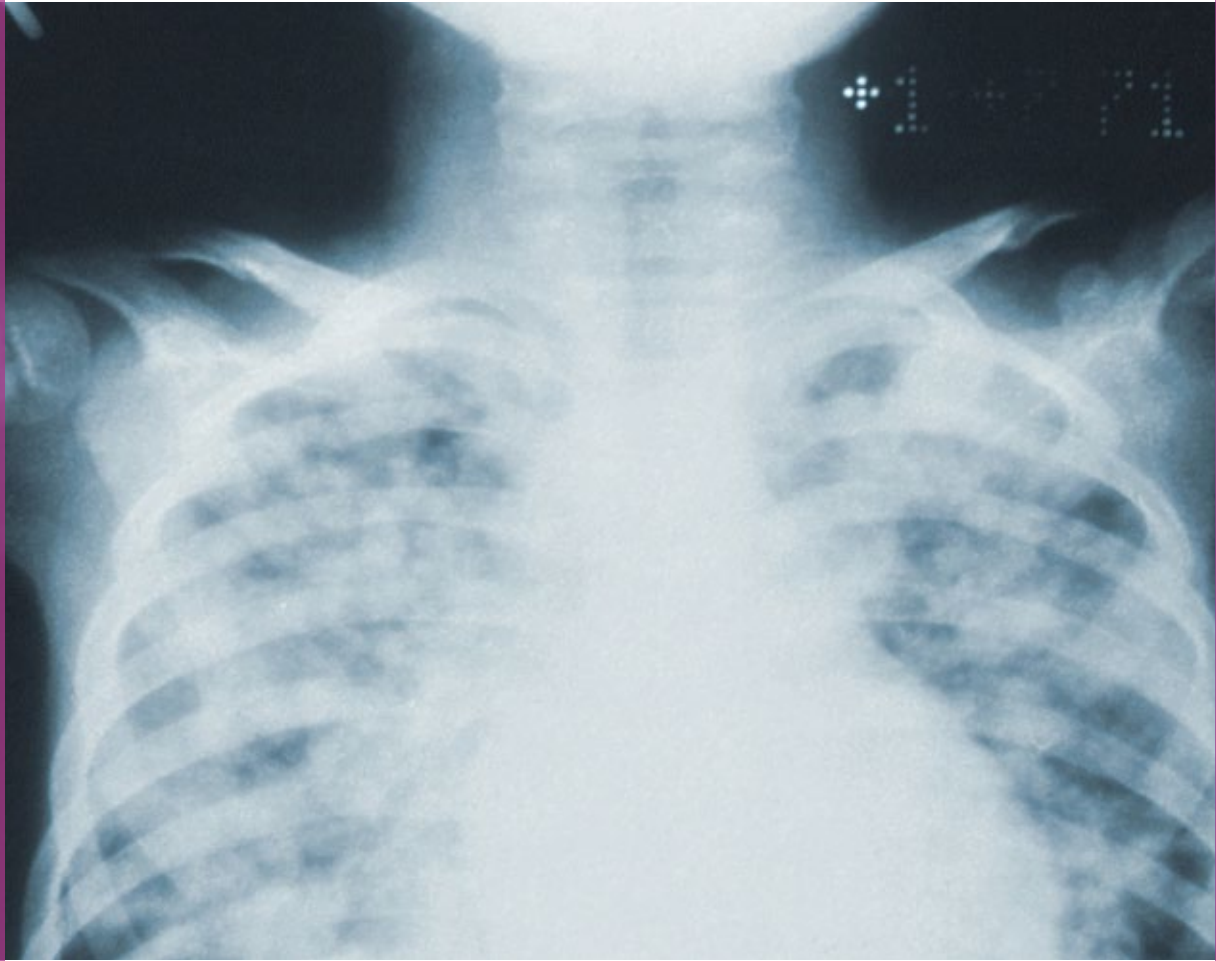
En las sentencias 776/2013, de 16 de diciembre; 269/2019, de 17 de mayo; 461/2019, de 3 de septiembre; 681/2019 de 17 de diciembre; 624/2020, de 19 de noviembre y 630/2020, de 24 de noviembre, en atención

al principio de indemnidad de la víctima, que informa los arts. 1106 y 1902 del Código Civil, hemos expresamente señalado que:

«Esta utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización».

En momento alguno señala la sentencia de la Audiencia que quedase vinculada al baremo de tráfico. El recurso se fundamenta en una divergente valoración de ese plus adicional postulado del 50%, solicitado por la parte actora en su demanda, frente al 10% reconocido en la resolución recurrida, lo que conforma un aspecto concerniente a la valoración del daño, cuya concreta determinación no corresponde a este tribunal de casación, según reiterada jurisprudencia de la que son manifestación las sentencias 29/2015, de 2 de febrero, 123/2015, de 4 de marzo o 232/2016, de 8 de abril, salvo que concurren los supuestos específicos contemplados en dichas resoluciones, y así, en esta última sentencia, señalamos que:

«Es doctrina de esta Sala que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, sólo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad,



cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. A tenor de lo expuesto la cuantía de la indemnización no es objeto de casación, como tal, solo puede serlo la base jurídica que da lugar al mismo. Así lo declaran, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 290/2010, de 11 de mayo, y núm. 497/2012, de 3 de septiembre».

En el mismo sentido, más recientemente, nos hemos pronunciado en la sentencia 420/2020, de 14 de julio.

Por todo ello, al no concurrir los supuestos reseñados, este motivo de casación tampoco puede prosperar, salvo en el caso de la recurrente D.a Lorena , con respecto a la cual no vemos razón alguna, ni tan siquiera se motiva en la sentencia de la Audiencia, para no darle, con respecto a la muerte de su abuela, el porcentaje del 10%, por daño moral, que se fijó para el resto de perjudicados, en función de ello se eleva la indemnización concedida a su favor

por la muerte de su abuela en 2786,47 euros más (10% de 27.864,70 euros), lo que hace un total de 167.605,19 euros.

5.- Tercero de los motivos.

En este caso, se formula por vulneración del art. 1902 CC y del baremo establecido por la Ley 30/95, de 8 de noviembre, así como de la Tabla IV, capítulo especial relativo al perjuicio estético y sus reglas de utilización del RDLeg. 8/2004, de 29 de octubre, y la jurisprudencia que la aplica, y en base al principio de reparación íntegra del daño.

En este caso, se cuestiona la sentencia de la Audiencia por no haber apreciado la indemnización postulada por perjuicio estético al considerar que el mismo estaba comprendido en la indemnización por secuela, excepto en el caso de Elsa , que sí la concede. El recurso se refiere a los daños sufridos por D.a Eufrasia , D. Luis Miguel ; D. Gines , Da. Nieves , D.a Soledad y D.a Paula . En su fundamentación se razona que la insuficiencia respiratoria no comprende

la secuela de perjuicio estético, cuando señala el baremo que deben valorarse separadamente el perjuicio fisiológico del estético, considerándose éste como cualquier modificación peyorativa que afecte a la imagen de la persona, tanto en su expresión estática como dinámica.

6.- Desestimación del motivo

Compartimos con la Audiencia la desestimación de este concepto indemnizatorio.

No nos encontramos propiamente ante un daño estético como concepto autónomo resarcible, compatible con el perjuicio fisiológico, tras la estabilización del daño, sino ante el inexorable proceso del fallecimiento con el consustancial deterioro físico progresivo que acompaña el tránsito de la vida a la muerte. Así resulta del hecho de que el perjuicio estético se construye sustancialmente sobre la base del aspecto caquéxico de las víctimas, propio de las enfermedades consuntivas, como las patologías objeto de este proceso, en los últimos estadios de su desarrollo previos al fin de la vida. En virtud de lo expuesto, no consideramos concurra un perjuicio estético valorable, lo que conduce a la desestimación de este motivo de casación.

7.- Cuarto y último motivo

Por vulneración del art. 1902 CC y del baremo establecido por la Ley 30/95, de 8 de noviembre, en relación a la no consideración como indemnizables de la lesión pulmonar que son las placas pleurales.

En este caso, se cuestiona la sentencia de la Audiencia en el sentido de que el daño moral no se ha justificado. Se indica como fundamento del recurso que las placas pleurales son un indicador de contacto con el amianto, suponen la presencia en el pulmón de una sustancia ajena al organismo, que implica un cambio definitivo en la estructura de la pleura. El 5% acaban desarrollando una enfermedad relacionada con el amianto, requiriendo revisiones periódicas. En países vecinos como Francia y Bélgica los Fondos de Compensación conceden indemnizaciones en estos casos. Se cita la sentencia 420/2016, de 8 de abril, de esta Sala, en la que se señala que no es preciso concurra el daño corporal para la apreciación del daño moral.

Esta situación afecta a D.a Fidela (69 años), D.a María (63 años), D.a Clemencia (77 años) D. Horacio (73 años); D.a Lourdes (68 años); D.a Elisabeth (80 años), D.a Herminia (75 años).

La sentencia de la Audiencia razona, al respecto, que las placas pleurales constituyen por lo general simples indicios a la exposición del asbesto, meras manifestaciones radiológicas tras un largo periodo de latencia no ocasionando en la mayoría de los casos afectación de la función pulmonar, ni condicionan la aparición de ninguna de las enfermedades típicamente relacionadas con la inhalación de amianto como las asbestosis, el mesotelioma o los tumores, aunque como manifestación radiológica a la exposición del amianto evidencia un factor de riesgo. Los demandantes reclamantes por tal concepto no presentan afectación de la función pulmonar, no reclaman por lesiones permanentes que, en cualquier caso, no padecen, sino sólo por daño moral que no se encuentra justificado. Si llegaran a adquirir en el futuro la enfermedad podrían ser resarcidos formulando las reclamaciones que se considerasen oportunas.

8.- Estimación del motivo

Es resarcible el daño moral como inherente a «la situación de agonía, zozobra, ansiedad y estrés» que sufre la víctima (sentencias 533/2000, de 31 de mayo; 810/2006, de 14 de julio; 521/2008, de 5 de junio; 217/2012, de 13 de abril o 232/2016, de 8 de abril entre otras).

En este caso, según resulta de la sentencia de la Audiencia, las placas pleurales suponen una manifestación radiológica a la exposición del amianto, que implica un factor de riesgo. Se deduce de la resolución de la Audiencia que los demandantes sólo reclaman daño moral y no presentan afectación de la función pulmonar, aunque sí resulta de tales placas haber inhalado partículas de dicha sustancia nociva para la salud. Es cierto que ello no significa que se vaya a contraer una enfermedad derivada del asbesto, aunque no es descartable una posibilidad de tal clase, que la sentencia no niega, aunque sea proporcionalmente baja, y que no podemos considerar, en las circunstancias del pleito, como un riesgo general de la vida.

Concurren además otras circunstancias a tener en cuenta; por un lado, que una patología como la expuesta puede tener manifestaciones fatales como el mesotelioma; en segundo lugar, que el periodo de incertidumbre se extiende considerablemente en el tiempo dado los largos periodos de latencia de la enfermedad; y, por último, que los demandantes viven en una población con un elevado porcentaje de enfermedades de tal clase y natural repercusión en los habitantes de la misma.

Es, por ello, que consideramos existe daño moral, si bien el montante indemnizatorio circunscrito debe objetivarse, proporcionalmente, en atención a la probabilidad baja de llegarse a contraer una patología respiratoria derivada del asbesto, cuyas manifestaciones no son necesariamente mortales, y atendiendo además a la edad de las víctimas en función de la cual establecemos sendas horquillas resarcitorias. Una, entre los 60-70 años, y la otra entre 70-80 años. Para la primera de ellas, que afecta a D.a Fidela , D.a María y D.a Lourdes , consideramos prudente la asignación de una indemnización de 7.000 euros, y para los otros reclamantes, de mayor edad, 6.000 euros. Todo ello, en consideración además de que no se cierran ulteriores indemnizaciones para los supuestos de manifestarse patologías derivadas de dicha enfermedad.

Sobre dichas indemnizaciones aplicamos los mismos intereses legales fijados en la sentencia de la Audiencia, no cuestionados por la parte demandante en relación a las otras pretensiones acogidas, que son los establecidos en el art. 576 de la LEC, computados desde la fecha de la sentencia de la Audiencia, en consideración también a la razonabilidad de la oposición de la parte demandada con respecto a dicha pretensión resarcitoria que, incluso, fue descartada en ambas instancias, criterio que, si bien no es compartido por este tribunal, se tiene en cuenta en la imposición de los intereses moratorios según reiterada jurisprudencia (sentencias 139/2009, de 10 marzo; 691/2011, de 18 de octubre y 20/2012, de 31 de enero, entre otras).

OCTAVO.- Costas y depósito

La estimación en parte del recurso de casación interpuesto por la parte demandante, determina que no hagamos expresa imposición de las costas generadas por el recurso (art. 398.2 LEC), y que acordemos la devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.a, apartado 8.a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De conformidad con lo previsto en art. 398.1 LEC, al haberse desestimado los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos por la parte demandada, deben imponerse a dicha recurrente las costas por ellos causadas.

Procede acordar igualmente la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.a, apartado 9 LOPJ.

FALLO

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

1.o- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la sección vigesimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo n.o 737/2015), todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.o Se casa dicha sentencia y se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto, en su día, por D.a Fidela , D.a María , D.a Clemencia , D. Horacio ; D.a Lourdes ; D.a Elisabeth y D.a, Herminia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.o 96 de Madrid, en los autos de juicio ordinario 1625/2012, en el sentido de condenar a la entidad demandada a abonar a D.a Fidela , D.a María y D.a Lourdes la suma 7.000 euros a cada una de ellas, y a D.a Clemencia , D. Horacio , D.a Elisabeth y D.a Herminia la suma de 6.000 euros también a cada uno/as, con los intereses del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia de la Audiencia.

Igualmente se estima el recurso formulado por D.a Lorena , elevándose la indemnización que le corresponde a un total final de 167.605,19 euros.

Se ratifica la sentencia del tribunal provincial en el resto de sus pronunciamientos.

3.o- Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos por la Corporación Empresarial de Materiales de Construcción, S.A., (COEMAC), con imposición de costas y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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*

1. Esta excelente sentencia, de pulquísima redacción y de estupenda precisión, constituye una manifestación de la descomposición jurisdiccional de que es objeto la responsabilidad civil de un empresario cuando su misma actividad dañosa se proyecta sobre sus trabajadores y sobre personas no vinculadas con un contrato laboral.

2. Corresponde al orden jurisdiccional laboral el conocimiento de la responsabilidad civil en que incurre el empresario empleador por los daños causados a sus trabajadores.

3. Pero corresponde al orden civil el conocimiento de la responsabilidad civil en que el empresario incurra por su misma conducta dañosa frente a personas ajenas a cualquier vínculo laboral con él.

"En uno y otro caso se está ante los daños corporales padecidos como consecuencia de la exposición al polvo del amianto o asbesto -mineral intrínsecamente maligno- del que se sirve el empresario para su actividad económica de fabricación de materiales constructivos."

4. En un caso, se está ante una responsabilidad contractual a la que se aplica la disciplina común de la responsabilidad civil, con la consideración de las especificaciones obligacionales derivadas de la legislación laboral. Se trata, en este caso, de una responsabilidad resarcitoria entre "conocidos".

5. En el otro caso, se está ante una responsabilidad civil extracontractual en la que incurre el empresario por los daños corporales que cause a personas con las que no está ligado mediante un contrato laboral. Se trata de una responsabilidad resarcitoria entre "desconocidos".

6. En uno y otro caso se está ante los daños corporales padecidos como consecuencia de la exposición al polvo del amianto o asbesto -mineral intrínsecamente maligno- del que se sirve el empresario para su actividad económica de fabricación de materiales constructivos.

7. Si el enfermo o el fallecido como consecuencia de la enfermedad contraída en virtud del contacto con el amianto (fibrocemento o uralita) era un trabajador de la empresa, la responsabilidad civil se establece, lo reitero, en el orden laboral.

8. Pero si el enfermo o el fallecido como consecuencia de la enfermedad causada por el contacto con el polvo del amianto no es un trabajador de la empresa, el conocimiento de la responsabilidad civil corresponde al orden civil.

COMENTARIO

9. En este caso concreto, se ventilaba la responsabilidad civil en que incurriera una empresa como consecuencia de la exposición a los polvos del amianto de los familiares de los trabajadores, como consecuencia de la llevanza a su casa de las ropas contaminadas. Son los que se denominan pasivos domésticos y familiares.
10. También se ventilaba la responsabilidad civil en que incurriera la empresa por las enfermedades o fallecimientos de personas que, por residir en las proximidades de la fábrica donde se manipulaba el amianto, sufrieron la enfermedad causada por su exposición a su polvo o que fallecieron como consecuencia de la enfermedad contraída. Son, en este caso, los pasivos ambientales.
11. En este proceso concreto, se acumularon las acciones resarcitorias de 42 demandantes que reclamaron, en su propio nombre, por razón de la enfermedad contraída (mesoteliona neural, mesoteliona peritoneal, asbestosis, tumor maligno) o ejercitando la acción que competía al familiar enfermo fallecido en virtud de su adquisición hereditaria.
12. Las acciones ejercitadas hallaban su fundamento en el art. 1902 del Código civil, aduciéndose la culpa de la empresa titular de la fábrica por no haber tomado las medidas de cautela necesaria para evitar la exposición a los polvos del amianto de los familiares

"Tanto el JPI como la SAP consideraron que la presencia de la placa pleural no constituía enfermedad alguna, por lo que era improcedente fijar al respecto su resarcimiento."

convivientes de los trabajadores y de las personas con residencia en puntos cercanos a la fábrica, situada en la localidad de Cerdañola del Vallés.

13. El JPI estimó parcialmente la demanda, acogiendo solo las acciones ejercitadas por enfermedades contraídas a partir de 1971.
14. Apelada la sentencia por la entidad demandada, fue desestimado el recurso al confirmarse la inequívoca presencia de su culpa causativa.
15. Apelada la sentencia por los demandantes que habían visto desestimadas sus pretensiones, la AP apreció que los efectos resarcitorios de las enfermedades producidas se tenían que llevar a las contraídas antes del año indicado, por cuanto que, desde la década de 1940, era sobradamente conocido el efecto nocivo de la exposición al polvo o fibras del amianto.
16. Frente al criterio sostenido por la demandada, la AP estimó que era compatible exigir el resarcimiento correspondiente a los perjuicios padecidos por los enfermos que habían resultado fallecidos como consecuencia de su enfermedad, correspondiendo su acción a sus herederos, declarándose compatible dicha acción con la deducida a los perjuicios padecidos por los familiares como consecuencia del fallecimiento encausado en dicha enfermedad, aunque se adoptaba una "moderación" del alcance cuantitativo de la primera.

17. Frente al alcance cuantitativo limitado de esa acumulación de acciones, los demandantes afectados interpusieron recurso de casación mediante la articulación de un concreto motivo en que se denunciaba, que siendo perfectamente compatibles las acciones, no procedía efectuar “reducción” alguna respecto del alcance cuantitativo del crédito resarcitorio adquirido por herencia.
18. Algunos demandantes habían aducido y demostrado estar afectados por la presencia de una placa pleural que constituye una manifestación radiológica de la exposición al polvo o fibras del amianto.
19. Tanto el JPI como la SAP consideraron que la presencia de la placa pleural no constituía enfermedad alguna, por lo que era improcedente fijar al respecto su resarcimiento.
20. Frente a la decisión adoptada al respecto por la AP, los demandantes afectados por la presencia de esa placa interpusieron igualmente recurso de casación, con articulación de un motivo aduciendo que constituía de suyo una enfermedad, aunque fuera de grado menor, por lo que debería ser objeto de resarcimiento.
21. El motivo atinente a la indebida “reducción” del alcance cuantitativo del crédito resarcitorio adquirido por herencia por razón de la enfermedad contraída por quien luego resultó fallecido fue desestimado con pleno acierto por el TS.
22. El fundamento esgrimido para desestimar el motivo radica en sostener que el crédito adquirido por herencia, correspondiente a los perjuicios padecidos por el que luego resultó fallecido como consecuencia de su enfermedad, no puede desligarse de la fecha de su muerte, pues ésta implica que los perjuicios que habría de haber seguido padeciendo dejaron de sufrirse, constituyendo aquélla por ello una circunstancia trascendente que condiciona el alcance cuantitativo del crédito resarcitorio a reconocer, pues éste solo puede comprender la reparación de perjuicios efectivamente irrogados al enfermo, sin



COMENTARIO

incluir en él los perjuicios que hubiera seguido padeciendo en el caso de no haber fallecido, por lo que no cabe cuantificar su crédito en consonancia con las expectativas normales de su supervivencia, al quedar demostradamente desmentidas o frustradas por el hecho de la muerte.

23. La doctrina sentada por esta sentencia plenaria es perfecta.

24. En su apoyo, se invocan las sentencias de 13 de septiembre de 2012 (José-Antonio Seijas Quintana) y 20 de mayo de 2015 (Eduardo Baena Ruiz); y, con buen criterio, no se invoca la previa de 10 de diciembre de 2009 (Juan-Antonio Xiol Ríos), cuyo error apreciativo fue correctamente corregido, aunque sin reconocerlo, por la primera de las sentencias mencionadas.

25. Por otra parte, no es muy adecuada la invocación de la segunda sentencia que corresponde a un supuesto de sucesión procesal, puesto que el fallecido, que había muerto por causa ajena a las lesiones padecidas en accidente, había formulado ya su demanda con deducción de la pretensión resarcitoria de sus daños y perjuicios, sucediéndole en el proceso sus herederos que mantuvieron la acción que ya se había ejercitado, sin que por ello fuera objeto de reducción alguna el crédito resarcitorio adquirido por herencia por razón del fallecimiento prematuro del originario demandante.

26. Con todo, no es particularmente acertada la invocación de esta sentencia, pues precisamente lo que en ella se hizo fue negar cualquier "reducción" de la indemnización que hubiera correspondido al originario demandante en el caso de haber sobrevivido, con lo que, pese a la fuerza que impone el fenómeno de la sucesión procesal, lo cierto es que sus herederos obtuvieron el resarcimiento por unos perjuicios que el *de cuius*, por razón de su fallecimiento, ya no padeció.

27. Se trata del criterio que también adoptó en el orden social la STS (Sala 4ª) de 2 de marzo de 2016 (José-Manuel López García de la Serrana), relativa igualmente a los efectos nocivos derivados de la exposición al amianto; sentencia que comenté en esta misma Revista, año 15, núm. 57, 2016, fascículo 2, pp. 91 y 99-100.



28. Puntualiza el TS que desatender la duración de los perjuicios padecidos por el enfermo supondría establecer de modo improcedente una indemnización ficticia (es decir, desconectada de la nocividad resarcible) que es ajena a los perjuicios efectivamente padecidos por él, cuando consta con precisión la coordenada temporal de su padecimiento, en virtud de la cual debe calcularse el montante económico del resarcimiento que correspondía al perjudicado hasta el momento de su óbito, dando lugar al contenido del crédito resarcitorio que se transmite por herencia a sus causahabientes, pues el resarcimiento ha de incluir solo los perjuicios padecidos durante el período comprendido entre el diagnóstico de la enfermedad y el fallecimiento.

29. De acuerdo con estos argumentos sustanciales y, aunque la sentencia no lo dice, es claro que el contenido del crédito resarcitorio que adquirieron los herederos del perjudicado tenía que contraerse a los perjuicios efectivamente padecidos hasta el momento del fallecimiento, con independencia de que éste tuviera su origen o no en las lesiones o en la enfermedad del que resultó fallecido.

30. Sobre esta materia, puede consultarse mi obra *Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales. Reconocimiento y cuantía*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2013, 735 pp.

31. Se insiste en que, de no efectuarse esa (aparente) reducción, se generaría un enriquecimiento que no se correspondería con el resarcimiento de los perjuicios efectivamente padecidos, pues, cuando la víctima muere antes de que se cuantifique su daño, la duración de su vida se convierte en un dato cierto que no puede dejar de ponderarse frente a su inicial expectativa de supervivencia vital.

32. Por cierto, debe resaltarse que la sentencia acierta al referirse al enriquecimiento que se evita, sin añadirle el adjetivo “injusto”, como suele hacerse de modo inequívocamente incorrecto, pues el instituto conmutativo de la responsabilidad resarcitoria es incompatible, no con un enriquecimiento injusto, sino con cualquier enriquecimiento que, de suyo, vulnera, por exceso, el principio de la integridad reparatoria.



33. En cambio, el resarcimiento pretendido por la presencia de la placa pleural desestimado y estimado por el TS, con el argumento de que, si bien no constituye un daño corporal, genera un daño moral que debe resarcirse, con autonomía, a partir de la probabilidad de que llegue a contraerse una patología respiratoria derivada del asbesto, aunque no se esté ante una enfermedad actual; y ello sin perjuicio de que pueda formularse después la reclamación correspondiente a la indemnización por tal enfermedad, en el caso de que se contraiga.

34. De acuerdo con esta consideración, el TS valora el daño moral sufrido por los demandantes portadores de la placa pleural con la suma de 7.000 € para cada uno de los que tuvieran una edad comprendida entre los 60 y 70 años y con la de 6.000 € para cada uno de los que contaran con una situada entre los 70 y los 80; fórmula asaz simplificada que debiera haberse efectuado con una graduación de año en año que evitaría el salto que supone el tránsito de una escala a la otra, evitándose también la duda sobre donde situar a quien hubiera cumplido los 70.

35. El TS viene a negar que se esté ante un daño corporal, y se apoya en la existencia de la zozobra, angustia y riesgo de que pueda contraerse la enfermedad respiratoria para, con

"De acuerdo con esta consideración, el TS valora el daño moral sufrido por los demandantes portadores de la placa pleural con la suma de 7.000 € para cada uno de los que tuvieran una edad comprendida entre los 60 y 70 años y con la de 6.000 € para cada uno de los que contaran con una situada entre los 70 y los 80;"

base en esos padecimientos anímicos y en esa probabilidad, fijar la pertinente indemnización.

36. Naturalmente, discrepo, no de la solución adoptada, sino de su fundamento, puesto que, en mi concepto, la presencia de la placa pleural, aunque no constituya en sí una enfermedad, sino solo una posibilidad de contraerla, constituye en sí un menoscabo fisiológico que como tal, como daño corporal, debe ser objeto de resarcimiento; y es que la anomalía de la placa pleural se encausa en haber inhalado el afectado el polvo del amianto.

37. El hecho de que la placa pleural no produzca, en la mayor parte de los casos, una limitación de la función pulmonar, no significa que no constituya en sí un daño o perjuicio corporal.

38. Tampoco la presencia extraña de un material de osteosíntesis tiene que producir limitación funcional alguna y es inequívoco que constituye un concreto perjuicio corporal, según prevé de modo explícito el Baremo de Tráfico que, en este punto, podría y debería servir de orientación calificatoria.

39. También constituye un daño corporal la colocación de un *stend* o varios *stends* en las arterias de quien ha padecido una angina de pecho, pese a no generar en sí una particular limitación, sino todo lo contrario; y constituye un error de libro desconsiderar que se está ante un concreto daño corporal.

40. La existencia de una placa pleural generada por la inhalación del polvo del amianto, aunque sea asintomática, constituye de suyo un inequívoco daño corporal que, como tal, debe ser resarcido, con el perjuicio moral que le es inherente, al igual que sucede con cualquier daño corporal; y no se justifica que se reconozca una indemnización autónoma en concepto de daño moral y dejar de computar su sustrato como verdadero daño corporal.



jurisprudencia

Audiencia Provincial GIRONA

Seguro de daños. Se condena a abonar 6.000 € a un negocio por las pérdidas sufridas tras el cierre debido al estado de alarma al tener contratada la cobertura de "pérdida de beneficios".

Audiencia Provincial de Girona (Sala 1ª)
de 3 de febrero de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

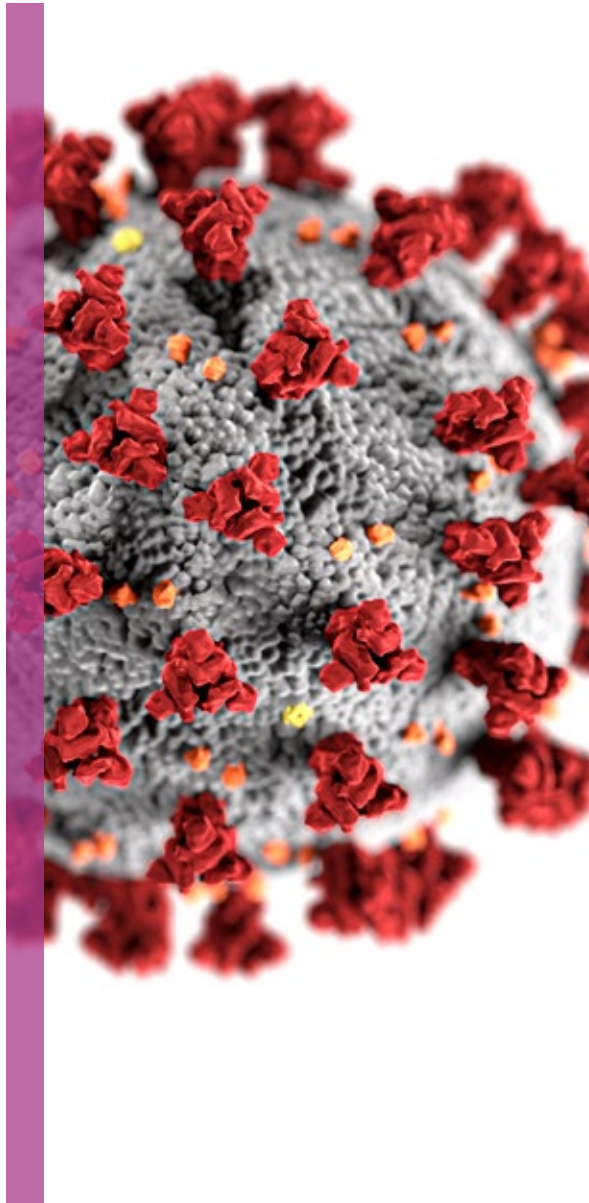
No se aceptan los de la recurrida que se sustituyen por los que se expone a continuación.

PRIMERO.- Antecedentes a considerar en la solución al recurso.

1.- Dª Delia interpuso demanda de Juicio Verbal en ejercicio de acción de reclamación de cantidad, en la suma de 6.000 €, reclamación que se dirige frente a la aseguradora (...).

El 13 de febrero de 2020 la demandante concertó póliza con la entidad demandada, denominada «(...)», referida a un local de negocio destinado a pizzería, concretamente el denominado «(...)» en el que se contemplaban diversas contingencias a cubrir. Dice la demanda rectora, que también tenía concertado un apartado especial por «paralización de actividad» que ascendida a 200 €/días durante un periodo de treinta días sin franquicia.

Dada la legislación emanada por el efecto notorio del COVID-19, la demandante tuvo el negocio paralizado por más de treinta días y por ello, entiende que le corresponde ser indemnizada por la aseguradora por 30 días a razón de 200 €/día.



2.- La aseguradora compareció y contestó la demanda.

Opone el conocimiento exacto de la asegurada de la existencia de unas condiciones generales, que ocasionaron la negativa a dar lugar a la indemnización solicitada. Opuso, igualmente, que, aparte del Condicionado Particular y del Condicionado General, cuando al asegurado se le explicó el producto, se le entregó el FOLLETO INFORMATIVO. Concluye la aseguradora demandada, que EN NINGÚN LUGAR DE LA PÓLIZA (Condiciones Particulares o Generales) SE DICE QUE SE CUBRAN (como si se tratara de uno de los siniestros que ambas partes tuvieran la intención de asegurar) LOS GASTOS DE PARALIZACIÓN DERIVADOS DE UNA RESOLUCIÓN GUBERNATIVA ANTE UNA PANDEMIA.

3.- La Sentencia dictada (objeto de recurso) de fecha 20 de noviembre de 2020, desestima la demanda.

Considera que, es más que evidente que el actor, con una simple lectura de las condiciones particulares (que él mismo reconoció haber recibido) tenía un conocimiento claro y sencillo de que la póliza suscrita llevaba aparejada unas condiciones generales. En la página 5 de las condiciones particulares se hace constar textualmente, en negrita y de modo resaltado, que «el tomador del seguro reconoce haber sido informado y haber recibido del asegurador, junto con estas Condiciones Particulares, las Condiciones Generales cuyo número de condicionado se identifica en estas condiciones particulares, y que, conjuntamente, todas ellas integran el contrato de seguro. Dice la resolución, que si examinamos las condiciones generales del contrato, las páginas 61 y 62 enumeran tasadamente las exclusiones comunes a la cobertura de indemnización diaria por paralización de la actividad, y entre ellas la letra f) dispone textualmente que «no cubrimos las pérdidas producidas, causadas, derivadas o resultantes de limitaciones o restricciones impuestas por cualquier Organismo o Autoridad Pública, o por cualquier otro caso de fuerza mayor, incluso requisita o destrucción, para la reparación de los daños o para el normal desarrollo de la actividad de negocio».

4.- Formula recurso la demandante, al que se opone la aseguradora demandada.

SEGUNDO.- Sobre la infracción del art. 3 LCS.- Consideraciones generales y jurisprudenciales.

5.- Ciertamente, como apunta el recurso analizado, nos hallamos frente a una cuestión novedosa, en el marco de un contrato de seguro, que «prima facie», parece alterar las coordenadas dentro de las cuales se pactaron en su momento las diferentes coberturas de los riesgos analizados.

En el ámbito de los contratos de seguro, la repercusión de las circunstancias excepcionales derivadas del virus COVID-19 es especialmente significativa.

Tal y como lo define nuestra jurisprudencia, el contrato de seguro «Se configura como instrumento jurídico de protección del asegurado frente a determinados riesgos que operan como motivo determinante para su celebración por parte del tomador, que

pretende de esta forma preservarse de ellos ante el temor de que llegaran a producirse, generándole un perjuicio» (STS, Sala Civil, Sección Pleno, nº 661/2019 de 12 de diciembre de 2019).

6.- Sentada la anterior premisa, el recurso reclama el examen, (habitual en casos como el analizado donde se discute el alcance de la cobertura del seguro), de la procedencia o no de un riesgo específico, y determinar la eficacia de las cláusulas pactadas, lo que viene, como es bien sabido, regulado en el artículo 3 LCS, que establece los requisitos de validez de las mismas.

Dado que la pretensión de la demandante/recurrente, se entronca con un supuesto de «pandemia», en dicho examen, debe recordarse que, el vigente art. 44.2º LCS establece que: «No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma.»

El concepto genérico de «grandes riesgos», se nutre de la previsión normativa de la Ley 20/2015, de 14 de julio, «de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras», cuyo art. 11 considera como tales, entre otros: «los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, los de crédito y de caución (en el ámbito profesional), así como determinados riesgos cuyo tomador supere determinados límites tasados (referidos a parámetros como volumen de negocio, balance o empleados).

En relación con el régimen jurídico aplicable a dichos riesgos específicos y su justificación, la reciente STS, nº 545/2020 de 20 de octubre de 2020, dice que: «La consecuencia de la calificación de un contrato de seguro con esta naturaleza jurídica supone (...) que no le resulta de aplicación (...) el carácter imperativo que presenta la regulación de dicha ley en sus distintas modalidades de seguro [...] Por lo que dicho contrato se rige, conforme al citado principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), por lo dispuesto en el clausulado particular y general de la póliza del contrato de seguro; y de modo supletorio por las disposiciones de la LCS».

Si el contrato de seguro es «lex ínter-partes», deben examinarse: a) las cláusulas que puedan tener carácter lesivo para el asegurado, b) las cláusulas delimitadoras del riesgo y c) las

cláusulas limitativas.

- La cláusula lesiva, son directamente invalidas siempre y es definida como «aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En definitiva, impide la eficacia de la póliza... las cláusulas lesivas son inválidas siempre. Es decir, el concepto de condición lesiva es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas, pero las lesivas son siempre inválidas» (STS nº 273/2016 de 22 de abril de 2016).

- En cuanto a la cláusula delimitadora del riesgo asegurado, se caracteriza principalmente porque define el objeto del contrato y 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 (STS nº 661/2019 de 12 diciembre de 2019). Así, se pueden considerar cláusulas delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato.

- Las cláusulas limitativas, vienen a restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha determinado. Serían aquellas que empeoran la situación negocia! del asegurado.

7.- Sentado lo anterior, el artículo 3 LCS, requiere que las cláusulas delimitadoras solo precisan de una aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de requisitos especiales, las limitativas sin embargo deben cumplir conjuntamente los dos requisitos previstos en el art. 3 LCS; esto es, a) estar destacadas de un modo especial y b) ser expresamente aceptadas por escrito, formalidades que es preciso acreditar y que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto y consintió expresamente en dicha limitación de sus derechos.

En trance de determinar si una cláusula participa o no de la naturaleza de «limitativa», la jurisprudencia del TS acude a los conceptos de: «contenido natural del contrato» y «expectativas razonables del asegurado».

Tales conceptos son tratados en la

reciente STS Pleno n°:421/2020, de 14 de julio (Casación núm.: 4922/2017) dice: «(...) Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 268 12011, de 20 de abril; y 51612009, de 15 de julio). «La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato. derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las

cláusulas introductorias o particulares.»

Tal doctrina se completa con la de las expectativas razonables del asegurado.

Se afirma en la sentencia citada que: «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 (...)».

TERCERO.- Examen del concreto seguro que vincula a las partes. - La paralización de la actividad negocial por parte de la legislación estatal COVID-19, está cubierta en el supuesto analizado.- Estimación del recurso.



8.- Con fecha 13 de febrero de 2020, la demandante contrató con la aseguradora demandada, una póliza de seguros denominada: «(...)», cuyas condiciones particulares adicionales fueron aportadas con la demanda rectora de documento nº I.

El meritado documento revela los siguientes extremos:

a) La fecha del efecto empezó a las 00:00 h del día 16/02/2020.

b) El negocio asegurado era la pizzería-restaurante «(...)», sita en (...).

c) Entre las coberturas de daño, figuraba el apartado: «Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad», donde se contemplaba una indemnización diaria de 200 € (periodo de indemnización: 30 días) sin franquicia.

d) El pago de la primera prima se fijó el día 16/02/2020, que fue satisfecho por la aseguradora, según recibo aportado de documento nº 2 con la demanda rectora, de importe 57,39 €

e) En la página nº 56 del Condicionado General de la Póliza, se define la COBERTURA DE PÉRDIDA DE BENEFICIO: «2. El asegurador cubre en función de la modalidad de indemnización convenida y hasta el límite económico y temporal indicado en Condiciones Particulares, las pérdidas económicas que ocasionen la paralización temporal, total o parcial, de la actividad empresarial asegurada cuando sea consecuencia directa de un siniestro amparado por la póliza comprendido en las coberturas del capítulo 111 de estas Condiciones Generales «Coberturas de daños», que hayan sido expresamente contratadas. En ningún caso, la indemnización podrá exceder del tiempo estrictamente necesario para realizar la reparación de los daños causados por el siniestro».

No consta la firma por parte de la asegurada de este condicionado general.

9.- La Sentencia impugnada, no tiene en cuenta las características del contrato de seguro, en orden a la naturaleza de las cláusulas y su incidencia en el caso concreto, basando su decisión, pura y simplemente, en la prueba testifical rendida por parte de empleados o personas vinculadas con la aseguradora demandada, lo que «prima facie» les resta credibilidad objetiva.

10.- En cualquier caso, la cuestión a resolver es de naturaleza eminentemente jurídica y consiste en determinar, si la paralización de un negocio de restauración, a consecuencia de la legislación estatal dictada por la pandemia del COVID-19, está o no cubierta en el concreto seguro analizado. Se adelanta que la respuesta debe ser positiva.

11.- En efecto, el condicionado particular contiene una cláusula «delimitadora del riesgo cubierto», que contempla el supuesto de pérdida de beneficios por paralización de la actividad comercial, en cuyo supuesto el pacto era claro:

únicamente se contemplaba un máximo de 30 días a razón de 200 €/día y, por ende, sometida al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativa por no constituir una limitación de los derechos del asegurado.

A partir de estos antecedentes alcanzamos el núcleo del debate.

12.- Surge la duda de si, el supuesto de paralización como consecuencia de la pandemia por COVID-19 está o no cubierto, en la medida, que por dicho motivo, ocasiona la pérdida de beneficios durante el período de indemnización, sin entrar en disquisiciones dogmáticas sobre si se debe distinguir si el negocio se interrumpe por causa del virus, o por causa de una medida gubernamental de paralización (en cuyo caso podría surgir la duda de si la aseguradora puede o no repetir al Estado), puesto que, en todo caso, el asegurado ve interrumpido su negocio y mermados sus ingresos, y precisamente por ello, cuando en el condicionado general no se contempla expresamente el apartado «paralización por resolución gubernativa ante una pandemia», y ello se opone por la aseguradora al asegurado, nos hallamos ante una clara limitación de los derechos del asegurado en un contrato de adhesión, por lo que, su validez y oponibilidad vendría condicionada al cumplimiento de los específicos requisitos, de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, del art. 3 LCS.

Refuerza el argumento de que nos hallamos ante una cláusula limitativa, el hecho de que, el condicionado general, contiene, en su apartado 111, referido a «Cobertura de daños», una expresa remisión al condicionado particular

donde la indemnización por cese de negocio tiene una limitación temporal de cobertura o «claim made» (art 73.2º LCS), las cuales, recientemente fueron objeto de interpretación por las SSTs 252/2018 de 26 de abril, de pleno, 170/2019, de 20 de marzo, 185/2019, de 26 de marzo y nº 421/2020, como cláusula limitativa.

En todo caso, el hecho de que la póliza examinada no contemple expresamente, la cobertura del riesgo referido a la paralización del negocio por la pandemia, impone que su exclusión en el condicionado general por la aseguradora, reclamaba los requisitos del art. 3 LCS (estar destacada de forma especial y aceptación por escrito del asegurado) y ello, por aplicación de los principios antes mencionados, referidos al contenido natural del contrato de seguro y a las expectativas que podía tener el asegurado, cuando acepto la póliza por ver cubierto, de manera expresa, «Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad». Aceptar lo contrario, supondría tanto como restringir la cobertura esperada por el asegurado, dejando desnaturalizada la paralización del negocio cubierto, en principio, por el seguro contratado.

13.- Finalmente, los seguros y coberturas referidos a lucro cesante o de pérdida de beneficios como el analizado, normalmente quedan sujetos a la existencia de un daño material previo y en el presente caso, este extremo ni siquiera es cuestionado por la aseguradora.

14.- Tal vez, las aseguradoras deben contemplar expresamente en sus pólizas las situaciones de pandemia, pues como expresa la STS de fecha 19 de julio de 2012 que: «Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen exclusiones objetivas 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 y 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».

Como recuerda un sector doctrinal, en Reino Unido se ha dictado recientemente

una sentencia impulsada por el regulador y determinadas aseguradoras que se pronuncia sobre la eficacia de multitud de clausulados a éste respecto (coberturas de «business interruption»), y en Francia ya diversos tribunales también se han pronunciado sobre las reclamaciones formuladas sobre éste mismo particular (coberturas de «pertes d'exploitation»), si bien con pronunciamientos divergentes.

CUARTO.- Costas de primera instancia.- No imposición.

El tratarse de una primera sentencia que trata el tema de la cobertura en un contrato de seguro, de los efectos extraordinarios de la pandemia por COVID-19, junto a las dudas de derecho que pudieran surgir, como consecuencia a interpretaciones jurisprudenciales distintas a las ahora mantenidas, aconsejan la no imposición de costas de la primera instancia a la aseguradora.

QUINTO.- Costas del recurso y depósito constituido para recurrir. -

La estimación del recurso vocaciona en la no mención sobre costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

1.- SE ESTIMA el recurso presentado por la representación causídica de D^a Delia.

2.- SE REVOCA la Sentencia de fecha 20/11/2020 dictada por el Juzgado nº 2 de Girona en autos de JV 719/20.

3.- SE ESTIMA la demanda rectora y se condena a la aseguradora demandada a pagar a la demandante la suma de 6.000 €, más los intereses legales del art. 20 LCS. Sin imposición de costas de primera instancia.

4.- La estimación del recurso vocaciona en la no imposición de costas causadas por el mismo, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Esta Sentencia es firme sin que quepa recurso alguno contra la misma.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado

Por **José Manuel Villar Calabuig**
Abogado

La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona que comentamos, como excepción al criterio seguido por nuestra Revista, que se centra especialmente en Sentencias del Tribunal Supremo, es sin duda una de las sentencias más comentadas de los últimos años y que mayor impacto mediático han tenido, especialmente para el sector asegurador, pese a la escasa cuantía del pleito. La clave de este impacto ha sido, por un lado, que se trata de la primera sentencia que trata los efectos del Estado de Alarma fijados en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en los seguros, y, por otro lado, el temor del sector asegurador a su expansión generalizada y las reclamaciones que puedan derivarse a las entidades aseguradoras, incluyendo también al Consorcio de Compensación de Seguros.

“La Sentencia se ha centrado en el carácter limitativo de la exclusión y no estar debidamente reflejada en la póliza”

Con carácter previo, hemos de resaltar que esta Sentencia no determina la automática aplicación de la cobertura a cualquier seguro de pérdida de beneficios. La Sentencia se ha centrado en el carácter limitativo de la exclusión y no estar debidamente reflejada en la póliza. Es decir, aquellas entidades que tengan previsto este riesgo, la pandemia, y lo hubieran reflejado debidamente en sus contratos, como cláusula limitativa, aceptada por el asegurado, no hubieran sido condenadas a responder frente a su asegurado. Así, la Sentencia en el apartado 12 de sus Fundamentos Jurídicos (fundamento tercero) señala: *“el hecho de que la póliza examinada no contemple expresamente, la cobertura del riesgo referido a la paralización del negocio por la pandemia, impone que su exclusión en el condicionado general por la aseguradora, reclamaba los requisitos del art. 3 LCS (estar destacada de forma especial y aceptación por escrito del asegurado) y ello, por aplicación de los principios antes mencionados, referidos al contenido natural del contrato de seguro y a las expectativas que podía tener el asegurado, cuando acepto la póliza por ver cubierto, de manera expresa, “Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad”. Aceptar lo contrario, supondría tanto como restringir la cobertura esperada por el asegurado, dejando desnaturalizada la paralización del negocio cubierto, en principio, por el seguro contratado.”*

Cuando hablábamos del impacto en el sector, debemos destacar que esta Sentencia tuvo incluso su monográfico en el BRC (Boletín de RC y Seguro) de 15 de marzo de 2021, nº 111, publicado por INESE, donde ilustres juristas, muy cercanos, eso sí, al sector asegurador, escribían diversas opiniones al impacto de esta sentencia. “*El Seguro de Pérdida de Beneficios*”, por José Antonio Badillo Arias. “*Una sentencia “hija de su*

COMENTARIO

tiempo”, por Jorge Jiménez Muñiz. *“¡¡¡Es el contrato!!!”*, por José Antonio Muñoz Villarreal. *“Materializando imprevisibles”*, por Pedro Ramírez. *“Una sentencia infundada y errónea”*, por Gonzalo Ruiz Gálvez. *“Covid, cierre de negocios y pérdida de beneficios”* por Javier Goizueta e Inés Ponce. Unos mas atrevidos, otros mas prudentes, reflejan el impacto de la Sentencia en el mundo asegurador y destacaría dos comentarios: el primero de Pedro Ramírez, en defensa del sector asegurador que concluye su comentario con *“Más aún, las consecuencias de asumir los postulados expresados por el órgano Jurisdiccional podrían provocar consecuencias aún más devastadoras. Sólo nos faltaba ya eso”*. Y, segundo, el de Jose Antonio Muñoz Villarreal, quién fiel a su estilo da un mensaje importante: *“La primera cuestión es la sorpresa, estupefacción y demás calificativos que estamos leyendo, que ha sufrido el sector asegurador por la Sentencia. ¿En serio? Pero, entonces, ¿dónde estaba el sector cuando hemos estado recibiendo todas estas sentencias sobre el interés del art. 20, sobre el dolo, sobre las cláusulas claim made y así una larga lista? Y, por otro lado, ¿están, en general, bien redactadas las pólizas o habría que hacer una reflexión sobre este punto?”*. Que razón tiene.

“Debió la aseguradora haber previsto el riesgo de pandemia en el contrato, y no lo hizo.”



Volviendo a la Sentencia, procede una breve explicación del caso: Se trata de un negocio de restauración, que habiendo tenido que cerrar su negocio (como todos), reclama a su aseguradora la cobertura de pérdida de beneficios contratada, con una cobertura de 200€ con un máximo de 30 días. Rechazado el siniestro por la aseguradora, que junto al contrato indica haber facilitado un FOLLETO INFORMATIVO al cliente, alegando, como refleja la Sentencia comentada, que *“EN NINGÚN LUGAR DE LA PÓLIZA (Condiciones Particulares o Generales) SE DICE QUE SE CUBRAN (como si se tratara de uno de los siniestros que ambas partes tuvieran la intención de asegurar) LOS GASTOS DE PARALIZACIÓN DERIVADOS DE UNA RESOLUCIÓN GUBERNATIVA ANTE UNA PANDEMIA”*. En Primera Instancia se desestima la demanda, entendiendo que *“con una simple lectura de las condiciones particulares (que él mismo reconoció haber recibido) tenía un conocimiento claro y sencillo de que la póliza suscrita llevaba aparejada unas condiciones generales”* y se da validez a la exclusión fijada en las Condiciones Generales donde se dispone textualmente que *«no cubrimos las pérdidas producidas, causadas, derivadas o resultantes de limitaciones o restricciones impuestas por cualquier Organismo o Autoridad Pública, o por cualquier otro caso de fuerza mayor, incluso requisas o destrucción, para la reparación de los daños o para el normal desarrollo de la actividad de negocio»*. El demandante recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Girona.

La Audiencia establece como cuestión jurídica: *“la cuestión a resolver es de naturaleza eminentemente jurídica y consiste en determinar, si la paralización de un negocio de restauración, a consecuencia de la legislación estatal dictada por la pandemia del COVID-19, está o no cubierta en el concreto seguro analizado”*, y va a centrar su análisis en la condición de clausula limitativa de dicha exclusión, entendiendo que la cláusula delimitadora de la póliza se circunscribe exclusivamente a la cobertura económica, es decir, *“un máximo de*



COMENTARIO

30 días a razón de 200 €/día y, por ende, sometida al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativa por no constituir una limitación de los derechos del asegurado”.

Concluye la Sentencia que, *“en todo caso, el asegurado ve interrumpido su negocio y mermados sus ingresos, y precisamente por ello, cuando en el condicionado general no se contempla expresamente el apartado «paralización por resolución gubernativa ante una pandemia», y ello se opone por la aseguradora al asegurado, nos hallamos ante una clara limitación de los derechos del asegurado en un contrato de adhesión, ...”*, y al imponerle los requisitos de las cláusulas limitativas (artículo 3 de la LCS), entiende que debería aparecer destacada de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito. Dado que la póliza no recoge expresamente la cobertura del riesgo referido a la paralización del negocio por la pandemia, le da ese carácter limitativo y el cumplimiento de los requisitos del art. 3 de la LCS, que, al no darse en este caso concreto, supone la estimación de la reclamación del asegurado por una exclusión limitativa de derechos no aceptada por el asegurado. Debió la aseguradora haber previsto el riesgo de pandemia en el contrato, y no lo hizo.

Como cuestión final, y recogido en la sentencia con un claro mensaje a la defensa realizada por la aseguradora, debemos destacar el comentario recogido en la Sentencia respecto a la vinculación de la cobertura de pérdida de beneficios a un posible daño material que lo provoca: *“los seguros y coberturas referidos a lucro cesante o de pérdida de beneficios como el analizado, normalmente quedan sujetos a la existencia de un daño material previo y en el presente caso, este extremo ni siquiera es cuestionado por la aseguradora”*. Así es, la cobertura de pérdida de beneficios ha estado ligada siempre, como concepto, a un daño material previo en el negocio que provoca que no pueda desarrollar su actividad, y la pandemia no es realmente un daño material propio del negocio, sino un elemento externo que ha afectado al cierre del conjunto de los negocios. No sabemos qué hubiera pasado si se hubiera alegado, aunque más parece que el resultado hubiera sido el mismo a la vista de los Fundamentos de la Sentencia.





perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

En su libro “El nuevo Baremo de Trafico”(Ed. Bosch, 2017), Mariano Medina Crespo (pág. 281 y siguientes) trata de la “prevalencia de la regulación articulada sobre la tabulada”, como “ resulta de poner en conexión el precepto comentado -Art 34- con... los artículos 61.1, 93.2 y 134.2” ...“queda así dispuesto que la regulación tabular es un reflejo de la regulación articulada, sin que ésta pueda sobreponerse a aquella....concreta y completa la regulación articulada pero no puede contradecirla” “en caso de antinomia....discordancia... se impone la jerarquía de la primera, debiendo tenerse la segunda por no puesta” “ya la memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Reforma...señalaba... la propuesta pretende que las tablas, a pesar de ser parte de la Ley no tenga carácter normativo...” “el dictamen 3/2016 de 13 de junio del Fiscal de Sala coordinador de Seguridad Vial...: “ las tablas no tienen valor legal en sí mismas”. (Martin Casals, Badillo Arias y Coca Verdaguer comparten la prevalencia citada).

En directa relación con ello, no sería correcto dejar que este Auto que a continuación destaco, en su brevedad, pasase desapercibido, pues su alcance- a mi juicio- es ineludible, toda vez que implica que citar la infracción de las Tablas de la Ley 35/15 (que suponen más del 90% de esta), a los efectos del art. 483.2 de la LEC, no supone citar norma legal infringida: no son “norma positiva de contenido jurídico”; es el Auto dictado en Queja nº 213/2020, el 9 de diciembre de 2020, por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo , Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán:

“...porque incurre el recurso en varias causas de inadmisión: A.- Por un lado, no cita norma legal infringida (art. 483.2 LEC).

Como ha recordado la

sentencia 330/2019 de 6 de junio, el recurso de casación, conforme al art. 477 LEC, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. Es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer

el motivo de casación. Ello responde a que en un recurso extraordinario como es el de casación, no es posible que sea la Sala la que, supliendo la actividad que la regulación de tal recurso atribuye a la parte, investigue si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identifique la norma vulnerada y construya la argumentación del recurso a fin de precisar en qué y porqué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso. De ahí que: “esta sala haya venido insistiendo en que es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación. La referencia a la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sirve para justificar el interés casacional, pero no es propiamente el motivo del recurso, sino un presupuesto del mismo. El verdadero motivo debe estar en el “conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso” (entre otras, sentencias 220/2017, de 4 de abril, 338/2017, de 30 de mayo, y 380/2017, de 14 de junio”.

Incurre el recurso en esta causa de inadmisión, como dice el auto recurrido, porque cita solo como norma infringida la Tabla 2.C. 5 del Anexo, de la Ley 35/2015, sin referencia a norma positiva de contenido jurídico, que en este caso podría ser el art. 39 de la Ley 35/2015, y lo cierto es que no lo hace la parte recurrente en su escrito de interposición.”

Según el denominado el principio de parsimonia, o de economía, “de la navaja de Ockham”, “en igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la más probable”, (al respecto, una sentencia muy similar lo aplica: la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 26 de Madrid Sentencia Nº 317/2017 , de 27 de octubre, o la Sentencia Nº 275/2011, de veintisiete de mayo, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Secc.3 “...no está de más recordar el mandato de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual la valoración probatoria ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica y dando por tanto prevalencia y preferencia a aquellas afirmaciones o conclusiones dotadas de una mayor explicación racional.), pero la que hoy traigo a colación es la S e n t e n c i a Nº 124/2021, de cinco de abril, del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Granada, Procedimiento Abreviado 497/2020- Ilma. Sra. Magistrada D^a Estrella Cañavate Galera,-:

“la imposición de la sanción fue debida a un error de la recurrente a la hora de validar la matrícula de su coche en la aplicación informática para obtener la autorización para aparcar en una zona con limitación horaria, lo que evidenciaría la ausencia del elemento subjetivo de la infracción cometida, ya que no consta su culpabilidad, ni su ánimo de defraudar ya que se acredita haber hecho el pago que le habilitaba para aparcar sin embargo introduce

una matrícula errónea que no corresponde realmente con el vehículo de su propiedad. Su matrícula es la 0001FYS, y por error en la aplicación consigna otra matrícula parecida: 1000FYS. El art. 130 de la LRJAP

y PAC exige la culpabilidad que en este caso no se da, pues se acredita el error de tipo que excluye la responsabilidad objetiva. El recurso deberá ser estimado y con ello anulada la resolución.”



La expresión “nada nuevo bajo el sol” no tiene cabida en nuestros tribunales, que siguen admitiendo recursos con la base: “*Esta cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, porque las normas que sustentan la razón de decidir de la sentencia discutida, conjuntamente consideradas, no han sido nunca interpretada por el Tribunal Supremo para una situación de hecho como la contemplada*”. La cuestión suscitada en el Auto nº 1120/2020, de 7 de febrero, de la Sala Tercera, Sección 1, del Tribunal Supremo es, si en casos de concurrencia de culpas entre conductor asegurado y víctima de atropello puede limitarse la cuantía del precio público sanitario exigido al asegurador del vehículo de motor hasta el máximo de porcentaje de la culpa que corresponda al citado conductor asegurado -como consecuencia de una interpretación conjunta del artículo 83 de la LGS, el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006 y el artículo 1.2 TRLRCSCVM-. Este Auto admite a trámite el recurso (de la Entidad Sanitaria a la que se le redujo por el TSJ el importe de la prestación a reclamar en función del porcentaje concurrente de culpa atribuido en sentencia firme al lesionado atendido)-que en su recurso afirma “La resolución impugnada aplica normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA], y ello porque no se ha resuelto aún sobre el alcance de la condición de «terceras obligadas al pago» de las aseguradoras en relación con los servicios de asistencia sanitaria dispensados por los servicios públicos de salud, esto es, si el precio público que se liquida por esta prestación asistencia según el art. 83 de la LGS, la DA 10ª del TRLGSS y el Anexo IX del RD 1030/2006 puede verse limitado por una culpa ajena al funcionamiento de la Administración Sanitaria o por el contenido de normas legales que limitan conceptos indemnizatorios [sic] de las víctimas en accidentes que precisen de asistencia sanitaria»,. y asevera que si hay algunas resoluciones en casos particulares :

“**QUINTO.-** 1. La sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala, de 30 de septiembre de 2009 (rec. cas. 2100/2008; ES:TS:2009:6484), reconoce, en su fundamento jurídico séptimo y en un asunto de reclamación de gastos sanitarios en el marco de un seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria, que «[s]e constata, por tanto, que estamos frente a la regulación de la reclamación de los gastos sanitarios cuando los mismos hayan tenido su origen en supuestos de hecho derivados, entre otros, del marco del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria -vehículos de motor, etc.- en cuyo caso los centros asistenciales públicos prestatarios de la asistencia deben reclamar su abono de la compañía aseguradora que ha asumido dicha obligación a través de un contrato».

2. Por su parte, el fundamento jurídico quinto in fine la sentencia de la Sección Segunda de esta Sala de 24 de

noviembre de 2011 (rec. cas. 4528/2009; ES:TS:2011:8525), confirmada posteriormente por, entre otras, la sentencia de 2 de febrero de 2012 (rec. cas. 858/2009; ES:TS:2012:951), indica, en relación con los precios públicos sanitarios, que «debe rechazarse la alegación de infracción del art. 1 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, y de los arts. 1.088 y ss. del Código Civil, por ejercitar una acción contra una compañía aseguradora por los servicios prestados a un asegurado, sin cubrir dicha situación la póliza suscrita, pues se trata de una cuestión relativa al ámbito de relaciones privadas entre asegurador y asegurado sobre la que, precisamente, y por el propio razonamiento de la parte recurrente, esta Sala no puede entrar a conocer, ya que las relaciones privadas y las normas legales de cobertura de las mismas son propias de la jurisdicción civil, procediendo únicamente analizar, como se ha hecho con anterioridad, las actuaciones sujetas al Derecho Administrativo, con

un resultado desestimatorio para las pretensiones de la recurrente».

3. Adicionalmente, la sentencia de la Sección Segunda de esta Sala de 16 de septiembre de 2019 (rec. cas. 2280/2017; ES:TS:2019:3084) explicita en su fundamento jurídico cuarto que «[l]a cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en dilucidar si el precio público exigido por las prestaciones sanitarias facilitadas directamente a personas aseguradas, exigibles a terceros obligados al pago según lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad y el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, debe limitarse en todo caso a las cantidades contratadas en la póliza, prevaleciendo el contenido de las estipulaciones entre aseguradora y asegurado, así como las normas legales de cobertura de las mismas», siendo el criterio que

sostenemos, una vez centrado el debate en los términos del fundamento precedente, que el importe relativo al precio público exigido por las prestaciones sanitarias facilitadas directamente a personas aseguradas, exigibles a terceros obligados al pago según lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad y el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, debe limitarse en los seguros de accidentes a las cantidades contratadas en la póliza, prevaleciendo el contenido de las estipulaciones entre aseguradora y asegurado, así como las normas legales de cobertura de las mismas».



Una conocida compañía aseguradora es inspeccionada por la DGS y FP, la cual examinadas las condiciones generales de la póliza Mundisalud señaló «La cláusula de exclusión de enfermedades preexistentes es contraria al artículo 10 de la Ley 50/80 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro porque no valora en ningún momento la obligación que tiene la entidad aseguradora de someter a cuestionario médico sino que, por el contrario, directamente carga contra el tomador del seguro el deber de declarar cualquier tipo de lesión, enfermedad...excluyendo de cobertura en caso contrario cuando el artículo 10 exonera del deber de declaración si no existe cuestionario o, si existiendo, esas circunstancias no han sido incluidas en el cuestionario”.

La DGS requirió a la entidad para que adoptase medidas para superar las irregularidades advertidas, y en concreto: “En particular, en relación con la conclusión D) que interesa a este recurso, efectuó la siguiente declaración y requerimiento: «La cláusula de exclusión de enfermedades preexistentes recogida en las condiciones generales de la póliza D Mundisalud, aún como cláusula limitativa de los derechos de los asegurados, es contraria a lo dispuesto en el artículo 10 de la LCS, que tiene naturaleza imperativa, ya que traslada al asegurado las consecuencias de no declarar cualquier tipo de lesión o enfermedad...”

Finalmente la entidad aseguradora vio desestimado el recurso Contencioso-Administrativo que formuló contra la resolución que insistía en que variase la aludida clausula, mediante sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 04 de julio de 2019 cuyo Fundamento Jurídico Tercero. Transcribo, a continuación -por su interés- la Sentencia N° 1691/2020 de 09 de diciembre, de la Sección 3ª de la Sala Tercero del Tribunal Supremo:

“El cuestionario permite hacer saber al tomador las circunstancias que el asegurador considera relevantes para la valoración del riesgo, pesando sobre éste la carga de comprender en él todos aquellos datos

que estime que pudieran tener esta relevancia, con la mayor precisión y detalle, a fin de que el tomador del seguro pueda conocer el alcance de sus respuestas y la real influencia o alteración que los datos declarados u

omitidos tienen para el riesgo asegurado, quedando en otro caso exonerado de su deber el tomador (art. 10, párrafo primero, inciso final).

En virtud de la delimitación jurisprudencial,

consecuencias, así como los defectos constitucionales o físico-congénitos, y los que se deriven de accidentes o enfermedades y sus secuelas que sean de origen anterior a la fecha de inclusión de cada asegurado en la póliza».

“Además, la propia parte recurrente señala que en un contrato de seguro de enfermedad y asistencia sanitaria, como el que nos ocupa, no parece que sea la enfermedad por sí sola el riesgo que asume el asegurador, «sino la posibilidad de que tal enfermedad pueda producir determinados efectos dañinos contra los que se quiere cubrir el asegurado», de manera que si admite la parte recurrente que nos encontramos ante la «posibilidad» de que la enfermedad pueda producir un determinado efecto, no estamos entonces ante una situación de certeza en la que ha desaparecido el riesgo, que sea determinante de la nulidad del contrato de seguro.”

“Esta falta de precisión y claridad de la cláusula a la que se refiere este recurso no se ajusta a las exigencias del artículo 3 de al LCS, que dispone que «las condiciones generales y particulares se redactarán en forma clara y precisa».

“...impone al tomador del seguro la genérica obligación de manifestar, en el momento de suscribir la solicitud de seguro, cualquier tipo de lesión, patología congénita, enfermedades, pruebas diagnósticas, tratamientos e inclusive la sintomatología que pudiera considerarse como el inicio de alguna patología, siendo dicha obligación de mucha mayor extensión que el deber que impone al tomador del seguro el indicado precepto, de acuerdo con su interpretación constante y reiterada por la Sala 1ª de este Tribunal Supremo a que más adelante haremos referencia, que se concreta en el deber de contestación veraz a las preguntas o cuestionario que le formule el asegurador.

“...que en sus sentencias más recientes, entre ellas las

sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, 7/2020, de 8 de enero, de 333/2020, de 22 de junio y 390/2020, de 1 de julio, con cita de otras anteriores, señala sobre el deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro, establecido por el artículo 10 LCS:

«que el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro».

En este contexto, la Sala considera que como resulta de lo razonado, los argumentos de la sentencia impugnada y de las resoluciones administrativas impugnadas son suficientes para fundamentar el citado acuerdo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que requirió la modificación de la cláusula litigiosa, pues la misma, en las dos redacciones que se han detallado en este recurso, examinada en abstracto y al margen de su aplicación en un caso concreto, posibilita el rechazo de un siniestro que tenga su origen, aún indirecto y remoto, en enfermedades, lesiones, dolencias, estados, condiciones de salud, accidentes y sus consecuencias y secuelas, de origen anterior a la fecha de inclusión del asegurado en la póliza, sin mayor precisión ni matización de clase alguna, de forma que su aplicación puede producir un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones asumidos por las partes, y desconoce la doctrina de la Sala 1ª de este Tribunal en relación con la regulación del deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro establecida por el artículo 10 LCS.”

el deber de declaración ha de recaer sobre aquellos hechos que puedan influir seriamente en la valoración del riesgo por el asegurador, y corresponde a la aseguradora la apreciación de esa influencia en la valoración del riesgo, que no ha de hacerse desde la perspectiva subjetiva del asegurador sino con carácter objetivo, basando el juicio de relevancia en criterios técnicos comúnmente aceptados en el tráfico mercantil de un determinado ramo del seguro. Así mismo, el deber de declaración queda limitado a las circunstancias «conocidas» por el tomador, que eliminan la incertidumbre y aleatoriedad de la producción del siniestro, puesto que nadie puede ser obligado a manifestar hechos que ignora. Por esta razón, el tomador no tiene el deber de declarar algo que conoce de modo incompleto, insuficiente o cuyo alcance exacto, en orden a la valoración del riesgo, desconoce (SSTS 18 julio 1989 (RJ 1989, 5718), 18 mayo 1993, 31 mayo 1997, 31 diciembre 2002 (RJ 2002, 10934), 1 junio 2006 (RJ 2006, 3063) y 30 julio 2007 (RJ 2007, 4962).

Según la sentencia del TS la cláusula 5, a) aludida “quedaban excluidos de la cobertura general de este seguro: «Toda clase de enfermedades, lesiones, dolencias, estados o condiciones de salud preexistentes (por ejemplo, embarazo o gestación) y sus

Aun cuando la resolución del secretario de justicia de sala del Tribunal Constitucional no sea susceptible de recurso de reposición, lo interpreta como revisión, Auto 106/2020, de 21 de septiembre, de la Sala Primera, del Tribunal Constitucional, que declara no haber lugar a admitir el recurso de reposición y revisa la diligencia de ordenación sobre apoderamiento apud acta indudablemente más respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva del concreto justiciable (que no la estaba recibiendo) -con la demanda de amparo no se acompañó la escritura pública acreditativa de la representación-:

“La referida contestación no puede considerarse respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. En primer lugar, ni se adopta la medida solicitada para posibilitar el cumplimiento del único requisito exigido en la primera diligencia de ordenación —el apoderamiento apud acta—, propuesta por la procuradora en atención a las concretas circunstancias personales del demandante, que se encuentra interno en un centro penitenciario, ni se señala motivo alguno por el que no se

pueda proceder de acuerdo con esa propuesta que, en último término, es la única manera de atender el cumplimiento de lo requerido, en función de la situación personal del actor. Por otra parte, el nuevo requerimiento, interesando que se aporte poder notarial, lejos de orientarse a garantizar el derecho de acceso al proceso del demandante, no justifica por qué ese modo de acreditar la representación va a permitir salvar la problemática puesta de relieve ya tras el primer requerimiento, derivada de sus circunstancias personales, de

cuya consideración prescinde completamente la diligencia de ordenación impugnada.

Procede, por consiguiente, revisar la diligencia de ordenación de 9 de septiembre de 2019, para que se proceda a dar curso a lo solicitado en su día por la parte recurrente en orden al otorgamiento del poder apud acta, de acuerdo con lo requerido en la diligencia de ordenación de 6 de agosto de 2019.”



La Sentencia nº 84/2020, de veintidós de abril, de la Sección Cuarta, de la Audiencia Provincial de Granada -ponente Ilmo. Sr. Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz- se refiere a la incidencia de la muerte prematura de la víctima en las indemnizaciones, que por el sistema de valoración legal, puedan corresponder a los herederos que reclaman tras su fallecimiento por las lesiones y secuelas padecidas por su causante- de ello se ocupó Medina Crespo en “Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales” (Ed Bosch)- :

“A tal efecto, la jurisprudencia viene distinguiendo si la muerte de la víctima se produce como consecuencia de las lesiones, supuesto que contempla la STS de 13-9-2012, o si tuvo lugar por causas independientes al siniestro, en cuyo caso resulta de aplicación los criterios establecidos en la STS de 10-12-2009.

En el supuesto

enjuiciado, hemos de afirmar que la muerte de D^a J, ocurrida el día 07-06-2011 por causa de insuficiencia respiratoria y urinaria, fue ajena y no tenía relación de causa-efecto con la encefalopatía anóxica que padecía. Así lo certifica el dictamen de... . El fallecimiento se produce cinco años después de la fecha de la intervención, cuando ya se encontraba estabilizada, e incluso mejorando en alguna de sus facetas, sin que el alta médica emitida por el centro médico C... en febrero de 2009 haga referencia alguna a dicha enfermedad infecciosa.

En consecuencia, dado que la muerte prematura de la víctima tuvo lugar por causas ajenas a las lesiones ocasionadas en el siniestro, resulta de entera aplicación los criterios establecidos en la referida STS de 10-12-2009: «A) Se plantea la cuestión de si el fallecimiento con posterioridad al accidente de la víctima que ha sufrido daños personales debe determinar la disminución de la indemnización devengada en el mismo proceso en que se fija.

a) Las indemnizaciones por daños fisiológicos en sentido estricto, y aquellas que, aun cubriendo perjuicios de carácter patrimonial, se calculan en la LRCSCVM en función de la importancia de aquéllos (indemnizaciones por secuelas, factor de corrección por perjuicios económicos y por daños morales complementarios) deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado, si se trata de incapacidad permanente, desde el momento en que se consolidan mediante su determinación a través del alta médica. El fallecimiento prematuro del perjudicado no permite su modificación por el órgano jurisdiccional ni legitimaría una acción de enriquecimiento injusto en el caso de haber sido ya percibidas. La razón de ser de esta afirmación radica en que el enriquecimiento injusto exige que no exista una regla que justifique el desplazamiento patrimonial producido. En este caso, la regla de Derecho que

justifica el desplazamiento patrimonial de la indemnización en su totalidad radica en que la determinación de los daños por estos conceptos se hace en la LRCSCVM sobre un sistema de presunciones establecido en función de unos parámetros temporales y personales considerados en abstracto, los cuales, salvo circunstancias excepcionales, no pueden ser alterados por circunstancias no previstas sin desvirtuar la técnica de presunciones a que se atiene en estos conceptos el sistema de valoración. b) Respecto de las indemnizaciones concedidas por daños no patrimoniales fijados mediante una horquilla establecida en relación con circunstancias concretas (factor de corrección por incapacidad permanente, daños morales a familiares) rige el mismo principio como regla general, pues la indemnización se fija por el legislador mediante criterios abstractos, vinculados en principio a las circunstancias de la víctima subsistentes en el momento del siniestro. Sin embargo, el juez, llamado en estos casos por la ley a determinar la cuantía de la indemnización dentro de la horquilla legal atendiendo a la concurrencia de circunstancias determinadas, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración, pues los acontecimientos posteriores al accidente pueden influir, por su propia naturaleza, en las circunstancias a las que la LRCSCVM vincula la valoración por parte del órgano jurisdiccional (actividades habituales de la víctima, necesidad de ayuda de otra persona, alteración de la convivencia por cuidados continuados).

c) Este mismo principio según el cual el juez, en el momento de fijación de la indemnización, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración debe entenderse aplicable en el caso de indemnizaciones concebidas por la ley como finalistas (en caso de gran invalidez, necesidad de

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

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

NOVENO.- Para la cuantificación de las lesiones

y secuelas hemos de estar al criterio establecido en la sentencia del Pleno del TS de 17-4-2007 y posteriores, es decir, los puntos correspondientes a cada concepto indemnizatorio serán los del baremo del año 2006 (fecha del siniestro), aunque la concreta cuantía del punto debe ser la del año 2009, en que se produjo el alta médica y la consolidación de las secuelas.

...han de ser minorados por el influyente factor del fallecimiento prematuro de la víctima, tal y como contempla la propia parte actora. Ahora bien, dado el tiempo que medió entre el siniestro y la fecha de fallecimiento (casi cinco años), las cuantías establecidas en el baremo han de ser reducidas a un 25 %.”.

Respecto de la rehabilitación tras un accidente, realizada fuera del sistema público de salud, y su reconocimiento -o no- como gasto, es de interés la Sentencia nº 110/2020, de quince de mayo, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada -Ponente, Ilmo. Sr. Raúl Hugo Muñoz Pérez-:

“La sentencia denegó la totalidad de la partida relativa a los gastos de rehabilitación en esencia por no haber acudido a realizarla al sistema público de salud, razonamiento con el que no podemos estar de acuerdo puesto que el art. 141 del TRLRSCVM obliga a las aseguradoras al abono directo de tales gastos siempre que se «justifiquen debidamente» y sean «médicamente razonables» extremos éstos no negados en la sentencia. Ya se ha indicado previamente que los facultativos de la sanidad pública prescribieron a los apelantes el tratamiento rehabilitador y no se ha cuestionado la autenticidad

de las facturas ni impugnado el importe por sesión de rehabilitación como excesivo o desproporcionado.

Ni con el actual baremo ni con el anterior se impone la obligación para el reconocimiento de tales gastos en la sanidad pública, pudiendo citarse en este sentido la SAP de Barcelona de 08 de septiembre de 2017 (rec. 647/2016, FJ 4): «(...) Respecto al hecho de que el actor decidiese acudir al Dr. Eulalio para que efectuase su seguimiento debe decirse que esta es una opción que no puede limitarse alegando que el actor debería haber acudido a la sanidad pública. Así, no puede obviarse que la aseguradora del conductor responsable del daño debe abonar los gastos médicos bien satisfaciéndolos directamente a la sanidad pública, bien al perjudicado que haya satisfecho los honorarios de un facultativo privado.

Los gastos sanitarios por hechos derivados de la circulación deben ser abonados por las aseguradoras y en este sentido la UNIÓN ESPAÑOLA DE ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS, SA (UNESPA) firmó un convenio marco de asistencia pública sanitaria derivada de accidentes de tráfico entre otros con el Institut Català de la Salut (ICS) para el período 2014- 16, mediante el que se pactó que las aseguradoras abonarían las facturas correspondientes a los gastos médicos de los lesionados por un accidente de tráfico que fuesen asistidos por la sanidad pública. Por ello, tanto si el actor hubiese acudido a la sanidad pública como habiendo asistido a la sanidad privada la aseguradora debería satisfacer los gastos médicos.

Respecto a la falta de rigor del seguimiento médico por el Dr. Eulalio cabe decir que en el acto de la vista el doctor reconoció haber realizado las visitas, estableciendo un tratamiento y un seguimiento del actor, habiéndole prescrito la realización de fisioterapia, cuyos gastos no fueron

negados, y que finalmente después de realizarle dos infiltraciones le dio de alta.

En consecuencia, el Dr. Eulalio realizó un debido seguimiento del actor, lo visitó y emitió factura por dichas visitas, debiendo ser condenada la parte demandada a su abono. Por lo expuesto procede estimar el recurso de apelación»

Es cierto que en el presente caso las facturas de la clínica de rehabilitación no se acompañan por los partes firmados acreditativos de los concretos días en que se realizaron las sesiones, y que además no hay justificación médica para que las sesiones se realizaran en días alternos, cuestión a la que se refiere la SAP de Jaén de 14 de marzo de 2019 (rec. 349/2018, FJ 3): «(...) Tampoco es válido a estos efectos el tratamiento de rehabilitación, pues si revisamos las sesiones de rehabilitación, es claro que se ha producido una prolongación artificial del periodo de fisioterapia, pues si el accidente ocurre el 27 de marzo y el 11 de diciembre acude a nuevo tratamiento rehabilitador prescrito por el Dr. Felix, las treinta sesiones de rehabilitación dadas por la Mutua se desarrollarían con una frecuencia de 4 ó 5 días a la semana, siendo los veinte días de rehabilitación posterior en la clínica de Villar-Aragón, de una o dos sesiones a la semana, sin que ni siquiera se haya intentado justificar, desde un punto de vista médico o de rehabilitación, la necesidad de este cambio de número de sesiones que sin duda supone una prolongación de este tratamiento no debidamente justificada, que puede tener carácter paliativo pero no curativo.(...)»

Conjugando lo expuesto con el hecho de que no puede admitirse el carácter curativo de las sesiones realizadas más allá de la finalización del periodo de curación reconocido en la sentencia, y ponderando tales circunstancias se reconocen 20 sesiones a cada uno de los apelantes.”

En la Sentencia nº 161/2020, de dieciocho de diciembre, de la Audiencia Provincial de Logroño, Sección 1, acusa el Ministerio Fiscal a los cuatro procesados de un delito de pertenencia a grupo criminal para la realización de delitos graves denominado «los payasos justicieros», alegando que el objeto del grupo criminal era la sustracción de vehículos para prenderles fuego, y se destaca una vez más - que la Aseguradora, que trata de recuperar lo pagado, puede ser “convidado de piedra”, pero no única acusación penal:

“Ocurre que, como expresa la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nº 382/2014, de 14 de mayo, «no podemos prescindir ni soslayar la jurisprudencia de esta Sala, como criterio aplicativo vigente, Constatado en las SS.T.S. 199/2007 de 1 de marzo, 412/2008 de 25 de junio y 762/2011 de 7 de julio, y habida cuenta de que la legitimación activa se halla estructurada según la configuración legal, de conformidad con el art.113 C.P . y el acuerdo Plenario de esta Sala de 30 de enero de 2007: «cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado». En el caso que resuelve la Sentencia del Alto Tribunal, el Fiscal no acusó y la pretensión punitiva solo fue sostenida por la compañía aseguradora, y, como en el presente, la compañía aseguradora que había indemnizado a la perjudicada por el ilícito

estaba personada como acusación particular, no siendo cuestionada su legitimación hasta el inicio del juicio, en que se planteó como cuestión previa por las defensas, el Tribunal Supremo desestima por la extemporaneidad de su planteamiento la cuestión previa, pero, conforme a la solicitud de uno de los acusados apoyada por el Ministerio Fiscal, declara la nulidad de la sentencia y dicta segunda sentencia absolviendo a los acusados, sin perjuicio del derecho de la aseguradora a reclamar sus derechos en el correspondiente proceso civil. En la misma línea la sentencia nº 10/2020, de 30 de enero, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Huelva, que, reseñando la STS a que acabamos de aludir, expresa: «no se debió permitir la personación de la compañía Allianz en calidad de acusación particular en el presente procedimiento, sino que su papel debió quedar restringido al de actor civil. ... En la vertiente de inserción activa en el proceso penal resulta aún más obvio que la compañía aseguradora que, como en este caso, tiene un interés en el proceso derivado del ejercicio de una acción civil de subrogación, como referimos más arriba, no ostenta legitimación para erigirse en parte, digamos penal, en acusación particular».

La responsabilidad civil derivada del suministro y/o distribución de fluido eléctrico es un campo ciertamente apasionante en el que los términos empleados se van complicando exponencialmente hasta configurar un “zarzal” en el que es más fácil quedarse trabado, que atravesarlo : “existencia de un corte de tensión, no de un hueco de tensión. aunque se trate de conceptos técnicamente distintos, lo cierto es que uno y otro son «alteraciones de suministro», analizador como el transformador, alteraciones de la tensión de entrada, o también las incidencias de la instalación interna como consecuencia de cargas súbitas fuertes, o desconexiones bruscas , el «zoom» de los datos...” una panoplia de dificultades que esta sentencia supera con el criterio de la facilidad probatoria. Sentencia nº 675/2020, de 22 de Julio, de la Secc. Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona -Ponente Ilmo. Sr. D. Vicente Conca Perez-:

“Destaca que, además de la inexistencia registrada de incidencias, el registro de

curvas y tensiones (que tiene como finalidad registrar la tensión recibida y el consumo para facturar) acredita que en el período analizado la tensión entregada siempre fue la prevista, y que las curvas ofrecen consumos similares, lo que descarta cualquier suspensión de suministro.

Además, el propio analizador de la actora demuestra que no hubo cortes de suministro entre el 9 y el 13 de septiembre de 2016. Esto se vio adverbado por el propio Sr. Í , que trabaja habitualmente para la actora, y que dijo que no hubo cortes de suministro, sino sólo huecos de tensión. Estos huecos no son responsabilidad de E, sino que es la actora la responsable de que se produzcan o no al gestionar la tensión contratada.

2.- El carácter técnico del debate complica la decisión del tribunal, especialmente al no haber podido contar con la necesaria intermediación en la práctica de la prueba, que habría permitido despejar las dudas que planean sobre la cuestión debatida.

Entre esas dudas se encuentra la de cuáles son los datos completos que registra el analizador de tensión instalado por el cliente, y más particularmente, si los huecos

de tensión reflejados sólo pueden referirse a la tensión de entrada (media tensión, 25.000

voltios) o también reflejan las incidencias derivadas de la instalación privativa.

Lo que ha quedado claro, en cambio, es que el concepto de hueco de tensión es distinto del de corte de tensión; éste supone que cesa el suministro de electricidad, mientras que el hueco comporta una alteración, una disminución, sin llegar al corte. Y decimos esto al hilo de una de las manifestaciones de la recurrente que señala que la acción ejercitada descansa en la existencia de un corte de tensión, no de un hueco de tensión.

La cuestión es irrelevante pues, aunque se trate de conceptos técnicamente distintos, lo cierto es que uno y otro son «alteraciones de suministro».

Que tanto el analizador como el transformador son propiedad del cliente y E es ajena a dichos mecanismos, está aceptado por todos.

Por eso decíamos que es un punto clave concretar qué queda registrado exactamente en el analizador, si sólo las alteraciones de la tensión de entrada, o también las incidencias de la instalación interna como consecuencia de cargas súbitas fuertes, o desconexiones bruscas.

Los peritos se manifiestan en sentido contrario. El Sr. Jeronimo, perito de la actora, dice con rotundidad que es «imposible» que en el analizador se registren incidencias ocurridas en el interior de la instalación; que lo que se registra es el fluido de entrada.

Por el contrario, el perito Sr. Jon, de E, dice que la función del analizador es múltiple y que en él se reflejan muchos datos, incluidos los retornos como una carga súbita. Por lo tanto, vamos a prescindir de los otros datos que puedan reflejarse en el analizador y de los que no tenemos constancia, y vamos a centrarnos en este dato referido a la media tensión

y a su comparación con los registros de incidencias de E.

3.- La línea argumental principal de E para exculparse de cualquier responsabilidad es que en sus registros automatizados de media tensión no se registra incidencia alguna en esos días. Esos registros (folio 263 ss) no los consideramos relevantes a los efectos de probar si hubo o no una incidencia el día 13.9.16 en el suministro de energía eléctrica al cliente, y no porque no sean fiables, ni mucho menos, que sin duda lo son y están controlados por auditores externos, sino porque no son lo suficientemente precisos.

Hemos de partir del buen funcionamiento tanto del analizador del cliente como de los registros de incidencias de E. Entonces, ¿dónde está la explicación de que en uno aparezca una incidencia que en el otro no aparece?

Pues a nuestro juicio en el «zoom» de los datos. El registro del analizador del cliente comprende, en cuanto al día 13 se refiere, una incidencia instantánea (19.43.42.330 horas) y otra extendida a lo largo de 10 milisegundos (de 20.22.40.380 a 20.22.40.390 horas).

En cambio, el registro facilitado por E comprende, en esas franjas horarias, comprende la lectura correspondiente, en cuanto a la primera incidencia, a las 19.18.20.00000, 19.38.20.00000 y 19.58.20.00000 horas. Es decir, ninguna de esas lecturas coincide con la detectada por analizador (a las 19.43.42.330).

Y lo mismo ocurre con los datos reflejados en el gráfico de E respecto de la incidencia detectada por el analizador del cliente a las 20.22.40.380 y 20.22.40.290. El gráfico de E, en ese tramo horario constata la corriente facilitada a las 20.18.20.00000, 20.38.20.00000.

El perito de la demandada dice que las

gráficas de E reflejan cualquier caída (o corte, en su caso) en el suministro de tensión.

4.- Todo esto nos conduce a la conclusión de que como quiera que E recibió la demanda con sus documentos anexos, pudo contrarrestar lo que resulta de la información facilitada por el analizador del cliente facilitando la lectura correspondiente al suministro en los momentos exactos en que se detectaron por el analizador. Entonces sí podríamos haber visto si había una discrepancia en los datos reflejados por ambos sistemas de medición, pero no así pues el período (ínfimo) de la incidencia no aparece reflejado en la gráfica de incidencias de E. En la gráfica de E no se pueden reflejar las incidencias estudiadas porque no tiene el nivel de detalle suficiente.

El artículo 217 Lec atiende, a la hora de distribuir la carga de la prueba, entre otros criterios, al de la facilidad probatoria. Conforme a lo dicho, E tenía en su mano aportar el gráfico correspondiente a la hora exacta en la que, según el analizador del cliente, se produjeron las incidencias; y al no hacerlo, las consecuencias de ese déficit probatorio sólo pueden recaer sobre ella.

Por lo tanto, y en base a lo expuesto, consideramos acreditado que hubo una alteración importante en el suministro en los momentos indicados, y que actuó como causa del daño en el control numérico de la máquina afectada, lo que a su vez, provocó la pérdida de ubicación de ésta y su colisión con otras y consiguientes daños.”



La Sentencia de veintidós de diciembre de dos mil veinte, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona -Ponente, Ilmo. Sr. Jose Manuel del Amo Sanchez- en la condena al responsable de varios delitos de carácter sexual, interno en un entorno hospitalario condena al Hospital, al Servicio de Salud, y a sus respectivas aseguradoras:

“No consta una valoración analógica conforme al baremo del seguro de automóviles y, en cuanto a la conceptualización del daño moral, la misma es una cuestión compleja y esa complejidad ha dado lugar a una formulación negativa de lo que debe entenderse por tal. Así se estima que éste viene constituido por todo aquel daño que no sea patrimonial; es decir, se trataría del daño o perjuicio que experimenta una persona que no puede cuantificarse con referencia a un valor de mercado. En esta línea, la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012, recuerda que « el concepto de éste (el daño moral) es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del «pretium

doloris». Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

Las acusaciones han solicitado que sean considerados responsables civiles, además del acusado, ... Hospital ... y el Servei Català de la Salut, como responsables civiles subsidiarias, y las aseguradoras ..., como responsables civiles directas en virtud del aseguramiento.

La primera cuestión a resolver es si el Servei Català de la Salut, que opuso su falta de legitimación y renunció a su presencia en el juicio, tiene la condición de responsable civil subsidiaria. La respuesta ha de ser afirmativa. Como resulta de las pruebas, y es notorio en los órganos judiciales que resuelven sobre internamientos e incapacidades, el sistema público de salud en Cataluña, a cargo del Servei Català de la Salut, tiene determinados según el lugar de residencia del afectado por la enfermedad psíquica unos centros de referencia. En el caso del acusado, tras su excarcelación por el cumplimiento de la condena y debido a que su último domicilio había estado en Manresa, se le internó en el Hospital

Es decir, el centro de referencia era este hospital y lo era por la propia decisión del ente administrativo público de salud. En consecuencia, su legitimación no puede ponerse en cuestión. Asimismo, tampoco puede cuestionarse la legitimación del centro sanitario y, por extensión, de las dos aseguradoras, que serían responsables civiles directas en aplicación del artículo 117 del Código Penal.

Resuelta la cuestión de la legitimación es necesario determinar si, a partir de los hechos, las entidades indicadas deben o no responder civilmente por el daño causado por el acusado a las víctimas. De la prueba practicada resulta la responsabilidad civil del Hospital Como se ha

valorado no se adoptaron las medidas necesarias de control sobre la persona del acusado, que pudo eludir el cierre de su habitación y, aprovechando las horas de menor control, cometer los delitos por los que se le condena.

No negamos que este hospital no era el centro adecuado para tratar al acusado y que, precisamente como efecto del sistema de asistencia psiquiátrica fijado por el Servei Català de la Salut, el centro sanitario se vio obligado a aceptar su ingreso.

No obstante, esta circunstancia, desde las exigencias culpabilísticas de nuestro sistema de responsabilidad civil, no exonera de responsabilidad ni al establecimiento sanitario ni, por extensión, al resto de sujetos a los que hemos atribuido legitimación. El silogismo que establecemos es el siguiente: Las medidas no eran suficientes para conjurar el peligro que para los demás internos suponía la presencia del acusado. A esta inferencia llegamos tras valorar que al descubrirse los hechos se reforzaron esas medidas. Y al respecto no estimamos que la falta inicial de medidas más efectivas pueda justificarse en la improcedencia de que éstas fueran más estrictas para no vulnerar los derechos del acusado. La naturaleza del trastorno psíquico del acusado exigía la adopción desde el momento inicial de las medidas más estrictas de control.

También valoramos que el acusado manipuló la cerradura sin que fuera advertida su acción y que pudo esquivar el cumplimiento del tratamiento farmacológico que se le había prescrito. Es decir, se cumplen sin duda las exigencias de la culpa in vigilando, uno de los fundamentos de la responsabilidad civil por los actos de tercero y, en consecuencia y en los términos expuestos, afirmamos la condición de responsables civiles de las cuatro entidades cuya condena solicitan las acusaciones.”

Abunda y concreta el concepto de hecho de la circulación la Sentencia nº 143/2020, de la Sección: 3, de la Audiencia Provincial de Mérida -Ponente: Ilmo. Sr. Jesus Souto Herreros-, sobre un homicidio imprudente con un tractor:

“Asimismo, la STS 1310/2020 de fecha 26-V-2020, en el caso de vehículo empleado como si se tratara de un arma, para la ejecución de un hecho doloso, y circulando por la acera, lo calificó como hecho de la circulación, afirmando que la regulación vigente no somete el uso de vehículos de motor a la circulación por vías específicamente destinadas al efecto, sino que extiende su aplicación a la circulación por terrenos o zonas de uso común no aptos para la circulación por tratarse de lugares no destinados al tráfico (artículo 1.3 del Reglamento General de Circulación, Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre). Y, en sentido similar, el artículo 2 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, que según dispone, es aplicable a los titulares y usuarios de las vías y terrenos públicos aptos para la circulación y a los de las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común. Y concluye con que, circular con el vehículo invadiendo una acera y una parte de un descampado de uso público, es un hecho de la circulación.

En fin, en nuestro caso, y respetando la relación de hechos probados, el tractor estaba siendo utilizado como medio de transporte, e invadió con una de sus partes la vía pública por donde circulaba el turismo, produciéndose el accidente, debiendo entonces responder la compañía de seguros, por virtud del aseguramiento obligatorio, de las consecuencias dañosas producidas.”

Sirva de muestra de la distinta respuesta que puede obtener quien postula padecer unas lesiones derivadas de un hecho de tráfico, en el ámbito del art. 135 de la LRCSCVM, la Sentencia nº 68/2020, de seis de marzo de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada -Ponente: Ilmo. Sr. Antonio Gallo Erena-:

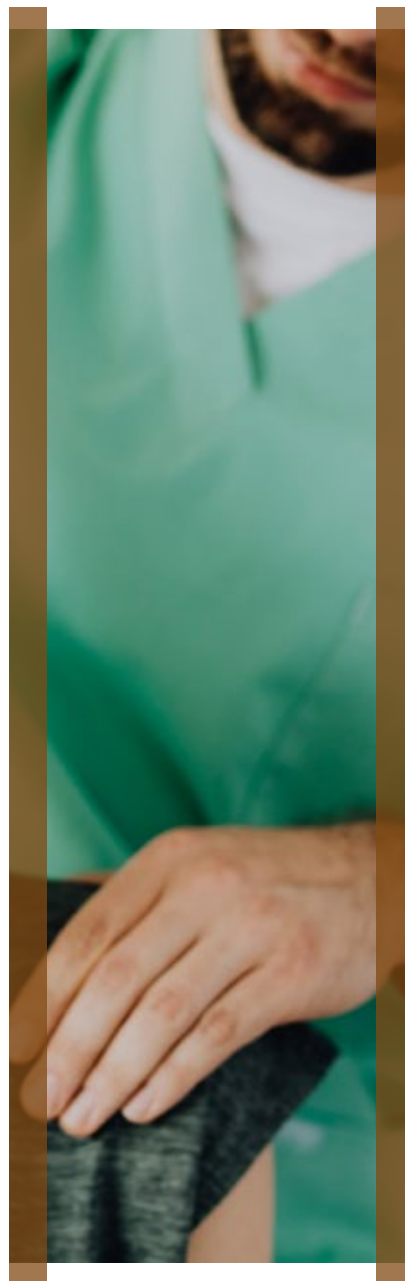
“Todo ello puesto en relación con la leve sintomatología que tuvo cuando acudió al Servicio de Urgencias, la inexistencia del dato objetivado de que precisara atención y tratamiento médico desde el alta hasta que por propia decisión acude a clínica de rehabilitación, todo ello en relación con la no baja laboral hasta el día 30 de junio, justifica razonablemente cuanto concluye el Juzgado a quo sobre los días de incapacidad temporal y el carácter de básico del perjuicio.

En cuanto a la pretendida secuela, debemos considerar también perfectamente argumentado lo que se concluye.

En este caso debe resaltarse que desde un principio la única manifestación de las lesiones ha sido la de dolor a la palpación, no se prescribe uso de collarín ni se hace precisa RMN ni prueba complementaria alguna a las realizadas en el Servicio de Urgencias. Luego se le imparten 15 sesiones de rehabilitación, que es una duración de este tratamiento normal en este tipo de lesiones, y se le consideran estabilizadas sin que se objetive secuela alguna. La movilidad estaba conservada y así se mantenía luego cuando fue reconocida por el perito Doctor N que solo encuentra referencia a dolor cervical y ciertas contracturas, que por cuanto se expresa en la resolución apelada, no permite sustentar la existencia de secuela permanente derivada del accidente de autos.

Por todo ello aún no teniéndose en cuenta el informe pericial aportado por la aseguradora, entendemos que por el carácter subjetivo

del dolor cuya objetivación no consta, quedan razonables dudas sobre la realidad de la existencia de secuela permanente que tenga origen en el accidente de autos, déficit probatorio cuyas consecuencias debe pesar sobre la parte actora.”



En el ámbito del Art. 38 de la LCS no son excesivas las sentencias que incidan en el cumplimiento de la designación del propio perito en ocho días tras ser notificada la de la otra parte, e impongan la vinculatoriedad del dictamen emitido por el primero a aquella parte que lo omitió, como la nº 500/2020, de diez de diciembre, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 3- Ponente Ilmo. Sr. Miguel Alvaro Artola Fernandez-:

“...la Sala entiende que el requerimiento realizado por la asegurada a la Compañía aseguradora evidenciaba de modo suficiente la apertura del procedimiento extrajudicial sobre la base de la efectiva cobertura del seguro y de la realización de un informe pericial por la actora. Téngase en cuenta, en dicho sentido, que el requerimiento se hace por el cliente-asegurado a la entidad aseguradora, profesional del sector y que, mejor que nadie, debió interpretar las consecuencias del requerimiento, especialmente cuando no denuncia después en autos, en el momento procesal oportuno, la existencia de incorrecciones, insuficiencias o ambigüedades formales en el mismo.

Así las cosas, la Sala entiende que no procede entrar al análisis de fondo de la pericial actora, al no haberse opuesto formalmente la compañía en el procedimiento del art. 38 de la LCS, cuando fuera requerida al efecto y cuando pudo nombrar un perito alternativo. Cabe recordar, en tal sentido, que el citado artículo establece que, si no se lograra el acuerdo, cada parte designará un Perito y: «Si una de las partes no hubiera hecho la designación, estará obligada a realizarla en los

ocho días siguientes a la fecha en que sea requerida por la que hubiere designado el suyo, y de no hacerlo en este último plazo se entenderá que acepta el dictamen que emita el Perito de la otra parte, quedando vinculado por el mismo.»

La singularidad, “modernidad”, y elegancia de la solución adoptada por el ponente- Ilmo. Sr D. José Manuel de Paúl Velasco-, al transformar el perjuicio derivado de un material de osteosíntesis colocado y retirado en una “secuela temporal” (para que aquello que era perjuicio, no dejase de ser indemnizado), justifican que nos retrotraigamos a la Sentencia nº457/2006, de veinte de octubre, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4:

“la cuestión atinente al material de osteosíntesis colocado en la pierna y posteriormente retirado al Sr. R. A este respecto, el informe de sanidad, datado el 4 de marzo de 2005 (folio 347 del sumario), reza textualmente: ,persistencia de material de osteosíntesis en tibia izquierda, que previsiblemente será retirado a corto o medio plazo, pero que en el momento actual provoca una limitación funcional y dolor en las articulaciones de rodilla y tobillo izquierdo». El propio lesionado confirmó en el acto del juicio (folio 426 del rollo) que le pusieron un clavo, pero ya ha sido retirado», aunque no precisó la fecha de esa retirada, ni si la misma requirió nueva hospitalización, entre otras cosas porque ni las partes ni el Tribunal tuvieron los reflejos procesales de preguntárselo. Sin embargo, el problema que suscita la retirada del material de osteosíntesis en una fecha posterior a la del informe de sanidad es menos insoluble de lo que aparenta en una aproximación apresurada al mismo.

En efecto, de nuevo basta acudir a la reforma operada por la Ley 34/2003 en el sistema legal de valoración aplicado analógicamente para encontrar la solución adecuada al problema que

ahora nos ocupa. La tan repetida ley reformadora introdujo como proemio a la tabla VI del sistema unas ,reglas de carácter general», la tercera de las cuales establece que ,las denominadas secuelas

temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de lesión permanente, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas del párrafo a) de la tabla V, computando, en su caso, su efecto impeditivo o no y con base en el cálculo razonable de su duración, después de haberse alcanzado la estabilidad lesional».

Tal regla es perfectamente aplicable al material de osteosíntesis colocado y retirado al Sr. Ricardo. Yaunque no contamos ni con el dato de la fecha exacta de la retirada ni con un pronóstico médico-forense suficientemente concreto de cuándo podría producirse, la referencia al corto o medio plazo en el informe de sanidad nos sitúa en un horizonte temporal no superior a los tres meses desde la emisión del dictamen. Y como quiera que la estabilización lesional se produjo a los noventa días de la agresión, es decir el 12 de enero de 2005, y el informe de sanidad se emitió el 4 de marzo siguiente, la duración total de la así llamada ,secuela temporal» (contradicción in terminis que la propia ley asume a falta de expresión más precisa y consagrada) puede cifrarse de modo estimativo en aproximadamente ciento

diez días, que deben calificarse como no impeditivos, pues los médicos forenses no indican que la limitación funcional y dolor en las articulaciones afectadas sean de tal intensidad como para impedir al lesionado dedicarse a sus ocupaciones habituales.

De esta suerte, la aplicación de la tabla V, en las cuantías actualizadas para la anualidad corriente, arroja por este concepto una indemnización básica de 2904 euros, que con el doble y sucesivo incremento por perjuicios económicos y por el carácter doloso del hecho se transforman en una indemnización final por este concepto de 4152,72 euros. Tal cuantía no puede reputarse desproporcionada si se tiene en cuenta que la secuela propiamente dicha de persistencia definitiva de material de osteosíntesis en la tibia podría alcanzar una baremación de seis puntos -que no sería inapropiada, de ser el caso, visto el dolor y limitación articular-, que para la edad del lesionado se traducirían, siempre en cuantías de 2006, en un incremento de la indemnización básica por secuelas psicofísicas de 4602,63 euros (al haber de computarse conjuntamente esta secuela con la de estrés postraumático, con el consiguiente incremento del

valor unitario del punto), suma diferencial que con los factores de corrección al alza aplicables alcanzaría los 6581,76 euros.”

Aun escuetamente, debe ser destacada, conocida (y atendida), la doctrina que fija la Sentencia núm. 3/2020, de 14 de enero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo -Ponente: Segundo Menéndez Perez-:

“**SÉPTIMO.** Doctrina que se fija acerca de la cuestión en que se apreció la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia:

Es la siguiente: No corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y sí al orden social, conocer de las reclamaciones que formule el servicio público sanitario por los gastos de asistencia sanitaria que prestó en un supuesto en que la responsabilidad corresponde a la Mutua aseguradora del accidente de trabajo.”

Razona la Sentencia nº 96/2021, de 23 de abril, de la Sala Primera del Tribunal Supremo -Ponente Ilmo. Sr. Jose Luis Seoane Spiegelberg-, por qué siendo seguro obligatorio de RC del cazador, no puede excluirse - válidamente - al padre del asegurado del concepto de tercero:

“Según establece el art. 73 de LCS: «[...] por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho».

Lógicamente los daños cubiertos son los sufridos por el tercero, no los padecidos en su propia persona por el asegurado, en este caso, el cazador, de ahí que se señale en la condición general tercera de la póliza que se garantizan, por el riesgo suscrito, «[...] la obligación del Asegurado de indemnizar los daños personales causados a terceros con ocasión de la acción de cazar con armas, en los términos previstos en el Reglamento del seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, de suscripción obligatoria (R.D. 63/1994, de 21 de Enero)».

En este caso, el padre del asegurado es indiscutiblemente un tercero, con lo que se cumple el presupuesto propio de un seguro de responsabilidad civil.



La propia cláusula contractual antes transcrita señala que la compañía se compromete a dar cobertura al asegurado en los términos previstos en el precitado reglamento.

Igualmente se reseña, en la póliza, que lo contratado fue el seguro obligatorio de RC del cazador. Dicha disposición normativa no excluye, dentro de los límites legales de cobertura, a los familiares del asegurado, que no quedan al margen del seguro obligatorio. Tampoco figura específicamente contemplada tal exclusión en los casos previstos como tales de la condición general 1.5 de la Póliza.

En definitiva, lo que se pretende, por la compañía demandada, en su recurso, es atribuir la naturaleza de condición de delimitadora del riesgo a la definición de tercero, que figura en el ámbito preliminar de las condiciones generales de la póliza, que va en contra de la propia configuración normativa del seguro obligatorio suscrito, al que se comprometió dar cobertura la compañía demandada. El propio art. 73 de la LCS señala que el asegurador se obliga no sólo dentro de los límites pactados sino los establecidos en la ley. En el presente caso, una causa de exclusión como la expuesta podría ser incluso calificada como lesiva (art. 3 de la LCS), en tanto en cuanto reduce el derecho del asegurado vaciándolo de su contenido legal obligatorio (sentencias 303/2003, de 20 de marzo y 273/2016, de 22 de abril).

No nos encontramos ante un seguro suplementario de responsabilidad civil del cazador, en que la libre autonomía de la voluntad de las partes opera sin los límites legales de un aseguramiento obligatorio y en donde una causa de exclusión, como la expuesta, podría adquirir, en su caso, juego contractual.”

Ciertamente, jamás pierde vigencia la cuestión de la falta de pago de la prima del seguro, y su posterior incidencia; sobre ello recapitula la sentencia nº 144/2020 de dos de marzo de la Sala Primera Tribunal Supremo- Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg:

“No se ha vulnerado la doctrina sentada en la STS 916/2008, de 17 de octubre, que se construye bajo los postulados siguientes:

a) La falta de pago de la prima con anterioridad al siniestro a que se refiere el art. 15.1 LCS sólo puede producir el efecto de liberar de su obligación al asegurador en el caso de que la falta de pago sea imputable al tomador (SSTS 14 de marzo de 1.994, 25 de mayo de 1.996 y 783/2008, de 4 de septiembre).

b) Producido el hecho del impago de la prima, para determinar si hay culpa imputable al tomador del seguro hay que tener en cuenta en primer lugar lo pactado acerca de la forma y tiempo de pago, pues obviamente no cabe atribuir culpa al tomador cuando el recibo no se presenta en el lugar previsto

(domicilio del tomador, entidad bancaria, o no está, en su caso, a disposición del pagador en la oficina aseguradora correspondiente) o existe un aplazamiento (SSSTS 28 de junio de 1.989, 22 de junio de 1.992, 10 de marzo de 2.006 , entre otras).

c) Si no hay pacto, la entidad aseguradora debe acreditar que ha presentado el recibo al cobro, sin que se le haya efectuado su abono, si bien esta última consecuencia resulta de que, habiéndose cumplido la presentación, se siga en la posesión o tenencia del recibo. Y cuando se pactó la domiciliación bancaria, la entidad aseguradora debe probar que presentó el recibo en la misma y que le fue devuelto por falta de fondos en el tiempo en que ha de ser abonado.

d) En modo alguno precisa acreditar la compañía de seguros, para que se produzca



el incumplimiento del tomador con el efecto suspensivo de la cobertura, que el Banco se lo comunicó al cliente, ni tiene que efectuar ningún tipo de requerimiento o comunicación fehaciente o no, al tomador. No lo exige la Ley ni ninguna disposición reglamentaria (la OMH de 22 de octubre de 1.982 está derogada), y no lo exige la jurisprudencia (SS. 18 de junio de 1.998, 6 de junio de 2000, 17 de enero de 2001, y 8 de junio de 2006). En algunas sentencias se hace referencia a la exigencia de un requerimiento o comunicación. Así la de 14 de diciembre de 1985, respecto al régimen anterior a la LCS, y la de 22 de julio de 2008 (núm. 793) con referencia al art. 15, párrafo segundo, LCS, pero en ambos casos había una previsión contractual específica al respecto.

e) Corresponde al tomador acreditar el pago, o bien el hecho o circunstancias que constituyen causa o motivo idóneo para justificar su falta de culpa. Ciertamente que incluso en el caso de domiciliación bancaria cabe la posibilidad de que, por algún evento inconsciente o involuntario, no haya culpa del tomador; o

dicho de otra manera, que la falta de provisión de fondos en la cuenta obedezca a una causa o circunstancia con entidad o idoneidad para exculparle.

Pues bien, tal doctrina no se infringió, puesto que la compañía de seguros acreditó que presentó, en sendas ocasiones, el recibo de la prima para su abono en la entidad bancaria domiciliataria de los pagos, así como su devolución sin ser satisfecha, y sin que se acreditase, tampoco, por la parte actora que ello fuera debido a una causa de entidad bastante a los efectos de justificar el impago de la prima, de manera tal que no fuera jurídicamente imputable al tomador del seguro.

3.5.- Tampoco guarda relación con el presente litigio la otra sentencia invocada en el recurso de casación, esto es la STS 374/2016, de 3 de junio, en la que se había pactado una condición general de contratación conforme a la cual: «La prima se entenderá satisfecha a su vencimiento salvo que, intentando el cobro, la entidad bancaria devolviera el recibo impagado. En todo caso, CASER notificará por escrito al tomador del

seguro el impago producido, comunicándole la nueva forma de pago y el nuevo plazo para hacer efectivo el recibo». Cláusula contractual cuya finalidad se explicó era «impedir que por un descuido, derivado de la devolución del recibo sin que el tomador sea plenamente consciente de ello, se suspenda la cobertura del seguro»; pero que no se consideró aplicable, toda vez que fue el propio tomador quien ordenó la devolución del recibo, no sólo una vez, sino, incluso, en una segunda ocasión posterior.

Ahora bien, en el caso que enjuiciamos no concurre una estipulación contractual de tal clase, ni del texto de la sentencia invocada resulta que se exija, al margen de su supuesto fáctico, un acto propio y expreso del asegurado que ordene la devolución del recibo de la prima para que el art. 15 de la LCS desencadene sus efectos, basta, como hemos venido razonando, con la presentación del recibo en la cuenta bancaria pactada y su devolución para que el impago de la prima comience a desatar sus efectos legales.”



La representación procesal de don C interpuso recurso contencioso- administrativo en procedimiento especial de derechos fundamentales contra las Órdenes Ministeriales dictadas por el Ministro de Sanidad, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicada el 20 de mayo de 2020, y de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, alegando que, a día de hoy, meses después de haberse declarado el estado de alarma y tras haber superado el pico de sobremortalidad por el brote, aún no se ha explicado por qué se evita que la población se contagie para obtener inmunidad individual y de grupo, por el contrario se obliga a la población a distanciarse y a usar mascarillas sin prescripción médica individualizada, lo decide la Sentencia nº 1569/2020, de 20 de noviembre, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo :

“DÉCIMO.- Inexistencia de vulneración del derecho al honor y a la propia imagen, art. 18 CE

El derecho al honor gira en torno a la protección de la buena reputación que el recurrente reputa vulnerada al ser «estigmatizados» los que rechazan el uso de las mascarillas.

En la STC 223/1992, de 14 de diciembre, se afirma sobre tal derecho que: «Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo. El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiantey en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, «dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (STC 185/1989).

En consonancia con tal doctrina constitucional, ser receptor de crítica por rechazar el uso de mascarillas entra en el ámbito de la polémica sobre una cuestión de suma actualidad sin que pueda calificarse, de entrada, como deshonoroso.

Por otra parte, como recordaron las STS 81/2001, de 26 de marzo, FJ2 y 156/2001, de 2 de julio, FJ6, «el derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales». Aquí no consta que la imagen del recurrente hubiere sido captada o difundida sin mascarilla sin su autorización.”

La Sentencia nº 507/2020, de 19 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, -Ponente Ilmo. Sr. Antonio Lechón Hernandez- constituye un buen ejemplo de la doctrina jurisprudencial sobre la estimación sustancial de la demanda a los efectos de imposición de costas:

“Según expone, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 715/2015, de 14 de diciembre, nuestro sistema general de imposición de costas recogido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se asienta fundamentalmente en dos principios: el del vencimiento objetivo y el de la distribución, también llamado compensación (aunque no es estrictamente tal), que tiene carácter complementario para integrar el sistema. El sistema se completa mediante dos pautas limitativas. La primera afecta al principio del vencimiento, y consiste en la posibilidad de excluir la condena cuando concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (lo que en régimen del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene lugar cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho). Su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. La segunda pauta afecta al principio de la distribución, permitiendo que se impongan las costas a una de las partes cuando hubiese méritos para imponerlas por haber litigado con temeridad. Por otro lado, la doctrina de los tribunales, con evidente inspiración en la ratio del precepto relativo al vencimiento, en la equidad, como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, complementa el



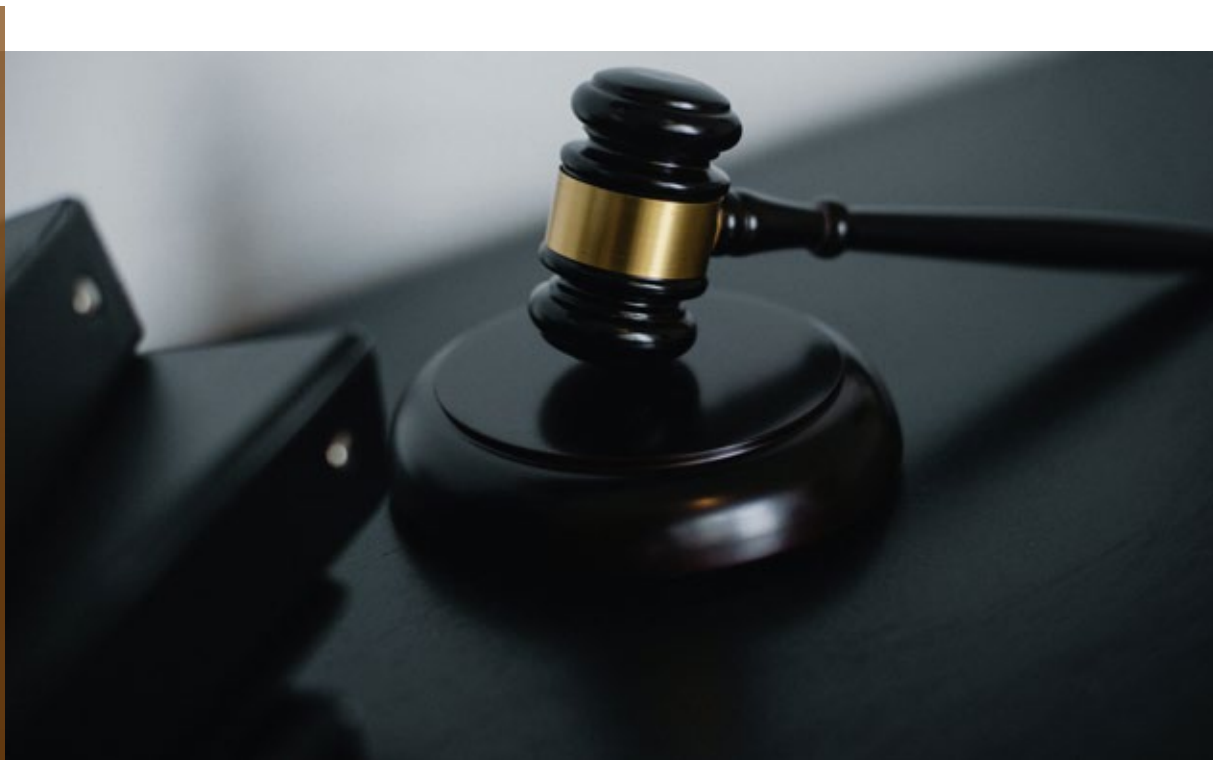
sistema con la denominada doctrina de la «estimación sustancial» de la demanda, que si en teoría se podría sintetizar en la existencia de un «cuasi-vencimiento», por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos en que se ejerciten acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del quantum es de difícil concreción y gran relatividad, de modo que, por razón de la misma, resulte oportuno un cálculo a priori ponderado y aproximado, con lo que se evitan oposiciones razonables por ser desproporcionadas las peticiones efectuadas y, además, se centra la reclamación en relación al valor del momento en que se formula, dejando la previsión de la actualización respecto del momento de su efectividad, a la operatividad de la modalidad que se elija de las varias que en la práctica son posibles (Sentencias de 9 de junio de 2006 y 15 de junio de 2007).

El carácter sustancial de la estimación de la demanda ha sido apreciado en diversas resoluciones para justificar la imposición de costas a aquel

contra el que la pretensión se ha estimado en sus aspectos más importantes cualitativa o cuantitativamente. En la Sentencia de 21 de octubre de 2003 se razonó que para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho. Por el contrario, no se ha apreciado estimación sustancial de la demanda en casos en los que, a pesar del carácter accesorio de la pretensión resarcitoria, este no se daba desde la perspectiva económica del proceso; así, la Sentencia de 29 de septiembre de 2003 razonó que la sustancialidad de la parte desestimada no debe medirse en relación, sólo, con la totalidad de lo pedido, sino sobre todo con la importancia de lo no estimado.


TERCERO.- Aplicación al supuesto de autos

“...efectivamente se habría producido una estimación sustancial de la demanda. No solamente se ha resuelto en sentido favorable a lo solicitado por el demandante la cuestión nuclear planteada en la instancia acerca de la existencia de nexo causal entre el siniestro y las lesiones existentes, sino que se han valorado las mismas en idénticos términos que se hacía en la demanda, con la única salvedad de valorar el perjuicio estético en un punto en lugar de en los dos puntos solicitados por el demandante. No se trata por consiguiente de que la sentencia rechace el reconocimiento del concepto indemnizatorio por el que se formulaba reclamación, sino que reconoce su procedencia, existiendo tan solo una diferencia de valoración del mismo que es de carácter mínimo, y que se traslada a una diferencia inferior al 5% entre el importe a cuyo pago se condena en el fallo y aquel en que se había fijado por el demandante el quantum de la indemnización.”






Puesta al día internacional



La responsabilidad objetiva de los organizadores de viajes combinados. Interpretación de la directiva 90/314/CEE por el Tribunal de Justicia Europeo a propósito de la cuestión de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 2021

por José Manuel Villar Calabuig
Abogado
Secretario General de la AEARCS

I. CONSIDERACIONES PREVIAS



Con motivo de la reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia, de 18 de marzo, y la importante repercusión de la misma en materia de Responsabilidad Civil de los organizadores de viajes combinados, surge la oportunidad con este estudio de hacer una breve aproximación a la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, y Directiva (UE) 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, del Parlamento Europeo y del Consejo, en relación con la responsabilidad del organizador por daños y perjuicios sufridos durante el viaje, incluso por hechos de tercero.

La Sentencia que ha inspirado el presente trabajo, versa sobre unos hechos acaecidos en el verano de 2010 durante el transcurso de un viaje (combinado) que había sido contratado en el Reino Unido con destino Sri Lanka, por lo que la Directiva interpretada en la decisión prejudicial planteada es la 90/314/CEE. El hecho de que exista una nueva directiva, 2015/2302, no va a modificar el análisis de las consecuencias de esta Sentencia, pues, en lo relativo a la responsabilidad civil de los organizadores de viajes combinados, esta última no modifica el contenido de los artículos interpretados por el Tribunal de Justicia.

Centraremos el estudio exclusivamente en la responsabilidad del organizador ante un hecho que provoca daños y perjuicios por lesiones del viajero. Quien conozca el contenido de la Directiva actual, conocerá que el desarrollo de esta ha venido a reforzar la protección de los viajeros, incluso matizando esta condición frente a la de consumidor que se aplicaba anteriormente, el desarrollo de los viajes vinculados, las nuevas tecnologías y la contratación por internet, los precontratos y errores en la reserva, así como las garantías por quiebra o insolvencia de los organizadores. Sin embargo, la nueva Directiva no ha variado, aunque si repartido entre varios artículos, el contenido de lo prevenido en el artículo 5 de la Directiva 90/314/CE.

II. DIRECTIVA 314/2015/CE. RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANIZADORES.

Dando por hecho que nos encontramos ante un viaje combinado, conforme regulación prevista en el artículo 2 de la Directiva, que establece el concepto de Viaje Combinado como *“La combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida a la venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia: a) transporte, b) alojamiento y c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado”*, daremos relevancia al supuesto de la responsabilidad ante la no ejecución o mala ejecución del contrato. De hecho, la decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del

artículo 5, apartado 2, tercer guion de la Directiva.

La Unión Europea ha impuesto que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que la responsabilidad respecto al consumidor por la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato recaiga en el organizador y/o en el detallista que sean parte de dicho contrato, con independencia de que dichas obligaciones las deban ejecutar él mismo u otros prestadores de servicios, y ello sin perjuicio del derecho del organizador y/o del detallista a actuar contra esos otros prestadores de servicios. Lo que ha provocado que todos los países transpusieran la Directiva a su regulación interna, como hizo el Reino Unido con el Reglamento de 1992 (Package Travel, Package Holidays and package Tours Regulation 1992) o España con el vigente 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 su actual Ley.

El artículo 5.2 de la Directiva establecía:

“2. Por lo que respecta a los daños sufridos por el consumidor a causa de la no ejecución o mala ejecución del contrato, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad recaiga en el organizador y/o el detallista a menos que dicha no ejecución o mala ejecución no sean imputables ni a estos ni a otro prestador de servicios, porque:



— las faltas observadas en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor,

— dichas faltas sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable,

— dichas faltas se deban a un caso de fuerza mayor, tal como se define en el inciso ii) del apartado 6 del artículo 4, o a un acontecimiento que el organizador y/o el detallista, o el prestario, poniendo toda la diligencia necesaria, no podían prever ni superar.

Por lo que se refiere a los daños que no sean corporales que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado, los Estados miembros podrán admitir que se limite el resarcimiento en virtud del contrato. Dicha limitación deberá ser razonable.”

Esta redacción, y su transposición por los distintos países, ha llevado a la interpretación clara de que nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva, donde el organizador responderá frente al consumidor (viajero), sin perjuicio del derecho de repetición frente al responsable. Máxima protección para el consumidor, aunque debemos hacer mención expresa a la interpretación de las excepciones que contempla la Directiva, especialmente con el 2º y 3º guion, donde la intervención de tercero o la fuerza mayor puedan condicionar esa responsabilidad, que ha llevado, en la práctica, a una importante judicialización de las reclamaciones cuando los hechos que provocaron el daño no eran claramente una mala ejecución del servicio prestado por el organizador o los prestadores del servicio final. Bueno, incluso en este segundo caso suele judicializarse pues el organizador pretende que se haga la reclamación directa al mismo (Hotel o empresa de transportes), y ello pese a la claridad del artículo 6 que señalaba: “En caso de reclamación, el organizador y/o el detallista o su representante local, si existe, deberán actuar con diligencia para hallar las soluciones adecuadas”. Posiblemente ese “y/o” ha dado origen a que el organizador pretenda que se aplique, indebidamente, solo el condicional del “o”.

III. DIRECTIVA (UE) 2015/2302. LOS CAMBIOS RESPECTO A LA DIRECTIVA DEL 90.

Ya señalábamos que en materia de responsabilidad del organizador no encontra-

mos variación, pero sí en la reestructuración de su articulado, que, por otro lado, creemos ha ayudado a poner en duda la responsabilidad objetiva del organizador, sin que entendamos que ese sea el espíritu de la Directiva pues el propio Considerando (1) de la Directiva: “La Directiva 90/314/CEE del Consejo establece una serie de importantes derechos de los consumidores en relación con los viajes combinados, en particular por lo que se refiere a los requisitos de información, la responsabilidad de los empresarios en relación con la ejecución del viaje combinado y la protección frente a la insolvencia del organizador o minorista. Sin embargo, es necesario adaptar el marco legislativo a la evolución del mercado para adecuarlo mejor al mercado interior, eliminar ambigüedades y colmar las lagunas legislativas”, o el Considerando (3) que señala: “El artículo 169, apartado 1 y apartado 2, letra a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la Unión contribuirá a la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores mediante las medidas que adopte en virtud de su artículo 114”.

La directiva amplía y detalla con mayor precisión el concepto de viaje combinado y los supuestos que no lo son.

Como ya adelantábamos, respecto a la responsabilidad de los organizadores, el artículo 5 de la Directiva del 90 se ha modificado, para darle mayor desarrollo y estructura, circunstancia que puede influir en cierta confusión.

La primera mención es la obligatoriedad de que en el contrato se recoja la responsabilidad del Organizador frente al viajero y así el artículo 7, sobre el Contenido del contrato de viaje combinado y documentos que se han de entregar antes del inicio del viaje combinado, establece:

b) indicación de que el organizador:

i) es responsable de la correcta ejecución de todos los servicios de viaje incluidos en el contrato de conformidad con el artículo 13, y

ii) está obligado a prestar asistencia si el viajero se halla en dificultades de conformidad con el artículo 16

Encontramos dos nuevos artículos en la Directiva de 2015 sobre responsabilidad e indemnización de daños y perjuicios:

Artículo 13. Responsabilidad por la ejecución del viaje combinado

1. Los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado sea el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje.

Los Estados miembros podrán mantener o establecer en su Derecho nacional disposiciones que estipulen que también el minorista es responsable de la ejecución del viaje combinado. En ese caso, las disposiciones del artículo 7 y del capítulo III, del presente capítulo y del capítulo V que sean aplicables al organizador se aplicarán también, *mutatis mutandis*, al minorista.

Se mantiene por tanto la responsabilidad del organizador al margen de que no fuera este el prestador del servicio, y se faculta a los países a que amplíen esta responsabilidad al minorista, lo que no supone que se le ceda la responsabilidad al minorista y se libere así al organizador, al contrario, responde el organizador, aunque también puede responder el minorista como mayor garantía para el viajero.

Artículo 14. Reducción de precio e indemnización por daños y perjuicios

1. Los Estados miembros garantizarán que el viajero tenga derecho a una reducción del precio adecuada por cualquier período durante el cual haya habido falta de conformidad, a menos que el organizador demuestre que la falta de conformidad es imputable al viajero.

2. El viajero tendrá derecho a recibir una indemnización adecuada del organizador por cualquier daño o perjuicio que sufra como consecuencia de cualquier falta de conformidad. La indemnización se abonará sin demora indebida.

Este es el apartado que puede crear cierta confusión al encontrarse de forma conjunta la reducción de precio y la indemnización por daños y perjuicios. Podría entenderse limitada esa indemnización a los supuestos de falta de conformidad en el precio, y no tanto a supuestos de responsabilidad civil por la no ejecución o la mala ejecución del contrato. Como vemos en el punto 3 del mismo artículo, que es copia del antiguo artículo 5, no debería producirse esa posible confusión.

3. El viajero no tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios si el organizador

demuestra que la falta de conformidad:

- a) es imputable al viajero;
- b) es imputable a un tercero ajeno a la prestación de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado y es imprevisible o inevitable, o
- c) se debe a circunstancias inevitables y extraordinarias.

Estos criterios se deben aplicar a cualquier supuesto en el que el organizador deba responder frente al viajero, bien por falta de acuerdo o por mala ejecución del contrato, que incluye los daños sufridos por el viajero durante el viaje y que no se encuentren dentro de los criterios del punto 3.

Precisamente, el punto 4 de este artículo, que trata la aplicación de convenios internacionales para limitar las indemnizaciones, establece que estas limitaciones no afectarán a supuestos de daños corporales o perjuicios causados de forma intencionada o por negligencia.

4. En la medida en que los convenios internacionales que vinculan a la Unión limiten el alcance o las condiciones del pago de indemnizaciones por parte de prestadores de servicios de viaje incluidos en un viaje combinado, las mismas limitaciones se aplicarán a los organizadores. En la medida en que los convenios internacionales que no vinculan a la Unión limiten la indemnización que deben pagar los prestadores de servicios, los Estados miembros podrán limitar en consecuencia la indemnización que deben pagar los organizadores. En los demás casos, el contrato de viaje combinado podrá limitar la indemnización que debe pagar el organizador siempre que esa limitación no se aplique a los daños corporales o perjuicios causados de forma intencionada o por negligencia y que su importe no sea inferior al triple del precio total del viaje combinado.

Se refuerza, por tanto, la responsabilidad objetiva del organizador frente al viajero, al margen de que se dé entrada al minorista, que será intermediario en las reclamaciones que se le presenten respecto del organizador.

IV. SUPUESTO ANALIZADO Y FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 18 DE MARZO DE 2021

El Tribunal Supremo del Reino Unido (Su-

preme Court of the United Kingdom) planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Europeo, con la finalidad de resolver sobre la reclamación formulada por la consumidora, residente en Reino Unido contra el organizador de viajes Kuoni, por la violación que sufrió durante su estancia en un Hotel de Sri Lanka, y que fue cometida por un operario que trabajaba para el propio hotel en el que se hospedaba la víctima.

Los hechos ocurrieron en el mes de julio del año 2010. La violación se produjo cuando la huesped pretendía dirigirse hacia la recepción, por lo que solicitó indicaciones a un operario, que llevaba puesto el uniforme del hotel, quien se ofreció a acompañarla por un atajo y en una de las instalaciones del hotel cometió la violación.

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia analiza si es posible exigir la responsabilidad civil del organizador por los actos cometidos por los trabajadores del prestador de servicios, que si bien no se puede considerar como prestador de servicios directo, es un empleado que contribuye a que el hotel pueda prestar los servicios que fueron contratados por la víctima.

En cuanto a la causa de exoneración de responsabilidad que se recoge en el artículo 5, apartado 2, tercer guion, de la Directiva 90/314, se plantea si con base en las actuaciones llevadas a cabo por el organizador, que indica fueron realizadas con toda la diligencia exigible, los daños se hubieran podido prever o evitar. En este sentido, cabe destacar que se trata de una excepción a la norma que se distingue de la fuerza mayor, en la que se exige que el daño producido sea totalmente imprevisible, irresistible e inevitable.

Los motivos por el que los tribunales ingleses, en primera (High Court of Justice (England & Wales) – Tribunal Superior de Justicia Inglaterra y Gales) y segunda instancia (Court of Appeal (England & Wales) – Tribunal de Apelación), desestimaran la reclamación se basaron en *“considerar que las «prestaciones de viaje» que figuran en la cláusula 5.10, letra b), del contrato no incluían el hecho de que un miembro del personal de mantenimiento acompañara a un cliente a la recepción. Asimismo, ese órgano jurisdiccional declaró, en un obiter dictum, que, en todo caso, Kuoni habría podido invocar la cláusula de exención de responsabilidad prevista en el artículo 15, apartado 2, letra c), inciso ii), del Reglamento de 1992”, la de primera instancia, y en apelación “consideró que un miembro del personal de mantenimiento del hotel, reconocido como tal por el cliente y que acompañaba a este a la recepción del hotel, no estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación de la cláusula 5.10, letra b), del contrato. También apreció que el Reglamento de 1992 no estaba concebido para facilitar una acción judicial contra un organizador de viajes basada en el comportamiento ilícito de un empleado de un prestador, ya que dicho comportamiento no formaba parte «de las funciones para las que est[aba] contratado» y que ese prestador no era responsable de las acciones de terceros en virtud del Derecho nacional aplicable a los consumidores o del Derecho extranjero aplicable al citado prestador. Por último, en un obiter dictum, consideró que Kuoni no era responsable ni en virtud de la cláusula 5.10, letra b), de dicho contrato ni en aplicación del artículo 15 del Reglamento de 1992, ya que N no era un «prestador» a efectos de esas disposiciones.”*

Sin embargo, mediante voto particular, uno de los jueces del Tribunal de Apelación planteó *“dudas en cuanto a la apreciación de que, con*



arreglo al Derecho inglés, el hotel no había incurrido en responsabilidad por una violación cometida por un empleado que llevaba uniforme y se presentaba al público como un empleado de confianza. Consideró que, en ese Derecho, la persona que asume la responsabilidad contractual sigue siendo personalmente responsable de la ejecución del contrato, aun cuando este sea ejecutado por un tercero. Por lo que respecta a la Directiva 90/314, señaló que tanto esta como el Reglamento de 1992 tenían esencialmente por objeto permitir que los turistas cuyo viaje se había malogrado actuaran contra la otra parte contratante. En su opinión, ha de dejarse que las consecuencias del viaje malogrado sean encomendadas por el organizador de viajes con sus propios cocontratantes, quienes, a continuación, deberán resolver los problemas posteriores con sus propios empleados o subcontratistas. Además, dicho juez sostuvo que nada justificaba la conclusión de que, en el caso de un subcontratista o un empleado, el concepto de «prestador» deba limitarse al hotel de que se trata. Añadió que no cabía duda alguna de que determinados empleados debían considerarse prestadores.”

La conclusión a la que llega la Sentencia del Tribunal de Justicia, en el supuesto analizado, es que las actuaciones del empleado se encuentran dentro de la esfera de control del organizador y del prestador de servicios, por lo tanto, nos encontramos ante un daño que se hubiera podido prever y en mayor medida, evitar. A su vez, entiende que esta interpretación garantiza una mayor protección a la víctima, permitiéndole actuar judicialmente contra el organizador por la mala ejecución del contrato a fin de obtener una indemnización, y es indiscutible que su presumible solvencia y en especial la posibilidad de reclamar en el lugar de residencia de la víctima, contribuyen a que la reparación del daño sufrido durante el viaje sea más efectiva.

Por ello, la Sentencia declara:

“El artículo 5, apartado 2, tercer guion, de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, en la medida en que establece una causa de exención de la responsabilidad del organizador de un viaje combinado por la buena ejecución de las obligaciones derivadas de un contrato relativo a un viaje de ese tipo, celebrado entre ese organizador y un consumidor y regulado por dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de no ejecución o de mala ejecución de esas obligaciones que

resulte de actos de un empleado de un prestador de servicios que ejecuta el citado contrato:

- ese empleado no puede considerarse como prestador de servicios a efectos de la aplicación de esa disposición

- el organizador no puede eximirse de su responsabilidad derivada de tal no ejecución o mala ejecución, en aplicación de la mencionada disposición.

V. CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de que la Sentencia del Tribunal de Justicia está resolviendo una cuestión prejudicial respecto a un pleito seguido en el Reino Unido, las conclusiones de esta son de aplicación al Derecho de la Unión y, por lo tanto, de total aplicación a cualquier interpretación que se pudiera hacer de la norma nacional correspondiente que haya transpuesto la Directiva Europea.

En nuestro derecho nacional, la ley vigente sobre viajes combinados es el *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*, modificado en esta materia por el *Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados*, y que prevé en su Artículo 160:

1. Los organizadores y los minoristas de viajes combinados responderán de forma solidaria frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores.

Quien responda ante el viajero tendrá el derecho de repetición frente al empresario al que le sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado.

Cuando un organizador o un minorista abone una compensación, conceda una reducción del precio o cumpla las demás obligaciones que impone esta ley, podrá solicitar el resarcimiento a terceros que hayan contribuido a que se produjera el hecho que dio lugar a la compensación, a la reducción del precio o a otras obligaciones.



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



1.ª edición, enero 2021

308 páginas

Encuadernación:
rústica sin solapas

ISBN: 978-84-1369-071-1

Depósito legal: Gr. 1477/2020

PVP: 24 €

La transparencia en el mercado de seguros

5 años de LOSSEAR y 40 años de la Ley 50/1980, de 8 de octubre,
de Contrato de Seguro, en tiempo de pandemia y de transformación digital

Félix Benito Osma

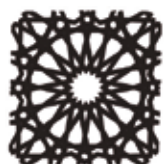
La transparencia constituye uno de los principios fundamentales de orden público económico y social en el mercado. Uno de los impactos regulatorios de la década en el mercado europeo de seguros y fondos de pensiones ha sido la solvencia y la transparencia.

Dentro del mercado de seguros coexisten principios fundamentales que disciplinan la diligencia, la conducta, así como el buen gobierno de la actividad de los operadores jurídicos y económicos —aseguradores, reaseguradores y distribuidores— y de los consumidores. Son principios que informan, inspiran y dan sentido a las normas generales y sectoriales de ordenación pública como aquellas otras privadas reflejo del objeto de la actividad aseguradora —el contrato de seguro—. La posición asimétrica de las partes en la relación contractual asegurativa implica una mayor diligencia y responsabilidad profesional respecto al comportamiento y a la práctica sobre el producto y su comercialización. Se expone la conveniencia de revisar los conceptos y los principios de la LCS (40.º aniversario) como ley mínima con las nuevas normas, especialmente, LOSSEAR y el RDL 3/2020, sobre distribución de seguros. En particular, los principios basados en una simetría proporcional de los deberes/cargas entre las partes del contrato, así como de los remedios y consecuencias a su incumplimiento por las partes, especialmente sobre aquellos a quienes se les impone un «plus de información», de diligencia y de transparencia, especialmente, en el momento de la contratación como en el momento de acaecimiento del siniestro y del comienzo de la obligación de pago de la aseguradora en cumplimiento del contrato de seguro y de planes de pensiones. Un producto será transparente cuando responda adecuada y razonablemente a las legítimas expectativas económicas y jurídicas de sus destinatarios —sean o no consumidores— dentro del proceso de buena gobernanza en el diseño, en la comercialización y en la contratación. En este último aspecto de la contratación del producto puede verse que los controles de transparencia sobre las cláusulas predispuestas en las pólizas aparte de insuficientes resultan confusos. Esta apreciación se demuestra con la constante conflictividad del contrato de seguro experimentada no simplemente sobre los deberes de información sino en gran medida sobre la errática e insegura distinción ofrecida por los jueces y tribunales entre las denominadas cláusulas limitativas y las cláusulas delimitadoras del riesgo en los contratos de seguro, con unos controles generales y especiales para el tipo de cláusula incluso aquellas calificadas como sorprendentes. Esas realidades jurídicas incluso jurisprudenciales europeas sobre los controles de transparencia en la contratación con consumidores necesitan, aparte de una armonización con las normas generales (LCGC y TRLGDCU) para todos los contratos, de unos principios generales y particulares que inspiren la libre accesibilidad, la comprensibilidad y la transparencia del contrato de seguro conforme al nuevo entorno tecnológico —big data, blockchain, inteligencia artificial— y económico con la pandemia (COVID-19).

El producto de seguro ha de ser comprensible, adecuado y útil para las partes, principalmente, para quien contrata y se asegura, pues no hay contrato justo sin objeto ni causa.



**“5 años de LOSSEAR
y 40 años de la Ley
50/1980, de 8 de octubre,
de Contrato de Seguro,
en tiempo de pandemia
y de transformación digital”**



COMARES
editorial

Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 Albolote (Granada)
Tlf: 958 46 53 82

E-mail: libreriacomares@comares.com
<http://www.comares.com>

El Congreso de Derecho de la Circulación llega a su XXXVII edición

27 y 28 de mayo de 2021

Volverá a reunir a profesionales del Derecho, la Judicatura y del Seguro para analizar la problemática actual y los retos a los que se enfrenta el Derecho de Circulación.

Este año será **un evento híbrido:**



Presencial en Madrid, con protocolo COVID-19.



En streaming en directo, en formato webinar.

Inscríbete y disfruta de un **descuento** para miembros de la **Asociación Española de Abogados de RC**.



Descubre el **programa** y los **ponentes**:



Organizado por:

Patrocinado por:

inese
INSURANCE
SCHOOL



 **BCN DATA**

 **BCN IURIS**

INNOKU