

nº 79

Tercer Trimestre. Año 2021



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**Responsabilidad
por daños causados
por patinetes
eléctricos**

**Viajes combinados:
el daño derivado
del incumplimiento
o cumplimiento
defectuoso del
contrato**

**El recobro por
subrogación de la
Seguridad Social
alemana en
aplicación de la Ley
35/2015 de reforma
del Baremo**



Nuestra prioridad
es saber cuál es la tuya.
Hablar nos acerca.

pelayo[®]

pelayo.com





nº79

Tercer Trimestre. Año 2021



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 79

EDITORIAL

- Granada, mil años de tradición jurídica

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

DOCTRINA

- Responsabilidad por daños causados por patinetes eléctricos

Maren Garcia-Valle Pérez..... 9

- Viajes combinados: el daño derivado del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Evolución legislativa y análisis jurisprudencial sobre la valoración del daño y criterios de imputación

Felipe Chomali Palacio.....39

- El recobro por subrogación de la Seguridad Social alemana en aplicación 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

Mónica Tholen.....71

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 22 de junio de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: El procedimiento penal interrumpe el ejercicio de la acción civil, independientemente de quién fuese el denunciante o quién estuviese personado, debiendo notificarse su sobreseimiento a los perjudicados estén o no personados en las actuaciones.....107

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 28 de junio de 2021

RESPONSABILIDAD CIVIL: Se desestima la demanda interpuesta frente a dos abogados en reclamación de 7.000.000 euros por negligencia profesional, al considerar que no se ha acreditado el daño por pérdida de oportunidad de la acción frustrada.....113

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 8 de julio de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Recurso frente a la resolución de la Administración de inadmitir por prescripción una reclamación por responsabilidad patrimonial derivada de una negligencia médica. Estimado el recurso en cuanto a la falta de extemporaneidad, el Juzgado debe analizar y pronunciarse sobre la acción indemnizatoria, en lugar de ordenar la retroacción de actuaciones a la fase administrativa para la emisión del dictamen del consejo consultivo.123

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 21 de julio de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción subrogatoria de la comunidad de propietarios por los daños en elementos comunes del edificio debido al incendio originado en el local del demandado. Desestimación de la demanda al no ser la subrogación contra el propio asegurado que no ostenta la condición de tercero causante del daño.....133

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de septiembre de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Se estima el recurso de casación corrigiendo el erróneo juicio valorativo de las conductas concurrentes aplicado en la instancia en el que se atribuyó a la víctima el 70% de la responsabilidad, al considerar que el riesgo que implica trepar por un rocódromo se vio manifiestamente agravado por el descuido de la monitora al enganchar incorrectamente el arnés.....143

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....153

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

Actualizaciones de interés en el ámbito Internacional:

Por *Alberto Pérez Cedillo*177

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

Granada, mil años de tradición jurídica

por Javier López y García de la Serrana
Director

Ziri, conocida como *Arco de las Pesas*, donde se exponían colgadas para público escarmiento, las pesas irregulares que eran decomisadas. Es revelador, en este sentido, el texto del viajero **IBNS AS SABBAH** del siglo XV con la siguiente cita sobre la administración de justicia: *“La ciudad de Granada no tiene semejante entre todas las ciudades de al-Andalus. Es ciudad en la que hay rectitud en toda la administración de justicia: en el almotacenazgo, en los precios, en las ventas y en las compras, tomando precauciones contra la usura, y observando lo lícito”*.

Muchos son los aspectos en los que alcanzó altas cotas el Reino de Granada, con un arte y una cultura únicos, pero cabe preguntarnos, dentro de una ciudad tan indisolublemente unida al Derecho como Granada, cómo fue el contexto jurídico durante el período nazarí. Los gobernantes de Granada, pese a su independencia no legislaban, ya que el derecho emanaba del Corán y la Sunna, por tanto su papel era administrativo y judicial. Los doctores en teología lo eran a la vez en derecho (mufti) y de entre éstos se nombraba a los jueces o *Cadíes*, que eran los encargados de administrar justicia en nombre del soberano del Reino de Granada en cada una de sus tres quras o regiones: la de Elvira con capital en Granada, la de Takurunna con capital en Málaga y la de Bayyana con capital en Almería. La administración también contaba con magistrados menores o *Zabozoques* para el control de las labores de policía o de mercados por ejemplo. Existían inspectores de pesas y medidas llamados *Almotacenes* para vigilar por la legalidad en las transacciones comerciales, que estaban presentes en todas los mercados de la medina. Testigo de esta figura en la ciudad, es una de las puertas de la Alcazaba

El alto grado cultural al que llegó el Reino de Granada hace que durante el período nazarí se funde en Granada la primera Madraza o Casa de la Cultura, a imagen de la de Bagdad, por el sultán **YUSUF I** en 1349. Esta fue la primera universidad árabe, no ya de al-Andalus, sino de Europa, que como escuela coránica impartía teología y derecho entre otras materias y donde se formaba al cuerpo de funcionarios que trabajaba para el sultán. La Madraza como institución formadora en derecho, fue el gran centro jurídico de la Granada islámica, que posteriormente con la conquista de Granada por los Reyes Católicos pasaría a ser Casa del Cabildo y sede de los Caballeros Veinticuatro.

En 1492 cae el último baluarte musulmán en la Península Ibérica y la ciudad entra en la órbita de la administración castellana. En este nuevo marco institucional los **REYES CATÓLICOS** quisieron dotar a Granada de un papel relevante, así por Real Cédula de 8 de febrero de 1505 se establece el traslado del Alto Tribunal de la Chancillería

de Ciudad Real a Granada, con competencia en todos los territorios al sur del Tajo y teniendo como homónima a la Real Chancillería de Valladolid. Éste importantísimo organismo administrativo y jurídico, que a partir de los Reyes Católicos representa la autoridad real, coloca a Granada una vez más como ciudad de primer orden en el ámbito administrativo y jurídico. Desde el principio se pensó en la construcción de un edificio que pudiera albergar este Alto Tribunal y que representara la autoridad de la Real Chancillería, construyéndose el magnífico edificio que preside Plaza Nueva, cuya construcción se inició en 1531 y se terminaría en 1587.

A partir del siglo XVI Granada ofreció a España una larga lista de ilustres juristas, comenzando por el **PADRE SUÁREZ** (1548-1617), que aportan durante varios siglos una inmensa colección de obras jurídicas de especial trascendencia. Mientas, la Real Chancillería fue perdiendo poco a poco su competencia territorial, hasta que en 1790 se escindió de su jurisdicción a Extremadura, siendo en 1834 cuando desaparece para ser sustituida por una Audiencia Territorial que reducía su esfera al sureste de España y después a las provincias de Andalucía oriental. Aunque de nuevo cobra Granada un importante protagonismo en el ámbito judicial a través del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que vino a establecer en Granada la sede del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), fijando su emplazamiento en el magnífico edificio que en su día albergara a la Real Chancillería.

Todo lo expuesto, no hace sino justificar la tradición jurídica de la ciudad de Granada, que se completa con el papel que en el desarrollo de dicha tradición juega la Universidad de Granada, creada en 1526 por el emperador **CARLOS V**, a la cual el **PAPA CLEMENTE VII** le otorgaría iguales privilegios que a las universidades de Bolonia, París, Salamanca y Alcalá de Henares, de manera que nuestra Universidad tiene un origen tanto imperial como papal. Y todo ello nos obliga, a todos los que hemos pasado por su Facultad de Derecho, a ayudar y colaborar por mantener nuestra tradición jurídica milenaria, teniendo este año una magnífica oportunidad con la celebración en Granada del **XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogado Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro**.

Pero además este año es muy especial, pues supone el reencuentro entre los compañeros que conformamos esta Asociación después

de la terrible pandemia que hemos padecido, la cual impidió que el año pasado pudiéramos celebrar nuestro XX Congreso Nacional de manera presencial, por lo que en esta ocasión la XXI edición va a ser un congreso diferente, cargado de emociones, en el que compartiremos de nuevo nuestras experiencias profesionales tanto a través del programa social que tenemos preparado, como con el estudio y reflexión de los temas más actuales de nuestra materia que conforman el programa científico, para lo cual contaremos un año más con un magnífico manual que recogerá las ponencias que con una breve síntesis expongo a continuación en este editorial, comenzando por la primera de las ponencias que correrá a cargo de **ALBERTO J. TAPIA HERMIDA**, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid y vicepresidente de la SEAIDA, quien nos hablará sobre un tema que siempre está de actualidad y más ahora *“La Responsabilidad Civil por producto defectuoso tras la reforma de la Ley del Consumidor por el Real Decreto-Ley 7/2021 de 27 de Abril. En particular, la noción de “durabilidad” y la ampliación del plazo de garantía”*. En esta ocasión tendremos la oportunidad de conocer cómo afectará la entrada en vigor de esta nueva Ley en enero de 2022, dentro del ámbito de la responsabilidad del empresario frente al consumidor, así como en los derechos de éste y los plazos de garantía entre otros aspectos muy importantes a tener en cuenta en esta materia.

Y siguiendo con las novedades legislativas, contaremos también con la intervención de **ESPERANZA ALCAÍN MARTÍNEZ**, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada y patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad, quien defenderá la ponencia *“La Responsabilidad Civil de las personas con discapacidad: conexión entre el derecho de daños y el derecho de discapacidad”*. Se trata de un estudio magnífico donde se nos ofrece la posibilidad de conocer cómo la nueva Ley 8/2021 de 2 de Junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de personas con discapacidad, afecta al tratamiento del incapaz como sujeto responsable de los daños causados, haciendo coincidir el propósito de mantener los derechos que conforman la capacidad jurídica del incapaz con la asunción de responsabilidades por el mismo.

Ya en la tercera de las ponencias contaremos con la presencia de **MARIA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA**, catedrática de derecho civil de la Universidad de Granada, quien abordará un tema de gran actualidad e importancia como

es la *“Responsabilidad Civil y Redes Sociales. Especial consideración a los daños sufridos o causados por menores de edad”*. Nadie puede poner en duda que en la sociedad en la que vivimos las redes sociales son ya parte cotidiana de nuestra forma de comunicación y relación con los demás, y en el caso de los más jóvenes casi la forma principal y a veces casi la única. Este estudio pone encima de la mesa el problema de la conciliación entre el derecho a utilizar estos medios para hacer públicos aspectos de tu vida personal y el derecho a la protección de los derechos fundamentales sobre la imagen, la intimidad o el honor, destacando los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional al respecto.

En la cuarta ponencia escucharemos a **FERNANDO PEÑA LÓPEZ**, profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña, quien haciéndose eco del gran aumento en el uso de patinetes eléctricos que venimos presenciando en los últimos años y las consecuencias derivadas del mismo, nos hablará sobre *“Los daños causados por los patinetes eléctricos y otros vehículos de movilidad personal: víctimas, responsables y regímenes de responsabilidad aplicables”*. El análisis de las responsabilidades que se generan ante los daños provocados por este tipo de vehículos, tanto para fabricantes, distribuidores, empresas dedicadas a su alquiler o para el conductor o la propia víctima, son los aspectos más relevantes sobre los que se nos va a ilustrar en este caso; y ello junto al análisis de la Jurisprudencia que en torno a este fenómeno se viene desarrollando.

En quinto lugar contaremos con la asistencia de nuestro querido **MARIANO MEDINA CRESPO**, presidente de honor de nuestra Asociación, quien bajo el título *“Prevalencia de la regulación articulada sobre la tabular en el baremo de tráfico: el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo”*, nos ilustrará un año más sobre los entresijos del nuevo sistema de valoración del corporal, en concreto, tratará de resolver la difícil cuestión de si las reglas tabulares son o no normas positivas de contenido jurídico, y por tanto, si prevalecen o no sobre la regulación articulada, así como abordará la postura de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la cuestión.

Este año tan especial me estreno como ponente en nuestro congreso nacional para impartir la sexta ponencia, pues a pesar de haber participado en multitud de congresos y jornadas, nunca había sido ponente en el congreso de nuestra Asociación, pues como

secretario general de la misma había declinado siempre la invitación de la Junta Directiva de la Asociación, pero este año siendo ya el presidente de la misma -tras la pasada asamblea general celebrada en noviembre de 2020- he sido incapaz de justificar el rechazo a ser ponente en el Congreso Nacional y por ello, después de veinte años desde que fundamos esta Asociación -precisamente aquí en Granada-, daré mi primera ponencia rodeado de compañeros y amigos, esperando no defraudarlos. Para ello, se me ha pedido hablar sobre las *“Cuestiones relevantes en la cuantificación del daño de los grandes lesionados”*. En mi exposición, analizaré los evidentes avances y logros importantes en la reparación del daño moral y patrimonial para este grupo de perjudicados, sin olvidarme de algunos de los aspectos que son aún mejorables, tal y como se ha puesto de manifiesto en las propuestas de mejora realizadas por la Comisión de Seguimiento del Baremo -de la que tengo el honor de forma parte- a través del “Informe Razonado” realizado al amparo de la disposición adicional primera de la Ley 35/2015, a las que también me referiré, pues es de esperar que en breve las mismas sean incorporadas al Texto Refundido de la LRCSCVM.

Para la séptima ponencia se ha elegido este año un tema que siempre está en evolución y resulta de gran interés práctico para todos aquellos que nos dedicamos a esta apasionante materia como es la responsabilidad civil, como es la *“Imputación por riesgo en el ámbito laboral: cuestiones prácticas en materia de responsabilidad civil del empresario”*. Será todo un experto en la materia, **JUAN MARTÍNEZ MOYA**, magistrado especialista en Derecho Laboral, Vocal del Consejo General del Poder Judicial y ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, quien se encargue de defender esta ponencia, cuyo objeto será ofrecer una visión general sobre los criterios de imputación por riesgo, las teorías de la culpa y objetiva del riesgo, y examinar las cuestiones sobre la jurisdicción competente (civil o laboral) y la normativa de Prevención de Riesgos Laborales. Por último, analizará la forma de valorar y cuantificar la indemnización del daño - corporal y moral- y la aplicación del baremo en la cuantificación de la responsabilidad del empresario.

Ya en la octava ponencia titulada *“El control de transparencia en las cláusulas de los contratos de seguro”* se nos propone uno de los temas que no podía faltar este Congreso, dada la gran evolución que está experimentando en los últimos años el concepto de control de transparencia en los contratos gracias a las numerosas sentencias dictadas sobre el

particular por la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de derecho bancario, que como explicará el ponente son totalmente extrapolables al derecho de seguros. Y quien mejor para abordar la cuestión que **JAVIER ORDUÑA MORENO**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia y ex magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Este año tendremos el lujo de contar para la novena ponencia con **JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE**, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que intervendrá por primera vez en nuestro Congreso Nacional, quien impartirá una de las materias que más ha dado que hablar en nuestro sector este último año, como es el *“El seguro de defensa jurídica en la jurisprudencia reciente”*. Se hacía necesaria e imprescindible esta ponencia, pues además de analizar las últimas y novedosas sentencias de nuestro Alto Tribunal sobre la materia, el ponente nos dará una clase magistral sobre aspectos de gran relevancia sobre cómo interpretar los límites contractuales en la cobertura de los gastos generados por la defensa jurídica.

Y para finalizar con el contenido académico del congreso, tendremos el placer de contar con un ponente muy admirado por todos los que formamos parte de esta Asociación, por su cercanía y por la contribución que está realizando al derecho de la responsabilidad civil en su función como magistrado de la Sala

de lo Civil del Tribunal Supremo, como es **Jose Luis Seoane Spiegelberg**, quien analizara una de las materias que generan más controversia en los Tribunales, bajo el título *“El seguro de vida y sus distintas problemáticas”*. Esta ponencia nos ayudará a conocer diversas cuestiones relevantes como son las distintas modalidades de coberturas propia de esta modalidad de seguro, las figuras que intervienen en su contratación o cuestiones tan relevantes como el deber de declaración del riesgo así como las consecuencias jurídicas de su inobservancia, así como cuestiones más específicas como el derecho propio del asegurado a la reducción, rescate, anticipo, pignoración y cesión de la póliza de seguro, entre otros.

Por último quisiera agradecer una vez más a la EDITORIAL SEPÍN la edición del libro de ponencias del congreso, que se convertirá, como cada año, en un instrumento de trabajo imprescindible para poder recordar en cualquier momento las consideraciones y reflexiones expresadas por los distintos ponentes en la exposición de sus trabajos, volviendo de esta forma a la normalidad de los congresos anteriores, esperando asimismo que como siempre ocurría en los mismos, también en este XXI Congreso Nacional que celebramos en Granada, aprendamos conviviendo y compartiendo nuestras inquietudes y experiencias profesiones de estos dos últimos años en los que tanto nos hemos echado de menos.

OCTUBRE 2021



Palacio de la Real Chancillería de Granada construida por Carlos V en el siglo XVI, sede actual del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Responsabilidad por Daños Causados Por Patinetes Eléctricos

María Remedios (Maren) García-Valle Pérez
Abogada

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- MARCO NORMATIVO

1. Normativa Europea
2. Derecho Comparado
3. Normativa Estatal Y Municipal

III.- SUJETOS RESPONSABLES Y RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD

1. Régimen de responsabilidad civil
 - 1.1. Responsabilidad del usuario y/o propietario del patinete eléctrico
 - 1.2. Responsabilidad de la empresa de alquiler del patinete eléctrico
 - 1.3. Responsabilidad del conductor o propietario del vehículo a motor
2. Responsabilidad del vendedor del patinete eléctrico defectuoso (derecho de consumidores y usuarios)
3. Régimen de responsabilidad penal
 - 3.1. Responsabilidad del usuario del patinete eléctrico
 - 3.2. Responsabilidad del usuario del patinete eléctrico trucado
 - 3.3. Responsabilidad del menor usuario del patinete eléctrico

IV.-POSTURA DE LAS ASEGURADORAS

V.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

1. Casos Causados Por Menores
2. Casos Con Patinete Eléctrico Asegurado
3. Casos Con Patinete Eléctrico De Alquiler
4. Casos Con Responsabilidades Penales
5. Casos Con Responsabilidades Administrativas

VI.- CONCLUSIONES

VII.- BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, en nuestras ciudades está proliferando el uso de los patinetes eléctricos al ser una solución económica, ecológica y rápida para la movilidad. Por esta razón, los conductores de vehículos a motor y las personas que todavía no son conductores, por no tener la edad precisa y/o no disponer de los medios económicos necesarios, están optando por esta alternativa para sus desplazamientos.

Entre las preguntas que nos podemos plantear en relación a los patinetes eléctricos, como nuevos actores urbanos de la circulación, vamos a intentar responder a las siguientes:

¿Cómo está regulado en nuestro ordenamiento jurídico el patinete eléctrico? Cuando se produce un accidente en el que está involucrado un patinete

eléctrico, ¿quién es responsable y cuál es el régimen de responsabilidad aplicable, y cómo afecta el hecho de que el patinete eléctrico esté trucado?

¿Los usuarios de patinetes eléctricos están preparados para asumir las consecuencias de su utilización?

¿Cómo tratan los jueces en los accidentes a estos nuevos actores urbanos?

En España, quién maneja un patinete eléctrico se expone, además de al riesgo físico que la propia conducción implica, a tener que asumir responsabilidades que, probablemente, no esté listo para afrontar al no estar asegurado o no estarlo adecuadamente de cara a responder de los daños que el uso del patinete eléctrico pueda causar.

La atención médica, ya sea pública o vía seguro privado, cubrirá el gasto que el usuario del patinete eléctrico sufra como consecuencia de un accidente en el que resulte herido. Sin embargo, la situación es menos clara si quién maneja un patinete eléctrico golpea y/o lesiona a un peatón, daña la propiedad de un tercero, causa o interviene un accidente automovilístico.

II.- MARCO NORMATIVO

Con la irrupción de los patinetes eléctricos en la circulación de las ciudades ha ocurrido como otras muchas veces le ocurre al Derecho: primero ha surgido un nuevo fenómeno con

un gran éxito, y, posteriormente, a raíz de los riegos y problemas derivados del mismo, los usuarios y los operadores jurídicos han advertido la necesidad de su reglamentación. De esta forma, poco a poco, se ha empezado a regular esta nueva realidad a nivel europeo, estatal y local.

El hecho de que el patinete eléctrico sea un tipo de vehículo que no necesita ninguna autorización para su uso ha dado pie a que sus usuarios, en especial los menores de edad, puedan sufrir una posible falta de información del marco legislativo aplicable a los daños causados por su utilización.

Todas nuestras autoridades, las europeas, estatales y/o municipales, han dedicado pocos recursos para que los usuarios de los patinetes eléctricos tengan acceso a las normas que les vinculan cuando los utilizan y estén informados de que las normas que les aplican pueden variar según la correspondiente legislación territorial. Por ejemplo, un largo trayecto en patinete eléctrico en Madrid incluirá zonas con normativas diferentes, al ser las ordenanzas municipales las que regulan en último término lo que está permitido y restringido en la circulación con patinetes eléctricos por sus calles.

También las características técnicas del patinete utilizado determinarán que le sea aplicable uno u otro régimen jurídico.

1. NORMATIVA EUROPEA

La normativa europea, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, es la encargada de la vigilancia del mercado de fabricación, homologación y comercialización de toda clase de vehículos que circulan por el territorio europeo, adaptándola cada Estado miembro en su normativa estatal. La Unión Europea establece el marco normativo para la existencia de vehículos y los Estados miembros lo tienen en cuenta para regular las características de sus vehículos y sus condiciones de uso.

Se ha regulado de forma estricta en la Unión Europea la comercialización de los vehículos de movilidad personal (en adelante, "VMP"), entre los que se incluyen los patinetes eléctricos. Esto ha sido necesario para intentar evitar el auge de los accidentes causados por los fallos de fabricación de los VMP, ya que su fabricación ha experimentado un crecimiento exponencial por el incremento del uso, en especial de los patinetes eléctricos, como

alternativa de transporte ecológica y barata en nuestras ciudades.

El marco jurídico europeo de los patinetes eléctricos, como VMP, está incluido en el Reglamento (UE) 168/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013, relativo a la homologación de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos, y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos (en adelante, el “Reglamento UE 168/2013”)¹.

Esta norma, de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico, surge de la necesidad de regular las nuevas tipologías y clases de vehículos que desde el año 2010 se empezaron a fabricar como, por ejemplo, los vehículos ligeros eléctricos. De este Reglamento UE 168/2013 emana la posibilidad de la consideración jurídica de los VMP como vehículos pero sin tratarlos como vehículos a motor. Una vez que este nuevo tipo de vehículos están incorporados a la circulación vial, en este Reglamento UE 168/2013 se les da cabida, no porque se los regule expresamente,

sino que su texto admite su encaje en los márgenes establecidos por el mismo, ya que al fijar su ámbito de aplicación (patinetes con asiento, ciclo de motor, ciclomotores de dos ruedas etc..) los excluyó en su artículo 2.2:

“i) a los vehículos auto-equilibrados” (La negrita de énfasis es nuestra) y

“j) a los vehículos que carecen de una plaza de asiento como mínimo”. (La negrita de énfasis es nuestra)

De manera que el primer requisito para ser considerado un VMP es encontrarse en una de estas exenciones, ya que, de cumplir con las mismas, estos vehículos no podrán ser catalogados como vehículos ligeros sujetos al Reglamento UE 168/2013.

Los VMP se tendrán que regir por sus

¹ DOUE núm. 60, de 2-03-2013

² MORELL ALDANA, LC “Vehículos de movilidad personal: un comentario de urgencia a su última regulación transitoria” Diario La Ley Nº 9547 (2020), nos explica que no hay que confundir el Reglamento (UE) 168/2013 con el proyecto del Parlamento europeo Nº. 2017/01017 (Vehículos ligeros motorizados no aprobados para el transporte de personas y mercancías e instalaciones relacionadas. Vehículos eléctricos ligeros personales -PLEV. Requisitos de seguridad y métodos de ensayo) en el que se catalogan los VMP en cuatro categorías distintas.

propios reglamentos, sin perjuicio de las leyes que cada Estado miembro establezca para ellos y, por el momento, no se ha regulado la exigencia de un seguro obligatorio para este tipo de vehículos, por lo que se ha dejado libertad a los Estados miembros en este punto tan importante.

Los patinetes eléctricos, al ser VMP, no podrán tener las características propias de los vehículos ligeros para evitar ser equiparados legalmente a estos, porque de resultar clasificado como vehículo ligero de los regulados en el Reglamento UE 168/2013 estará condicionado a la obtención de permisos o licencias administrativos para la circulación (junto con su matriculación) y para su conducción.

Los VMP para ser comercializados deben cumplir con los requisitos de las siguientes directivas sobre mercado CE:

a) La Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006. Esta Directiva es la relativa a las máquinas y modifica la Directiva 95/16/CE (refundición). Se transpone por el Real Decreto 1644/2008, de 10 de octubre⁴. Por medio del mismo se establecen las normas para la comercialización y puesta en servicio de las máquinas.

b) La Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011. Trata las restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos, que se transpone en España por el Real Decreto 219/2013, de 22 de marzo⁶.

c) La Directiva 2014/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014⁷. Regula la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de compatibilidad electromagnética (refundición), que se transpone por el Real Decreto 186/2016, de 6 de mayo⁸. Por medio del que se regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos.

³ DOUE núm. 157, de 9-06-2006

⁴ BOE núm. 246, de 11-10-2008

⁵ DOUE núm. 174, de 1-06-2011

⁶ BOE núm. 71, de 23-03-2013

⁷ DOUE núm. 96, de 29-03-2014

⁸ BOE núm. 113, de 10-05-2016

2. DERECHO COMPARADO

¿Qué han hecho otros países de nuestro entorno ante esta nueva realidad de los patinetes eléctricos?

Los Estados miembros de la Unión Europea tienen diversos planteamientos para la regulación de los patinetes eléctricos, tratándolos algunos como vehículos a motor, otros sólo como vehículos y otros equiparándolos a bicicletas⁹. Esto implica que algunos países, los menos, exijan un seguro obligatorio para usar los patinetes eléctricos, como sucede por ejemplo en Francia, Alemania, Holanda y Bélgica.

En lo que coincide la mayoría de los miembros de la Unión Europea es en establecer un límite de velocidad máxima que pueden alcanzar los patinetes eléctricos, siendo lo habitual que este límite sea 20 km/h o 25 km/h. Vamos a indicar a continuación, a modo de ejemplo, lo más destacable de algunas de estas regulaciones europeas:

⁹ SOKOLOWSKI MM, "Laws and Policies on Electric Scooters in the European Union: A Ride to the Micromobility Directive", en *European Energy and Environmental Law Review* (2020).

∅ En Alemania los patinetes eléctricos tienen su propia ley¹⁰. Se les considera vehículos eléctricos ligeros personales en los que sólo puede ir una persona y se exige un seguro obligatorio al considerarlos vehículos a motor, pero no es necesaria licencia para su conducción ni casco para su uso. Se establece la edad mínima para su conducción en 14 años. Se permite su circulación por todas las vías urbanas, incluyendo vías 50 y vías ciclistas. Está prohibido su uso en aceras incluso con el motor apagado. Está prohibido conducir un VMP que no tenga limitada su velocidad a 20 km/h. Se aparcen en los lugares habilitados para las bicicletas.

∅ En Bélgica se reconoce a los patinetes eléctricos como dispositivos móviles en su normativa¹¹. Se les equipara a bicicletas en cuanto al uso de las vías, exigiendo seguro obligatorio cuando los patinetes eléctricos alcancen los 18 km/h, pero sin ser precisa la licencia de conducción. La edad mínima para usarlos son 18 años y la velocidad máxima del patinete eléctrico es 25 km/h. No es obligatorio usar casco. Se pueden aparcar en las zonas

¹⁰ "Regulation of 6 June 2019 of Federal Ministry of Transport on the use of personal light electric vehicles on the road"

¹¹ "Traffic Code of 1975"



habilitadas para las bicicletas.

∅ En Dinamarca los patinetes eléctricos han sido equiparados a bicicletas por la ley¹². Les aplican las mismas reglas de circulación que a las bicicletas, no siendo preciso ni seguro obligatorio ni obtener licencia para su conducción. Está prohibido su uso por las aceras y conducirlos si no tiene la velocidad limitada a 20 km/h. La edad mínima para usarlos es 15 años y si el conductor es un menor debe ir acompañado en otro patinete eléctrico independiente.

∅ En Finlandia los patinetes eléctricos pertenecen a la categoría de vehículos eléctricos ligeros de acuerdo con su normativa¹³. Se equiparán a las bicicletas a efectos de circulación y no es preciso para su uso ni seguro obligatorio ni licencia de circulación. La velocidad máxima de los mismos es de 25 km/h. Si la velocidad del patinete eléctrico es menor a 15 km/h no está sujeta a dicha normativa al ser tratados dichos vehículo como dispositivos de ayuda al peatón.

∅ En Francia los patinetes eléctricos son considerados vehículos a motor por la ley aplicable¹⁴. Se exige para su uso seguro obligatorio, pero no requieren licencia de conducción ni casco. Está prohibido conducir un patinete eléctrico que no tenga limitada su velocidad a 25 km/h y localmente se puede reducir esta velocidad, como el caso de París, donde el límite es 20 km/h para los patinetes alquiler. Se pueden usar a partir de los 12 años de edad, se circula con ellos por las vías ciclistas y, de no existir, está permitido usarlos por todas las vías urbanas, habilitando espacios específicos para su aparcamiento y también siendo posible su aparcamiento en el lugar destinado a las bicicletas. No es obligatorio el uso de casco.

∅ En Holanda existe una normativa obligatoria para los patinetes eléctricos¹⁵. Se ha restringido el uso de los patinetes eléctricos a ciertos modelos, siendo obligatorio tener

seguro y registro de placa azul, estableciendo un límite de velocidad máxima de 25 km/h y de edad para usarlos de 16 años, y el uso de casco no es obligatorio. Pueden circular por todas las vías públicas, pero en Ámsterdam se ha prohibido circular por vías ciclistas.

∅ En Italia hasta 2019 no había normativa específica a nivel nacional, siendo la ley aprobada a tal efecto a mitad de dicho año¹⁶. Se han equiparado los patinetes eléctricos a las bicicletas, por lo que no es obligatorio tener seguro, ni licencia de conducción y se puede llevar a una persona menor de 8 años de edad. La velocidad máxima permitida es de 25 km/h, permitiendo circular por las aceras con ellos con una velocidad de hasta 6 km/h y la edad mínima para conducirlos es 14 años. La circulación está permitida por todas las vías urbanas, incluyendo vías 50 y vías ciclistas.

∅ En Portugal no existe normativa específica para regular el uso de los patinetes eléctricos y se les aplica la normativa para las bicicletas¹⁷. Hay una equiparación total de los patinetes eléctricos a las bicicletas, por lo que no tienen regulación específica y se les aplica toda la normativa de bicicletas, no siendo, por tanto, preciso ni el seguro obligatorio ni licencia de circulación para su uso.

∅ En Suecia¹⁸, cumpliendo los patinetes eléctricos unos mínimos técnicos se equiparán a bicicletas, estando prohibido usarlos en aceras a más velocidad de las personas que caminan. Está prohibido conducirlos si no tienen la velocidad limitada a 20 km/h y es obligatorio el uso de casco para menores de 15 años.

Con estos pocos ejemplos de regulaciones tan dispares, vemos que es preciso que los Estados miembros de la Unión Europea alcancen, en cuanto sea posible, un acuerdo para la armonización de sus normativas para los patinetes eléctricos, ya que, dado el auge de su utilización y las consecuencias del mismo, la posibilidad de una "Directiva de Micro movilidad" se hace cada día más necesaria y que, al igual que para la regulación de la responsabilidad civil automovilística, se centren en la regulación de la suscripción de un seguro obligatorio para todo usuario de patinete eléctrico.

¹² "Danish Road Safety Council Personal Communication of 28 November 2019 and 23 January 2020"

¹³ "Finnish Vehicle Act of 2002" y "Ministry of Transport and Communications of Finland, Personal Communication of 31 of July 2020"

¹⁴ "Decree of 23 Oct. 2019" y "Ministry for the Ecological and Inclusive Transition, Personal Communication of 7 December 2019"

¹⁵ "Ministry of Infrastructure and Water Management, Personal Communication 28 Oct 2019 and 28 Jan 2020"

¹⁶ "Decree of 2019 of the Italian Ministry of Transport"

¹⁷ "National Road Safety Authority 2019 Personal Communication 28 Nov 2019"

¹⁸ "Road Traffic Regulation 1998:1276" y "Act 2001:559 on Road Traffic"

Fuera de la Unión Europea, destaca la regulación del Reino Unido y de los

Estados Unidos:

∩ En Reino Unido no hay normativa específica para los patinetes eléctricos y se aplica la general de los vehículos a motor¹⁹. Al ser considerados los patinetes eléctricos como vehículos a motor para su uso es preciso ser mayor de 16 años, siendo obligatorio tener un seguro y licencia para su conducción.

∩ En Estados Unidos, no existe una legislación uniforme al establecer cada Estado sus leyes en relación al uso de los patinetes eléctricos²⁰. No obstante lo anterior, existen regulaciones que se repiten en muchos de los Estados como que los patinetes eléctricos pueden usarse por todas las calzadas, que se permite su uso por las aceras, que no es obligatorio el uso de casco, que la edad mínima para usarlos es de 16 años y que la velocidad máxima permitida es entre 20 mph (32,19 km/h) y 30 mph (48,28 km/h). La exigencia de seguro obligatorio para los usuarios de los patinetes eléctricos y de licencia para su conducción depende de cada Estado.

Cuando en Estados Unidos ocurre un accidente en patinete eléctrico se centran en un análisis de la negligencia, analizándose especialmente dónde se pueden usar los patinetes eléctricos según cada normativa estatal (aceras, calles, carriles para bicicletas, etc.) en la medida en que exista una ley que prohíba su uso en un determinado lugar. Si en relación a la conducción de un patinete eléctrico se infringe una ley (por ejemplo, de circulación) y se causa daño a alguien, entonces se aplica la “*negligencia per se*”, es decir, se presume que el usuario del patinete eléctrico tiene la culpa, en base al deber de cuidado, a no ser que dicho usuario pruebe que puede aplicarse una excepción para que no se le considere negligente. Las excepciones incluyen los supuestos en que la ley aplicable no es clara, que el usuario del patinete eléctrico actuó con un cuidado razonable para intentar cumplir con la ley o que el incumplimiento de la ley resulta en menor daño que si hubiese cumplido la ley.

¹⁹Road Traffic Act 1998” y “Highway act 1835”

²⁰ HEINSELMAN ZM, MILDER EB, WEINER LS “Scooter Wars: Local Approaches to Regulating Shared Mobility Devices” en *League of California Cities 2019 Spring Conference* (2019)

3. NORMATIVA ESTATAL Y MUNICIPAL

El cumplimiento de la referida normativa europea por los VMP salvaguardaba la observancia de ciertos requisitos para su comercialización, pero faltaba una regulación en relación a la circulación de estos nuevos vehículos.

En España, ante este vacío legal y unos nuevos elementos en la circulación vial, la primera respuesta vino de la mano de la Dirección General de Tráfico (en adelante, “DGT”). Mientras se preparaba la modificación de nuestra normativa de vehículos para dar cabida a estos nuevos actores urbanos, la DGT reguló esta materia a través de Instrucciones transitorias para tratar de fijar los criterios sobre la adecuación a la normativa de tráfico²¹.

La primera de estas instrucciones fue la Instrucción 16/V-124 Asunto: Vehículos de movilidad personal (VMP), de la DGT, de 3 de noviembre de 2016 (en adelante, la “*Instrucción 16/V-124*”)²²

Se explicaba en esta Instrucción que para establecer las normas de tráfico urbano se diferenciaba entre los peatones, a los que se les asignaba el uso de aceras, y los vehículos a motor, a los que se les asignaba el uso de las calzadas, y que las nuevas tecnologías habían dado lugar a nuevos vehículos, como soluciones de movilidad urbana, surgiendo la necesidad de compartir los citados espacios urbanos con estos nuevos elementos, los peatones y los vehículos a motor.

La Instrucción 16/V-124 definió a los VMP como vehículos (pero sin ser definidos como vehículos a motor) capaces de asistir al ser humano en su desplazamiento personal y que, por su construcción, podían exceder de las características de los ciclos y estar dotados

²¹ HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES, JM “¿Circular en un patinete eléctrico sin permiso o licencia de conducción es constitutivo de delito?”, en AAVV, *Sobre Responsabilidad civil y seguro Homenaje a Mariano Medina Crespo*, Ed. Sepín (2020) puntualiza que estas Instrucciones de la DGT no son norma jurídica, que cambie el ordenamiento jurídico preexistente a ellas según lo ya tratado tanto por el Tribunal Constitucional (sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 19 de febrero de 1986 (26/1986) como por el Tribunal Supremo (sentencias de la Sala 3ª de 30 de julio de 1996, de 10 de febrero de 2001 y de 6 de mayo de 2004). El Tribunal Supremo entiende que las circulares e instrucciones pueden interpretar el Ordenamiento Jurídico, aunque, obviamente, no pueden desarrollarlo, puesto que esto último tan solo corresponde a las normas jurídicas.

²² Instrucción 16/V-124 sobre VMP

de motor eléctrico, cuyos límites estaban fijados por el Reglamento UE 168/2013. Estos VMP debían cumplir en su diseño, fabricación y comercialización con los requisitos técnicos establecidos en la legislación vigente en materia de seguridad industrial y de seguridad general de productos.

En cuanto al papel de los Ayuntamientos, la Instrucción 16/V-124 puntualizó que eran los encargados de establecer las limitaciones a la circulación de los VMP en las vías urbanas, dependiendo de los criterios que considerasen relevantes, como la velocidad. Por ello, las nuevas regulaciones se comenzaron a instrumentar por los municipios según el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante, "LTSV")²³.

La Instrucción 16/V-124 aclaró dos características de uso de los VMP:

i) al ser vehículos, no podían asimilarse a los peatones, no debiendo usarse ni en aceras ni otros espacios reservados a los peatones, salvo excepciones permitidas por la autoridad municipal correspondiente; siendo asimilados a ciclos y bicicletas, por lo que se les aplicaba la legislación de tráfico, circulación y seguridad vial; y

ii) al no poder ser catalogados como vehículos de motor, eran vehículos cuyo uso se ubicaba en las calzadas, pero no requerían seguro obligatorio, ni permiso o licencia de circulación y conducción.

Debido al retraso en la modificación de la normativa de vehículos para regular los VMP y el incremento del uso de estos vehículos, la DGT publicó en el año 2019 la Instrucción 2019/S-149 TV-108 Asunto: Aclaraciones técnicas y criterios para la formulación de denuncias de vehículos ligeros propulsados por motores eléctricos, de la DGT de 3 de diciembre de 2019 (en adelante, la "*Instrucción 2019/S-149 TV-108*")²⁴.

Esta Instrucción 2019/S-149 TV-108 adelantaba la nueva definición de VMP que

²³ BOE núm. 261, de 31-10-2015

²⁴ Instrucción 2019/S-149 sobre aclaraciones técnicas para denuncias

incluiría nuestra normativa de 2020, definiendo que el VMP es el vehículo de una o más ruedas dotado de una única plaza y propulsado exclusivamente por motores eléctricos que pueden proporcionar al vehículo una velocidad máxima por diseño comprendida entre 6 y 25 km/h y que sólo pueden estar equipados con un asiento o sillín si están dotados de sistema de auto- equilibrio.

Establece, por tanto, que los patinetes eléctricos, en su condición de VMP, pueden circular entre 6 y 25 km/h, ya que:

i) si estos vehículos no sobrepasan la velocidad de 6 km/h son considerados juguetes; y

ii) si estos vehículos pueden circular a más de 25 km/h estarán asimilados a ciclomotores, al ser vehículos ligeros propulsados por motores eléctricos, y, por tanto, sujetos al Reglamento UE 168/2013, por lo que requerirán permiso para circular y conducir, casco y seguro obligatorio.

Según esta regulación de la Instrucción 2019/S-149 TV-108 si un patinete eléctrico circulase a más de 25 km/h y no pudiese estar clasificado dentro del Reglamento UE 168/2013, por haber sido manipulado alterando su velocidad u otras características técnicas, entonces no podrá circular al carecer de la autorización administrativa precisa para ello.

La Instrucción 2019/S-149 TV-108 no considera VMP a los:

a) Vehículos sin sistema de auto-equilibrio y con sillín. b) Vehículos concebidos para competición.

c) Vehículos para personas con movilidad reducida.

d) Vehículos con una tensión de trabajo superior a 100VCC o 240VAC. e) Vehículos incluidos en el ámbito del Reglamento UE 168/2013.

De acuerdo con lo regulado en la Instrucción 2019/S-149 TV-108, los VMP no requieren ni seguro obligatorio, ni permiso de conducción, pero si están sujetos al Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (en adelante, el "*Reglamento General de Circulación*")²⁵. Por lo

²⁵ BOE núm. 306, de 23-12-2003

tanto, los VMP tienen, entre otras, la obligación de someterse a las pruebas de alcohol y drogas (se inmoviliza el VMP si se da positivo) y de utilizar elementos de protección (como cascos) que podrán ser ampliados por normativas municipales.

Esta Instrucción 2019/S-149 TV-108 considera conductor al usuario del VMP que lo maneja a efectos de la normativa de tráfico y, especialmente, en lo que se refiere a comportamientos prohibidos. Al estar los VMP sometidos al Reglamento General de Circulación sus conductores, entre otras prohibiciones aplicables, no pueden:

i) circular por las aceras y zonas peatonales;
ii) conducir bajo los efectos de alcohol o drogas;
iii) transportar más de una persona;

iv) conducir por la noche sin alumbrado o prendas/elementos reflectantes;

v) mientras conducen utilizar el móvil o cualquier otro dispositivo, o usar cascos o auriculares conectados a receptores o reproductores de sonido, etc.

Las ordenanzas municipales regularán el uso de otros elementos de protección, según lo indicado en la Instrucción 2019/S-149 TV-108, y podrán regular, entre otros, la exigencia del seguro obligatorio²⁶.

En relación a las infracciones cometidas por menores de edad cuando manejan un VMP, la Instrucción 2019/S-149 TV-108 al considerar al VMP un vehículo establece que hay que aplicar el artículo 82.b) de la LTSV respondiendo solidariamente los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho²⁷.

²⁶ MORELL ALDANA, LC “Vehículos de movilidad personal: un comentario de urgencia a su última regulación transitoria” Diario La Ley N° 9547 (2020), explica que tanto en la Instrucción 16/V-124 como en la Instrucción 2019/S-149 TV-108 queda establecido que los VMP no requieren permiso o licencia de circulación y conducción, ni seguro obligatorio que cubra la responsabilidad civil en la que puedan incurrir. Esto se matiza al dejar la puerta abierta a la regulación de los VMP por los Ayuntamientos, ya que estas administraciones locales, en el marco de sus competencias reglamentarias podrán establecer sanciones por en estas cuestiones.

²⁷ Artículo 82.b LTSV “Cuando la autoría de los hechos cometidos corresponda a un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de la multa impuesta sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir

A finales del año 2020 se publicó la esperada modificación de nuestra normativa de tráfico, el Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre (en adelante, el “RD 970/2020”)²⁸., Por medio de esta ley se modifican el Reglamento General de Circulación y el Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, en materia de medidas urbanas de tráfico (en adelante, el “*Reglamento General de Vehículos*”).²⁹

Este RD 970/2020 no ha regulado la necesidad de seguro obligatorio para circular con los VMP y, además, ha dispuesto que los VMP queden exceptuados de obtener autorización administrativa para su conducción³⁰.

Lo que sí ha hecho el RD 970/2020 es recoger tres puntos claves ya plasmados en la Instrucción 16/V-124 y la Instrucción 2019/S-149 TV-108 de la DGT:

i) El reconocimiento de los VMP como vehículos³¹. Por lo que tienen prohibida la circulación por las aceras y zonas peatonales³².

la infracción administrativa que se impute a los menores”.

²⁸ BOE núm. 297, de 11-11-2020

²⁹ BOE núm. 22, de 26-01-1999

³⁰ GARCÍA GARNICA, MC y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R, “Régimen Jurídico y presupuestos de la responsabilidad civil automovilística”, en AAVV, *Responsabilidad civil y valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación*, Ed. Atelier (2021) destacan que los VMP quedan exceptuados de obtener la autorización administrativa exigida con carácter general para la circulación de los vehículos y dirigida a verificar que estén en perfecto estado de funcionamiento y se ajusten en sus características, equipos, repuestos y accesorios a las prescripciones técnicas que se fijan reglamentariamente, en especial, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 22.bis (Vehículos de movilidad personal) del Reglamento General de Vehículos “1. Los vehículos de movilidad personal quedan exceptuados de obtener la autorización administrativa a la que hace referencia el apartado 1 del artículo 1.”

³¹ MARTINEZ NIETO, A “Nuevos límites de velocidad en el medio urbano y normas de control de la movilidad en patinetes” Tráfico y seguridad vial N°256 (2020) destaca que el RD 970/2020 da un paso normativo importante al definir como vehículos a los nuevos medios de movilidad personal, ya que el otorgarles la naturaleza de vehículos acarrea otras dos consecuencias legales: se prohíbe su circulación por el territorio reservado a los peatones y se incrementa el rigor documental para estos vehículos.

³² MAGRO SERVET, V “Los patinetes eléctricos en la búsqueda de su ubicación legal ¿Qué son realmente?” Tráfico y seguridad vial N°257 (2021) nos indica que la Exposición de Motivos del Real Decreto 970/2020 señala que, al definir los patinetes eléctricos como vehículos, tienen prohibi-

ii) El carácter urbano de los VMP, prohibiendo el uso de los VMP en travesías, vías interurbanas, autopistas, autovías y túneles urbanos, modificando para ello el artículo 38 del Reglamento General de Circulación con un nuevo apartado 4³³.

iii) La definición completa de los VMP, en el apartado A “Definiciones” del Anexo II del Reglamento General de Vehículos, excluyendo expresamente de la definición de vehículo a motor a los VMP³⁴. Además, entre otros conceptos, incorporando la definición de “vehículo de movilidad personal”³⁵. La misma fue adelantada por la Instrucción 2019/S-149 TV-108. Esta definición se tendrá en cuenta para la posible comunicación de las entidades locales de la existencia de los VMP al Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico³⁶.

da su circulación por las aceras y por las zonas peatonales, como cualquier otro vehículo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121.5 del Reglamento General de Circulación. En opinión de este autor, se aclara y se concreta esta prohibición de usar las aceras, que era el punto más conflictivo.

33 Artículo 38.4 del Reglamento General de Circulación: “Se prohíbe circular por travesías, vías interurbanas y autopistas y autovías que transcurren dentro de poblado con vehículos de movilidad personal. Asimismo, queda prohibida la circulación de estos vehículos en túneles urbanos.”

34 Anexo II del Reglamento General de Vehículos “Definiciones”: “Vehículo a motor: Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías, los vehículos para personas de movilidad reducida, bicicletas de pedales con pedaleo asistido y los vehículos de movilidad personal.”

35 Anexo II del Reglamento General de Vehículos “Definiciones”: “Vehículo de movilidad personal: Vehículo de una o más ruedas dotado de una única plaza y propulsado exclusivamente por motores eléctricos que pueden proporcionar al vehículo una velocidad máxima por diseño comprendida entre 6 y 25 km/h. Sólo pueden estar equipados con un asiento o sillín si están dotados de sistema de auto-equilibrio. Se excluyen de esta definición los Vehículos sin sistema de auto-equilibrio y con sillín, los vehículos concebidos para competición, los vehículos para personas con movilidad reducida y los vehículos con una tensión de trabajo mayor a 100 VCC o 240 VAC, así como aquellos incluidos dentro del ámbito del Reglamento (UE) nº 168/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 enero de 2013.”

36 MORELL ALDANA, LC “A vueltas con los vehículos de movilidad personal: examen del RD 970/2020, de 10 de noviembre” Diario La Ley Nº 9742 (2020) donde trata que el RD 970/2020 deja la puerta abierta al registro de los VMP, al delimitar en su Disposición adicional única que “Las entidades locales podrán comunicar al Registro de Vehículos del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico, los vehículos de movilidad persona y bicicletas de pedales con pedaleo asistido registrados en sus municipios, de acuerdo con lo que determine el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico”. Aclara esta autora que el registro se presenta como potestativo para las entidades locales, si

El RD 970/2020, mediante la modificación del Reglamento General de Vehículos incorpora a su artículo 3 nuevos párrafos j) y k)³⁷ y su nuevo artículo 22 bis apartado 2 sobre vehículos de movilidad personal, ha regulado como novedad la obligación de los VMP de obtener un certificado para la circulación, acreditando que cada VMP cumple con los requisitos técnicos conforme a la normativa nacional e internacional³⁸. Este certificado será expedido por un tercero competente designado por el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico. La solicitud de dicho certificado será realizada por los fabricantes, importadores o sus representantes en España.

Los mencionados requisitos técnicos se establecerán en el manual de características de los VMP³⁹. Este manual será elaborado por el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico y será actualizado cuando se modifique la correspondiente normativa nacional e internacional o cuando aparezcan nuevas

bien considera que es posible que se generalice, ya que sería la única forma de controlar que los VMP que circulan por el espacio urbano en cuestión, lo hacen con certificado reglamentario en vigor y siendo perfectamente identificables.

37 Artículo 3 del Reglamento General de Vehículos “j) Certificado para la circulación. Documento expedido por un tercero competente designado por el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico en el que se acredita que el vehículo sometido a ensayo cumple con los requisitos técnicos de aplicación conforme a la normativa técnica nacional e internacional. Los vehículos de movilidad personal deberán obtener dicho certificado y la solicitud del mismo será realizada por los fabricantes, importadores o sus representantes respectivos en España. k) Manual de características técnicas de los vehículos de movilidad personal. Documento elaborado por el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico y aprobado mediante resolución de su titular, en el que se establecerá los requisitos técnicos que los vehículos de movilidad personal deben cumplir para su puesta en circulación, la clasificación de los mismos, los procesos de ensayo para su certificación y los mecanismos que se emplearán para su fácil identificación. El manual se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en la página web de la Dirección General de Tráfico (www.dgt.es). El manual será actualizado cuando se modifiquen los criterios reglamentarios en materia de vehículos, tanto de carácter nacional como de la Unión Europea, o cuando la aparición de nuevas formas de movilidad lo requiera.”

38

Nuevo Artículo 22 bis (Vehículos de movilidad personal) del Reglamento General de Vehículos “2. Los vehículos de movilidad personal requerirán para poder circular el certificado de circulación que garantice el cumplimiento de los requisitos técnicos exigibles por la normativa nacional e internacional recogidos en su manual de características, así como su identificación.”

39 Nuevo Artículo 22 bis (Vehículos de movilidad personal) del Reglamento General de Vehículos “3. El manual de características de los vehículos de movilidad personal se aprobará por Resolución del Director General de Tráfico.”

formas de movilidad⁴⁰. Parece posible que en su elaboración participe la DGT y quién la DGT crea conveniente para ello (probablemente el Ministerio de Industria, las empresas de certificación, los fabricantes de estos vehículos, etc).

En dicho manual se recogerán además de los requisitos técnicos que los VMP deben cumplir para su puesta en circulación, la clasificación de los mismos, los procesos de ensayo para su certificación y los mecanismos que se utilizarán para su identificación.

Tras la publicación del citado manual de características de los VMP en el BOE y en web de la DGT empezará la cuenta atrás de dos años para que todo VMP tenga su certificado para circulación⁴¹. Esto se debe a que dicho manual hará las veces de ficha técnica, por lo que sólo lo obtendrán los vehículos que cumplan con los requisitos establecidos para la categoría de VMP. De esta forma, los VMP obtendrán la certificación para la circulación al ser una empresa autorizada por la administración correspondiente la que certificará que un modelo de vehículo de este tipo cumple los requisitos técnicos establecidos. El resto de los vehículos que se encuadren en el

Reglamento UE 168/2013 deberán obtener una homologación, es decir, la aprobación de un modelo para la circulación por parte de un organismo oficial (por ejemplo, el Ministerio de Industria), y al estar homologados tendrán que estar matriculados.

Se supone que los VMP que se vendan una vez publicado el referido manual de características, ya podrían llevar incorporado este certificado para la circulación que podrían gestionar los fabricantes, importadores o sus

40 MORELL ALDANA, LC "A vueltas con los vehículos de movilidad personal: examen del RD 970/2020, de 10 de noviembre" Diario La Ley Nº 9742 (2020) en relación al manual de características técnicas de los VMP puntualiza que, la ambigua definición introducida por el RD 970/2020, ha hecho redoblar las críticas entre los diversos sectores de usuarios de VMP. La elaboración unilateral de este manual por parte de Jefatura central de tráfico suscita recelos, ya que dependerá del mismo la obtención del necesario certificado.

41 MORELL ALDANA, LC "A vueltas con los vehículos de movilidad personal: examen del RD 970/2020, de 10 de noviembre" Diario La Ley Nº 9742 (2020) concluye esta autora que el manual de características técnicas de los VMP va a ser elaborado por un organismo no tan autónomo como se pretende, con lo que quizás no se cuente con la voz de expertos en la materia, resaltando que se ha establecido en el RD 970/2020 un plazo *sine die* para su confección.

representantes, pero el RD 970/2020 no lo ha regulado⁴².

¿Pero qué pasará con los VMP que ya se han vendido o se venderán en este periodo transitorio; cómo se regularizarán? Como en la actualidad las únicas empresas capaces de certificar mediante ensayos técnicos las características de un vehículo son las ITVs, al estar encargadas de la inspección técnica de los vehículos, es posible que, en el futuro, los propietarios de los VMP adquiridos antes de la publicación del manual de características técnicas tengan que obtener en las ITVs dicho certificado para la circulación.

Como hemos visto, a nivel estatal todavía están sin regular cuestiones muy importantes como la conveniencia de exigir un seguro obligatorio para la circulación en patinetes eléctricos, la edad mínima exigible para conducirlos o la obligación de llevar casco. Mientras se procede a rellenar estas lagunas, se están regulando a nivel municipal⁴³. Así, por ejemplo, Barcelona, Castellón, Valencia, Palencia, Benidorm, Pozuelo de Alarcón y

Mahón son de las pocas ciudades que exigen un seguro obligatorio para circular en patinetes eléctricos en sus ordenanzas municipales⁴⁴.

42 MORELL ALDANA, LC "A vueltas con los vehículos de movilidad personal: examen del RD 970/2020, de 10 de noviembre" Diario La Ley Nº 9742 (2020) resalta esta autora en relación al manual de características técnicas de los VMP que en el RD 970/2020 no se ha establecido de forma clara si todos los fabricantes e importadores serán capacitados como autoridades certificadoras del VMP, si el certificado deberá aportarlo el usuario o el VMP o si el certificado será exigible a futuro o también a todos los VMP que ya están circulando por las ciudades españolas.

43 ROMERO ADAME C, CANTERO BAYÓN M y SASTRE GONZÁLEZ J "La regulación del los Patinetes Eléctricos" Tráfico y seguridad vial Nº238 (2019), estos autores ya indicaron en 2019 que la regulación de los VMP recaía sobre los Ayuntamientos resultando los responsables de fijar su funcionamiento y circulación mediante Ordenanzas Municipales, puntualizando que se trata de un arma de doble filo, al contar con la ventaja de adaptar el uso de los VMP a las particularidades de cada ciudad, pero provocando que cada población cuente con normas diferentes, lo que es contraproducente si un usuario de VMP los usa en distintas ciudades.

44 La Modificación de la Ordenanza de circulación de peatones y vehículos de Barcelona de 30-04-2021.

La Ordenanza de Movilidad Sostenible de Castellón de 06-09-2021.

Y ello, al amparo de lo dispuesto en el artículo 745 de la LTSV (“Competencias de los municipios”), conforme al cual a los municipios les corresponde, entre otras, la regulación, ordenación, gestión, vigilancia y disciplina del tráfico en las vías urbanas de su titularidad, así como la denuncia de las infracciones que se cometan en dichas vías y la sanción de las mismas cuando no esté expresamente atribuida a otra Administración.

¿Qué dicen las ordenanzas de nuestros municipios sobre los patinetes eléctricos, entendidos como VMP?

Lo habitual en las ordenanzas municipales hasta la entrada en vigor del RD 970/2020 fue equiparar los patinetes eléctricos a bicicletas exigiendo su circulación por la calzada, carriles bici, vías o zonas destinadas a tal efecto y que se fijase la velocidad a la que podían circular los patinetes eléctricos, entre 5 y 10 Km/h en muchas de ellas.

[La Ordenanza de Movilidad de Valencia de 17-05-2019.](#)

[La Modificación de la Ordenanza de Tráfico de Palencia de 05-02-2020](#)

[La Modificación de la Ordenanza Municipal N°1 de Movilidad de los VMP de Benidorm de 20-08-2019](#)

[La Modificación de la Ordenanza Municipal de Movilidad y Tráfico de Pozuelo de Alarcón de 09-01-2018](#)

[La Ordenanza de VMP de Mahón de 09-03-2021](#)

45Artículo 7 LTSV: “Corresponde a los municipios: a) La regulación, ordenación, gestión, vigilancia y disciplina, por medio de agentes propios, del tráfico en las vías urbanas de su titularidad, así como la denuncia de las infracciones que se cometan en dichas vías y la sanción de las mismas cuando no esté expresamente atribuida a otra Administración. b) La regulación mediante ordenanza municipal de circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social. c) La inmovilización de los vehículos en vías urbanas cuando no dispongan de título que habilite el estacionamiento en zonas limitadas en tiempo o excedan de la autorización concedida, hasta que se logre la identificación de su conductor....”

Tras el RD 970/2020, la ordenanzas municipales se están adaptando a la nueva regulación, por lo que, a modo de ejemplo, vamos a referirnos a cómo se han ajustado las de Madrid y Barcelona.

En Madrid, en mayo de 2021, se ha aprobado el anteproyecto de modificación de la Ordenanza de Movilidad Sostenible de la

ciudad de Madrid de 5 de octubre de 2018⁴⁶ (en adelante, la “OMS”), cuya Memoria Inicial indica la necesidad de dar respuesta a los cambios provocados por la continua evolución de la técnica y de la tecnológica en el ámbito de la movilidad y adaptar la normativa municipal a los cambios operados por la normativa comunitaria y estatal en materia de circulación, vehículos y conductores. La OMS, si se aprueba, incluirá en su Libro II (Modos de Transporte y vehículos) un Título Tercero (Los Vehículos) con un Capítulo III específico para los VMP, incluyendo a los patinetes eléctricos como vehículos tipo A o B, según su tamaño. Esta nueva regulación no obligará a contratar un seguro para circular en patinete eléctrico, pero sí mantendrá lo ya regulado por la OMS,

es decir, que está prohibido circular por aceras y zonas peatonales, que pueden circular por los carriles bici y por la calzada dentro de zonas 30 a un máximo de 25 km/h y que la edad mínima para usarlos en los 15 años. Como novedad obligará a llevar casco a los menores de 18 años y a estacionar los patinetes eléctricos en horquillas o anclajes específicos para no entorpecer el uso de las aceras por los peatones.

Barcelona aprobó en el mes de abril de 2021 una regulación para los VMP a través de la modificación de la Ordenanza de Circulación de Peatones y Vehículos de 27 de noviembre de 1999 ya cambiada en 2017 (en adelante, la “OCVV”). Estos cambios a la OCVV establecen cuales son los espacios por los que pueden circular los VMP, entre ellos los patinetes eléctricos, regulando la edad permitida para conducir estos vehículos, el seguro obligatorio de cobertura de responsabilidad civil y la obligatoriedad de llevar casco, elementos reflectantes, luces y timbre. También incluyen una clasificación de los VMP donde, entre otros tipos, los Tipo A incluyen VMP de dimensiones más pequeñas, como los patinetes eléctricos pequeños, rueda eléctrica y plataforma eléctrica, y los de Tipo B incluyen VMP

⁴⁶ BOCM núm. 253, 23-10-2018

de mayores dimensiones como patinetes eléctricos grandes y segways. Sólo es obligatorio la identificación y registro de los VMP cuando desarrollen una actividad de explotación económica.

Los patinetes eléctricos en Barcelona no pueden circular por las aceras y zonas peatonales. Si pueden circular por los parques y carriles bici a una velocidad máxima de 10 km/h y por la calzada (incluyendo carriles bici parte de la misma) a velocidad entre 20 km/h y 25 km/h. La edad permitida en Barcelona para conducir un patinete eléctrico es un mínimo de 16 años. En relación al uso del casco, la normativa municipal es más restrictiva que la de Madrid ya que los menores de 16 años deberán usar casco para circular con vehículos Tipo B. Además, en Barcelona, los usuarios de vehículos Tipo A deberán usar el casco obligatoriamente si son parte de un servicio de uso público o una actividad comercial, turística o de ocio sin ánimo de lucro. Para el estacionamiento de los VMP, se regula que los vehículos Tipo A y B no se pueden atar en árboles, semáforos, bancos y otros elementos de mobiliario urbano, delante de zonas de carga y descarga o en lugares reservados a otros usuarios o servicios o en las aceras si impiden el paso a los peatones. En cuanto a los elementos reflectantes, luces y timbres se exige para todos los tipos de vehículos la obligación de llevarlos, siendo la única excepción los vehículos de Tipo A.

Tras analizar la normativa existente en España para estos nuevos actores urbanos, concluimos que, en su condición de VMP, los patinetes eléctricos no son considerados vehículos a motor. Esta conclusión afecta directamente al régimen de responsabilidad civil que se aplicará por los daños causados y/o sufridos en un accidente en el que esté involucrado un patinete eléctrico. Si en el accidente interviene un patinete eléctrico y un peatón, el régimen de responsabilidad civil será distinto al aplicable si en dicho accidente participa un vehículo a motor. En este último caso entrará también en juego el régimen de responsabilidad específico establecido por el 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, el "TRLRCSCVM")⁴⁷.

III.- SUJETOS RESPONSABLES Y REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

47 BOE núm. 267, de 5-11-2004

Para analizar los regímenes de responsabilidad aplicables en un accidente en el que interviene un patinete eléctrico es preciso hacerlo teniendo en cuenta las distintas hipótesis que se pueden plantear:

∅ Si en un accidente el responsable es el usuario y/o propietario del patinete eléctrico, la responsabilidad civil será subjetiva, rigiéndose por lo dispuesto en el Código civil (en adelante, el "CC")⁴⁸. Pero si interviene un vehículo a motor y el responsable es su conductor, la responsabilidad civil se regirá por lo dispuesto en el TRLRCSCVM y, en su virtud, será objetiva para los daños personales con extensión a la correspondiente entidad aseguradora. En el supuesto de que tanto el conductor del vehículo a motor como el usuario y/o propietario del patinete eléctrico compartan la responsabilidad del accidente, habrá que aplicar ambos regímenes según la concurrencia de culpas.

∅ Si el usuario y/o propietario del patinete eléctrico, que interviene o causa un accidente, es un menor de edad, entrará en juego la responsabilidad civil de los progenitores.

∅ Si el accidente se produjo porque el patinete eléctrico tiene un defecto de fabricación, el responsable civil frente al usuario consumidor será el vendedor del patinete eléctrico.

∅ Si quién maneja un patinete eléctrico, ya sea menor con más de catorce años o mayor de edad, en su conducción ha cometido una imprudencia subsumible en alguno de nuestros tipos penales, se aplicará el régimen penal, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del accidente, si conducía bajo los efectos de drogas o alcohol o si circulaba a mayor velocidad de la permitida porque el patinete eléctrico estaba trucado convirtiéndolo en un artefacto susceptible de legalizarse.

1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. RESPONSABILIDAD DEL USUARIO Y/O PROPIETARIO DEL PATINETE ELÉCTRICO

No hay regulación específica sobre la responsabilidad civil derivada del uso de VMP en general, ni de los patinetes eléctricos en particular, por lo que cuando un patinete eléctrico es parte de un accidente o lo causa, por ejemplo, el usuario de un patinete eléctrico

48 BOE núm. 206, de 25-07-1889

atropella a un peatón, entra en juego su responsabilidad civil subjetiva extracontractual o Aquiliana⁴⁹ al amparo de los artículos 1902 ó 1903 del CC dependiendo de quién sea el usuario del patinete eléctrico, ya que:

a) Aplicaremos el artículo 1902 CC cuando se trate de casos de responsabilidad por hecho propio, porque quien maneja el patinete eléctrico es responsable de sus actos u omisiones respondiendo con su patrimonio por el daño causado⁵⁰.

b) Aplicaremos el artículo 1903 CC cuando se trate de casos de responsabilidad por hecho ajeno, respondiendo otros por los actos u omisiones del usuario del patinete eléctrico, los padres por los hijos bajo su guarda, los tutores por los menores bajo su autoridad y que habiten con ellos, los curadores por la persona a quién prestan apoyo y que convivan con ella, los dueños o directores de empresa por sus empleados, los titulares de centros docentes de enseñanza no superior por sus alumnos menores de edad en los períodos bajo control o vigilancia del profesorado⁵¹.

Respecto a la descrita responsabilidad por hecho ajeno, es importante resaltar lo regulado en el último párrafo del artículo 1903 CC: *“La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un*

buen padre de familia para prevenir el daño.” (La negrita de énfasis es nuestra)

La víctima, en nuestro ejemplo, el peatón que sufre el choque con el patinete eléctrico, podrá ejercer esta acción *“Aquiliana”* contra los padres del usuario del patinete eléctrico si éste fuese menor, a no ser que prueben que fueron diligentes en prevenir el daño.

Para que prospere nuestra acción de responsabilidad civil extracontractual, ya sea un supuesto del artículo 1902 ó 1903 CC, será necesario que concurren los siguientes elementos:

i) Un hecho, acción u omisión, constitutivo de conducta ilícita, imputable al usuario del patinete eléctrico.

ii) La antijuricidad de la mencionada conducta ilícita al incumplir la normativa aplicable.

iii) La culpa o negligencia del usuario del patinete eléctrico.

iv) Un resultado lesivo o daño susceptible de resarcimiento por su causante.

v) La relación causal entre la conducta ilícita y el daño, de forma que el usuario del patinete eléctrico es responsable de indemnizar el daño causado.

Además de reclamar al usuario y/o propietario del patinete eléctrico y los daños y perjuicios sufridos en base los citados artículos 1902 ó 1903 del CC, según sean aplicables, si existe un seguro contratado en relación a dicho patinete eléctrico se podrá demandar igualmente a la entidad aseguradora en base a los artículos 18, 19, 20, 7352 y 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁵³ (en adelante, la *“LCS”*), reconociendo este último la acción directa del perjudicado para reclamar a la aseguradora dicha obligación de indemnizar⁵⁴.

52 Artículo 73 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.”*

53 BOE núm. 250, de 17-10-1980.

54 Artículo 76 LCS *“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el*

49 Responsabilidad o culpa extracontractual llamada también *“aquiliana”* o *“ex lege Aquilia”* por haber sido introducida por la *“Lex Aquilia”* del siglo III antes de Cristo, que se refiere a los *“damnum iniuria datum”*: los daños causados ilegalmente.

50 Artículo 1902 CC: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*

51 Artículo 1903 CC: *“La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quién presten apoyo, siempre que convivan con ella. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.”*

1.2. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE ALQUILER DEL PATINETE ELÉCTRICO

Cuando se produce un accidente con un patinete eléctrico alquilado, se podrá interponer una reclamación contra la empresa que lo ha alquilado y/o contra su aseguradora si el estado del VMP alquilado hubiera contribuido a causar el accidente.

En este caso, estaremos ante una responsabilidad contractual al haber contratado el servicio de alquiler, respondiendo de los daños personales y/o materiales la empresa de alquiler y/o su aseguradora si resultan responsables del accidente. Para instrumentar esta responsabilidad contractual, entre otros, será de aplicación el artículo 1.101 CC⁵⁵. La obligación principal de una empresa de alquiler de patinetes eléctricos es el velar por el buen estado del objeto alquilado, por lo que no podrá alquilar patinetes eléctricos que sufran algún tipo de daño y/o no sirvan para la circulación.

En relación con la posible responsabilidad de la empresa que alquila los patinetes eléctricos, hay que tener presente que nuestro Tribunal Supremo declaró en:

a) STS de 14 de marzo de 2011, que la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culpable a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio de que, para apreciar la concurrencia del elemento subjetivo, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta; y

b) STS de 24 septiembre de 2009 que el artículo 1903 CC “no puede aplicarse en

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

55 Artículo 1.101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”

este caso porque no concurre ninguno de los requisitos que la misma exige para que surja para el empresario la obligación de responder por hechos ajenos, que consisten en la causación de un daño por un dependiente y que este daño se haya originado “en el servicio de los ramos” en que los dependientes estuvieran empleados o con ocasión de sus funciones. Ello no tiene lugar en la relación arrendaticia porque: a) el arrendatario no es subordinado del arrendador ...”.

Cuando el patinete eléctrico es alquilado habrá un seguro al que poder reclamar, pues dicho seguro es obligatorio al tener un uso lucrativo el alquiler del patinete eléctrico. Estos seguros pueden cubrir tanto daños a terceros como los que pueda sufrir el conductor del patinete eléctrico usuario del servicio de alquiler.

1.3. RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR O PROPIETARIO DEL VEHÍCULO A MOTOR

Cuando un vehículo a motor es participe en un accidente de circulación en el que está involucrado un patinete eléctrico, por ejemplo, cuando el patinete eléctrico es atropellado por el vehículo a motor o hay una colisión entre ambos vehículos, se tendrá que aplicar al conductor del vehículo a motor el régimen de responsabilidad propio de la responsabilidad civil automovilística establecido por el TRLRCSCVM.

De acuerdo con el Artículo 1.1. apartado 1º del TRLRCSCVM (*De la responsabilidad civil*): “**El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación**”. (*La negrita de énfasis es nuestra*)

Y, en nuestro ejemplo, ¿qué pasa con el usuario del patinete eléctrico; se le puede aplicar este régimen de responsabilidad?

Para poder responder, hay que tener en cuenta que el TRLRCSCVM en su Artículo 1.6 indica que “Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta Ley” y la LTSV ha definido en su Anexo I apartado 6º lo que es un vehículo⁵⁶ y en su apartado 12º lo que

56 Anexo I apartado 6º LTSV: “Vehículo. Aparato apto para circular por las vías o terrenos a que se refiere el artículo 2”

es un vehículo a motor⁵⁷.

Se excluyen de dicho ámbito material, entre otros, a los vehículos a motor eléctrico que tengan la consideración de juguetes, siendo éstos definidos por el Real Decreto 1205/12011, de 26 de agosto, sobre la seguridad de los juguetes⁵⁸. De forma que se define juguetes como “...los *productos diseñados o previstos*, exclusivamente o no, para ser utilizados con fines de juego por niños menores de catorce años...”

Con esta regulación y lo establecido en el marco normativo analizado para los VMP (la Instrucción 6/V-14, la Instrucción 2019/S-149 y el RD 970/2020), confirmamos que los patinetes eléctricos son sólo “*vehículos*”, por lo que no se les puede aplicar el citado Artículo 1.1. apartado 1º del TRLRCSCVM, resultando de aplicación al usuario del patinete eléctrico la explicada responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 o del 1903 CC.

En relación con la responsabilidad del conductor del vehículo a motor, en los apartados 2º y 3 del Artículo 1.1. del TRLRCSCVM se contiene la regulación de un doble criterio de imputación objetivo y subjetivo, ya que, para los daños a las personas, la responsabilidad del conductor del vehículo a motor es objetiva⁵⁹, siendo exonerado sólo si se prueba que estos daños fueron debidos a culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, y, para los daños en los bienes, la responsabilidad del conductor del vehículo a motor es subjetiva⁶⁰. Se aplica a estos regímenes de responsabilidad lo señalado para la responsabilidad de las aseguradoras en los artículos correspondientes de la LCS.

57 Anexo I apartado 12º LTSV: “*Vehículo de motor. Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida.*”

58 BOE núm. 209, de 31-08-2011

59 Artículo 1.1. 2 TRLRCSCVM: “*En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.*”

60 Artículo 1.1.3 TRLRCSCVM “*En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta Ley.*”

Por tanto, en cuanto a los sujetos responsables en un accidente de circulación dónde esté involucrado un vehículo a motor, la regla general es la responsabilidad civil objetiva del conductor del vehículo a motor para los daños personales en atención al riesgo creado, pero también podrá ser responsable el propietario del vehículo a motor que no sea conductor en los supuestos regulados por el Artículo 1.3. del TRLRCSCVM⁶¹

De acuerdo con esta regulación, la responsabilidad civil del propietario del vehículo a motor no conductor es subjetiva bajo el paraguas de las relaciones de los artículos 1903 CC y 120.5 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, el “CP”)⁶². Esta responsabilidad cesa si prueba que se empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. No obstante lo anterior, en el apartado 2º del Artículo 1.3 TRLRCSCVM incluye una excepción a este régimen, siendo esta responsabilidad objetiva si dicho propietario no conductor carece de seguro obligatorio para el vehículo a motor⁶³.

Es de destacar que el artículo 120.5 CP incluye además la responsabilidad civil del propietario por los daños causados por personas autorizadas⁶⁴.

Aunque el artículo 1903 CC no regula este supuesto, la doctrina y la jurisprudencia están realizando una interpretación extensiva de la responsabilidad del propietario del vehículo por los daños causados por un conductor autorizado⁶⁵.

61 Artículo 1.3.1 TRLRCSCVM “*El propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con este por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*”

62 BOE núm. 281, de 24-11-1995

63 Artículo 1.3.2 TRLRCSCVM “*El propietario no conductor de un vehículo sin el seguro de suscripción obligatoria responderá civilmente con el conductor del mismo de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por éste, salvo que pruebe que el vehículo le hubiera sido sustraído.*”

64 Artículo 120.5 CP “*Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: ...5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros,*”

65 Como la STS de 14 de diciembre de 19898 (RJ 1998, 9432) analizada al respecto de esta extensión jurisprudencial

Si el usuario del patinete eléctrico ha contribuido a que ocurra el accidente con el vehículo a motor será necesario determinar si se trata de un supuesto de culpa exclusiva de la víctima, regulado en el Artículo 1.1 apartado 2º del TRLRCSVM, o de concurrencia de culpas, regulado en el Artículo 1.2 del TRLRCSVM⁶⁶. En el primer caso, el conductor del vehículo a motor quedará exonerado de su responsabilidad civil objetiva por daños a las personas cuando pruebe que los daños fueron debidos solamente a esta culpa exclusiva, por lo que se invierte la carga de la prueba. En el segundo caso, será preciso que concurra la culpa del conductor del vehículo a motor y de la víctima capaz de culpa civil, reduciéndose las indemnizaciones según lo establecido en el citado artículo.

La jurisprudencia para aplicar la culpa exclusiva del perjudicado requiere que la única culpa existente sea la suya y la irreprochabilidad de la conducta del conductor del vehículo a motor, no siendo suficiente que su conducta sea diligente para quedar exonerado de responsabilidad, ya que se exige, además, que su conducta sea la más oportuna y eficaz en cada caso para impedir la transformación en daño del peligro inminente originado por la culpa ajena.

dencial en el capítulo “Responsabilidad civil y valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación” Atelier Libros Jurídicos, “Régimen Jurídico y presupuestos de la responsabilidad civil automovilística”

66 Artículo 1.2 TRLRCSVM “2. Sin perjuicio de que pueda existir culpa exclusiva de acuerdo con el apartado 1, cuando la víctima capaz de culpa civil sólo contribuya a la producción del daño se reducirán todas las indemnizaciones, incluidas las relativas a los gastos en que se haya incurrido en los supuestos de muerte, secuelas y lesiones temporales, en atención a la culpa concurrente hasta un máximo del setenta y cinco por ciento. Se entiende que existe dicha contribución si la víctima, por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño.

En los supuestos de secuelas y lesiones temporales, la culpa exclusiva o concurrente de víctimas no conductoras de vehículos a motor que sean menores de catorce años o que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil, no suprime ni reduce la indemnización y se excluye la acción de repetición contra los padres, tutores y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente. Tales reglas no procederán si el menor o alguna de las personas mencionadas han contribuido dolosamente a la producción del daño.

Las reglas de los dos párrafos anteriores se aplicarán también si la víctima incumple su deber de mitigar el daño. La víctima incumple este deber si deja de llevar a cabo una conducta generalmente exigible que, sin comportar riesgo alguno para su salud o integridad física, habría evitado la agravación del daño producido y, en especial, si abandona de modo injustificado el proceso curativo.”

La STS 12 de diciembre de 2008 (reiterada por STS 201/2014 de 14 de abril y STS 490/2018, de 15 de julio) fijó doctrina sobre la concurrencia de culpas: no es de aplicación la moderación de responsabilidad y el reparto de indemnización por daños cuando, contribuyendo la producción del daño dos conductas (la del conductor del vehículo a motor y la de la víctima ajena a la circulación de estos vehículos), la conducta del conductor del vehículo a motor -por su entidad cuantitativa y cualitativa- constituye causa determinante de la colisión, aun cuando exista una contribución casual de la víctima en relación con la conducción de estos vehículos a motor.

El artículo 1.1. TRLRCSVM no incluye el hecho de un tercero como causa de exoneración de la responsabilidad del conductor del vehículo a motor. Para que este hecho tercero en la producción del daño se pueda encuadrar como parte del concepto de fuerza mayor regulado en dicho artículo, es preciso que la actuación de este tercero provenga de actividad fuera del ámbito de la circulación y sea imprevisible e inevitable.

2. RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR DEL PATINETE ELÉCTRICO DEFECTUOSO (DERECHO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS)

Si un patinete eléctrico se rompe por defecto de fabricación y, por ello, se produce un accidente resultando herido el propietario y usuario del patinete eléctrico o un tercero, debe determinarse quién será el responsable de los daños sufridos⁶⁷.

La Instrucción 16/V-124 ya reguló que para catalogar técnica y jurídicamente a los VMP se tendrá en cuenta que su diseño, fabricación

67 VARGAS CABRERA, B “Movilidad sostenible y responsabilidad penal de conductores de bicicletas y vehículos de movilidad personal” Tráfico y Seguridad Vial N°237 (2019), en opinión de esta autor hay que plantear las responsabilidades a las empresas vendedoras y comercializadores para esmerarse en las instrucciones de uso y documentación o certificaciones y de los Ayuntamientos para constatarlas y promover cursos exhaustivos de formación en el manejo y normativa que les obliga exigiéndolos a las referidas empresas cuando actúan en los espacios públicos. Los fabricantes, vendedores y empresas no pueden actuar con la misma actitud o mentalidad que cuando el producto es un juguete, pues, están sometidos como se expuso a la legislación nacional sobre productos industriales y seguridad industrial que obliga a tener en cuenta la seguridad vial tras la que se protegen bienes jurídicos fundamentales como la vida e integridad física, aun cuando se debe urgentemente avanzar en la reglamentación técnica específica.

y comercialización deberá atenerse a los requisitos técnicos establecidos en la legislación vigente en materia de seguridad industrial y de seguridad general de los productos de acuerdo con la Ley de 21/1992, de 16 de julio, de Industria (en adelante, la “LI”). Por tanto serán de aplicación los artículos 2, 3, 3.3 y 8, en particular los artículos 9 a 17 de la LI sobre seguridad industrial⁶⁹. En los artículos 30 al 38 de la LI se regulan las infracciones y sanciones aplicables a los fabricantes, vendedores o importadores (artículo 33 apartado c de la LI). El artículo 30 apartado tercero de la LI regula que cuando, a juicio de la Administración competente, las infracciones pudiesen ser constitutivas de delito o falta se dará traslado al Ministerio Fiscal, absteniéndose de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se pronuncie.

La responsabilidad será del vendedor del patinete eléctrico de acuerdo con el artículo 114⁷⁰ del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, la “LGDCU”)⁷¹.

En este supuesto, el consumidor (propietario y/o usuario del patinete eléctrico tiene derecho a:

a) la protección de su salud y seguridad, con la tutela de los poderes públicos cuando exista un uso común, ordinario y generalizado, ser indemnizado de los daños y perjuicios que haya sufrido como consecuencia de un producto defectuoso, de acuerdo con lo establecido en

los artículos 8, 9, 117, 128 y 129 LGDCU⁷²;

b) recibir la información necesaria sobre las instrucciones e indicaciones para su uso adecuado, las advertencias y los riesgos previsibles que deberá figurar, al menos, en castellano según el artículo 18 LGDCU⁷³.

c) optar por la reparación o sustitución del patinete eléctrico de acuerdo con lo

72 Artículo 8 LGDCU: “1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad”, ...c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos..”

Artículo 9 LGDCU: “Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”.

Artículo 117 LGDCU: “Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario en caso de falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales. Derechos de terceros: “1. El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede.”

Artículo 128 LGDCU: “Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar.”

Artículo 129 LGDCU: “1.El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado.”

73 Artículo 18 LGDCU: “3. Sin perjuicio de las excepciones previstas legal o reglamentariamente, las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, lengua española oficial del Estado.”

68 BOE núm. 176, 23-07-1992.

69 Artículo 9 LI: “1. La seguridad industrial tiene por objeto la prevención y limitación de riesgos, así como la protección contra accidentes y siniestros capaces de producir daños o perjuicios a las personas.... derivados de ...la producción, uso o consumo, almacenamiento o desecho de los productos industriales. 2. Las actividades de prevención y protección tendrán como finalidad limitar las causas que originen los riesgos, así como establecer los controles que permitan detectar o contribuir a evitar aquellas circunstancias que pudieran dar lugar a la aparición de riesgos y mitigar las consecuencias de posibles accidentes. 3.Tendrán la consideración de riesgos relacionados con la seguridad industrial los que puedan producir lesiones o daños a personas....”.

70 Artículo 114 LGDCU: ““El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto”.

71 BOE núm. 287, 30-11-2007

establecido en el artículo 119 de LGDCU o la resolución del contrato según el artículo 121 de LGDCU⁷⁴.

3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL

3.1. RESPONSABILIDAD DEL USUARIO DEL PATINETE ELÉCTRICO

En un accidente con patinete eléctrico puede verse afectada la integridad física o la vida de la víctima, que son bienes tutelados en los tipos imprudentes de nuestro CP, por lo que los usuarios de patinetes eléctricos pueden resultar sujetos activos de delitos de homicidios y lesiones imprudentes.

Al ser los patinetes eléctricos considerados vehículos, según definición de los VMP incorporada al Reglamento General de Vehículos, son aplicables los artículos 10.1 y 10.2⁷⁵ y 13.1 y 13.3⁷⁶ de la LTSV. De estos artículos surgen las

⁷⁴ Artículo 119 LGDCU: “El consumidor o usuario podrá exigir una reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato, en cualquiera de los siguientes supuestos: b) El empresario no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución de los bienes o no lo haya realizado de acuerdo con lo dispuesto en los usuario hubiese solicitado la reducción del precio o la resolución del contrato.”

Artículo 121 LGDCU: “1. Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los dos años siguientes a la entrega del bien o en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un acto único o en una serie de actos individuales, ya existían cuando el bien se entregó o el contenido o servicio digital se suministró, excepto cuando para los bienes esta presunción sea incompatible con su naturaleza o la índole de la falta de conformidad”

⁷⁵ Artículo 10.1 y 10.2 LTSV “Usuarios, conductores y titulares de vehículos 1. El usuario de la vía está obligado a comportarse de forma que no entorpezca indebidamente la circulación, ni cause peligro, perjuicios o molestias innecesarias a las personas o daños a los bienes. 2. El conductor debe utilizar el vehículo con la diligencia, precaución y atención necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto a sí mismo como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de usuarios de la vía. El conductor debe verificar que las placas de matrícula del vehículo no presentan obstáculos que impidan o dificulten su lectura e identificación.”

⁷⁶ Artículo 13.1 LTSV “Normas generales de conducción 1. El conductor debe estar en todo momento en condiciones de controlar su vehículo. Al aproximarse a otros usuarios de la vía, debe adoptar las precauciones necesarias para su seguridad, especialmente cuando se trate de niños, ancianos, personas ciegas o en general personas con discapacidad o con problemas de movilidad.”

Artículo 13.3 LTSV “Normas generales de conducción.

3. Queda prohibido conducir utilizando cualquier tipo de casco de audio o auricular conectado a aparatos

obligaciones de sus usuarios de evitar perjuicios, molestias y peligros, y mantener la atención permanente, diligencia y precaución. Además, al circular los patinetes eléctricos por la calzada, sus usuarios tienen los deberes de cuidado surgidos del riesgo que supone la circulación y, por tanto, como a los ciclistas se les aplica los artículos 10 a 52 de la LTSV con normas sobre la velocidad, preferencia de paso, incorporación de la circulación, cambios de dirección, sentido y marcha atrás, adelantamiento, parada y estacionamiento, apartados 5 y 6 del artículo 118 o no lo haya hecho en un plazo razonable siempre que el consumidor o utilización alumbrado, etc., así como los correlativos del Reglamento General de Circulación. El incumplimiento de estas normas pone en riesgo al propio usuario del patinete eléctrico y al resto de los actores de la circulación, como peatones o conductores de vehículos a motor⁷⁷.

Para analizar la responsabilidad penal de los usuarios de patinetes eléctricos que intervengan en un accidente, lo primero es tener presente que no se trata de un delito contra la seguridad vial, ya que como hemos visto los VMP no son vehículos a motor y los delitos del Capítulo IV del Título XVII de nuestro CP requieren la intervención de un vehículo a motor, por lo que no pueden usarse estos tipos penales.

receptores o reproductores de sonido u otros dispositivos que disminuyan la atención permanente a la conducción, excepto durante la realización de las pruebas de aptitud en circuito abierto para la obtención del permiso de conducción en los términos que reglamentariamente se determine. Se prohíbe la utilización durante la conducción de dispositivos de telefonía móvil, navegadores o cualquier otro medio o sistema de comunicación, excepto cuando el desarrollo de la comunicación tenga lugar sin emplear las manos ni usar cascos, auriculares o instrumentos similares. Quedan exentos de dicha prohibición los agentes de la autoridad en el ejercicio de las funciones que tengan encomendadas. Reglamentariamente se podrán establecer otras excepciones a las prohibiciones previstas en los párrafos anteriores, así como los dispositivos que se considera que disminuyen la atención a la conducción, conforme se produzcan los avances de la tecnología.”

⁷⁷ ANDRÉS DOMINGUEZ, AC “Cuestión controvertida: Los vehículos de movilidad personal ¿Instrumento típico de un delito contra la seguridad vial” Estudios Penales y Criminológicos (2020), en opinión de esta autora el problema va a consistir en la dificultad para establecer en cada caso la norma de cuidado con objeto de construir la imprudencia, y ello porque en buena parte de las ocasiones: o no hay norma reglamentaria o son divergentes entre municipios las que existan. Ello obligará en numerosas ocasiones a determinar cuál era la diligencia debida a base de las normas generales de prudencia, con lo que la igualdad en la valoración de casos similares se va a resentir.

Esto nos deja la tipificación de los accidentes causados por usuarios de patinetes eléctricos dentro de los delitos de imprudencia de los artículos 142 y 142 bis CP para casos de muerte, 152 CP y 152 bis CP para casos de lesiones⁷⁸. En ambos supuestos excluyendo la aplicación de la parte de estos artículos relacionada con vehículos a motor.

En el artículo 142 CP⁷⁹ se regula la imprudencia con resultado de muerte⁸⁰.

Este artículo está matizado por la regulación del 142 bis CP⁸¹.

En el artículo 152 CP⁸² se establecen

78 VARGAS CABRERA, B “Movilidad sostenible y responsabilidad penal de conductores de bicicletas y vehículos de movilidad personal” Tráfico y Seguridad Vial N°237 (2019) aclara que la falta de pericia en la conducción es sin duda supuesto también de imprudencia grave, pues al ciudadano menos cuidadoso se le representa la idea de que circular por la calzada en convivencia con vehículos de motor, ciclistas y peatones significa, además de ventajas, un indudable riesgo. De aquí surge el deber normativo de cuidado, de precaución y atención que aun cuando no estuviera contemplado en la LTSV, que lo está, pertenece a la esencia del injusto imprudente de los artículos 142 y 152 CP.

79 Artículo 142 CP: “1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.....” “2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.....”

80 MAGRO SERVET, V “Responsabilidad civil y penal de los conductores de patinetes eléctricos (vehículos de movilidad personal)” Revista de Derecho de la Circulación El Derecho N°71 (2019), respecto a los casos en los que un conductor de un patinete eléctrico colisione con un peatón y lo mate, habrá que valorar si es imprudencia grave o menso grave para aplicar el apartado 1º o 2º del art. 142 CP, valorando las circunstancias concurrentes, por ejemplo si había bebido o circulaba por la misma acera vulnerando la ordenanza municipal podría ser una imprudencia grave y aplicarse una pena de prisión.

81 Artículo 142 bis CP “En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado.”

82 Artículo 152 CP “1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido: 1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147. 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149. 3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos

distintos tipos de penas para las lesiones que se producen por imprudencia grave o menos grave en función del riesgo creado y el resultado producido, matizado por la regulación del 152 bis CP⁸³.

Teniendo en cuenta dicha regulación, si se produce un accidente en el que interviene un patinete eléctrico con resultado homicidio imprudente o lesiones, habrá que analizar si estamos ante una imprudencia grave o menos grave del usuario del patinete eléctrico y para ello tener en cuenta las circunstancias concretas del accidente, por ejemplo, si el conductor del patinete conducía bajo los efectos de drogas o alcohol, circulaba a mayor velocidad de la permitida al haber trucado su patinete, etc. Si nos encontramos ante la comisión de una imprudencia leve, hay que acudir a la analizada vía civil.

Para los delitos de imprudencia grave o menos grave con resultado de muerte o de lesiones, se aplica de forma analógica las valoraciones de daños y perjuicios que constan en el baremo de tráfico fijadas en el TRLRCSVM⁸⁴.

Cuando en un procedimiento penal incoado por delito del artículo 142 o 152 CP por un accidente causado por un usuario de un patinete eléctrico se constaten infracciones de la LI por parte de un operador económico (fabricante, importador o distribuidor) en relación a la comercialización de vehículos bajo su regulación, se tendrá que resolver sobre la correspondiente culpa con la autoridad

años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.....” 2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses..”

83 Artículo 152 bis CP “En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado.

84 VARGAS CABRERA, B “Movilidad sostenible y responsabilidad penal de conductores de bicicletas y vehículos de movilidad personal” Tráfico y Seguridad Vial N°237 (2019) explica que en el atestado deben constar, los datos de la póliza de seguro municipal o particular, incluyendo una indagación sobre sus bienes para poder instar con la mayor prontitud en el procedimiento judicial las medidas cautelares de embargo pertinentes, teniendo en cuenta que en caso de condena responde con los criterios orientativos de la Ley 35/2015 sobre valoración de los daños corporales (Baremo del Seguro).

autonómica competente para la instrucción del procedimiento sancionador administrativo contra dicho operador. Si se refiere a infracciones de la LGDCU, será preciso informar al Fiscal Delegado para que lo remita al Fiscal encargado de Asuntos Civiles a efectos del artículo 11.585 de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la “LEC”)⁸⁵

3.2. RESPONSABILIDAD DEL USUARIO DEL PATINETE ELÉCTRICO TRUCADO

Al analizar la responsabilidad penal de los usuarios de patinetes eléctricos hemos excluido la aplicación de los delitos contra la seguridad vial de los artículos 379 y siguientes del CP porque partimos de la premisa de que un VMP no es un vehículo a motor.

Si se aplicaran dichos delitos contra la seguridad vial en el supuesto de que un patinete eléctrico sea trucado o manipulado y, como consecuencia de estos cambios, dicho patinete eléctrico reúne las características necesarias para ser considerado un vehículo a motor, se convierte en un vehículo susceptible de legalizarse de acuerdo con el Reglamento UE 168/2013⁸⁷.

Cuando nos encontramos ante un patinete trucado, se trata de un vehículo ni homologado ni matriculado, por lo que no hay constancia de sus características técnicas reales a los efectos de catalogarlo según la citada normativa. Por esta razón, será preciso contar con un informe pericial sobre dichas características, por lo que se tendrá que intervenir el vehículo de acuerdo

con el artículo 764.4⁸⁸ del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, la “LECRIM”)⁸⁹.

El artículo 1.2 del Reglamento General de Circulación⁹⁰ regula la inmovilización de este tipo de vehículos que circulan sin autorización administrativa. La razón es que los vehículos que no están homologados ni matriculados tienen prohibido el acceso a la circulación por las vías públicas según lo establecido en el artículo 1 del Reglamento General de Circulación⁹¹.

En los delitos contra la seguridad vial de los artículos 379 y siguientes CP, en relación con el elemento subjetivo, es necesario que el autor conozca que no conduce un patinete eléctrico considerado VMP y que conduce un vehículo a motor o ciclomotor. En esta circunstancia deviene aplicable la apreciación del error de tipo del artículo 14.1 CP⁹² por lo que, si se acredita que el usuario del patinete eléctrico ignoraba que estaba conduciendo un VMP trucado, se podrá excluir la responsabilidad criminal en su modalidad vencible e invencible. En efecto, los artículos 379 y siguientes del CP no tienen prevista la comisión imprudente en los tipos de estos artículos.

85 Artículo 11.5 LEC: “El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.”

86 BOE núm. 7, de 8-01-2000

87 VARGAS CABRERA, B “Movilidad sostenible y responsabilidad penal de conductores de bicicletas y vehículos de movilidad personal” Tráfico y Seguridad Vial N°237 (2019) puntualiza que estos vehículos no matriculados que son verdaderos ciclomotores o motocicletas en la definición que da el Anexo 1.9 LTSV y Anexo 2.A del Reglamento General de Vehículos, pueden estar sometidos a las prescripciones del CP y por tanto cuando se detecten conducciones con exceso de velocidad punible, bajo la influencia de alcohol o drogas o temerarias de los artículos 379³ 381 CP, los agentes levantarán atestado en el que consignen un informe o estudio sobre las características técnicas del vehículo y lo remitirán al Fiscal Delegado de Seguridad Vial.

88 Artículo 764.4 LECRIM ““Se podrá acordar la intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo, por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del investigado o encausado o del tercero responsable civil.”

89 BOE-A-1882-6036

90 Artículo 1.2 Reglamento General de Circulación: “La circulación de un vehículo sin autorización, bien por no haberla obtenido o porque haya sido objeto de anulación o declarada su pérdida de vigencia, dará lugar a la inmovilización del mismo hasta que se disponga de dicha autorización, de acuerdo con lo que se establece en el presente Reglamento.”

91 Artículo 1 Reglamento General de Circulación: “La circulación de vehículos exigirá que éstos obtengan previamente la correspondiente autorización administrativa, dirigida a verificar que estén en perfecto estado de funcionamiento y se ajusten en sus características, equipos, re puestos y accesorios a las prescripciones técnicas que se fijan en este Reglamento. Se prohíbe la circulación de vehículos que no estén dotados de la citada autorización.”

92 Artículo 14.1 CP “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.”

Nuestros jueces, al analizar los accidentes en los que intervenga un patinete eléctrico manipulado, tendrán en cuenta el Reglamento UE 168/2013, la Instrucción 16/V-124, la Instrucción 2019/S-149 TV-108, el RD 970/2020, la LTSV, las correspondientes ordenanzas municipales aplicables y el Dictamen 2/2021 de fecha 21 de junio de 2021 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial (en adelante, el “*Dictamen 2/2021*”)⁹³. Este conjunto de normas ayuda a aclarar cómo tratar las circunstancias de cada caso concreto en relación con lo establecido por nuestro CP, siendo necesario que se complete con una exhaustiva investigación policial sobre estas circunstancias.

⁹³ Dictamen 2/2021 de 21 de junio de 2021 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial “La calificación penal de los indebidamente denominados vehículos de movilidad personal como instrumento típico de los delitos de riesgo contra la seguridad vial de los arts. 379 y siguientes del Código Penal, sujeción de los usuarios de vehículos de movilidad personal y ciclistas a la LSV y aplicación de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes de los arts. 142 Y 152 a accidentes causados por ellos. La principal estrategia de educación y prevención en la indebida comercialización de unos y otros.

3.3. RESPONSABILIDAD DEL MENOR USUARIO DEL PATINETE ELÉCTRICO

¿Y qué pasa si el conductor del patinete eléctrico es menor de edad?

En el Dictamen 2/2021 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial se establece que cuando exista un riesgo relevante o extremo para la vida o integridad física en niños o menores usuarios de patinetes eléctricos, será preciso que se comunique al Fiscal Delegado para que pueda dar cuenta al Fiscal de Menores.

El artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁹⁴ nos lo aclara al regular que:

“Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores,

⁹⁴BOE núm.11, 13-01-2000



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

Al analizar la Instrucción 2019/S-149 TV-108 hemos mencionado cómo se tratan las infracciones cometidas por menores de edad usuarios de patinetes eléctricos, al ser estos VMP, indicando que se aplica el artículo 82.b) de la LTSV, es decir, responderán solidariamente con el menor conductor del patinete sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho.

Nuestro Tribunal Supremo nos da la respuesta:

a) en cita de la 240/94, de 12 de febrero, de la Sala 2ª del TS- en la Sentencia de AP Sevilla, de 18 febrero de 2000: “...los padres de menores de edad que cometan una acción imprudente de esta naturaleza deben llevar cuidado porque la persona que tiene o posee la patria potestad respecto al condenado por un delito, al ser éste menor de edad civil, debe responder en el área de las indemnizaciones que le sean impuestas, y no sólo de forma subsidiaria, sino también directa.” y

b) en la sentencia del TS nº 1225/2009, de 14 de enero: “Los padres eran los responsables civiles de los actos cometidos por inimputables

penales por razón de edad”.

IV. POSTURA DE LAS ASEGURADORAS

Toda actividad de riesgo, por ejemplo, circular con un patinete eléctrico por una ciudad, debería conllevar la obligación de la suscripción de una póliza de seguro para garantizar que los posibles perjudicados por los actos imprudentes puedan cobrar de la correspondiente compañía aseguradora por los daños sufridos, ya sean daños a la propiedad, lesiones o muerte.

La existencia de un seguro, que pueda dar cobertura a las responsabilidades que se deriven del uso de un patinete eléctrico, dependerá de dos factores:

a) La normativa aplicable. En nuestro marco normativo estatal, todavía no es obligatorio tener contratado un seguro para conducir un patinete eléctrico, así que su obligatoriedad, de existir, se establecerá por la normativa

municipal aplicable en el lugar del accidente⁹⁵.

b) La propiedad del patinete eléctrico. Las empresas de alquiler de patinetes eléctricos incluyen un seguro en su servicio de alquiler, pero dichos seguros pueden contener limitaciones que reduzcan la cobertura de tal manera que generen desprotección. Si es el patinete eléctrico es de propiedad privada, la contratación de un seguro en relación con su uso, ya sea de responsabilidad civil y/o de daños, dependerá del grado de sensibilización que exista con las responsabilidades que implica la utilización de un patinete eléctrico en el escenario urbano.

Durante el año 2021, algunas compañías aseguradoras han empezado a firmar acuerdos de colaboración con multinacionales que se dedican a la distribución de patinetes eléctricos para ofrecer a sus clientes comunes la posibilidad de contratar la cobertura de responsabilidad civil en relación al manejo de los patinetes eléctricos que compren. El objetivo de esta medida no es sólo vender un producto, sino poner a disposición de los clientes soluciones a las necesidades que les origine la adquisición del patinete eléctrico. Por tanto, a través de estas colaboraciones se busca ofrecer seguridad y protección a las personas que optan por los patinetes eléctricos como alternativa de transporte sostenible frente al transporte privado y público tradicional.

La pregunta que debe hacerse es si con estos nuevos productos aseguradores ofrecidos a quienes compran un patinete eléctrico se está dando acceso a esta seguridad y protección.

Al responder a esta pregunta hay que ser conscientes que la cultura aseguradora en nuestro país es muy diferente a la de otros Estados miembros de la Unión Europea, como Alemania, o de la cultura anglosajona aseguradora, como el Reino Unido o los Estados Unidos, países en los que la contratación de todo tipo de seguros con los límites adecuados sí pertenece a su normalidad.

⁹⁵ ANDRÉS DOMINGUEZ, AC “Cuestión controvertida: Los vehículos de movilidad personal ¿Instrumento típico de un delito contra la seguridad vial” Estudios Penales y Criminológicos (2020), nos recuerda que el Consorcio de Compensación de Seguros no estaría obligado a cubrir daño alguno cuando el conductor del patinete eléctrico carece de seguro (artículos 6 y ss del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

En la actualidad existen seguros voluntarios que por una prima de unos treinta euros (30€) al mes dan cobertura de ciento cincuenta mil (150.000€) por siniestro, incluyendo defensa jurídica y con franquicia por daños en el patinete eléctrico y robo de ciento cincuenta euros (150€). También algunas pólizas de seguro de hogar, que daban cobertura en relación a la utilización de bicicletas, han ampliado esta cobertura a los patinetes eléctricos.

Los problemas surgen cuando estas pólizas limitan el importe de la cobertura o, incluso, la excluyen en caso de accidentes de circulación. Los importes que se están incluyendo para estas limitaciones son alrededor de los treinta mil euros (30.000€), siendo la excepción alguna compañía aseguradora que ofrece una cobertura hasta quinientos mil euros (500.000 €).

Estos importes se quedan muy cortos si el siniestro en el que está involucrado un patinete eléctrico incluye una lesión que se extienda en el tiempo y/o incluso una muerte. En estos supuestos, la compañía aseguradora y/o el juez para valorar estos daños podrán aplicar de forma analógica las cantidades del baremo de tráfico fijadas en el TRLRCSCVM, lo que puede suponer un gran desembolso⁹⁶.

Por ello es conveniente que los usuarios de patinetes eléctricos tomen conciencia y entiendan el riesgo al que se exponen en el manejo de su patinete eléctrico, ya que un siniestro sencillo (por ejemplo, romper el brazo a un peatón en un choque con el patinete eléctrico dónde el usuario del patinete eléctrico resulte responsable del accidente), puede tener gran impacto en el patrimonio del responsable. Se trata de crear una cultura del riesgo que supone circular con un patinete eléctrico, ya que según nuestro CC quién causa un daño a tercero tiene que repararlo.

⁹⁶ MAGRO SERVET, V “¿Se aplicaría el baremo de tráfico por Ley 35/2015 en caso de lesiones producidas en accidentes ocasionados por los patinetes eléctricos?” Revista de Derecho de la Circulación El Derecho N°96 (2021), trata la problemática de que para que sean vinculantes las cuantías indemnizatorias previstas en el baremo es preciso que la conducta generadora del daño personal esté incluida en el ámbito de aplicación del TRLRCSCVM, lo que no sucede al calificar el RD 970/2020 al patinete eléctrico como VMP y excluirlo de la categoría vehículo a motor.

V. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Aunque la llegada de los patinetes eléctricos al tráfico de nuestras ciudades es relativamente reciente, ya empieza a haber un acervo jurisprudencial en esta materia, por lo que analizamos a continuación algunas sentencias que, por su novedad e interés, tratamos de sistematizar según el particular problema jurídico planteado. Así podemos ver cómo se está aplicando la legislación al nuevo contexto que supone la entrada de este actor tan particular.

1. CASOS CAUSADOS POR MENORES DE EDAD

De acuerdo con la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno del artículo 1903 CC, los padres responden de los actos de sus hijos, como es doctrina jurisprudencial reiterada:

a) La Sentencia de AP. Burgos 8/2004, de 16 de enero (recurso 204/2003) confirma la sentencia de instancia que, en la pieza de responsabilidad civil, condenaba al menor como responsable civil directo y a sus padres como responsables solidarios en base al artículo 61 de la Ley 5/2000 por haber atropellado a la víctima cuando circulaba con un patín eléctrico por la acera. El menor (14 años) circulaba con un patinete eléctrico por la acera de forma excesivamente próxima a los edificios, lo que provocó que atropellase a la víctima cuando salía de un bar, sufriendo ésta lesiones. El Ministerio Fiscal solicitó al Juzgado sentencia de condena al menor como responsable civil directo y a sus padres como responsables solidarios. Al quedar acreditado que el menor circulaba pegado a los edificios y que, por este motivo, el conductor del patinete no pudo esquivar a la víctima, la actuación del menor constituye un claro caso de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC al acreditarse una culpable o negligente conducción del patinete eléctrico generadora del daño al perjudicado y que obliga a reparar el daño por ésta sufrido⁹⁷.

b) La Sentencia de AP. Málaga 191/2020,

⁹⁷ La Sentencia de AP. Burgos 8/2004, de 16 de enero (recurso 204/2003): “La actuación del menor constituye un claro caso de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil al acreditarse una culpable o negligente conducción del patín eléctrico generadora de daño a la perjudicada y que obliga a reparar el daño por ésta sufrido. Por todo lo indicado procede desestimar el motivo de apelación argüido y ahora examinado”

de 30 de abril (recurso 77/2019) confirma la sentencia de instancia porque se prueba que los usuarios del patinete eléctrico, ambos menores de edad, fueron los que, con su acción, peligrosa e indebida, provocaron las lesiones de la demandante al chocar con ella, no siendo aceptaba la versión exculpatoria de uno de los progenitores del pasajero del patinete por falta de prueba. Dos menores de edad en un

patinete eléctrico, uno conduciendo y otro de acompañante, como consecuencia de una acción indebida y peligrosa cuando bajaban por una cuesta y, sin querer, atropellaron a la víctima. Procede la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos de sus hijos, a tenor del artículo 1903 CC, por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe por omisión de la diligencia in custodiando o in vigilando. Se justifica la condena al no aportar ninguna prueba para justificar que la actuación de la actora provocase el accidente. En cuanto al acompañante del patinete, se resalta que no obsta el hecho de que el menor de edad no condujera el patín, ya que el mero hecho de ir como ocupante del mismo, cuando está diseñado para ser utilizado por una sola persona, supone por sí solo una actuación negligente, que incidió de modo palpable en la causación del atropello al circular por una cuesta y provocar que el patinete cogiese mayor velocidad ⁹⁸.

2. CASOS CON PATINETE ELÉCTRICO ASEGURADO

Cuando un patinete eléctrico atropella a un peatón, además de reclamar los daños y perjuicios al usuario en base a los artículos 1902 ó 1903 CC, si el usuario de un patinete eléctrico tiene contratado un seguro, el perjudicado podrá reclamar a la entidad

98 La Sentencia de AP. Málaga 191/2020, de 30 de abril (recurso 77/2019): *"...la Sala no aprecia error en la valoración que dicha prueba efectúa la juzgadora de instancia, habida cuenta que, en contra de lo que se afirma por la recurrente, no solo no se aportó por esta ninguna prueba que acreditara su versión de los hechos con relación a la posible incidencia que la actuación de la actora tuvo en la causación del accidente o a la falta de responsabilidad de su hijo en los hechos enjuiciados, dado que reconoció que este estaba bajo su guarda y que encontrándose ayudando a una amiga en un Restaurante, dejó de vigilarle en el momento del accidente, sino que del tenor de la declaración de la víctima en el sentido de que trató de esquivar al patinete para evitar el atropello, sin conseguirlo, y de la prestada por su hijo menor, que reconoció que iba como ocupante en el patín que conducía su amiga Sofía y que tiraron por una cuesta y sin querer atropellaron a la demandante..."*.

aseguradora en base, entre otros, a los artículos 73 y 76 LCS⁹⁹:

a) En la Sentencia de AP. Madrid 425/2018, de 26 de noviembre (recurso

515/2018) se determinó que la aseguradora debía indemnizar al peatón atropellado. Durante la celebración de un campeonato de camiones la parte demandante, cuando caminada por una zona peatonal, fue arrollada por un patinete eléctrico o segway como consecuencia de la acción imprudente de su conductor. El patinete eléctrico era propiedad de una empresa que contaba con una póliza de seguro de responsabilidad civil. Aunque se alegó la falta de legitimación pasiva al dirigirse la demanda contra la compañía aseguradora, se consideró legitimada pasivamente a la entidad demandada como aseguradora del patinete eléctrico propiedad de su asegurada y existir un seguro voluntario en el que era objeto de cobertura la responsabilidad civil. Por ello, acreditado que el accidente se produjo por deficiente manejo o funcionamiento del patinete eléctrico, esa actuación genera responsabilidad civil, tanto en su autor como propietario y derivativamente en la compañía aseguradora al amparo del artículo 73 LCS¹⁰⁰.

b) En la Sentencia de AP. de Álava Sección Primera. 392/2017, de 18 de septiembre (recurso 364/2017), tras análisis de la normativa aplicable a los VMP y valoración de la prueba, se estima parcialmente el recurso, revocando parcialmente la sentencia, para condenar a la compañía de seguros al pago de parte de la indemnización a la parte actora que fue golpeada por un vehículo a motor cuando

99 BADILLO ARIAS, JA "El aseguramiento de los patinetes eléctricos y otros sistemas de movilidad" Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro N^o4 (2019). Este autor al analizar esta sentencia destaca que debía responder la entidad aseguradora, puesto que, a pesar de no tener el patinete eléctrico o segway, ni, en consecuencia, estar ante un hecho de la circulación, existía un seguro de responsabilidad civil voluntario que cubre los daños.

100 La Sentencia de AP. Madrid 425/2018, de 26 de noviembre (recurso 515/2018): *"...acreditado que el accidente se ha producido por un deficiente manejo o funcionamiento del patinete, esa actuación genera responsabilidad civil, tanto en su autor como en el propietario y derivadamente en la Aseguradora, al estar incluida esa responsabilidad dentro de las coberturas de seguro concertado entre ellos y siendo esa la responsabilidad que aquí se reclama, tal comportamiento es imputable a la aseguradora, al amparo de lo establecido en el artículo 73 de la LCS, que le obliga a responder frente al perjudicado por los daños y perjuicios causado por un hecho previsto en el contrato, como acertadamente concluye la sentencia de primera instancia"*.

circulaba con su monopatín eléctrico. La sentencia de instancia desestimó la demanda al entender que existía culpa exclusiva de la víctima, pero la Sala determina concurrencia de culpas por la negligencia tanto del conductor del vehículo a motor como del usuario del patinete eléctrico. Si en un accidente de circulación un vehículo a motor colisiona con un patinete eléctrico, habrá que analizar las responsabilidades de ambos vehículos para determinar si procede la culpa exclusiva de uno de ellos o la concurrencia de culpas. La actora circulaba con un monopatín eléctrico cuando al introducirse en un paso de peatones fue golpeada por el vehículo asegurado. Dicho vehículo paró en el paso de cebra y la reanudar la marcha es cuando se produjo la colisión ya que su conductor no adoptó la diligencia debida al no tener en cuenta la presencia de la demandante en el paso de cebra. Por su parte la actora continuó su trayectoria sin reducir la velocidad al haberse introducido en un paso de cebra. Ambos conductores actuaron de forma indebida, existiendo la concurrencia de culpas, por tanto la compañía aseguradora responde de la mitad de la indemnización que corresponda a la actora por los daños derivados del siniestro.¹⁰¹.

3. CASOS CON PATINETE ELÉCTRICO DE ALQUILER

En relación con la responsabilidad de las empresas que alquilan los patinetes eléctricos involucrados en accidentes, vemos que:

a) La Sentencia de AP. Sección N.3 de Palma de Mallorca 372/2009, de 8 de octubre (recurso 369/2009) estimó el recurso de apelación interpuesto por el conductor del

101 La Sentencia de AP. de Álava Sección Primera. 392/2017, de 18 de septiembre (recurso 364/2017): *“A falta de una ordenanza municipal especial...deducimos que, el patinete eléctrico al que va incorporado un motor, está homologado para usar la vía pública, debiendo tener en cuenta que, cuando circula por una zona peatonal debe adecuarse a la velocidad del peatón, y lo mismo cuando cruza un paso de peatones”* *“Es entonces cuando el patín es golpeado con la parte fronto-central del vehículo, el conductor no adoptó la diligencia debida, arrancó sin mirar a ambos lados de la vía, no tuvo en cuenta la presencia de la Sra. Agüeda en su patín. Por su parte la actora continuó su trayectoria sin reducir la velocidad, conforme establece el art. 121.4 RGC debió introducirse en el paso a ritmo de un peatón, sin embargo, hizo lo contrario, continuar su marcha intentando superar el paso por delante del vehículo. Su actuación debe calificarse de negligente. Ambos conductores actuaron de forma indebida, existe concurrencia de culpas, por tanto, la cía Liberty responderá de la mitad de la indemnización que corresponda a la actora por los daños derivados del siniestro.”*

vehículo a motor contra el que chocó un patinete eléctrico alquilado. El propietario del vehículo a motor formuló demanda por los daños causados a su vehículo por un patinete eléctrico alquilado. Se apreció la responsabilidad del propietario del patinete eléctrico al dedicarse al alquiler de patinetes eléctricos, obteniendo un lucro por ello, en base a los artículos 1902 y siguientes del CC, ya que quedaron acreditados el accidente, los daños y la titularidad del vehículo eléctrico causante de los daños¹⁰².

b) La Sentencia de AP. Baleares 29/2021, de 27 de enero (Recurso 403/2020) desestima el recurso de apelación contra la sentencia de instancia que desestimaba la demanda de reclamación de una indemnización de daños y perjuicios sufridos por accidente por impacto de un patinete eléctrico. La demanda estaba planteada contra la empresa propietaria del patinete eléctrico que lo alquiló. No se demandó a la compañía aseguradora porque la póliza no cubría la responsabilidad civil derivada de la actividad de la empresa y no fue posible demandar al conductor del patinete por la falta de datos para su identificación. De la prueba practicada en el procedimiento resultó la culpa exclusiva del conductor del patinete eléctrico en el accidente, quién perdió el control del vehículo y circulaba en dirección prohibida embistiendo al demandante que caminaba por la calzada junto a la acera. Además, no se probó cuál fue la actuación de la citada empresa en el accidente ni que el estado del patinete hubiese contribuido a causar el mismo. Por ello esta sentencia declaró la responsabilidad directa del conductor del patinete eléctrico al no apreciar culpa in vigilando o in eligendo en la actuación de la empresa de alquiler ni ser atribuida la misma por la demandante¹⁰³.

102 La Sentencia de AP. Sección N.3 de Palma de Mallorca 372/2009, de 8 de octubre (recurso 369/2009): *“...2) el codemandado Sr. Armando se dedica al alquiler de dichos patinetes, obte niendo un lucro por ello, alcanzándose la responsabilidad contemplada en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil...”*

103 La Sentencia de AP. Baleares 29/2021, de 27 de enero. Recurso 403/2020: *“De la prueba practicada en el procedimiento resulta de forma clara que el único y exclusivo responsable del accidente fue el conductor del patinete eléctrico, quien perdió el control del vehículo y se introdujo en dirección prohibida..y, sin poder detener el patinete, embistió al demandante, que, en compañía de otras personas, caminaba por dicha vía..Ahora bien, la acción no se dirige frente al conductor, sino frente a la entidad propietaria del patinete. No se especifica en la*

4. CASOS CON RESPONSABILIDADES PENALES

Los usuarios de los patinetes eléctricos no pueden cometer delitos contra la seguridad vial ya que los mismos requieren la intervención de un vehículo a motor y, como hemos analizado, los VMP no lo son, por lo que no procede la aplicación de estos tipos penales.

No obstante lo anterior, recordemos que si estos vehículos pueden circular a más de 25 km/h resultan asimilados a los ciclomotores, que son vehículos a motor, quedando sujetos al Reglamento UE 168/2013, por lo que requieren permiso para circular. Dicho lo cual, si un patinete eléctrico circula a más de 25 km/h y no está clasificado dentro del Reglamento UE 168/2013, ya que es el resultado de una manipulación para alterar su velocidad, entonces tampoco podrá circular al carecer de la correspondiente autorización administrativa.

En las siguientes sentencias vemos como los jueces han tratado hasta el momento la posible comisión de delitos por los usuarios de VMP:

a) La Sentencia de AP. Girona 59/2016, de 29 de enero (recurso 1028/2015) al revisar una codena impuesta al conductor de un patinete eléctrico por un delito contra la seguridad vial, ya que el acusado conducía bajo los efectos del alcohol, absolvió al recurrente pues considero que un patinete eléctrico no era un ciclomotor y, por tanto, no concurre uno de los elementos del tipo al carecer el patinete eléctrico de la consideración de vehículo a efectos de ser integrado en el concepto de ciclomotor¹⁰⁴. La Sala explica en su fundamento jurídico primero que el patinete eléctrico reúne todos los requisitos para ser considerado un ciclomotor conforme a la definición por la Ley de Tráfico y, aún así, no lo considera como tal ya que no cuenta con las homologaciones técnicas requeridas para los ciclomotores¹⁰⁵.

demanda cuál es la actuación de esta entidad que resulte determinante del accidente, pues no consta que el vehículo presentará ninguna deficiencia en su funcionamiento que pudiera haber provocado o favorecido la colisión..."

104 BAELO ÁLVAREZ M y DÍAZ-BAUTISTA CREMADES A "¿Es el patinete eléctrico un ciclomotor? Luces y sombras ante un limbo jurídico" Diario La Ley N°9286 (2018). En opinión de estos autores se trata de una sentencia absoluta en el ámbito penal, en el que rige el principio *in dubio pro reo* y que trata por tanto de exculpar al acusado interpretando la norma de la manera más restrictiva posible.

105 Sentencia de AP. Girona 59/2016, de 29 de enero (recurso 1028/2015): "Careciendo el patinete de la consideración

b) La Sentencia del Juzgado de lo Penal nº2 de Badajoz 195/2019, de 12 de septiembre (recurso 12/2019) absuelve al acusado de un delito contra la seguridad del tráfico, ya que, aunque conducía su vehículo sujeto al Reglamento UE 168/2013 sin licencia, desconocía esto al adquirirlo y se puede aplicar el error de tipo del artículo 14.1 CP¹⁰⁶.

c) La Sentencia del AP. Madrid Sec. 02ª 887/2019, de 12 de diciembre (recurso 1859/2019) desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia condenando al acusado como autor de un delito de conducción de un ciclomotor sin permiso al concurrir todos los elementos del tipo¹⁰⁷.

d) La Sentencia de AP. Cáceres Sec. 2ª 44/2020, de 7 de febrero (recurso 94/2020), tras confirmar la sentencia de instancia respecto a la absolución del delito contra la seguridad del tráfico por estar acreditado que el acusado desconocía que su patinete eléctrico era considerado un ciclomotor (apreciando por tanto un error de tipo del artículo 14.1 CP), analiza la cuestión de que

de vehículo a efectos de ser integrado en el concepto de ciclomotor o no concurre uno de los elementos del tipo por el que ha sido condenado el recurrente -conducir un vehículo a motor o ciclomotor- y procede, por tanto, su absolución, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda haber incurrido en vía administrativa por circular en una vía pública"

106 La Sentencia del Juzgado de lo Penal nº2 de Badajoz 195/2019, de 12 de septiembre (recurso

12/2019): "...los VMP no son vehículos a motor y por tanto no requieren de autorización administrativa para circular. En consecuencia, y hasta que no se regule definitivamente, no cabe exigir al usuario la titularidad de permiso o licencia de conducción." "Del conjunto de pruebas anteriores, interpretadas conforme al principio de presunción de inocencia, determinan que quede probado que el acusado ignoraba que dicho vehículo precisase licencia o permiso para su conducción.." "El error del acusado era que desconocía que dicho vehículo concreto estaba incluido dentro de los vehículos que exigen permiso de conducción. Se trata por tanto de un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal (artículo 14.1 del Código Penal)".

107 La Sentencia del AP. Madrid Sec. 02ª 887/2019, de 12 de diciembre (recurso 1859/2019): "En conclusión, en el supuesto revisado queda acreditado que el vehículo conducido por el acusado que su primera declaración ya tilda de "patinete", no es un patinete sino que se corresponde con un ciclomotor y como tal debe estar matriculado, debe haberse contratado su seguro obligatorio, debe haberse pasado su inspección técnica periódica y debe conducirse con permiso de conducción..Por ende concurren todos los elementos del tipo"

no todos los patinetes eléctricos son VMP¹⁰⁸. Explica que la Instrucción 2019/S-149 TV-108 regula expresamente que si los patinetes eléctricos desarrollan una velocidad superior a 25 km/h se considera un ciclomotor y, por tanto, resultan sujetos al Reglamento 168/2013 siendo precisa para su conducción la preceptiva licencia administrativa¹⁰⁹.

e) La Sentencia de AP. Barcelona 146/2020, de 27 de febrero (recurso 166/2019) estima el recurso de apelación y se absuelve al acusado del delito contra la seguridad vial en su modalidad de permiso sin conducción por entender que la conducción de su mini moto no resulta subsumible en el delito de conducción sin permiso de acuerdo con el artículo 384.3 CP¹¹⁰.

f) La Sentencia de AP. Murcia 81/2020, de 24 de marzo (recurso 5/2020), estimando el recurso de apelación, revoca la sentencia de instancia absolviendo al usuario de un "Citycocco" del delito de conducción sin permiso (384 CP) ya que se carece de

prueba pericial para probar que se trata de un ciclomotor u otro vehículo sujeto al Reglamento UE 168/2013¹¹¹.

g) La Sentencia de AP. Murcia 29/2021, de 2 de febrero (recurso 4/2021), estimando el recurso de apelación, revoca la sentencia de instancia que condenaba al conductor del patinete eléctrico como autor responsable de un delito contra la seguridad vial del artículo 384.2 CP, procediendo a la absolución. Considerar la Sala, tras análisis de la normativa aplicable a los VMP y las pruebas practicadas (faltaba la pericial para determinar si las características del vehículo son las de un VMP), que el patinete eléctrico que conducía la acusada se podía considerar un ciclomotor objeto del Reglamento UE 168/2013 pero que existe un error invencible de tipo del artículo 14.1 CP por parte del acusado sobre lo que estaba conduciendo¹¹².

108 La Sentencia de AP. Cáceres Sec. 2ª 44/2020, de 7 de febrero (recurso 94/2020): "No todos los patinetes eléctricos entran en la categoría de Vehículo de Movilidad Personal (VMP) y, de hecho, en la reforma del Reglamento General de Vehículos actualmente en trámite se prevé definir Vehículo de Movilidad Personal como "vehículo de una o más ruedas dotado de una única plaza y propulsado exclusivamente por motores eléctricos que pueden proporcionar al vehículo una velocidad máxima por diseño comprendida entre 6 y 25 km/h." "Los vehículos tipo L1e-B como el que conducía el apelante quedan sin embargo, a día de hoy, sometidos a las normas que rigen la utilización de los ciclomotores."

109 HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES, JM "¿Circular en un patinete eléctrico sin permiso o licencia de conducción es constitutivo de delito?, en AAVV, *Sobre Responsabilidad civil y seguro Homenaje a Mariano Medina Crespo*, Ed. Sepín (2020), explica el autor que esta sentencia dictamina que los patinetes eléctricos que superan los 25 km/h de velocidad o los 1.000 vatios de potencia son ciclomotores y para su uso se necesita permiso de conducir. En idéntico sentido la Sentencia nº887/2019 de Vitoria-Gasteiz.

110 La Sentencia de AP. Barcelona 146/2020, de 27 de febrero (recurso 166/2019): "Por tanto, el simple hecho de que el vehículo sea impulsado por motor no es suficiente para determinar la relevancia penal, a los efectos del art. 384 CP, de la conducción de artefactos de transporte para los que no está prevista la habilitación previa para la conducción, por las razones que fuere." "En consecuencia, se considerará delito del art 384 inciso 3 CP la conducción de las motos deportivas fuera de los recintos habilitados para las pruebas. Sin embargo, no se considera tal delito cuando se trate de minimotos o minibikes" "Lo expresado no significa que la conducta del acusado no se halle prohibida y posea relevancia administrativa, lo que podría ser el caso. Por ello, una vez decidida la absolución del acusado en este sed, corresponde poner los hechos en conocimiento de la autoridad administrativa correspondiente."

111 La Sentencia de AP. Murcia 81/2020, de 24 de marzo (recurso 5/2020): "Y es que no exigible a un ciudadano realizar una labor de investigación del críptico lenguaje y clasificación administrativa de su vehículo, pretendiendo sancionarlo a posteriori en virtud de una pretendida norma jurídica (si es que pudiera denominarse así a la Instrucción citada) imprecisa y oscura" "En definitiva, en tanto no se clarifique legalmente la situación de los patinetes eléctricos y ciclos análogos, conductas como la aquí en enjuiciada, no pueden sancionarse como conducción sin permiso."

112 La Sentencia de AP. Murcia 29/2021, de 2 de febrero (recurso 4/2021): "...cabe plantearnos si es posible alegar el error si es sabida y conocida la máxima de que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento. Con absoluta claridad se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo sobre esta materia en la sentencia 782/2016 de 19 Oct., Rec. 10413/2016...no olvidar que es realmente posible que pueda concurrir una ignorancia absoluta de lo ilícito de una conducta, para lo que, obviamente, habrá que analizar cada caso concreto, la persona que se encuentre afectada, sus circunstancias personales y el tipo de delito que ha cometido para poder apreciar si puede estimarse la concurrencia de un error que incide en su culpabilidad, y, por ende, en el conocimiento de la antijuricidad de su conducta..." "resulta particularmente difícil colegir que conozca, o pueda conocer realmente, que en España, y conforme a un determinado Reglamento de la Unión Europea, eso que adquirió como patinete eléctrico se pueda considerar como un ciclomotor de los habituales, de los al uso..." "Se dice en la sentencia que el delito se le imputa a título de dolo eventual porque podía haberse informado a través de Internet...lo cual no es compartido por este Tribunal ya que, ante un normativa reciente y difícil de interpretar a la vista del caso concreto, tal y como consta en el propio razonamiento de la sentencia...no se puede considerar acreditado que la acusada actuara siquiera a título de dolo eventual."

5. CASOS CON RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

El artículo 7 LTSV establece que son los Ayuntamientos los encargados, entre otras, de la vigilancia en las vías urbanas de su titularidad y la denuncia de las infracciones que se cometan en dichas vías para su sanción de no corresponderle a otra Administración.

En relación a las sanciones impuestas por los mismos, se han dictado sentencias que nos ayudan a entender como los jueces tratan la situación jurídica de los patinetes eléctricos en las diferentes jurisdicciones:

a) La Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº3 de Alicante

348/2019, de 13 de noviembre (recurso 601/2019) trata sobre una infracción administrativa de lo previsto en el artículo 121.4 del RGC, consistente en circular con un patinete eléctrico por vías no destinadas a tal uso, por la que se impuso al actor una sanción de multa en cuantía de 60.000€. La Sentencia señala la no aplicación de una normativa municipal en trámite, analizando el limitado alcance de las Instrucciones de la DGT, delimitando la normativa aplicable al patinete eléctrico, para, en base a todo ello, anular la actuación administrativa por la imposibilidad de subsumir el patinete eléctrico como parte del artículo alegado para imponer la sanción al ser distinto a un monopatín, patín o aparato similar, ya que el patinete eléctrico está considerado como un vehículo que puede circular por la calzada¹¹³

¹¹³ La Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº3 de Alicante 348/2019, de 13 de noviembre (recurso 601/2019): "El hecho de que esta nueva normativa municipal se encuentre en trámite de aprobación hace imposible su invocación en sede judicial"; "Respecto a la Instrucción nº16/V-24, de la Dirección General de Tráfico, de fecha 3 noviembre de 2016, el propio recurrente reconoce que no tiene carácter vinculante. Únicamente cabría otorgarle el limitado valor que el artículo 6 de la LRJSP 40/2015 otorga las Instrucciones y Circulares de servicio. No obstante lo anterior, y aún con el carácter de simple Instrucción, se trata hasta ahora de la única normativa que el Estado ha sido capaz de producir referente a los accidentes eléctricos...se trata de una norma útil cuando señala algo evidente, y es el carácter de vehículo de los patinetes eléctricos" "Pues bien, la norma aplicada por la Administración para imponer la sanción es el artículo 121 RGC, es: "circular con un monopatín, patines o aparatos similares por vías no destinadas a tal uso". Pues bien, el problema es la absoluta imposibilidad de subsumir el vehículo recurrente (un patinete eléctrico) en la definición legal..." "Es evidente que la consideración que debe tener un patinete eléctrico es claramente la de un vehículo, pudiendo el mismo (hasta que no se prohíba) circular por la calzada. De hecho, lo peligroso

b) La Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº1 de Valladolid

160/2019, de 4 de diciembre (recurso 142/2019) trata sobre la infracción del artículo 18.2 párrafo 1º del RGC, conducir utilizando cascos o auriculares conectados a aparatos receptores o reproductores de sonido. Tras analizar la normativa aplicable a los VMP, la Sentencia desestima el recurso declarando la resolución recurrida ajustada a derecho procediendo la sanción administrativa impuesta por circular en patinete eléctrico con auriculares, ya que se considera conductor a la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, siendo considerado el patinete eléctrico un vehículo de acuerdo con las Instrucciones de la DGT¹¹⁴.

VI.- CONCLUSIONES

La realidad de los patinetes eléctricos es que en los últimos años ha proliferado su uso de una forma exponencial por las ventajas que implican para los desplazamientos urbanos¹¹⁵. Al mismo tiempo, su irrupción en la circulación de las ciudades, ha provocado un aumento de situaciones de riesgo que se han materializado en un incremento de accidentes, muchos con resultado mortal¹¹⁶.

Con este escenario, la falta de una respuesta, uniforme y completa, a nivel nacional por parte de nuestros legisladores está planteando dudas sobre el tratamiento de la responsabilidad de los eventuales daños causados con estos nuevos

sería permitir circular a los mismos por las aceras o por las zonas peatonales, dada la velocidad que pueden alcanzar"

¹¹⁴ La Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº1 de Valladolid 160/2019, de 4 de diciembre (recurso 142/2019): "...se considera conductor a la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando del vehículo, siendo considerado vehículo a los efectos de la Ley de Tráfico y su Reglamento, todo "aparato apto para circular por las vías o terrenos a que se refiere el artículo 2" y "... un vehículo de movilidad personal que en este caso es un patinete eléctrico. Se considera infringido el artículo 18.2 párrafo 1º del Reglamento General de Circulación... queda prohibido conducir y utilizar cascos o auriculares conectados a aparatos receptores o reproductores de sonido".

¹¹⁵ Según los datos de Línea Directa en los últimos tres años se han vendido más de 800.000 patinetes eléctricos en toda España

¹¹⁶ 1.300 siniestros registrados en los últimos tres años, con 16 fallecidos. En 2018 se documentó la primera muerte de una anciana por atropello de patinete eléctrico en Espluges de LLogebrat y ese año se contabilizaron cinco muertes relacionadas con accidentes con participación de patinete eléctrico. En 2019 murieron otras cinco personas, en 2020 otras seis y la última muerte es de septiembre de 2021.

vehículos. Gran parte de la problemática de los patinetes eléctricos tiene su origen en la carencia de una regulación general precisa, dejando temas claves para la regulación local, como por ejemplo, la exigencia o no de un seguro obligatorio para su uso por los particulares.

La situación actual puede dejar desprotegidos tanto a estos nuevos actores urbanos como a sus víctimas, ya que, si el usuario de un patinete eléctrico resulta responsable de un accidente y no ha suscrito una póliza de seguro para cubrir los daños personales y materiales, dicho usuario responderá con su patrimonio. Esta falta de protección es probable que no sea conocida por los usuarios de los patinetes eléctricos al circular por nuestras ciudades.

Como consecuencia de lo anterior, aunque los VMP no sean considerados vehículos a motor, es necesario urgentemente un cambio normativo para obligar a los usuarios de los patinetes eléctricos a la suscripción de un seguro obligatorio para responder de los daños que causen. La DGT está empezando a promover para estos casos la conveniencia del citado seguro obligatorio, por lo que podría proceder como hizo con el tratamiento pionero de los VMP en sus Instrucciones 16/V-124 y 2019/S-149 TV-108 de la DGT¹¹⁷.

Esta medida podría evitar que los peatones u otros conductores de vehículos sufran las consecuencias de que los conductores de patinetes eléctricos resulten insolventes si no han contratado un seguro voluntario que cubra los riesgos de su conducción. Los perjudicados quedan ahora sin protección por la incongruencia del sistema que permite que los patinetes eléctricos y sus usuarios convivan con los vehículos a motor y sus conductores sin exigirles los mismos medios de respuesta, cuando pueden causar o participar en accidentes de circulación al formar parte del mismo tráfico.

Uno de los pilares de nuestro régimen jurídico de responsabilidad civil automovilística es la suscripción de un seguro obligatorio por todo propietario de un vehículo a motor, ya que sin dicho seguro el propietario tiene una

responsabilidad civil objetiva con el conductor de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor, salvo que pruebe que el vehículo fue sustraído de acuerdo con el artículo 1.3 del TRLRCSVM¹¹⁸.

Teniendo en cuenta este pilar es difícil de entender que, si a los patinetes eléctricos se les ha permitido asistir a la “fiesta” que supone la circulación en las ciudades, no se les exija para dicha participación la misma etiqueta que a los otros asistentes. Esta situación llama poderosamente la atención al haberse comprobado durante los últimos años que los patinetes eléctricos, por su estructura y forma de utilización, generan el mismo o incluso mayor riesgo que los vehículos a motor. Por lo tanto, al igual que ha ocurrido históricamente con otras actividades generadoras de riesgos para terceros, se debería instrumentar lo antes posible una solución normativa adecuada.

Mientras esperamos este cambio normativo, entiendo que sería preciso concienciar a los usuarios de los patinetes eléctricos de la necesidad de contar con un seguro que cubra el riesgo que supone su utilización. Si nuestros jueces aplican la responsabilidad civil objetiva en los accidentes en los que intervengan patinetes eléctricos sin seguro, ello en base al riesgo que crean como actores de la circulación, estarán compartiendo este enfoque aplicado en accidentes de vehículos a motor sin seguro.

Así, ante una colisión con un patinete eléctrico sin seguro, se aplicaría el régimen de responsabilidad objetiva, de tal forma que el usuario del patinete eléctrico respondería de los daños, al menos los personales, a no ser que se probase que el vehículo a motor o peatón hubiese concurrido a la producción del daño con su culpa o negligencia¹¹⁹. Esto ya ha sido

118 GARCÍA GARNICA, MC y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R, “Régimen Jurídico y presupuestos de la responsabilidad civil automovilística”, en AAVV, *Responsabilidad civil y valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación*, Ed. Atelier (2021) en opinión de estos autores la reglamentación comunitaria se ha centrado en el establecimiento y regulación de la suscripción de un seguro obligatorio por todo propietario de un vehículo de motor que tenga su estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro.

119 MAGRO SERVET, V “Responsabilidad civil y penal de los conductores de patinetes eléctricos (vehículos de movilidad personal)” Revista de Derecho de la Circulación El Derecho N°71 (2019), indica que con ello, en el caso de derivarse a la vía civil una colisión, se aplicaría la responsabilidad objetiva por riesgo y el conductor del patinete eléctrico debería abonar los daños personales y

117 En entrevista de EL País de 22 de septiembre de 2021 el Director General de Tráfico, Pere Navarro, se posicionó a favor del seguro obligatorio para los patinetes eléctricos, destacando que se trata de una reivindicación de la Fiscalía de Seguridad Vial y que apoyan los ayuntamientos.

apuntado por nuestro

Tribunal Supremo para la responsabilidad por riesgo que crea la conducción de un vehículo, eso sí, a motor, pero el mismo riesgo se puede generar por un usuario de patinete eléctrico VMP aunque no sea un vehículo a motor ¹²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS DOMINGUEZ, AC “Cuestión controvertida: Los vehículos de movilidad personal ¿Instrumento típico de un delito contra la seguridad vial?” *Estudios Penales y Criminológicos* (2020).

BADILLO ARIAS, JA “El aseguramiento de los patinetes eléctricos y otros sistemas de movilidad” *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro* N°4 (2019).

BAELO ÁLVAREZ, M y DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A “¿Es el patinete eléctrico un

ciclomotor? Luces y sombras ante un limbo jurídico” *Diario La Ley* N°9286 (2018).

GARCÍA GARNICA, MC y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R, “Régimen Jurídico y presupuestos de la responsabilidad civil automovilística”, en AAVV, *Responsabilidad civil y valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación*, Ed. Atelier (2021).

HEINSELMAN ZM, MILDERS EB, WEINER LS “*Scooter Wars: Local Approaches to Regulating Shared Mobility Devices*” en *League of California Cities 2019 Spring Conference* (2019).

HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES, JM “¿Circular en un patinete eléctrico sin permiso o licencia de conducción es constitutivo de delito?”, en AAVV, *Sobre Responsabilidad civil y seguro Homenaje a Mariano Medina Crespo*, Ed. Sepín (2020).

MAGRO SERVET, V “Responsabilidad

materiales salvo que pruebe que en la conducta del peatón concurrió culpa o negligencia. Por ello, si el conductor del patinete no suscribió una póliza de seguro para cubrir estas situaciones de daños personales y materiales debería responder con su patrimonio personal para indemnizar estos daños causados al perjudicado.

120 STS 18 mayo de 2017 en relación con la STS de 16 diciembre de 2008: “...se establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación

civil y penal de los conductores de patinetes eléctricos (vehículos de movilidad personal)” *Revista de Derecho de la Circulación El Derecho* N°71 (2019).

MAGRO SERVET, V “Los patinetes eléctricos en la búsqueda de su ubicación legal ¿Qué son realmente?” *Tráfico y seguridad vial* N°257 (2021).

MAGRO SERVET, V “¿Se aplicaría el baremo de tráfico por Ley 35/2015 en caso de lesiones producidas en accidentes ocasionados por los patinetes eléctricos?” *Revista de Derecho de la Circulación El Derecho* N°96 (2021).

MARTINEZ NIETO, A “Nuevos límites de velocidad en el medio urbano y normas de control de la movilidad en patinetes” *Tráfico y seguridad vial* N°256 (2020).

MORELL ALDANA, LC “Vehículos de movilidad personal: un comentario de urgencia a su última regulación transitoria” *Diario La Ley* N° 9547 (2020).

MORELL ALDANA, LC “A vueltas con los vehículos de movilidad personal: examen del RD 970/2020, de 10 de noviembre” *Diario La Ley* N° 9742 (2020).

ROMERO ADAME, C, CANTERO BAYÓN, M y SASTRE GONZÁLEZ, J “La regulación del los Patinetes Eléctricos” *Tráfico y seguridad vial* N°238 (2019).

SOKOLOWSKI MM, “*Laws and Policies on Electric Scooters in the European Union: A Ride to the Micromobility Directive*”, en *European Energy and Environmental Law Review* (2020).

VARGAS CABRERA, B “Movilidad sostenible y responsabilidad penal de conductores de bicicletas y vehículos de movilidad personal” *Tráfico y Seguridad Vial* N°237 (2019).



doctrina

“Viajes combinados: el daño derivado del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Evolución legislativa y análisis jurisprudencial sobre la valoración del daño y criterios de imputación”

Felipe Chomali Palacio
Abogado

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- LA DEFINICIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS.

III.- EVOLUCIÓN NORMATIVA Y NORMATIVA APLICABLE A LOS VIAJES COMBINADOS.

IV.- LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS AGENCIAS DE VIAJE Y LAS EMPRESAS ORGANIZADORAS EN MATERIA DE VIAJES COMBINADOS.

V.- LA VALORACIÓN DEL DAÑO SUFRIDO DURANTE EL VIAJE COMBINADO.

VI.- LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

VII.- EL IMPACTO DEL COVID-19 EN MATERIA DE VIAJES COMBINADOS.

VIII.- CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La protección de los consumidores y usuarios es un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que en el sector turístico es especialmente garantista para los intereses de los viajeros que contratan viajes combinados. La protección de los consumidores y usuarios aparece recogida como un principio básico en la Constitución Española, según lo dispuesto en su artículo 51.1, donde se establece lo siguiente:

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Durante la ejecución de los viajes combinados pueden surgir imprevistos indeseables y situaciones desafortunadas que se presentan en los servicios de transporte contratados, tales como retrasos injustificados, cancelaciones,

denegaciones de embarque, pérdidas de equipaje o siniestros en los que se sufren lesiones, y que pueden dar lugar a fallecimientos en el peor de los casos, o bien daños morales extracorpóreos independientes del daño moral vinculado al daño corporal, que también pueden llegar a producirse mientras se prestan otros servicios, como pueden ser los de hospedaje por estancias en hoteles y otro tipo de alojamientos, el alquiler de vehículos, u otros servicios turísticos como los que guardan relación con actividades culturales o de ocio.

Los incumplimientos contractuales y la defectuosa prestación de los servicios contratados que componen los viajes combinados tienen un efecto negativo sobre las legítimas expectativas de los viajeros, que podrán solicitar la indemnización por los daños y perjuicios que hayan sufrido dirigiéndose contra los prestadores de servicios responsables del hecho lesivo directamente, o bien contra los organizadores (mayoristas) o las agencias de viaje (minoristas) con las que hubieran contratado el viaje combinado. Esta posibilidad fortalece la posición del viajero afectado, y se debe a las modificaciones introducidas en la legislación española que fueron impulsadas por directivas europeas dictadas para garantizar la protección de los viajeros, concediéndoles entre otras facilidades, la posibilidad de reclamar en el lugar donde se contrató el viaje combinado.

El impacto de las incidencias en los viajes combinados puede tener distinto alcance en los viajeros teniendo en cuenta el motivo del viaje, lo que puede llegar a afectarles en su esfera emocional dado que no todos los viajes son igual de importantes, y en este sentido han tenido la oportunidad de pronunciarse nuestros tribunales, reconociendo a modo de ejemplo que no es lo mismo realizar un viaje de negocios que un viaje de placer, como puede ser un viaje de novios, por tratarse de un hecho de especial trascendencia, único en la vida que suele dejar un recuerdo imborrable en la memoria de una pareja.

Con motivo de la pandemia Covid-19 se han producido continuos cambios en las políticas migratorias y en las restricciones sanitarias, lo que también ha dado lugar a cancelaciones y otras anomalías que sin lugar a duda han condicionado la contratación de los viajes combinados.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar la evolución normativa en materia de viajes combinados, en la que resulta clave para su comprensión la incorporación de España en la Unión Europea en el año 1986. Como es sabido, uno de los principales objetivos de la Unión

Europea consiste en establecer un mercado común capaz de garantizar la libre circulación de bienes, personas, capitales y servicios, y que, en el sector turístico en concreto, facilite a los operadores, consumidores/usuarios, hoy en día viajeros, la oferta y la contratación de estos servicios con plenas garantías.

La necesidad de armonizar las normativas de los países miembros de la Unión en materia de viajes combinados motivó la promulgación de la primera Directiva en la década de los noventa. Tomando como punto de partida la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, se expondrán las novedades introducidas por la Directiva 2015/2302 de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, que derogó la Directiva anterior, y su transposición al ordenamiento jurídico español.

Por otra parte, se analiza la responsabilidad solidaria entre las empresas minoristas y las organizadoras que facilita a los perjudicados el ejercicio de sus derechos, los daños morales que son reclamables no previstos en el Baremo, los límites en la reducción del precio y la indemnización por daños y perjuicios, mencionando las posibles causas de exoneración permiten liberar de responsabilidad a los organizadores y minoristas. También se expone el impacto de la Covid-19 en la contratación de los viajes combinados, y el derecho de reembolso que asiste a los viajeros en supuestos de cancelación en los tiempos que corren.

II.- LA DEFINICIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS, CON ESPECIAL MENCIÓN A LOS EFECTOS DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS 90/314/CEE Y 2015/2302, Y DEL LIBRO IV 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.

Como consideración previa conviene señalar que no ha existido una única definición sobre los viajes combinados, por lo que es oportuno partir de una noción general para a continuación exponer las definiciones recogidas en los textos normativos de mayor relevancia para nuestro ordenamiento jurídico, ya que, en definitiva, son las más importantes dado que en éstos se establecen los criterios que determinan si corresponde la aplicación del régimen de protección especial previsto para los viajeros que

contratan los viajes combinados o no¹.

Para realizar una primera aproximación, el diccionario panhispánico del español jurídico define los viajes combinados en los siguientes términos²:

“Producto comercial consistente en la combinación de una serie de servicios tales como el transporte o el alojamiento ofrecido con un precio global”.

Encontramos otras definiciones sobre viajes combinados en varios textos normativos, que matizan la definición que se refleja en el diccionario, estableciendo condiciones y requisitos, que se han ido ampliando y evolucionando con el paso del tiempo para ajustarse a las necesidades de modernización exigidas por la sociedad.

A modo de ejemplo, una de las primeras definiciones que se recogen en la normativa europea, la encontramos en la Directiva 90/30/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, en la que se recoge una definición especial, similar a la del diccionario, aunque el término queda condicionado por un requisito temporal que resulta determinante a la hora de aplicar el contenido de la Directiva, tal y como se refleja en su artículo²:

“A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

1) Viaje combinado: 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,

c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado”.

Vemos por tanto que además de hacer

¹ Por ello, en los textos normativos que se analizan en el presente trabajo se utiliza frecuentemente la coletilla: “A los efectos de... se entenderá por: ...”. De esta forma, se utilizan las definiciones para determinar el ámbito de aplicación de la norma.

² Enlace: <https://dpej.rae.es/lema/viaje-combinado>

referencia a que los servicios deben ser vendidos u ofrecidos por un precio global, se impone un requisito temporal, dado que la prestación contratada tiene que sobrepasar las 24 horas o como mínimo, tiene que incluir una noche de estancia.

Con posterioridad, la Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, que deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo, define los viajes combinados en el artículo 3.2, partiendo de lo que se entiende por servicios de viaje, según las consideraciones que se reflejan en el artículo 3.1:

1) «servicio de viaje»:

a) el transporte de pasajeros;

b) el alojamiento cuando no sea parte intrínseca del transporte de pasajeros y no tenga fines residenciales³;

c) alquiler de turismos, otros vehículos de motor en el sentido del artículo 3, punto 11, de la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), o motocicletas que requieran un permiso de conducción de categoría A con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 3, letra c), de la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2);

d) cualquier otro servicio turístico que no forme parte intrínseca de un servicio de viaje de los definidos en las letras a), b) o c);⁴

Atendiendo a lo dispuesto, vemos que se incluye el alquiler de turismos y otros vehículos tasados como una categoría especial, y por otra parte, se excluyen los alojamientos incluidos en los servicios de transporte (salvo que se trate de un crucero, donde la finalidad principal no consiste en el desplazamiento) y los que tengan un fin estrictamente residencial.

³ En el considerando inicial n.º 17 de la Directiva 2015/2302, se menciona que los alojamientos con fines residenciales, como por ejemplo los previstos para realizar cursos de idiomas de larga duración, no pueden ser considerados como servicios de viaje, por lo que, a la hora de contratarlos junto con otros servicios de viaje, hay que tener en cuenta si la contratación en su conjunto se trata de un viaje combinado.

⁴ En el considerando inicial n.º 18 de la Directiva 2015/2302, se mencionan algunos ejemplos sobre este tipo de servicios: “las entradas para conciertos, acontecimientos deportivos, excursiones o parques de atracciones, las visitas guiadas, los forfaits de esquí y el alquiler de material deportivo, por ejemplo de esquí, o los tratamientos balnearios”.

Seguidamente, en el apartado segundo, se definen los viajes combinados a efectos de la Directiva teniendo en cuenta los servicios de viaje, estableciendo una serie de condiciones en la forma de contratación, para que tengan la consideración de viajes combinados según la Directiva.

2) «viaje combinado»: la combinación de al menos dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios:

son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un contrato único por la totalidad de los servicios, o

b) con independencia de la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje, esos servicios:

i) son contratados en un único punto de venta y han sido seleccionados antes de que el viajero acepte pagar,

ii) son ofrecidos o facturados a un precio a tanto alzado o global,

iii) son anunciados o vendidos como «viaje combinado» o bajo una denominación similar,

iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario



permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje, o

v) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios, con el o los que se celebra un contrato a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

En la normativa española actual, la definición que tenemos sobre los viajes combinados se recoge en el artículo 151 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante LGDCU), de una forma muy similar a la de la Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Esto se debe a que es en la LGDCU donde ha quedado transpuesta la Directiva, con la modificación introducida por el Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre, que, al incorporar el contenido de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, tan solo difieren en algunos aspectos⁵.

Al igual que lo hace la Directiva 2015/2302, El artículo 151 de la LGDCU parte de la definición de los servicios de viaje, para posteriormente apuntar la definición de los viajes combinados, que ha quedado redactada como se refleja a continuación:

A los efectos de este libro se entenderá por:

a) "Servicio de viaje":

1.º El transporte de pasajeros.

2.º El alojamiento cuando no sea parte integrante del transporte de pasajeros y no tenga un fin residencial.

3.º El alquiler de turismos, de otros vehículos de motor en el sentido del artículo 2. 21 del Real

Decreto 750/2010, de 4 de junio, por el que se regulan los procedimientos de homologación de vehículos de motor y sus remolques, máquinas autopropulsadas o remolcadas, vehículos agrícolas, así como de sistemas, partes y piezas de dichos vehículos, así como el alquiler de motocicletas que requieran un permiso de conducción de categoría A, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.2.d) del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

4.º Cualquier otro servicio turístico que no forme parte integrante de un servicio de viaje de los definidos en los tres apartados anteriores.

"Viaje combinado": la combinación de, al menos, dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios:

1.º son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un único contrato por la totalidad de los servicios, o

2.º con independencia de la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje, esos servicios:

i) son contratados en un único punto de venta y seleccionados antes de que el viajero acepte pagar,

ii) son ofrecidos, vendidos o facturados a un precio a tanto alzado o global,

iii) son anunciados o vendidos como «viaje combinado» o bajo una denominación similar,

iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje, o

v) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios con quienes se celebra otro contrato, a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

Comparando la Directiva 2015/2302 y la LGDCU, vemos que en cuanto al carácter significativo de los otros servicios que pueden ser combinados con un solo servicio de

⁵ Por ejemplo, en cuanto al servicio de viaje de alquiler de vehículos. Mientras que la Directiva 2015/2302 hace alusión a otras Directivas (la 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), la LGDCU hace referencia a Reales Decretos (el 750/2010 de junio y el Real Decreto 818/2009 de 8 de mayo).

transporte, alojamiento o alquiler de turismos y vehículos detallados, el considerando inicial n.º 18 de la Directiva⁶ indica que debe considerarse significativa la contratación de los otros servicios si representan un valor del veinticinco por ciento o superior sobre el valor de la contratación. La LGDCU es más tajante y lo establece de manera más estricta en su articulado, al establecer como requisito que los otros servicios turísticos contratados en el viaje combinado, distintos de los mencionados anteriormente, sí tienen que representar como mínimo, el veinticinco por ciento del valor de la contratación del viaje combinado, salvo que se trate de un elemento esencial de la combinación, de lo contrario, no tendrán tal consideración, por lo que la Directiva 2015/2302 motivó la aparición de un nuevo criterio cuantitativo⁷.

Las modificaciones en las definiciones de los viajes combinados en las normativas europeas y nacionales, y las condiciones que se establecen a la hora de contratar los servicios de viaje incluidos, han servido para ir afinando cada vez más, ofreciendo una mayor seguridad jurídica para los operadores del sector al precisar con mayor detalle el ámbito de aplicación de la normativa, lo que por otra parte ha permitido ampliar la protección específica que ofrece la regulación en materia de viajes combinados a los viajeros.

III.- EVOLUCIÓN NORMATIVA Y NORMATIVA APLICABLE A LOS VIAJES COMBINADOS.

LA DIRECTIVA 90/314/CEE, DE 13 DE JUNIO, *RELATIVA A LOS VIAJES COMBINADOS, LAS VACACIONES COMBINADAS Y LOS CIRCUITOS COMBINADOS*, LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2015/2302 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2015

⁶ El considerando n.º 18 de la Directiva 2015/2302 dispone lo siguiente: "Si otros servicios turísticos representan el 25 % o más del valor de la combinación, debe considerarse que constituyen una proporción significativa del valor del viaje combinado o del de los servicios de viaje vinculados".

⁷ Así, el último párrafo del Art. 151.1.b) establece: "La combinación de servicios de viaje en la que se combine como máximo uno de los tipos de servicios de viaje a que se refieren los apartados 1.º, 2.º o 3.º de la letra a) con uno o varios de los servicios turísticos a que se refiere su apartado 4.º, no se considerará un viaje combinado si estos servicios turísticos no representan una proporción igual o superior al veinticinco por ciento del valor de la combinación y no se anuncian o no constituyen por alguna otra razón una característica esencial de la combinación, o si solo han sido seleccionados y contratados después de que se haya iniciado la ejecución de un servicio de viaje contemplado en los mencionados apartados 1.º, 2.º o 3.º".

Y SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

La evolución normativa sobre viajes combinados se explica principalmente con la entrada de España en la Unión Europea en el año 1986, dado que las principales modificaciones en esta materia han sido impulsadas por directivas comunitarias que han perseguido armonizar las normativas nacionales de los países miembros de la Unión Europea con la finalidad de crear un mercado interno común, en beneficio de los operadores del sector turístico, y que han ido evolucionando para proteger en mayor medida a los consumidores y usuarios de los viajes combinados, hoy en día denominados viajeros, adaptándose también a las nuevas tecnologías y a las nuevas formas de contratación de estos servicios.

Como punto de partida, tenemos que con anterioridad a la década de los noventa no existía normativa de carácter comunitario en materia viajes combinados; tan solo existían múltiples normativas nacionales aisladas que la regulaban. En este contexto de pluralidad y disparidad normativa surgió la Directiva 90/314/CEE, de 13 junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, en vista de la necesaria armonización de la normativa de los Estados miembros de la Unión Europea, como un primer intento por aproximar las normativas nacionales, a fin de alcanzar una mayor uniformidad capaz de garantizar la libre prestación de servicios a través de un mercado único, eliminando los obstáculos para los operadores del sector turístico, además de fomentar la libertad de circulación de los nacionales y personas residentes entre los países de la Unión Europea, ofreciendo una mayor protección a los viajeros contratantes de viajes combinados, e impulsando a través de la mayor seguridad jurídica los desplazamientos entre los ciudadanos de los países miembros de la Unión.

La Directiva 90/314/CEE sirvió como un primer paso a nivel europeo para proteger los derechos de los consumidores y usuarios de los viajes combinados, sin embargo, no consiguió su objetivo principal de armonizar la normativa de los países miembros de la Unión Europea de forma plena.

Por otra parte, la tendencia en aumento de la contratación de viajes combinados online precisaba una nueva Directiva más ambiciosa para remediar los vacíos legales existentes, lo que

dio lugar a la Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados⁸.

La transposición de la Directiva 2015/2302 se llevó a cabo en España a través del 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, que entró en vigor el 28 de diciembre. Cabe mencionar que la transposición de la Directiva se realizó con retraso, dado que el plazo para llevarla a cabo vencía el 1 de enero del 2018, con el consiguiente riesgo de sufrir las sanciones coercitivas que impone la Unión Europea en los casos de dilaciones a la hora de incorporar el contenido de las Directivas en el derecho interno.

La modificación normativa sobre viajes combinados como consecuencia de la Directiva 2015/2302 ha quedado plasmada en el Libro Cuarto 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, entre los artículos 150 a 170, además de los anexos.

Con la Directiva 2015/2302 se derogó la anterior Directiva 90/314/CEE del Consejo de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, que se había aprobado con la finalidad de armonizar la regulación de los servicios turísticos a nivel europeo y de ofrecer un mayor grado de protección a los consumidores y usuarios.

Si bien es cierto que la Directiva 2015/2302 no realizó importantes modificaciones, sí que introdujo algunas novedades, entre las que destacan las siguientes:

Se precisa, a la vez que se amplía, el ámbito de aplicación de la Directiva con respecto a la Directiva 90/314 para una mayor protección de los viajeros.

La mejor delimitación de la Directiva del 2015 ha dado cobertura a un mayor número de contratos de viajes combinados, que por la falta de concreción en la Directiva anterior, se quedaban sin la protección especial ligada a la calificación de los viajes combinados.

La Directiva del 2015 mantiene la exclusión del ámbito de aplicación a los servicios contratados con duración inferior a 24 horas, salvo que incluyan pernoctación, a los viajes organizados sin ánimo de lucro para grupos reducidos y a los servicios de viajes de negocios contratados sobre la base de un convenio general. Sin embargo, sí que tienen cobertura los viajes combinados con fines laborales por pequeños profesionales que llevan a cabo la contratación por los mismos medios utilizados por cualquier otro consumidor. Además de las exclusiones expresas que se reflejan en la Directiva, se determina nuevamente el ámbito de aplicación en función de cómo se haya contratado el viaje combinado.

Se introduce el concepto de viajero como sujeto protegido, que sustituye al concepto de consumidor que se mencionaba en la anterior directiva⁹.

Según lo dispuesto en el art.3.6), se considera viajero a efectos de la Directiva: *“toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”*.

Comparto la apreciación de la Profesora Dña. Pilar Martín Aresti¹⁰, que explica que el cambio de término se debe a la aplicación de la nueva Directiva a sujetos que con anterioridad no encajaban en la definición de consumidores, refiriéndose expresamente a aquellos *“profesionales liberales, pequeños empresarios o trabajadores autónomos que no celebren su contrato de viaje combinado en el marco de un convenio general con la agencia para la organización de viajes múltiples durante un*

⁸ En su considerando n.º 1 se exponen los motivos de la modificación: “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”.

⁹ La Directiva 90/314 definía a los consumidores como “la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado”.

¹⁰ Expresada en su artículo Directiva (UE) 2015/2302, de 25 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. En Revista Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Vol. 4, diciembre 2016. Ediciones Universidad de Salamanca. p.131.

período determinado” como se ha comentado en el punto anterior.

Se introduce el concepto de servicios de viajes vinculados, que se contempla en el artículo 3.5 de la Directiva, que establece lo siguiente:

«servicios de viaje vinculados»: al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje contratados para el mismo viaje o vacación, para los que se celebren contratos distintos con cada uno de los prestadores de servicios de viaje, si un empresario facilita:

con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta, la selección y pago por separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros, o de manera específica, la contratación con otro empresario de como mínimo un servicio de viaje adicional siempre que se celebre un contrato con ese otro empresario a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

La principal diferencia con los viajes combinados radica en que no existe un único contrato, en la selección de los servicios de viaje por el viajero y en el pago por separado de éstos. Por otra parte, la definición de los viajes vinculados pone de manifiesto la adaptación a los avances tecnológicos y la cada vez mayor contratación de los servicios online, motivo por el que se pretende proteger a los viajeros que contraten un nuevo servicio de viaje dentro de las 24 horas siguientes a la contratación del primero a través de esta figura, dado que en la práctica es muy habitual que al contratar algún servicio navegando en la red, acabemos aceptando invitaciones para terminar contratando otros servicios adicionales.

Al igual que ocurre con los viajes combinados, la Directiva hace mención del necesario carácter significativo de los otros servicios distintos del alojamiento, transporte y alquiler de turismos y vehículos concretos, en los casos en los que solo se combine con uno de estos, sin entrar en el porcentaje mínimo del 25% del valor total de la contratación, que sí ha quedado reflejado en el articulado de la LGDCU con la transposición de la Directiva como se ha comentado anteriormente.

El nivel de protección para los viajeros no es el mismo si se contrata un servicio de viaje vinculado o un viaje combinado. Quienes contratan viajes combinados tienen mayores garantías, ya que en el artículo 13 de la Directiva¹¹ está previsto un

sistema de responsabilidad especial, en el que los organizadores son responsables de la correcta ejecución de todos los servicios contratados, con independencia de quién los haya ejecutado. El distinto grado de protección también es notorio en el considerando n.º 13, y especialmente en el n.º 43 de la Directiva¹².

Se adapta a los avances tecnológicos y a la creciente tendencia en la contratación de servicios online.

Esta adaptación se pone de manifiesto en varios puntos de la Directiva. A modo de ejemplo, en el considerando n.º 2 de la Directiva se indica lo siguiente: “*Además de las cadenas de distribución tradicionales, internet se ha convertido en un medio cada vez más importante a través del que se ofrecen o venden servicios de viaje*”, y en el considerando n.º 12 se hace referencia a los viajes vinculados contratados en línea, a la vez que detalla situaciones que se presentan a la hora de navegar por sitios web, para explicar en qué casos nos encontraremos ante un viaje vinculado.

Por otra parte, en la definición sobre punto de venta, que se recoge en el punto 15 del artículo n.º 3, se incluye: “... *sitio web de venta minorista o un dispositivo de venta minorista en línea similar, incluso cuanto los sitios web de venta minorista o dispositivos de venta minorista en línea se presenten a los viajeros como un dispositivo único, incluido un servicio telefónico*”.

Ofrece mayores garantías para los viajeros, ante los supuestos de insolvencia del organizador y errores en la reserva, y, por otra parte, se refuerza la obligación de informar a los viajeros.

Para ello, la Directiva 2015/2302 dedica el capítulo V a la protección frente a la insolvencia,

[tados miembros, ampliar la responsabilidad a los minoristas, como se analizará con mayor detalle en el momento de analizar la responsabilidad solidaria de los organizadores y minoristas.](#)

¹² Tal y como se detalla en el considerando n.º 13 de la Directiva 2015/2302: “... Aunque no deben constituir viajes combinados en el sentido de la presente Directiva, en virtud de la cual un organizador es responsable de la correcta ejecución de todos los servicios de viaje, estos servicios de viaje vinculados constituyen un modelo de negocio alternativo que a menudo mantiene una fuerte competencia con los viajes combinados”. Asimismo, en el considerando n.º 43 se establece lo siguiente: “Debe obligarse a los empresarios que faciliten servicios de viaje vinculados a informar a los viajeros de que no están contratando un viaje combinado y de que los prestadores de servicios únicamente son responsables de la correcta ejecución de sus contratos”.

¹¹ El artículo 13 de la Directiva 2015/2302 señala la responsabilidad de los organizadores, y además permite a los Es-

que se compone de dos artículos, el art. 17 y el 18. La Directiva exige a los organizadores que operen dentro de la Unión Europea, con independencia del lugar en el que tengan su establecimiento, que constituyan una garantía efectiva y suficiente que permita reembolsar a los viajeros en caso de que sea necesario.

La responsabilidad por errores en la reserva se contempla en el art. 21 de la Directiva, donde se indica que la responsabilidad en estos casos recae sobre el empresario cuando haya aceptado organizar la reserva del viajero, salvo que sea posible demostrar que el error se atribuye al propio viajero (culpa exclusiva del perjudicado) o se haya causado por circunstancias inevitables y extraordinarias (fuerza mayor). Como vemos, la exoneración de la responsabilidad del empresario es factible en determinados supuestos.

La directiva 2015/2302 también intensifica la protección a los viajeros, precisando y ampliando la información precontractual que tienen que recibir por parte de los organizadores y minoristas (en los casos que corresponda). Esta información se detalla en el art. 5, y como se establece en el art. 6, también tiene que ser incluida en el contrato. Además, los empresarios tienen el deber de informar sobre posibles modificaciones en la prestación de los servicios contratados, y tienen que indicar claramente si lo que ofrecen es un viaje combinado o si se trata de servicios vinculados.

IV.- LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS AGENCIAS DE VIAJE Y LAS EMPRESAS ORGANIZADORAS EN MATERIA DE VIAJES COMBINADOS.

En los casos de concurrencia de varios deudores, nuestro ordenamiento jurídico no tiene previsto que los acreedores puedan ejercitar su derecho contra cualquiera de ellos con carácter general. En este sentido, el artículo 1.137 de nuestro Código Civil¹³ establece la presunción de la responsabilidad mancomunada, salvo que se determine el carácter solidario de la obligación expresamente.

Otros países de nuestro entorno han optado por aplicar un sistema de responsabilidad distinto, con la finalidad de ofrecer una mayor protección jurídica a los acreedores frente a los deudores, tal

¹³ Art. 1137 del Código Civil: “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”.

y como ha tenido la oportunidad de expresarlo el Profesor Javier López y García de la Serrana en su artículo titulado “*La solidaridad impropia en nuestra jurisprudencia actual*”¹⁴, indicando lo siguiente: “*Vemos por tanto como nuestro sistema establece la regla general de la mancomunidad simple, a diferencia de otros sistemas como el alemán o el italiano que sí siguen al régimen de la solidaridad pasiva de las obligaciones por entenderlo más beneficioso para el desarrollo del tráfico al fortalecer la posición del acreedor*”.

En los últimos años se ha visto un cambio de tendencia del legislador español y un acercamiento progresivo hacia la solidaridad, en beneficio de los intereses de los acreedores, apartándose en algunos casos del sistema de responsabilidad general previsto en nuestro Código Civil, optando así por la responsabilidad solidaria en diversos ámbitos de la Responsabilidad Civil, como ha quedado reflejado en distintos textos normativos¹⁵.

Por lo tanto, la responsabilidad solidaria sí que será aplicable en los casos previstos por la Ley y cuando sea pactado expresamente por las partes contratantes. En cuanto a la materia de los viajes combinados en específico, podemos afirmar que nuestra normativa nacional ha cumplido sobradamente con lo previsto en las Directivas europeas, que como se ha expuesto, han perseguido ampliar la protección de los viajeros, por lo que en la actualidad, con la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, el artículo 161.1 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, establece la responsabilidad solidaria de organizadores y minoristas, sin perjuicio del ejercicio de su derecho de repetición contra quien sea el responsable del

¹⁴ Artículo publicado en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Revista n.º 68 - Cuarto Trimestre del año 2019. pp. 5-8.

¹⁵ En este sentido el Profesor D. Javier López y García de la Serrana ha apreciado la responsabilidad solidaria en las siguientes disposiciones y ámbitos: “art. 27.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente el art. 132 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias. Los arts. 7 y 8 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños causados por Productos Defectuosos, actualmente el art. 132 TRLGDCU. El art. 162 TRLGDCU, respecto de la responsabilidad en el ámbito de los viajes combinados”. p. 5. Ver nota pie de página n.º 14 en la página 16.

daño producido, como a continuación se refleja:

“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”.

La redacción del mencionado artículo 161.1 de la LGDCU proviene originalmente del art. 5 de la Directiva 90/314/CEE y del art. 13 de la Directiva 2015/2302/UE.

El art. 5 de la Directiva 90/314/CEE disponía lo siguiente:

1. Los Estados miembros adoptarán 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.

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.

El profesor D. Jose Manuel Villar Calabuig, ha tenido la oportunidad de comentar este artículo en su reciente trabajo 16 “La responsabilidad objetiva de los organizadores de viajes combinados, interpretación de la Directiva 90/314/CEE por el Tribunal de Justicia Europea 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”, en el que analiza la cuestión

16 Artículo publicado en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Revista n.º 77 - Primer Trimestre del año 2021. pp. 169 - 174.

prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido (Supreme Court of the United Kingdom) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por los daños sufridos por una viajera en Sri Lanka, causados por un operario del hotel en el que estuvo alojada en el verano de 2010, momento en el que seguía vigente la Directiva del 90.

Como indica el Profesor Villar Calabuig, la Directiva establecía la responsabilidad objetiva del organizador en su afán por conseguir la máxima protección para el consumidor. Sin embargo, solía ser una práctica muy habitual que los organizadores alegaran que la reclamación debía dirigirse contra los responsables directos por la mala prestación del servicio contratado, haciendo una interpretación conveniente y parcializada de los “y/o” que se reflejan en la Directiva 17. En palabras del Profesor Villar Calabuig: “Posiblemente ese “y/o” ha dado origen a que el organizador pretenda que se aplique, indebidamente, solo el condicional del “o””.

En cualquier caso, la falta de concreción de la directiva obliga a analizar lo dispuesto en las normativas nacionales. Continuando con el caso inglés expuesto, la transposición de la Directiva se llevó a cabo a través de The Package Travel, Package holidays and Package Tours Regulations 1992, que dispone en su art. 15, que la otra parte del contrato (refiriéndose al organizador, en inglés organiser o detallista en los casos que corresponda, retailer), es responsable ante el consumidor de las obligaciones estipuladas en el contrato, con independencia de que deban ser cumplidas por esa otra parte o por otros proveedores de servicios, sin que se vean afectadas el ejercicio de las acciones que correspondan contra los responsables directos.¹⁸

La falta de precisión sobre la responsabilidad del organizador y/o minorista de la Directiva

17 Como se ha expuesto en el art. 5.2: “Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad recaiga en el organizador y/o el detallista...” y en el art. 6: “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”.

18 El artículo 15 de The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992 establece: Liability of other party to the contract for proper performance of obligations under contract The other party to the contract is liable to the consumer for the proper performance of the obligations under the contract, irrespective of whether such obligations are to be performed by that other party or by other suppliers of services but this shall not affect any remedy or right of action which that other party may have against those other suppliers of services.

90/314/CEE, motivó que, con las modificaciones posteriores introducidas por la Directiva 2015/2302/UE, se abrieran las puertas a los Estados miembros de forma expresa, para que incluyeran la responsabilidad solidaria del minorista en su normativa de una manera mucho más clara, según se recoge en su art. 13.1, que dispone lo siguiente:

“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”.

Como vemos, el art. 13.1 de la Directiva 2015/2302/UE establece la responsabilidad objetiva del organizador, y permite a los Estados miembros incluir a los minoristas para que también sean responsables por la ejecución de los viajes combinados, con independencia de que sean los encargados de prestar los servicios contratados o no.

Por lo tanto, se puede afirmar que el legislador español ha aceptado la invitación/ propuesta de la Directiva, ya que como se ha indicado anteriormente, al transponerla, ha quedado recogida en el art. 161.1 de la LGDCU la responsabilidad solidaria de los minoristas y organizadores, ofreciendo de esta forma una mayor protección a los viajeros, cumpliendo en definitiva con la finalidad de la normativa europea.

Además, conviene señalar que el legislador español fue consecuente y respetuoso al mantenerse en la línea de la doctrina jurisprudencial predecesora. En este sentido fue especialmente relevante la Sentencia n.º 870/2009 de 20 de enero de 2010, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de la Ponente Dña. Encarnación Roca Trías, que había declarado la doctrina de la responsabilidad solidaria entre

organizadores y minoristas¹⁹.

El supuesto de hecho que motivó esta sentencia trata sobre un accidente de circulación ocurrido en Turquía, en el que resultaron lesionados varios pasajeros que viajaban en el autobús siniestrado, y que habían contratado viajes combinados con diferentes agencias de viajes. La acción de los viajeros perjudicados se dirigió contra la empresa mayorista y las distintas empresas minoristas, lo que provocó la acumulación de los procedimientos. En primera instancia se condenó solo al mayorista y se absolvió al minorista, pronunciamiento que fue revocado parcialmente por la Audiencia Provincial de Madrid condenando solidariamente al mayorista junto con los minoristas, lo que provocó que las agencias de viaje interpusieran recurso de casación por entender que no debían responder solidariamente.

Es destacable la ampliación que realiza en su Fundamento de Derecho Quinto sobre las razones que explican la solidaridad, indicando que en materia de consumidores y usuarios la legislación aplicable prevé que ante los casos de concurrencia de deudores, éstos deben responder solidariamente para garantizar la protección de los consumidores y usuarios, a la vez que tiene en cuenta la confianza que éstos depositan en la otra parte con la que se contrata el viaje combinado, que en la mayoría de casos viene a ser la empresa minorista y no la mayorista, señalando además que en las directivas relacionadas con la protección de los consumidores y usuarios viene incluida expresamente la garantía de la responsabilidad solidaria.

Esta sentencia sirvió para aclarar el contenido del artículo 11 de la ley 21/1995, de 6 de julio, que transpuso la Directiva 90/314/CEE, ya que daba lugar a cierta confusión que en primer lugar hiciera referencia a que los organizadores y minoristas debían responder por su propio ámbito de gestión, lo que invitaba a pensar en una delimitación y en consecuencia, en una responsabilidad mancomunada, para posteriormente afirmar que la responsabilidad era solidaria cuando ambos concurrieran conjuntamente en el contrato.

¹⁹ STS Sala de lo Civil (Sección 1ª) n.º 870/2009 de 20 de enero: “...Lo razonado en los motivos tercero, cuarto y quinto de esta sentencia justifica la necesidad de unificar la doctrina en torno a la interpretación del artículo 11 de la Ley 21/1995, de Viajes combinados. Procede declarar la doctrina siguiente: la responsabilidad del mayorista u organizador es solidaria con el minorista o agente de viajes frente al consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que existan entre ellos”.

Como era previsible, en línea con la tendencia en aumento de *garantizar una mayor protección de los viajeros, la jurisprudencia posterior también ha mantenido el criterio de la responsabilidad solidaria del organizador y del minorista.*

A modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, sentencia n.º 143/2013 de 7 de marzo resolvió sobre un supuesto de modificación en la hora de salida de un vuelo sin informar a los viajeros sobre esta circunstancia. En este caso, la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia desestimatoria sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa mayorista, alegando que habían informado con antelación suficiente a la agencia de viajes sobre el adelanto de la hora del vuelo, información que no fue trasladada a la pareja que había contratado el viaje combinado, lo que provocó que no pudieran realizarlo.

El abogado Antonio Moya Jiménez, quien formuló la demanda contra la empresa organizadora y la minorista, tuvo clara la responsabilidad solidaria existente de las empresas demandadas, con base en lo establecido en la Ley de Viajes Combinados vigente en el momento en el que ocurrieron los hechos, y así ha podido expresarlo²⁰.

Comparto su criterio, que coincide con la valoración realizada por la Audiencia Provincial de Madrid. El éxito del viaje dependía de las dos empresas, por lo que es esperable y razonable que la pareja que había perdido su vuelo por causas ajenas a su voluntad tuviera la posibilidad de dirigirse contra las dos empresas para exigir responsabilidad sobre lo ocurrido. Esta idea va en consonancia con la finalidad de la Directiva Comunitaria 90/314/CEE, que tenía por objetivo ampliar la protección de los consumidores de los viajes combinados, y que había quedado reflejada con la transposición de la Directiva en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, en su sentencia n.º 262/2020 de 15 de mayo, que fue dictada con

²⁰ Así se refleja en las conclusiones del artículo publicado por Antonio Moya Jiménez. en la Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro. N.º 5 año 49, mayo 2013, Responsabilidad solidaria entre las agencias de viaje y las empresas mayoristas: "Las dos empresas demandadas, la Agencia de Viajes y la empresa Mayorista, han incurrido en responsabilidad solidaria, tal y como establece la Ley de Viajes Combinados, puesto que, conociendo con suficiente antelación el adelanto de la hora de salida del vuelo del viaje combinado, no lo comunicaron a los actores, perdiendo por ello estos el viaje". p. 42.

motivo de *overbooking que provocó la pérdida del vuelo de una familia. La demanda se formuló en nombre de los cuatro viajeros perjudicados contra la minorista y se fundamentó tanto en la LGDCU como en el Reglamento 261/2004, estableciendo la cuantía de la demanda aplicando el Convenio de Montreal de 1999*²¹. La agencia de viajes interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 7 de Zaragoza, que fue desestimado, estableciendo la responsabilidad solidaria de la agencia de viajes atendiendo al principio pro-consumidor²².

En la misma línea, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2ª, sentencia n.º 309/2019 de 13 de septiembre, resolvió sobre un asunto relacionado con el derecho de desistimiento de los viajeros, con motivo de avería en el motor de avión que provocó retraso en la salida. Como consecuencia de la avería, para que el avión pudiera salir de forma segura fue necesario disminuir el peso estableciendo restricciones en el número de pasajeros y en la entrada de equipaje en el avión. Ante esta situación los demandantes decidieron voluntariamente no tomar el vuelo. Al día siguiente se les ofreció tomar otro vuelo con salida desde Bilbao, que los perjudicados rechazaron. Finalmente optaron por formular demanda contra la agencia de viajes y la organizadora, solicitando la devolución de los importes pagados además de una compensación por daño moral que se mencionará más adelante que fue estimada.

El tribunal de instancia desestimó la demanda, por entender que no se había producido una modificación significativa de un elemento esencial del viaje, por lo que se vieron obligados a interponer recurso de apelación. La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Asturias estimó el

²¹ Cabe destacar que la aplicación del Convenio de Montreal y el Reglamento 261/2004 es totalmente compatible, y así, el artículo 12 del Reglamento, caracterizado por las compensaciones de mínimos, permite las compensaciones suplementarias, que pueden estar previstas en el Convenio de Montreal o bien en las normativas nacionales.

²² SAP de Zaragoza (Sección 5ª) , n.º 262/2020 de 15 de mayo: "La apuesta legislativa es favorecer la posición del consumidor, amparado mediante la técnica de la solidaridad. Favoreciendo la posibilidad de demandar donde se contrató, sin tener que afrontar el coste de foros inverosímiles (transportistas, hoteleros o mayoristas extranjeros) y sin el riesgo de que se le opongan responsabilidades de terceros de muy complicada discusión. Los beneficios de la coincidencia de intereses empresariales que organiza el mayorista tienen como correspondencia la responsabilidad solidaria; sin perjuicio de las repeticiones internas, precisamente en el marco de esa cooperación empresarial (SAP Álava, Secc 1, 620/2011, 15-12)"

recurso de apelación interpuesto por los viajeros, condenando solidariamente al organizador y al minorista, haciendo mención sobre la importancia del momento en el que se produjo la modificación. En este sentido es relevante determinar si la modificación en la prestación de los servicios contratados tuvo lugar antes o después del inicio del viaje combinado. Como se había iniciado el viaje, corresponde aplicar la solidaridad del mayorista y el minorista.

En cuanto a las causas que justifican la responsabilidad solidaria del detallista (minorista), considero especialmente explicativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 16ª, de 11 de noviembre de 2013, en la que se refleja que las agencias de viajes responderán aunque no tengan culpa del daño producido por su deber de vigilancia sobre la calidad de los servicios ofrecidos a los viajeros, a la vez que reconoce que se trata de un sistema garantista para éstos, que promueve la diligencia de los minoristas en su deber de control y seguimiento de las actuaciones de los prestadores de servicios, reconociendo por otra parte las dificultades que se pueden encontrar los viajeros a la hora de demandar a otros intervinientes²³.

Sin embargo, cabe mencionar que en ocasiones los tribunales sí que se apartan de la corriente mayoritaria cuando existe causa justificada para no aplicar el principio de solidaridad. A modo de ejemplo, la Sentencia n.º 190/2021 de 20 de abril de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, analizó un supuesto de responsabilidad civil por caída de viajera que viajaba en un barco, donde el Juzgado de Primera Instancia había considerado que la agencia de viajes no tenía legitimación pasiva por no haber intervenido en la contratación de la excursión en barco, interpretación que fue mantenida por la Audiencia Provincial haciendo alusión a la responsabilidad solidaria, dando relevancia a que se trataba de un supuesto de responsabilidad

extracontractual ajena a las obligaciones pactadas²⁴, y a que la contratación del servicio se había llevado a cabo en el lugar de destino, a través de una corresponsal del mayorista.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Audiencia provincial de Sevilla, n.º 359/2018, de 30 de octubre de 2018 tal y como se indica en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, sentencia n.º 531/2019, de 25 de julio, que resolvió sobre una caída por la existencia de un charco de agua en la cubierta de un barco. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la reclamación de la parte demandante condenando a la mercantil prestadora del servicio, decidiendo absolver a la agencia de viajes y a la organizadora. La parte actora recurrió la absolución de la organizadora y la agencia de viajes, además de solicitar una modificación en la cuantía de la indemnización reconocida. La Audiencia Provincial de Huelva estimó parcialmente el recurso de apelación, incrementando la indemnización, sin condenar a la agencia de viajes con el fundamento de que los organizadores y detallistas deben responder por su respectivo ámbito de gestión y que las caídas son ajenas a la responsabilidad contractual²⁵.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Huelva resolvió condenar solidariamente a la empresa organizadora, indicando que la Ley vigente en el momento de producirse los hechos: *“atribuye la responsabilidad a la organizadora, con independencia de la relación que tenga con otros*

24 SAP de Ourense (Sección 1ª) n.º 190/2021 de 20 de abril; “Y según se ha establecido en la resolución apelada en este caso debe excluirse la responsabilidad de la minorista, no porque su responsabilidad no sea solidaria con la mayorista u organizadora del viaje, sino porque la responsabilidad que se reclama en la demanda, en base a la causa de pedir de la misma según los hechos que la fundamentan, es un supuesto de responsabilidad extracontractual, ajena a las obligaciones contractuales pactadas en el contrato de viaje”.

25 SAP de Huelva (Sección 2ª) , n.º 531/2019 de 25 de julio: “Para llegar a la misma conclusión absolutoria, la sentencia de la Sección 8ª de la AP de Sevilla de 30 de octubre de 2018, núm. 359/2018, atiende a que la responsabilidad de las normas especiales se pone siempre en relación con la prestación o ejecución del servicio y la caída «es un hecho puntual causante de daño, fuera del ámbito del contrato y sin conexión directa con las obligaciones contractuales, yendo más allá de las obligaciones generales de la prestación de los servicios contratados, siendo un supuesto de responsabilidad extracontractual pura sin relación directa con el contrato celebrado» y por consiguiente fuera del campo al que se extendería la solidaridad. De hecho, se acciona por culpa extracontractual la indemnización por lesiones y por incumplimiento contractual la devolución del coste del viaje (Hecho CUARTO de la demanda) si bien a la cita de los preceptos legales se añade la unidad de culpa civil”.

23 SAP de Barcelona (Sección 16ª) , n.º 527/2013 de 11 de noviembre de 2013: “Es evidente, por tanto, que dicho detallista puede tener que responder sin haber tenido culpa alguna y de ahí que pueda hablarse de responsabilidad casi objetiva. Casi porque, al fin y al cabo, la detallista debe vigilar la calidad y el prestigio de los otros prestadores de los servicios que ella ofrece al público, el cual no está en condiciones, normalmente, de saber si, por ejemplo la organizadora de un crucero, es o no es de fiar. El objeto de este sistema de responsabilidad es la protección de los viajeros, así como estimular la diligencia de los detallistas, llamados a vigilar la forma de actuar de los demás prestadores de servicios. Se persigue no situar al público ante la tesitura de tener que demandar a terceros intervinientes, a veces de difícil identificación y a veces situados en el extranjero, con todo lo que ello supone.

prestadores de servicios en el viaje combinado”.

Se trae a colación una sentencia que analiza la falta de legitimación pasiva en relación con la responsabilidad solidaria. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, n.º 199/2018 de 8 de marzo, que dictó resolución con motivo de una caída sufrida por resbalón en un restaurante de un crucero provocada por una mancha de comida en el suelo. En este caso, mantuvo la valoración realizada por el Juzgado de Primera Instancia, desestimando las pretensiones de la lesionada demandante, sin embargo, tuvo la oportunidad de referirse a la falta de legitimación pasiva de la agencia de viajes. En primera instancia, se llegó a la conclusión de que existía falta de la legitimación pasiva por haberse fundamentado la reclamación en el artículo 1902 del Código Civil, mientras que la Audiencia Provincial estableció la yuxtaposición de la responsabilidad contractual y extracontractual, estimando que la falta de limpieza del suelo podría suponer un cumplimiento defectuoso del contrato, por lo que entendía legítima la posibilidad de dirigirse contra la minorista con base en lo dispuesto en el art. 162 de la LGDCU vigente en el momento de producirse los hechos, aunque mantuviera la inexistencia de responsabilidad desestimando la demanda por falta de prueba respecto a la producción del hecho.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha permitido ir un poco más allá de la responsabilidad solidaria de los mayoristas y minoristas, al haber llegado a determinar la existencia de la responsabilidad solidaria entre una empresa franquiciadora y su empresa franquiciada, como se puede ver en la Sentencia núm. 681/2018 de 4 de diciembre de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que llega a hacer alusión a la Ley de competencia desleal en la que se regula la publicidad engañosa, aunque fundamenta principalmente la responsabilidad del franquiciador en el art. 162 de la LGDCU vigente en el momento que ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta las legítimas expectativas de los consumidores en el momento de contratar los viajes combinados en cuanto a la garantía que parecía ofrecer la empresa franquiciadora²⁶.

26 STS Sala de lo Civil (Sección 1ª) n.º 681/2018 de 4 de diciembre: “La sentencia recurrida ratifica los razonamientos de la dictada en primera instancia y dice (fundamento segundo) que:

“la Juzgadora “a quo” aplica acertadamente las normas relativas a la protección de los consumidores, concretamente el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias,

Esta sentencia ha sido comentada por el Profesor D. Pascual Martínez Espín²⁷, quien analiza en su artículo la evolución de la responsabilidad solidaria entre detallistas y organizadores²⁸, y en especial, la falta de legitimación pasiva alegada por la empresa franquiciadora.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia analizada tratan sobre un accidente de circulación ocurrido en Tailandia, durante el primer día de viaje. Los perjudicados fueron un matrimonio junto con su hijo menor de edad, quienes sufrieron lesiones como consecuencia del accidente relatado.

El abogado que los representaba formuló demanda contra la franquiciada, empresa con la que se había contratado el viaje combinado y contra la franquiciadora. Tanto la empresa franquiciada como la franquiciadora fueron condenadas en primera instancia. La

no solamente su artículo 162, sobre responsabilidad de los organizadores y detallistas, sino especialmente el Capítulo IV, sobre derecho a la información, formación y educación, y el Capítulo V, sobre protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, así como la Ley de Competencia desleal, concretamente los artículos 4 y 5, que regulan la publicidad engañosa o que pueda inducir a error al consumidor, normas todas ellas que persiguen que el consumidor tenga una información completa a la hora de contratar servicios de un profesional y que sancionan como práctica de competencia desleal facilitar información sesgada o confusa al consumidor que pueda influir en que el mismo se decante por uno u otro empresario. Después de lo cual, valorando la prueba practicada entiende que la forma de publicitarse de la empresa franquiciada inducía a error al consumidor, pues acude precisamente a la agencia de viajes minorista ante la confianza de que tiene la garantía de Viajes Carrefour y que tal confusión es consentida y propiciada por la empresa franquiciadora.

Esta circunstancia referida al conocimiento y consentimiento por parte de la franquiciadora para el uso de su denominación comercial a la hora de contratar resulta definitiva a la hora de considerar a la demandada Carrefour S.L. incluida en el concepto de organizadora a que se refiere el artículo 162 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”.

27 En su trabajo titulado: Viaje combinado: daños y perjuicios causados en accidente de autobús en el que viajaban los demandantes: responsabilidad de la empresa franquiciadora. Comentario a STS de 4 de diciembre de 2018 (RJ 2018,5405) Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 111/2019. pp. 119-138.

28 El profesor Martínez Espín, al finalizar la exposición sobre la evolución de la solidaridad, también destaca la importancia de la sentencia n.º 870/2009 de la sala 1ª del Tribunal Supremo, del 20 de enero, dado que desde que se dictó, logró de manera efectiva su propósito de unificar doctrina: “A partir de ahí, la jurisprudencia menor ha venido declarando mayoritariamente (me atrevería a decir que casi unánimemente) la responsabilidad solidaria de organizadores y detallistas por incumplimiento de los prestadores de servicios (hoteles, transportistas, etc.)”.

franquiciadora, no conforme con la sentencia condenatoria, interpuso recurso de apelación, al entender que carecía de legitimidad pasiva y que se estaba vulnerando el principio de la relatividad de los contratos. La audiencia Provincial de Alicante confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia, por lo que la franquiciadora acudió a casación, recurso que fue admitido por el Tribunal Supremo por interés casacional.

El Tribunal Supremo optó por extender la responsabilidad a la franquiciadora, dado que la normativa vigente en el momento de producirse los hechos tan solo tenía previsto la responsabilidad de los detallistas y organizadores (art. 162 LGDCU), equiparando así la figura de la franquiciadora a la del organizador.

Aunque la franquiciadora y la franquiciada son entidades jurídicas y económicamente independientes, no bastó con invocar este argumento para exonerarse de la responsabilidad frente a los viajeros perjudicados. El nombre comercial y la forma de operar de la franquiciada, según las técnicas y los conocimientos puestos a disposición sobre el saber hacer por parte de la franquiciadora, permiten su inclusión dentro del radio de la responsabilidad junto con la empresa franquiciada.

El fundamento principal de la sentencia radica en la falta de transparencia hacia el consumidor, que depositó su confianza por el reconocido prestigio de la marca de la franquiciadora, celebrando el contrato con la legítima esperanza de que la franquiciadora interviniera como garante en el caso de que fuera necesario. Además, hace hincapié en la documentación contractual, en la que aparece reflejada la imagen de la empresa franquiciadora.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que de la relación entre la empresa franquiciadora y la franquiciada existen ciertos intereses económicos. En principio, la empresa franquiciada debería verse beneficiada por tener acceso a un mayor volumen de clientes por el reconocimiento que éstos hacen de la marca, y, por otro lado, las franquiciadoras se ven beneficiadas por el canon/royalty a cargo de la franquiciada que les permite desarrollar su actividad.

En definitiva, según la Sala 1ª del Tribunal Supremo, la forma de publicitarse de la franquiciada era engañosa y hacía ilusoria la legítima expectativa del consumidor sobre la garantía de la empresa franquiciadora, por lo que

entiendo más que justificada la equiparación del franquiciador con la figura del organizador.

Es evidente que ha existido una clara evolución hacia la mayor protección de los viajeros, y como también ocurre en materia de consumo con carácter general, hay una tendencia clara hacia una mayor objetivación de la responsabilidad, en beneficio de los consumidores, quienes en principio son la parte más “débil” de la contratación, y que en el caso de la sentencia analizada invita a reflexionar sobre hasta qué punto se puede llegar a ver vulnerado el derecho de defensa de las franquiciadoras por hechos que en principio se escapan de su control, y si acabarán respondiendo en todo caso.

El profesor Martínez Espín aconseja a los franquiciadores revisar las campañas publicitarias y el material contractual y documental de las empresas franquiciadas, además de incluir en los contratos los derechos de repetición contra la franquiciada en aquellos casos en los que las franquiciadoras sean condenadas solidariamente, para protegerse ante la expansión de su red sin que sea interpretada como publicidad engañosa.

Comparto su punto de vista en cuanto a las “advertencias” dirigidas a las franquiciadoras, entre las que considero especialmente relevante la revisión de la documentación contractual de la franquiciada, para que en la medida de lo posible su imagen no aparezca en ningún documento contractual. Considero que, si la empresa franquiciadora, condenada por la sentencia analizada, las hubiera tenido en cuenta, posiblemente la Audiencia Provincial, o bien el Tribunal Supremo, habrían admitido su alegación sobre la falta de legitimación pasiva.

Como se ha expuesto, la relación entre las empresas franquiciadoras y las empresas franquiciadas son complejas y especiales, y de cara a ofrecer una mayor protección al viajero, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha realizado una interpretación extensiva, con base en las legítimas expectativas de los viajeros y en el engaño consentido por la empresa franquiciadora, lo que fue determinante para hacerla responsable solidariamente, lo que podría llegar a considerarse hasta cierto punto excesivo, aunque razonable desde mi punto de vista.

V. LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL SUFRIDO DURANTE EL VIAJE COMBINADO CONTRATADO Y LA APLICACIÓN DEL BAREMO PREVISTO PARA LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN CON CARÁCTER ORIENTATIVO. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN

ÍNTEGRA PROPIO DEL BAREMO Y EL POSIBLE CONFLICTO CON OTROS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS VIAJEROS NO INCLUIDOS EN EL SISTEMA.

En determinadas ocasiones, los viajeros llegan a sufrir daños corporales por diversos motivos durante su viaje combinado por la defectuosa ejecución de los servicios de viaje que lo componen, y para determinar el alcance del daño sufrido es una práctica habitual utilizar el Baremo²⁹ previsto para los accidentes de circulación, como un sistema orientativo para la valoración del daño corporal, en el que el principio de reparación íntegra aparece consagrado como uno de los pilares más importantes, junto al principio de vertebración.

El principio de reparación íntegra, que proviene del derecho romano *restitutio in integrum*, tiene por finalidad garantizar

²⁹ Actualmente contemplado como anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a Motor, con la modificación introducida por 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.

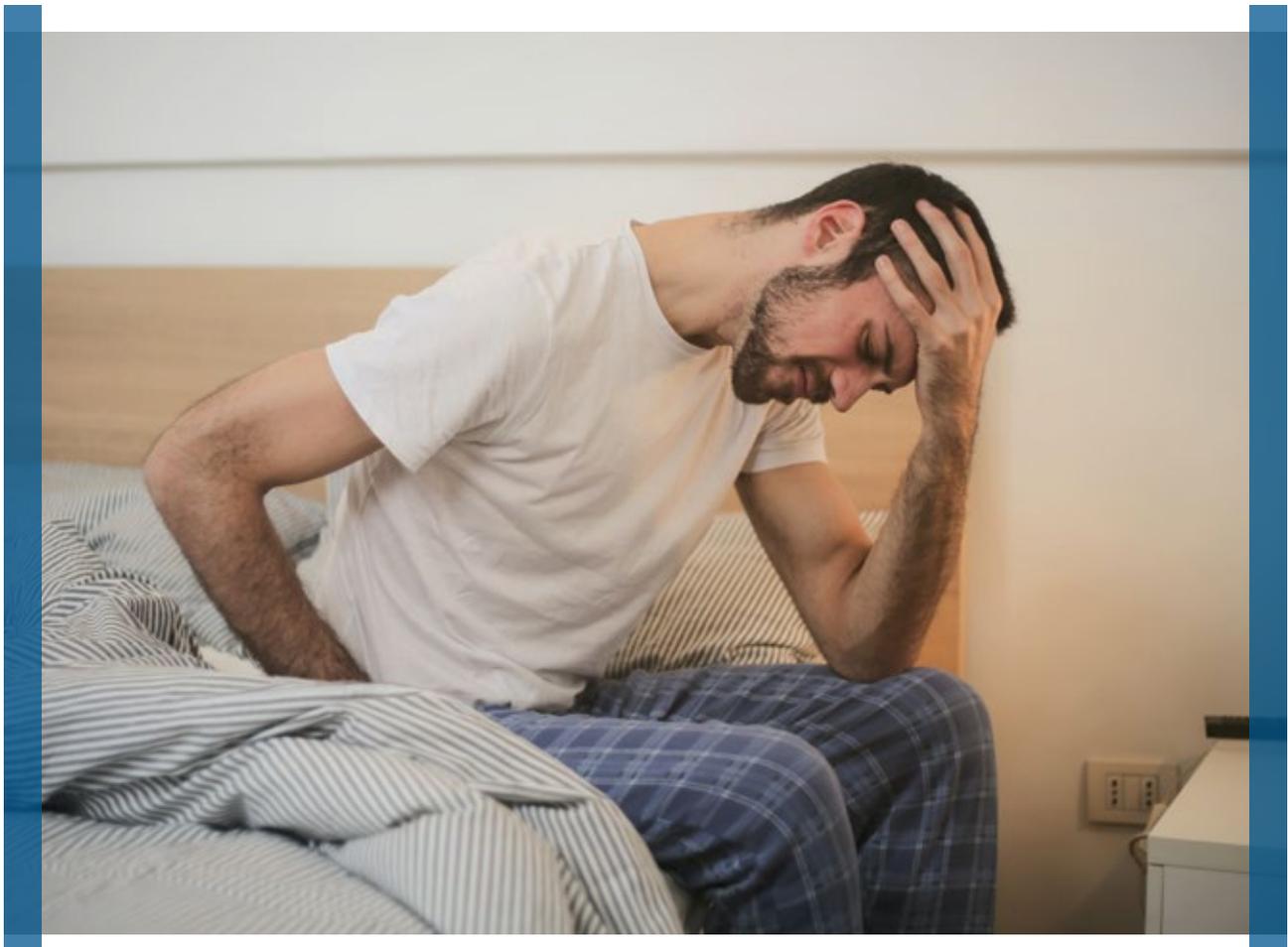
una indemnidad total a los perjudicados, devolviéndolos a la situación más parecida posible a la que se encontraban con anterioridad al momento de producirse el hecho lesivo. Consiste, por tanto, en realizar a modo de compensación, una equivalencia entre los daños y perjuicios sufridos, y las prestaciones o indemnizaciones obtenidas por parte del perjudicado.

En el artículo 33 de la Ley 35/2015, se recogen los principios fundamentales del sistema de valoración: la reparación íntegra y su valoración vertebrada. El principio de reparación íntegra del daño³⁰ tiene por finalidad la total indemnidad de

³⁰ Art. 33. 1. La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración.

2. El principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias.

3. El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio



los daños y perjuicios padecidos, patrimoniales o extrapatrimoniales.

Si bien es cierto que tanto en el preámbulo de la Ley 35/2015 como en su artículo 33 se declara la importancia del principio de reparación íntegra, considerado como un pilar fundamental del sistema de valoración del daño corporal, el mismo texto normativo pone límites a su aplicación plena, y así, el apartado quinto del mencionado artículo hace referencia a la objetivación del daño, estableciendo lo siguiente:

“La objetivación en la valoración del daño supone que se indemniza conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema, por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él”.

Atendiendo a lo dispuesto, tan solo serían reclamables los conceptos incluidos en el sistema con los límites previstos en él. Sin embargo, conviene tener en cuenta que este sistema de valoración está previsto para los accidentes de circulación, y tan solo en este ámbito tiene que ser aplicado con carácter obligatorio.

En materia de viajes combinados, la jurisprudencia ha admitido la compatibilidad de otros perjuicios personales, distintos al daño corporal, por tratarse de daños con distinto origen, uno el daño por el propio evento y otro el daño físico o psíquico sufrido por las consecuencias del evento que podrán afectar a todos o a algunos de los intervinientes, pudiéndose dar el caso de que el que sufra además del evento un daño físico, pueda ser indemnizado por ambos conceptos. Como veremos en la jurisprudencia que se va a comentar, los primeros se indemnizan por cuantías a tanto alzado y los segundos aplicando el Baremo de tráfico. Ello nos permite formular reclamaciones por los daños morales sufridos por los viajeros, relacionados con la falta de conformidad con los servicios contratados, además de la angustia y zozobra sufrida como consecuencia de un siniestro. La propia LGDCU, da entrada a otros títulos de imputación, con base en la normativa Civil, según dispone el art. 128 de la Ley³¹.

relevante de acuerdo con su intensidad.

31 El artículo 128 de la LGDCU establece lo siguiente: “Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de

Por otra parte, en el art. 162.4 de la LGDCU³², se menciona la existencia de convenios internacionales que vinculan a la Unión Europea en los que se establecen límites a las indemnizaciones que deben asumir los organizadores y minoristas. Cuando no sean de aplicación los convenios internacionales, el contrato puede incluir límites en las indemnizaciones salvo que se apliquen a los daños corporales o sean causados intencionadamente, siempre que no sean inferiores al triple del precio total del viaje combinado.

En este punto es preciso señalar que el daño moral es un concepto complejo de definir, como ha tenido la ocasión de explicarlo el Profesor Carlos Gómez Ligüerre³³: “*En pocas cuestiones relacionadas con el derecho de daños, en todos los ordenamientos jurídicos, existe un consenso tan unánime como el que existe en torno a la imposibilidad de definir el daño moral*”.

Dada la complejidad de su concreción, suele definirse por contraposición al daño patrimonial, atendiendo a la definición que se recoge en el Diccionario panhispánico del español jurídico³⁴:

“Gral. Daño que, por contraposición al patrimonial, no reviste carácter material, sino que afecta a bienes o derechos intangibles, causando afeción o perturbación en el ánimo o dignidad de la persona”.

Es un tipo daño con características especiales, dado que el bien afectado es intangible e inmaterial, distinto de los daños patrimoniales. La propia falta de precisión en el término dificulta su cuantificación (dado que sí es un daño indemnizable), a la vez que hace problemática la capacidad de probarlo.

los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

32 Art. 162.4 de la LGDCU: “En la medida en que los convenios internacionales que vinculan a la Unión Europea 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 y minoristas. En los demás casos, el contrato podrá limitar la indemnización que debe pagar el organizador o el minorista 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”.

33 En el libro: El daño moral y su cuantificación. A.A.V.V. Editorial Wolters Kluwer S.A. 2017. pp. 47-51.

34 Enlace: <https://dpej.rae.es/lema/daño-moral>

Entrando a valorar las circunstancias específicas de los viajes combinados, considero objetivo afirmar que existen unos viajes que son más especiales que otros, por el efecto que puede producir en la persona que no se haya cumplido la expectativa o que se haya visto truncado el viaje. Existen viajes que se programan con un plus de ilusión en los que las expectativas son más altas, como las que se tienen en un viaje de novios, ya que, en principio, se trata de vivir una experiencia que se lleva a cabo solo una vez en la vida, que se realiza en un momento especialmente importante, y que suele dejar un recuerdo imborrable en la memoria de una pareja. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, en su sentencia n.º 202/2006 de 15 de diciembre que se refiere a los viajes de novios, a las circunstancias socio económicas del país en el que se producen los daños y por otra parte parafrasea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª de 12 de marzo de 1.998, y menciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 25 de septiembre de 2.003³⁵.

Igualmente, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, en su sentencia n.º 405/2008 de 13 de octubre de 2008, valora como padecimiento independiente la situación penosa por tratarse de un viaje de novios teniendo en cuenta el precio total de los viajes combinados contratados³⁶.

35 SAP de Madrid (Sección 9ª) , n.º 202/2006 de 15 de diciembre: "Y es que, parafraseando la SAP de Lleida, Sección 2ª, de 12 de Marzo de 1.998 no es lo mismo hacer un viaje de negocios, que un viaje de placer, y concretamente la luna de miel, que suele ser o al menos solía ser único en la vida, en donde se buscan lugares adecuados, para poder disfrutar de unos días agradables, y se ven frustradas sus esperanzas al tener que dedicar casi todo ese tiempo que pensaban sufriendo vómitos y diarreas, por lo que más que el daño económico que se les haya producido, es un daño moral y la pérdida de unas vacaciones que difícilmente pueden repetir pues la ocasión se produce generalmente una vez. Igualmente, la SAP de Barcelona, Sección 19ª, de 25 de Septiembre de 2.003 , atiende a la naturaleza especial que un viaje de novios tiene para los partícipes del mismo y a las notas de desasosiego y frustración que pudiera conllevar cualquier contratatiempo en su disfrute; y dada la gravedad de la situación padecida, que impidió gravemente el disfrute de las vacaciones, se estima como indemnización prudente y adecuada a la situación la suma de 2.350 euros para cada uno de los actores -importe similar al del precio del viaje combinado".

36 SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), n.º 405/2008 de 13 de octubre de 2008: "Respecto a la indemnización por daños morales, aparte de que de todo lo actuado se desprende el padecimiento de una situación penosa suficiente para indemnizar, en particular al tratarse de un viaje de novios, es unánimemente admitida por las Audiencias (SAP Cantabria, de 7-11-2007 , por ejemplo), estimándose ponderada la cantidad equivalente a la que corresponde por la totalidad de los daños materiales, o sea, 2.916,10 euros".

Otros aspectos importantes a tener en cuenta a la hora de valorar los daños y perjuicios ocasionados son la lejanía del lugar en el que se producen los daños con respecto al lugar de origen, además del momento en el que producen los daños, dado que no es lo mismo sufrir un accidente en el primer día del viaje, que condiciona el disfrute del resto del viaje en condiciones normales, que sufrirlo en los últimos momentos, habiendo aprovechado la mayor parte del viaje y de las actividades contratadas. Los aspectos señalados anteriormente fueron valorados por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, en su Sentencia n.º 690/2010 de 3 de febrero de 2011, para determinar el daño moral en 6.000 euros³⁷.

Como se ha apuntado anteriormente, conviene tener presente que existe la posibilidad de resarcir daños morales independientes del perjuicio moral previsto en el Baremo vinculado a los daños corporales sufridos, como puede ser la situación de angustia o de zozobra que sufren los viajeros en situaciones de especial gravedad, haciendo absolutamente legítimas las pretensiones de los perjudicados que soliciten ser indemnizados, con la finalidad de ser provistos en la medida de la posible, de cierta satisfacción como compensación al daño emocional padecido derivado del siniestro o de la mala ejecución del servicio contratado, aunque no hayan sufrido ningún daño físico o psíquico.

Debemos destacar, por su especial relevancia respecto a la dualidad de indemnizaciones, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, n.º 232/2016 de 8 de abril de 2016, por el caso Costa Concordia, en la que fue Ponente el Magistrado Ángel Fernando Pantaleón Prieto. Esta sentencia tuvo una gran repercusión en varios medios de comunicación³⁸, y también

37 SAP de Bilbao (Sección 4ª), n.º 690/2010 de 3 de febrero de 2011: "No obstante, atendidas las singulares circunstancias concurrentes en el caso, que la actora se encontraba de viaje de novios, la lejanía del país en el que tuvo lugar el accidente y que el accidente tuvo lugar en los primeros días de viaje se le concede una indemnización por daño moral de seis mil (6.000) euros, a cargo exclusivamente de la demandada Iberojet..."

38 Como una pequeña muestra se aportan los siguientes enlaces de noticias:

https://elpais.com/internacional/2016/04/13/actualidad/1460560627_470382.html

<https://confi legal.com/20160413-supremo-ordena-indemnizar-2-537-000-euros-los-22-pasajeros-del-costa-concordia/>

<https://www.expansion.com/juridico/opinion/2016/09/14/>

ha sido comentada por varios autores por su importancia en materia de Responsabilidad Civil, y entre ellos, los Profesores D. Jose Antonio Badillo Arias³⁹ (al analizar la aplicación orientativa del Baremo para los hechos empresariales, al tener aplicación lo dispuesto en la sentencia también en otros ámbitos) y D. Mariano Medina Crespo⁴⁰.

[57d97515468aeb4c348b45ee.html](https://www.boe.es/boe-2016-04-08/57d97515468aeb4c348b45ee.html)

39 En su libro titulado: *Accidentes de trabajo con vehículos a motor. Delimitación de responsabilidades y coberturas aseguradoras* (2019), Santiago de Compostela, Editorial Fundación INADE, en el que expresa: “En la sentencia conocida del Costa Concordia, STS n.º 232/2016 de la Sala 1.ª de 8 de abril de 2016, el Alto Tribunal justifica salirse del baremo para indemnizar daños que no prevé el sistema de valoración de la Ley 35/2015. En este caso, se trata de daños morales que no derivan de un daño físico o psíquico. No olvidemos que los daños morales contemplados en el baremo de tráfico solo son indemnizables cuando derivan de un daño físico o psíquico. En el caso analizado en la citada sentencia del Costa Concordia, además de reconocer a algunos lesionados daños morales derivados de un daño corporal —para los que aplica el baremo de tráfico—, otorga también daños morales más allá del baremo para todas las personas que sufrieron la trágica noche en el barco, tuvieran o no daño físico, por la angustia, zozobra y estrés que tuvieron que padecer”. p. 145,

40 En su artículo publicado en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Revista n.º 58 - Segundo Trimestre del año 2016, titulado: *Indemnización separada y compatible por daños morales corporales y por daños extracorpóreos*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016: “Como recapitulación referente a la doctrina nuclear (pero sentada ob iter) de la sentencia comentada, debe resaltarse que todos los pasajeros asociados fueron víctimas de unos perjuicios personales (morales) por el sufrimiento que padecieron la noche de autor ante el desgraciado naufragio; y que la mayor parte de ello sufrieron, además, los perjuicios personales (morales) derivados del daño corporal (psíquico) que se les infligió. Los perjuicios personales derivados del daño corporal que se reconocieron y resarcieron tuvieron su origen en la vulneración del derecho a la integridad psicofísica: la infracción de ese derecho se tradujo en la inflicción de esos perjuicios; y los perjuicios personales derivados de la zozobra y angustia que se reconocieron y resarcieron se originaron con la vulneración del derecho a la tranquilidad emocional: la infracción de tal derecho se tradujo en la inflicción de esos perjuicios. Al efectuar esta diferenciación la AP y convalidarla con mejor expresión doctrinal el TS, se dio cumplimiento a las exigencias primarias del principio de la vertebración perjudicial, diferenciando dos manifestaciones distintas del perjuicio existencial”.

Lo que antecede es así porque la salud constituye un bien fundamental de la persona como sustrato de un derecho de la personalidad; y sucede lo mismo con la tranquilidad emocional de la persona que constituye también un bien fundamental que es el sustrato de otro derecho de la personalidad: la integridad psicofísica se quebranta cuando se inflige una lesión corporal y la integridad emocional se quiebra cuando se inflige una lesión de tal cariz; bienes que, constituyendo atributos diferenciados de la persona, conforman con los demás el concepto de la dignidad que ha de protegerse resarcitoriamente cuando es dañada”. p. 10 - 16.

Esta sentencia separa claramente el daño producido a los viajeros que vivieron una situación de riesgo, o como ya lo había descrito la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid, una situación de “agonía, zozobra, ansiedad y estrés”, que por sí sola merece ser indemnizada, con independencia de los daños físicos que sufrieron algunos viajeros como consecuencia del naufragio.

El Tribunal Supremo analiza en su Fundamento de Derecho Tercero el trasfondo del artículo 162 de la LGDCU, y en especial considero destacable la mención al apartado tercero del mencionado artículo (apartado cuarto en la legislación vigente), señalando que deben ser indemnizados tanto los daños corporales como los estrictamente morales, aunque éstos no aparezcan expresamente mencionados en la LGDCU, ya que existe una clara diferenciación entre unos y otros atendiendo a los límites que se pueden fijar en los contratos para los daños que no sean corporales o perjuicios ocasionados intencionadamente, es decir, para los daños morales.

Por otra parte señala el carácter orientativo del Baremo, sosteniendo que pueden ser de aplicación determinados factores de corrección a fin de conseguir la indemnización íntegra del perjudicado, y aprovecha la ocasión para complementar esa doctrina jurisprudencial, precisando que la valoración del daño corporal con base en el Baremo, no impide que puedan ser indemnizados otros daños morales separadamente, dado que se indemnizan dos tipos de daños totalmente diferenciados, por lo que en ningún caso se produce una doble indemnización.

El Tribunal Supremo valoró positivamente la resolución de la Audiencia Provincial, que reconoció el daño moral sufrido por los 22 pasajeros afectados con independencia de que hubieran sufridos daños corporales o no, concediendo una indemnización suplementaria a quienes hubiera sufrido daños corporales aplicando las reglas del Baremo orientativamente. A su vez, critica la resolución de Primera Instancia, en la que se optó, equivocadamente para el Alto Tribunal, por tratar por igual a todos los pasajeros, tanto a los que habían sufrido daños corporales como a los que no, considerando que la indemnización por daño moral reconocida, por importe de 15.000 euros, incluía los daños morales vinculados al daño corporal.

Conviene resaltar que la defensa de la Asociación de Afectados Españoles por el Costa Concordia 2012, solicitó en su demanda

la cantidad de 80.000 euros por concepto de daño moral extracorpóreo para cada uno de los afectados. La Audiencia *a quo* evaluó en 12.000 euros el daño, y esta valoración fue mantenida por el Tribunal Supremo al considerar que no tenía cabida la revisión por no existir ningún error notorio o arbitrariedad manifiesta a la hora de cuantificarlo.

A continuación, se exponen sentencias de distintas Audiencias Provinciales, algunas ya referenciadas en el presente trabajo, a la hora de analizar la responsabilidad solidaria de los mayoristas y minoristas, para señalar en esta ocasión algunos ejemplos sobre los tipos de resarcimiento por los daños morales extracorpóreos.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, n.º 309/2019 de 13 de septiembre, comentada en el punto 4 del presente trabajo, resuelve sobre un supuesto en el que los viajeros decidieron no viajar por la situación anómala que se estaba produciendo y el desconcierto antes de iniciar el viaje, estableciendo que las pretensiones de los demandantes no estaban basadas únicamente en la desconfianza sobre el hecho de viajar en circunstancias anómalas, que hasta cierto punto podría ser subjetiva, sino que en su demanda alegaban el importante retraso y la situación de confusión que vivieron por no entender que también se restringiera la carga del equipaje. Todo esto, sumado a la imposibilidad de poder aprovechar el primer día de viaje, en el que estaba programada la visita a Venecia permiten concluir que el grado de incumplimiento era relevante y, por tanto, el rechazo al ofrecimiento de viajar al día siguiente también era razonable. La Audiencia estimó el recurso de apelación formulado por los viajeros, condenando solidariamente al organizador y al minorista, resolviendo devolver a los viajeros el precio abonado por los viajes combinados contratados más un plus por el daño moral sufrido por importe de 647,56€, lo que considero totalmente justificado, por haberse provocado algo más que una simple situación de incomodidad a los viajeros.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, n.º 262/2020 de 15 de mayo, tuvo la oportunidad de resolver sobre el daño moral ocasionado por la pérdida de un vuelo con motivo de sobreventa, y por otra parte, el daño moral ocasionado por la pérdida del equipaje, considerándolo totalmente independiente del anterior⁴¹.

⁴¹ SAP de Zaragoza (Sección 5ª), n.º 262/2006 de 15 de

Otro ejemplo de daño moral relacionado con la angustia y zozobra sufrida tiene que ver con un retraso superior a 6 horas en un servicio de transporte terrestre, ocasionado por dos averías que se produjeron en el autobús en el que viajaban las viajeras, y que se produjeron en el mismo trayecto. La Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, en su Sentencia n.º 82/2021 de 8 de marzo tuvo la oportunidad de resolver sobre este asunto. La demanda formulada por las viajeras había sido desestimada en primera instancia, por lo que interpusieron recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la situación comprometida y angustiosa que supone haber tenido que permanecer encerradas en un vehículo en mitad de una autovía (donde se produjo la segunda parada), con el consiguiente riesgo de sufrir un accidente que eso conlleva, considerándolo daño moral extracorpóreo. A título anecdótico, se les concedió la pequeña cantidad de 300 euros.

El daño moral también puede surgir en los casos de disconformidad con los servicios contratados. Como ejemplo la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Bilbao (Provincia de Vizcaya), de 27 de febrero de 2020, que tuvo que resolver sobre la demanda formulada por la viajera afectada contra la agencia de viajes con la que había contratado el viaje combinado, por falta de conformidad en cuanto al alojamiento, las excursiones programadas, y al encuentro con Papá Noel. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, cuantificando el daño moral en dos tercios del precio total del viaje combinado, invocando la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001⁴².

mayo. Al referirse a los daños morales relacionados con la pérdida del vuelo: "Una expulsión inesperada del primer avión (overbooking), la búsqueda de una solución que no llegó y que obligó a perder 1 día de crucero y dos vuelos consecutivos en sendos aviones para llegar a donde debían de haber estado el día anterior, durmiendo fuera del barco. Es un daño moral indudable. Angustia, zozobra, inquietud, nerviosismo, decepción, frustración de un evento familiar que se contrató como una celebración placentera. Todo eso contiene los elementos que fija el T.S. como componentes objetivables del daño moral (sentencia 31-5-2000, por todas). Que en este caso es fácilmente inferible". Y por otra parte, al daño moral por la pérdida del equipaje: "La perturbación durante casi la mitad del viaje de la posesión de la propia ropa y la medicación, supuso un inconveniente de entidad en un viaje de placer, pues resulta entendible que dedicar parte del tiempo de visita a las ciudades de ataque para buscar tiendas y ropa, constituyó un añadido frustrado a la pérdida de más de un día de disfrute del barco".

⁴² SJPI de Bilbao (Provincia de Vizcaya) n.º 10 de 27 de febrero de 2020: "merece invocación la del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001, al decir que el daño moral "Se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento psíquico o espiritual, tristeza, angustia, trastorno de ansie-

En relación con lo expuesto, considero oportuno realizar un breve comentario sobre la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, n.º 143/2013 de fecha 7 de marzo de 2013, que determina la responsabilidad solidaria del organizador y del minorista por la falta de información al viajero sobre la modificación en la hora de salida del vuelo. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que incluía en la indemnización el importe de 3.000 por concepto de daño moral por la frustración que sufrió la pareja que perdió un vuelo por no haber sido avisados del cambio de hora en la salida.

Si bien es cierto que el abogado Antonio Moya Jiménez que defendió los intereses de los perjudicados solicitó una cuantía mayor por concepto de daño moral, el Juzgado de Primera Instancia estimó su petición parcialmente valorando el daño moral en 3.000€ por la afectación en el estado de ánimo de los perjudicados provocado por la pérdida del vuelo, que debe ser entendido como algo más que una simple molestia.

Comparto la opinión del Ldo. Moya Jiménez⁴³, en relación con la afectación en el estado de ánimo de los perjudicados y el derecho de éstos a ser indemnizados:

“Esta situación produjo una frustración de las ilusiones de la pareja que habían puesto en este viaje al Caribe, el cual había sido contratado con mucha antelación a la fecha de salida, y produce una situación de frustración de sus planes e ilusiones y un desasosiego y tristeza, afectando muy negativamente a su estado de ánimo, lo que es susceptible de una indemnización económica por daños morales, cuya prueba es objetiva,

dad, desazón, impacto emocional, zozobra o inquietud que afecta a la persona que lo padece, o , en general, el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro”, y ni que decir tiene que el viajero que contrata uno de estos viajes, al ser incumplido, imposibilitándole por ejemplo la realización de una visita a un monumento al que no volverá, so pena de grave quebranto económico, padece esa ansiedad, desazón, impacto o sufrimiento, que constituye la esencia del daño moral, que como tal no atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que va dirigida de modo principal a proporcionad en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, como se dice en las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984, entre otras”.

43 Según se refleja de nuevo en las conclusiones su artículo publicado en la Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro. N.º 5 año 49, mayo 2013, titulado: “Responsabilidad solidaria entre las agencias de viaje y las empresas mayoristas”. p.42.

constituyendo un hecho notorio. Esto está avalado por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales”.

Como se puede ver en las sentencias que se han comentado, la valoración económica del daño moral extracorpóreo es muy variada, según las circunstancias de cada caso. En algunas ocasiones se establece un importe fijo, y en otras se tiene en cuenta el valor del viaje combinado para fijar el importe de la indemnización por este concepto. Esto se debe a que no existen unos parámetros preestablecidos, por lo que, sin la aplicación con carácter obligatorio del baremo previsto para los accidentes de circulación, que no incluye daños morales ajenos al daño corporal, la valoración de los daños no previstos en el mismo tiene un importante componente subjetivo, que permite a los jueces valorar teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Sin embargo, esta concesión a los jueces puede dar lugar a una amplia discrecionalidad, capaz de poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. En el trabajo editorial “*la aplicación del baremo fuera del ámbito circulatorio: Discrecionalidad versus arbitrariedad jurisdiccional*”⁴⁴, el Profesor López y García de la Serrana analiza la aplicación del baremo fuera de la esfera de los accidentes de circulación, a través de sentencias de diferentes jurisdicciones, y conviene destacar especialmente la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2020, por la relación con la materia que se analiza en este trabajo⁴⁵, dictada con motivo del accidente aéreo en el año 2008, en el que se vio implicado un avión de la compañía Spanair.

La sentencia del Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Juzgado Mercantil dictada en primera instancia, que utilizó el baremo previsto para los accidentes de circulación de manera orientativa, para posteriormente aplicar un incremento del 50% por concepto de daños moral extracorpóreo, con base en las legítimas expectativas sobre las mayores condiciones

44 Publicado en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Revista n.76 – Cuarto Trimestre del año 2020. pp. 5-10.

45 Existe cierta relación porque la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo resuelve sobre un accidente aéreo, que bien podría haberse reclamado como si se tratara de un viaje combinado contra el organizador o el minorista en el caso de que el servicio de transporte estuviera incluido en la contratación del mismo, si bien es cierto que la demanda fue dirigida contra Spanair como responsable directo, y por este motivo el Juzgado de lo Mercantil fue el encargado de conocer el asunto en primera instancia.

de seguridad que ofrece el sector aeronáutico, teniendo en cuenta el carácter catastrófico del siniestro.

Coincido plenamente con la apreciación del Profesor López y García de la Serrana, que considera que el incremento del 50% no debe ser aplicado sobre la totalidad de la valoración aplicando el Baremo, dado que esa valoración incluye conceptos patrimoniales que nada tienen que ver con el daño moral, por lo que deberían ser indemnizados de forma totalmente independiente.

La valoración del daño moral extracorpóreo es un tema complejo, y entiendo puede resultar muy complejo crear un sistema tabular para cuantificar con mayor objetividad dada su singularidad y la variedad de supuestos. Sin embargo, considero que la justificación de las valoraciones es necesaria en todo caso, por lo que sería conveniente que los jueces de nuestros tribunales realizaran un mayor esfuerzo a la hora de motivar sus pronunciamientos, justificando los criterios de su valoración, dotándola en todo caso de razonabilidad, para obtener en la medida de lo posible, una mayor seguridad jurídica.

VI.- LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. CAUSAS DE EXONERACIÓN Y MENCIÓN A LOS RIESGOS PROPIOS DE LA VIDA Y LA ASUNCIÓN DEL RIESGO DE LA PROPIA VÍCTIMA.

Las disposiciones generales de la responsabilidad por servicios defectuosos previstas en la LGDCU, quedan recogidas en los artículos 147⁴⁶, para el régimen general de responsabilidad, y 148⁴⁷, para el régimen especial

46 Régimen general de responsabilidad, Art. 147 de la LGDCU: "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio".

47 Régimen especial de responsabilidad, Art. 148 de la LGDCU: "Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán

de responsabilidad.

Según la Profesora/Magistrada Dña. M.ª Ángeles Parra Lucán, en estos artículos se establece un doble sistema de responsabilidad⁴⁸. Por una parte, el art. 147 establece un régimen de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, en el que el prestador de servicios quedará liberado de responsabilidad por el daño producido al consumidor o usuario, si es capaz de probar que actuó diligentemente teniendo en cuenta la naturaleza del servicio siguiendo las pautas reglamentarias establecidas. Por otra parte, el artículo 148 se refiere a un régimen de responsabilidad al margen de la culpa previsto para sectores de actividad específicos, en el que los prestadores del servicio responderán en todo caso, cuando se cause un daño al usuario, siempre que éste haya efectuado un correcto uso del servicio.

Así, en el artículo 148 de la LGDCU se establece un régimen especial para los servicios contratados que estén relacionados con determinados sectores de actividad en los que son exigibles mayores garantías en términos de eficacia y seguridad, y entre éstos, se incluyen los servicios relativos a medios de transporte en el segundo párrafo del mencionado artículo, ofreciendo por tanto, una mayor protección (si cabe) a los viajeros que incluyan el servicio de transporte en la contratación de los viajes combinados.

En el ámbito específico de los viajes combinados, es preciso conocer si nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva o de responsabilidad subjetiva⁴⁹, lo que no viene especificado de forma expresa en el Libro IV de la LGDCU, sin embargo, sí que existen varios factores que permiten afirmar que se presume el régimen de responsabilidad objetiva en los casos de responsabilidad contractual, como han podido explicarlo diferentes autores.

La actividad de viajar conlleva para los viajeros la exposición continua a todo tipo de

como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros".

48 Parra Lucán M.ª A. (2018). La protección del consumidor en los pleitos por daños. En Responsabilidad Civil y Seguro Cuestiones actuales - AAVV. Editorial Lefebvre El Derecho. pp. 300-301.

49 Podría decirse, que se distinguen en que la responsabilidad objetiva es un tipo de responsabilidad civil que se produce con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable del daño, mientras que la responsabilidad subjetiva se fundamenta en la existencia de culpa por parte del causante.

riesgos, que en muchas ocasiones se materializan en daños provocados por causas de distinto origen. En los viajes combinados, suelen intervenir varios prestadores de servicios que en ocasiones son difíciles de identificar por parte de los viajeros, especialmente cuando se presentan inconvenientes en lugares lejanos.

Para analizar el régimen de responsabilidad aplicable en materia de viajes combinados, es necesario tener en cuenta la finalidad de las directivas europeas, y tal y como señala el Abogado General D. Maciej Szpunar, al analizar el Asunto C-578/19⁵⁰, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que uno de los objetivos principales de la Directiva (refiriéndose a la Directiva 90/314) consiste en *garantizar un nivel de protección elevado de los consumidores*.

El régimen de responsabilidad especial impulsado por las directivas europeas que ha sido incorporado en nuestra legislación facilita la posibilidad de dirigirse contra quien y en el lugar donde se contrató el viaje combinado. Esto provoca que, en muchos casos, las empresas mayoristas y minoristas (en su caso) tengan que responder por los daños sufridos por los viajeros, sin ser responsables directamente del hecho lesivo, con independencia de que hubiera existido culpa por su parte o no, y sin perjuicio de que puedan repetir posteriormente contra los demás sujetos obligados que tengan que responder por el hecho lesivo teniendo en cuenta el ámbito de gestión en el que se haya producido.

Según el abogado D. Maciej Szpunar, el organizador es responsable frente al consumidor, con independencia de que éste haya sido el encargado de la ejecución de la prestación del servicio o no, lo que se traduce en una responsabilidad objetiva del organizador de viajes combinados frente al consumidor, precisando que la responsabilidad contractual del deudor no es absoluta, ya que éste puede probar que la inexecución o la defectuosa ejecución del contrato no le es imputable⁵¹.

50 Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 10 de noviembre de 2020. Sobre el Asunto C-578 "X" contra Kuoni Travel Ltd., (ya comentado en el presente trabajo, y que se volverá a comentar más adelante). Enlace:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=233483&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6688841>

51 D. Maciej Szpunar, en sus conclusiones, expone: "A este respecto, debo señalar que se trata de determinar, por un lado, qué obligaciones contractuales resultan del

Asimismo, ha tenido la oportunidad de explicarlo la Profesora Mercedes Zubiri de Salinas, que además considera que las circunstancias eximentes de responsabilidad, al referirse a los casos de imposibilidad en la ejecución del servicio contratado, deben ser probadas por el organizador atendiendo a la normativa comunitaria⁵².

El régimen de responsabilidad objetiva en supuestos de responsabilidad contractual también ha llegado a ser reconocido expresamente por nuestros tribunales. A modo de ejemplo, se trae a colación la Sentencia n.º 361/2017 de 19 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª), que resuelve sobre el robo de dinero y objetos que se habían dejado en el interior de la caja fuerte contratada con el hotel específicamente, condenando a la agencia de viajes y a la mayorista solidariamente por responsabilidad objetiva, haciendo alusión a la posibilidad de dirigirse contra el hotel por la

contrato de viaje combinado y, por otro lado, cómo deben ejecutarse esas obligaciones. Así pues, según las normas generales de la responsabilidad contractual, es irrelevante que la persona que dé lugar a la inexecución o a la mala ejecución de dichas obligaciones sea el organizador u otro prestador de servicios: el organizador sigue siendo responsable frente al consumidor. Por consiguiente, se trata de una responsabilidad objetiva del organizador de viajes combinados frente al consumidor...". "... A este respecto, debo precisar que la responsabilidad contractual de un deudor no es, en principio, una responsabilidad absoluta: este último puede eximirse de su responsabilidad si cumple determinados requisitos. Así pues, de acuerdo con el régimen de responsabilidad del organizador establecido por la Directiva 90/314, con arreglo a su artículo 5, apartado 2, el organizador no es responsable de la inexecución o de la mala ejecución del contrato si esta no le es imputable".

52 En su artículo: Conceptos clave y responsabilidad en la nueva regulación de los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados, publicado en Revista europea de derecho de la navegación marítima y aeronáutica, donde expone: "RESPONSABILIDAD POR LA EJECUCIÓN DEL VIAJE COMBINADO. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. Se configura como una suerte de responsabilidad objetiva derivada de la falta de ejecución de viaje combinado conforme a lo pactado en el contrato. Pero el organizador no será responsable si la ejecución resulta imposible o desproporcionada, teniendo en cuenta el coste frente al valor del servicio y la gravedad de la falta. En consecuencia, lo que comienza siendo una responsabilidad estricta puede convertirse en una ausencia de responsabilidad o una responsabilidad de difícil exigencia para el viajero. Esto es debido a que las causas por las que el organizador se exonera de responsabilidad son conceptos indeterminados y, en ocasiones, con una prueba compleja". "...La norma comunitaria pretende establecer una regla general y hay que considerar que deberá ser el organizador el que deberá probar que le ha resultado imposible, no siéndole imputable esta imposibilidad". pp. 48-49.

defectuosa prestación del servicio⁵³.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios, en los últimos años viene observándose una clara tendencia por parte de nuestros tribunales hacia la objetivación de la responsabilidad siguiendo la doctrina del riesgo, que en ocasiones tienen en cuenta los beneficios económicos que perciben por el desarrollo de su actividad, lo que sin duda ha venido fortaleciendo la posición de los consumidores y usuarios. Sin embargo, nuestra jurisprudencia más reciente, al analizar la responsabilidad extracontractual ha venido señalando que la objetivación de la responsabilidad no es absoluta, y que no hay que olvidar que en nuestro derecho positivo sigue vigente el principio de la responsabilidad por culpa.

Así lo explica el Profesor Miguel Pasquau Liaño, en su ponencia *“La responsabilidad del empresario de servicios: ¿culpa, riesgo, u otras razones?”*, en el que expresa lo siguiente: *“Se repiten estribillos jurisprudenciales conocidísimos, de varias décadas de antigüedad, sobre cómo la jurisprudencia evolucionó desde la culpa hacia el riesgo, pasando por una presunción de culpa y por una objetivación de la diligencia exigible para evitar el daño, y sobre cómo sin embargo en nuestro sistema la responsabilidad tiene un “último fundamento culpabilístico” que no puede ignorarse”*.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que los organizadores y minoristas responsables por los daños producidos no responderán en todo caso, dado que existen causas de exoneración de la responsabilidad para los responsables de la inexecución o defectuosa ejecución de los servicios contratados en materia de viajes combinados. Así, el artículo 162.3 de la LGDCU establece en qué casos no procede la indemnización de los viajeros o la reducción del precio por falta de conformidad, que con la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 23/2018 de 21 de diciembre, han quedado reflejadas en los siguientes términos:

53 SAP de Madrid (Sección 12ª), n.º 361/2017 de 19 de octubre: “Como siempre que se establece una responsabilidad objetiva por razón de la mera conexión con el servicio contratado, la Ley establece tanto el título de imputación a cada uno de los prestadores, como la solidaridad que, por razón de la objetivación, se produce en beneficio exclusivo del consumidor, de modo que actuada esta solidaridad, aquella regla definiría las reclamaciones internas que entre organizador y detallista se puedan producir, como lo revela el inciso final del párrafo segundo, al decir que esa solidaridad se establece, “sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios”.

“El viajero no tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios si el organizador o, en su caso, el minorista demuestran que la falta de conformidad es:

- a) imputable al viajero,
- b) imputable a un tercero ajeno a la prestación de los servicios contratados e imprevisible o inevitable, o
- c) debida a circunstancias inevitables y extraordinarias”.

A los organizadores y minoristas les corresponde la carga de la prueba sobre estas causas de exoneración, mientras que los viajeros deberán probar el hecho causante del daño, el daño sufrido y la relación de causalidad.

Además, existen otras circunstancias que liberan de responsabilidad, como pueden ser los riesgos propios de la vida ordinaria, que son los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar y la propia asunción del riesgo por parte de la víctima, que no es una causa exoneradora técnicamente, como ha tenido la oportunidad de explicarlo el profesor Pasquau Liaño⁵⁴: *“... la adscripción del daño al ámbito de riesgos asumidos por la víctima no es, técnicamente, una causa de exoneración: si el daño es materialización del riesgo asumido, no hay defecto de seguridad. Por ello, el juez puede desestimar la demanda aunque el demandado no alegue ni pruebe nada: le bastará con valorar que el demandante no ha acreditado que haya un defecto de seguridad, puesto que el riesgo de que es expresión el daño sufrido debió haber sido asumido al usar el servicio”*.

En relación con las causas exoneradoras contempladas en la LGDCU, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, en su Sentencia n.º 536/2013 de 28 de octubre resolvió sobre un supuesto de extravío de equipaje, considerando que se había producido por culpa imputable al viajero, por no haber colocado las etiquetas identificativas en su equipaje que facilitan su localización, valorando la diligencia exigible a los viajeros⁵⁵.

54 En su ponencia: *“La responsabilidad del empresario de servicios: ¿culpa, riesgo, u otras razones?”*, pp. 36-37.

55 SAP de Málaga (Sección 5ª) n.º 536/2013 de 28 de octubre: “no desplegó la diligencia exigible a todo viajero, cual es colocar en el equipaje las etiquetas identificativas (manifiesta en el acto del juicio que no recuerda si lo hizo), pues era el único medio eficaz para asegurarse de que le serían devueltas una vez embarcado”.

Es oportuno retomar en este punto la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (Sala Tercera) de 18 de marzo de 2021, en el asunto C-578/19, a la que se ha hecho referencia anteriormente, que tuvo que pronunciarse sobre la cuestión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido), con motivo de la violación que sufrió la viajera “X” en las instalaciones del hotel de Sri Lanka en el que se encontraba hospedada durante sus vacaciones de verano del 2010, y que fue cometida por un operario de éste, sentencia que como se ha indicado en el punto 4 del presente trabajo, ha sido comentada recientemente por el Profesor Villar Calabuig⁵⁶.

Lo relevante de esta Sentencia es que resuelve que el organizador debe responder solidariamente por las actuaciones llevadas a cabo por el operario del hotel, que no tiene técnicamente la consideración de prestador de servicios del minorista, pero que sí colabora en el buen funcionamiento del hotel para que pueda prestar sus servicios correctamente, analizando las causas de exoneración de responsabilidad y concluyendo que no se trata de un supuesto de intervención de tercero por tratarse de un empleado del hotel, ni de fuerza mayor (circunstancias inevitables y extraordinarias), dado que los hechos cometidos por el operario no son ajenos a la esfera de control del organizador y del propio hotel, considerando que el daño a la Sra. “X” era previsible y hasta cierto punto evitable.

El Profesor Villar Calabuig destaca la relevancia de esta sentencia, que protege los intereses de la víctima⁵⁷, y que, si bien es cierto que no tiene un carácter ejecutivo, marca la línea interpretativa que deben seguir otros Tribunales de los países miembros de la Unión Europea.

Por otra parte, la Audiencia Provincial de Sevilla, Sentencia n.º 400/2009 de la Sección 8ª, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un supuesto en el que la propia víctima había asumido el riesgo intrínseco que conlleva montar a caballo. La Audiencia Provincial de Sevilla resolvió que el hotel no era responsable de la caída. La sentencia trata la propia exposición al

riesgo, y señala la importancia de distinguir entre las actividades en las que el usuario tiene alguna capacidad de control, y las que no. El caballo que montaba se asustó porque pasaba cerca ganado porcino, y por lo tanto no hay responsabilidad de quien presta el servicio, salvo que fuera conocido por el hotel que el caballo era asustadizo, o si le hubieran puesto mal los frenos y éste se hubiera desbocado, en cuyo caso sí hubiera sido posible exigir responsabilidad.

Para el abogado Iván González Barrios, quién comentó⁵⁸ esta sentencia, la asunción voluntaria de los riesgos normales y previsibles derivados de la práctica del paseo a caballo impide atribuir responsabilidad civil al titular de la explotación.

Desde mi punto de vista, en este tipo de actividades sería conveniente informar a los clientes sobre el riesgo existente, haciéndoles firmar algún documento antes del inicio de la actividad para que posteriormente sea más fácil liberarse de responsabilidad. Sin embargo, es preciso analizar cada caso concreto, para determinar si ha existido algún defecto en algún elemento de seguridad durante la prestación del servicio.

En materia de viajes combinados, existen numerosas sentencias que resuelven sobre supuestos de caídas, en las que se analizan las causas que provocaron la caída, las medidas de seguridad y el cumplimiento de los protocolos y revisiones periódicas de las instalaciones, y por otra parte la propia conducta de la víctima.

La Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, Sentencia n.º 190/2021, resuelve sobre un supuesto de responsabilidad civil por caída de viajera que viajaba en un barco, que le ocasionó lesiones corporales, que dirigió su reclamación contra la agencia de viajes y la organizadora. La caída se produjo en una zona de baño en la cubierta de un barco, siendo previsible hasta cierto punto que la superficie estuviera mojada. A la hora de determinar si los daños fueron ocasionados por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones contractuales, decide que la caída es ajena a las obligaciones contractuales pactadas, y que más bien tendría que incluirse dentro de los riesgos de la vida ordinaria, señalando que si existiera algún tipo de responsabilidad sería extracontractual en todo caso. Pasando a analizar la responsabilidad

⁵⁶ Ver nota pie de página n.º 16 en la página 18.

⁵⁷ En palabras del Profesor Villar Calabuig: “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 de los daños durante el viaje sea más efectiva”. p. 174.

⁵⁸ “Accidente tras caída de un caballo alquilado por el huésped de un hotel. Asunción del riesgo”, publicado en la Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro n.º 8, año 46, septiembre 2010.

extracontractual, expone la imposibilidad de conocer con exactitud la causa que provocó la caída por existir versiones contradictorias, y por otra parte menciona que el barco se encontraba en buenas condiciones, que se habían cumplido los protocolos y las revisiones técnicas sobre el estado de las instalaciones. Por estos motivos, sentenció que no existe responsabilidad de las demandadas, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la lesionada, al tratar la caída como un riesgo ordinario de la vida.

Por otra parte, sigue el criterio fijado por el Tribunal Supremo, STS de 22 de febrero de 2007⁵⁹, respecto a que cuando la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede la inversión de la carga de la prueba.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, en su Sentencia n.º 112/2018 de 19 de marzo también tuvo la oportunidad de resolver sobre una caída sufrida por una viajera tras bañarse en el Mar Muerto, ocasionado por el mal estado del suelo de las duchas. La demanda formulada por la viajera contra la agencia de viajes fue estimada en primera instancia, por lo que la agencia de viajes condenada interpuso recurso de apelación alegando entre otros argumentos que la acción había prescrito. La Audiencia Provincial confirmó que la acción no había prescrito, dado que el diez a quo debe fijarse en el momento en el que es posible determinar el alcance de los daños, es decir, en el momento de la estabilización de las lesiones y no en la fecha de regreso a España, como alegaba la apelante. Por otra parte, la

59 STS de 22 de febrero de 2007 «la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 del CC (SSTS de 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006). Es procedente prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. 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 está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006). Es un criterio de imputación del daño al que lo padece la asunción de los riesgos generales de la vida (STS de 21 de octubre de 2005 y 5 de enero de 2006), de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (SSTS de 11 de noviembre de 2005 y 2 de marzo de 2006) o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (STS de 17 de julio de 2003). En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados»

recurrente alegaba la previsibilidad de la caída, argumentando que la caída fue consecuencia de la conducta negligente de la actora, lo que no fue aceptado por la Audiencia Provincial de Madrid, desestimando el recurso interpuesto por la minorista, confirmando la sentencia que se había dictado en primera instancia⁶⁰.

En la demanda se ejercitó la acción de responsabilidad contractual fundada en el art. 162 de la LGDCU y el 1101 del CC contra la agencia de viajes, y la Audiencia Provincial resolvió haciendo referencia a la responsabilidad casi objetiva de la minorista, que le hace responder por su deber de vigilancia sobre las actuaciones de los prestadores de servicios, siendo garante de la calidad de los servicios contratados por los viajeros, indicando la finalidad garantista del sistema de protección especial previsto para los viajeros y las dificultades frente a las cuales pueden encontrarse a la hora de ejercitar sus derechos⁶¹.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, Sentencia n.º 199/2018 de 8 de marzo resolvió sobre una caída en un restaurante del crucero provocada por una mancha en el suelo de comida, que provocó la fractura de una costilla de la lesionada. La demanda fue desestimada en primera instancia, por lo que interpuso recurso de apelación. La

60 SAP de Madrid (Sección 12ª), n.º 112/2018 de 19 de marzo. Al referirse a previsibilidad de la caída por la conducta negligente de la viajera: “Por lo demás, es insostenible la existencia de culpas sobre el simple argumento de que podía haber valorado la aquí apelada la posibilidad de caídas. Ciertamente puede preverse la posibilidad de resbalar y caer ante un suelo sucio de lodo en las duchas, pero la utilización de éstas era de todo punto necesaria después de la actividad programada por la ahora apelante y no existe prueba de que la conducta de la actora fuera de algún modo negligente. La prestadora del servicio debía mantener el suelo en condiciones para evitar cualquier posibilidad de caída y por ello debe responder la apelante, sin que pueda trasladar a la consumidora esa responsabilidad resultado del descuido y negligente actuar de aquella”.

61 SAP de Madrid (Sección 12ª), n.º 112/2018 de 19 de marzo. Sobre la responsabilidad casi objetiva exigible a la agencia de viajes: “Es evidente, por tanto, que dicho detallista puede tener que responder sin haber tenido culpa alguna y de ahí que pueda hablarse de responsabilidad casi objetiva. Casi porque, al fin y al cabo, la detallista debe vigilar la calidad y el prestigio de los otros prestadores de los servicios que ella ofrece al público, el cual no está en condiciones, normalmente, de saber si, por ejemplo la organizadora de un crucero es o no de fiar. El objeto de este sistema de responsabilidad es la protección de los viajeros, así como estimular la diligencia de los detallistas, llamados a vigilar la forma de actuar de los demás prestadores de servicios. Se persigue no situar al público ante la tesitura de tener que demandar a terceros intervinientes, a veces de difícil identificación y a veces situados en el extranjero, con todo lo que ello supone”.

Audiencia Provincial mantuvo la valoración realizada por el Juzgado de Primera Instancia, al considerar que no existían elementos de prueba objetivos esclarecedores sobre la forma en la que se produjo la caída. La parte demandada tan solo aportó prueba testifical de una amiga que la acompañaba durante el viaje, sin embargo, la Audiencia Provincial concluyó que la declaración de la amiga no podía ser tomada como una prueba objetiva, por su posible interés por beneficiar a su amiga, además de interpretar que sus declaraciones sobre los hechos fueron contradictorias en algunos aspectos, lo que invita a reflexionar sobre la importancia de probar el hecho causante del daño, lo que en determinadas ocasiones resulta complejo cuando ocurren imprevistos, especialmente en el extranjero.

Como se ha expuesto anteriormente, corresponde a la parte demandada la carga de probar las causas de exoneración que se recogen en la LGDCU, y en este sentido ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Audiencia Provincial de Córdoba, (Sección 1ª) en su Sentencia n.º 578/2020 de 8 de junio que estimó el recurso de apelación interpuesto por la viajera demandante, disconforme con la desestimación de sus pretensiones en la primera instancia, basándose en la falta de advertencia de la guía que acompañaba al grupo sobre el peligro y el riesgo de caídas por el estado del suelo de la zona del embarcadero en la ciudad de Venecia, en un punto crítico donde ya se habían producido otros accidentes por caída con anterioridad similares al que sufrió la viajera⁶².

La finalidad principal de la Ley de Consumidores y Usuarios consiste en garantizar una mayor protección, y en los últimos años se ha venido produciendo una cierta tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad, de la que también se han visto beneficiados los viajeros de forma especial, por las modificaciones legislativas promovidas por las directivas comunitarias.

62 SAP de Córdoba (Sección 1ª), n.º 578/2020 de 8 de junio: "entiende la Sala que no acredita la entidad demandada -a quien incumbe la carga de la prueba-, la concurrencia de ninguna de las causas de exoneración de responsabilidad ex art. 162 del TRLDCU antes expresada. A resultados de la prueba practicada, se constata que la caída de la demandante tiene lugar en una zona (embarcadero de Venecia) a la que habían sido previamente convocados los viajeros por la guía del viaje que en todo momento acompaña al grupo en la visita a Venecia que forma parte del itinerario del viaje contratado, no realizándose ninguna advertencia a los viajeros sobre el estado deficitario que presentaba el suelo del embarcadero, lugar por el que tenían que pasar para coger el vaporeto que les llevaría de vuelta al hotel y en el que ya se habían producido en otras ocasiones siniestros..."

Sin embargo, no debemos olvidar que, pese a que ha habido un mayor acercamiento al régimen de la responsabilidad objetiva, ésta no es absoluta, por lo que en supuestos de responsabilidad civil por contratación de viajes combinados corresponderá al viajero probar en todo caso el hecho causante, el daño producido y el nexo causal, y los organizadores y minoristas responderán con independencia de la existencia de culpa o no, por la no ejecución o defectuosa ejecución de los servicios contratados imputables a los prestadores de servicios.

En supuestos de responsabilidad extracontractual exigible a los prestadores de servicios, más que centrar la discusión de la responsabilidad sobre la doctrina del riesgo y la culpa, sería oportuno prestar atención a otros criterios de imputación como la seguridad legítimamente esperable de los servicios contratados en los viajes combinados, además de tener en cuenta los costes de las medidas de seguridad que hubieran podido implementar los prestadores de servicios para evitar el daño provocado⁶³.

Por último, cabe señalar que tal y como ocurre en otros sectores de actividad, cuando el legislador es consciente de la existencia de riesgos que no son aislados, y que más bien se producen y se materializan con elevada frecuencia, se impone la obligación de contratar seguros obligatorios, como los que en la actualidad tienen que contratar las agencias de viajes para el desarrollo de su actividad por imposiciones legislativas autonómicas, lo que también pone de manifiesto la clara tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad que garantiza una mayor protección a los viajeros, pese a que hasta la fecha no se haya reconocido en ningún texto normativo expresamente.

VII.- EL IMPACTO DEL COVID-19 EN MATERIA DE VIAJES COMBINADOS. LA CANCELACIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS CON MOTIVO DE LA PANDEMIA. EL DERECHO DE REEMBOLSO DE LOS VIAJEROS.

La emergencia sanitaria con motivo de la pandemia Covid-19, oficialmente declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020⁶⁴, ha provocado que la gran

63 Elementos que el profesor Pasquau desarrolla en su ponencia "La responsabilidad del empresario de servicios: ¿culpa, riesgo, u otras razones?", a la que ya se ha hecho referencia en el presente trabajo.

64 Si bien es cierto que había sido declarada con anterioridad como una "emergencia de salud pública de

mayoría de los gobiernos del mundo, y entre ellos, el gobierno de España, hayan tenido que tomar medidas extraordinarias de diferente alcance para frenar el ritmo de los contagios y hacer frente a las crisis sanitarias, que han afectado de manera directa a los derechos de los ciudadanos, y que de forma colateral han generado una gran cantidad de incumplimientos contractuales.

Entre las medidas adoptadas por el gobierno de España para frenar en la medida de lo posible el nivel de los contagios, se optó por aplicar en primer lugar una de las medidas excepcionales previstas en el artículo 116 de la Constitución Española: el estado de alarma, que se desarrolla en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Como consecuencia de la crisis sanitaria, se ha declarado el Estado de Alarma en varias ocasiones con la finalidad de disminuir el impacto de la pandemia⁶⁵. La declaración de los estados de alarma provocaron la suspensión de ciertos derechos de los ciudadanos, y en relación con los viejos combinados fueron especialmente relevantes las restricciones en la circulación de la población tanto a nivel nacional como internacional⁶⁶, que desencadenaron una gran cantidad de cancelaciones de viajes por diversos motivos, entre los que se encuentran las continuas modificaciones de los países en sus políticas migratorias, los cierres de fronteras, las distintas normativas autonómicas, la incapacidad de prestar los servicios contratados y la propia voluntad de los viajeros de no viajar por la situación de incertidumbre.

Otras medidas complementarias a la declaración del estado de alarma han consistido en la aprobación de varios Reales Decretos leyes, entre los que se encuentra el Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan

importancia internacional” el 30 de enero de 2020.

65 La primera vez el 14 de marzo de 2020, a través del Real Decreto 463/2020 que se prolongó hasta 21 de junio de 2020, la segunda vez el 9 de octubre de 2020 mediante el Real Decreto 900/2020, que concluyó el 25 de octubre, y la tercera vez el 25 de octubre a través del Real Decreto 926/2020, que se prorrogó hasta el 9 de mayo de 2021 mediante el Real Decreto 956/2020.

66 Reconocido en el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”, y en el artículo de la Constitución Española: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19. Con esta medida se aprobó un nuevo paquete de pautas con la finalidad principal de proteger y apoyar a las empresas, trabajadores, consumidores, intentando minorar en la medida de lo posible el impacto económico y social causado por la pandemia.

Dado que el sector turístico ha sido uno de los sectores que más se ha visto afectado por la pandemia, el mencionado Real Decreto-ley 11/2020, que entró en vigor el 2 de abril de 2020, sirvió para ofrecer cierta protección a los transportistas, organizadores y minoristas, y al mismo tiempo, para dar a conocer los derechos de los consumidores y usuarios, y también de los viajeros en los tiempos del Covid-19.

Concretamente, en materia de viajes combinados, es especialmente relevante lo dispuesto en el artículo 36.4⁶⁷, que reconoce a los viajeros el derecho de solicitar el reembolso del importe abonado por la contratación de los viajes combinados, aunque con determinadas

67 Art. 36.4 del Real Decreto-ley 11/2020: “En el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo del COVID19, el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado. En cualquier caso, el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución.

No obstante lo anterior, el organizador, o en su caso el minorista, deberán proceder a efectuar el reembolso a los consumidores y usuarios en el supuesto de que estos solicitaran la resolución del contrato, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del artículo 160 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, siempre que los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios. Si solo algunos de los proveedores de servicios del viaje combinado efectuaran la devolución al organizador o, en su caso, al minorista, o la cuantía devuelta por cada uno de ellos fuera parcial, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del bono entregado por la resolución del contrato.

El organizador o, en su caso, el minorista, procederán a efectuar los reembolsos citados anteriormente en un plazo no superior a 60 días desde la fecha de la resolución del contrato o desde aquella en que los proveedores de servicios hubieran procedido a su devolución”.

condiciones, o bien, la posibilidad de recibir un bono emitido por el organizador o el minorista que podrá ser utilizado en el plazo de un año, y en caso de no hacerlo, se mantiene en todo caso el derecho de solicitar el reembolso.

El 13 de mayo de 2020, la Comisión Europea dictó la recomendación (UE) 2020/648, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de Covid-19, con la finalidad de garantizar la solvencia de los transportistas, organizadores y minoristas por la pérdida de volumen de negocio y la reducción de su flujo de tesorería, fomentando la utilización de los bonos haciendo que sean más atractivos para los viajeros.

Cabe destacar que se trata de una

recomendación, y que en el texto no se limita en ningún caso el ejercicio del legítimo derecho de reembolso, sino que tan solo se promueve la utilización de los bonos para garantizar la solvencia de transportistas, organizadores y minoristas, pretensión que también va en beneficio de los propios usuarios/viajeros.

Como consecuencia de la recomendación (UE) 2020/648, se introdujeron modificaciones en materia de viajes combinados en el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Concretamente, la disposición final quinta modificó el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, con motivo de: *“adaptar el apartado 4 del artículo 36 de dicho Real Decreto-ley al contenido de la Recomendación”*.



La modificación del artículo 36.4 del Real Decreto 11/2020 consistió en circunscribir la posibilidad de emisión de los bonos, y fomentar la utilización de estos garantizando el abono en los 15 días siguientes a la finalización del plazo de validez del bono, si éste no se hubiera utilizado, siguiendo las pautas de la recomendación para hacerlo más atractivo.

La disposición final quinta del Real Decreto 21/2020, dejó redactado el artículo 36.4 del Real Decreto-ley 11/2020 como sigue:

“«4. En el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo del COVID19, el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario, previa aceptación por parte de este, un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado que deberá abonarse, a más tardar, en 14 días. En cualquier caso, el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución.»”

Como se puede ver, se elimina la mención expresa que se hacía del reembolso, que pasa a un “podrán” entregar al consumidor o usuario un bono a utilizar en un año, además de exigir su previa aceptación. Por lo tanto, aunque la intención del legislador haya sido dar menos visibilidad al derecho de reembolso cumpliendo con las recomendaciones de la Comisión Europea, conviene tener en cuenta que es un derecho de los consumidores y viajeros que no se ha extinguido, por lo que puede ser ejercitado en el momento que los interesados lo estimen conveniente.

Sin embargo, al no haber quedado reflejado el derecho de reembolso en los casos en los que los viajes combinados contratados hayan sido cancelados con motivo del Covid-19, solo se efectuara de manera total, cuando los organizadores o minoristas hayan recibido de los prestadores de servicios incluidos en el viaje combinado el importe de todos los servicios contratados, tal y como estaba previsto en el Real Decreto 11/2020.

Así ha tenido la oportunidad de expresarlo el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal

Supremo Pedro José Vela Torres⁶⁸: “*En todo caso, el organizador o el minorista deberá proceder al reembolso en caso de que el consumidor solicite la resolución del contrato siempre que los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hayan procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios. En caso de que la cuantía devuelta sea parcial, el reembolso al consumidor se corresponderá con las devoluciones efectuadas*”. Además, añade que esta circunstancia es muy relevante de cara a la efectividad de los seguros de viaje, teniendo en cuenta por otra parte la posible subrogación del asegurador.

Atendiendo a lo expuesto, el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Castellón de la Plana, en su Sentencia n.º 49/2021 de 23 de abril ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la resolución de un contrato de viaje combinado por el Estado de Alarma.

Los hechos que motivaron esta sentencia fueron la contratación de un viaje combinado con destino a Londres en diciembre de 2019, siendo la fecha del viaje el 11 de junio de 2020, en pleno Estado de Alarma. Como consecuencia de la situación excepcional, se comunicó la intención de resolver el contrato y se solicitó a la organizadora el reembolso de los importes abonados hasta esa fecha. La organizadora se negó a efectuar el reembolso, y en la contestación a la demanda alegó que la parte actora había incumplido el contrato porque no había terminado de pagar el viaje combinado contratado, y que además habían ofrecido la opción de modificar la fecha del viaje o resolver el contrato con una penalización para la demandante.

En el fundamento de derecho tercero, se alude al derecho de desistimiento previo al inicio del viaje previsto en el art. 160.2 de la LGDCU, en el que se establece que en los casos de cancelaciones motivadas por circunstancias inevitables y extraordinarias que afecten de manera significativa a la ejecución del viaje, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato, recibiendo el reembolso completo de los importes que hubiera abonado, sin tener que asumir ninguna penalización, indicando que el viajero no tendrá derecho a solicitar una compensación

⁶⁸ López Y García de la Serrana, J. y Vela Torres, P. J. (2020). Los contratos de seguro ante la epidemia del Covid-19. En XX Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Homenaje a Mariano Medina Crespo. Madrid: Editorial Sepín, S.L. p. 1019.

adicional. Además, hace referencia al artículo 12.2 de la Directiva 2015/2302, que viene a decir lo mismo, coincidiendo prácticamente en la redacción dado que lo reflejado en la LGDCU no es más que la transposición de la Directiva.

En relación con la posibilidad de compensar al viajero con un bono o de reembolsarle los importes pagados, la sentencia indica lo siguiente: *“consecuentemente, la conclusión de la normativa aplicable es que, si el consumidor quiere su dinero, la agencia minorista tiene que reembolsarle su dinero y no puede imponerle la aceptación de un bono de viaje”*. Asimismo, menciona la recomendación de la Comisión Europea, concluyendo que: *“El derecho del viajero, consumidor o usuario a optar por el reembolso resulta por tanto incuestionable”*.

Por otra parte, analiza la regulación expresa sobre viajes combinados en relación con el paquete de medidas aprobado para hacer frente a la delicada situación sanitaria, económica y social como consecuencia de la pandemia, que fueron introducidas por el Real Decreto-Ley 11/2020 de 31 de marzo de 2020 y posteriormente modificadas por el Real Decreto-Ley 21/20 de 9 de junio de 2020. Indica la sentencia, que la modificación (motivada por la recomendación de la Comisión Europea que se ha comentado): *“resulta acorde con la regulación europea del derecho al reembolso en los viajes combinados en caso de cancelación por fuerza mayor”*.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Castellón de la Plana resuelve condenar a la agencia minorista por su responsabilidad solidaria, al reembolso de las cantidades abonadas por la viajera, con base en la normativa nacional y europea.

El Profesor Antonio Moya Jiménez realizó una interesante reflexión⁶⁹ con anterioridad a la resolución mencionada, para determinar si corresponde la devolución de los importes abonados por servicios que no se pueden o no conviene disfrutar. Señala que es importante: *“distinguir entre los casos en los que el servicio no se puede prestar porque ha sido prohibido o cancelado y aquellos otros en los que su ejecución todavía es posible, pero el cliente no quiere ir debido al riesgo de contagio”*.

En el primer caso nos encontraríamos

ante una imposibilidad sobrevenida, por lo que simplemente se resolvería el contrato, con el consiguiente derecho para el viajero de ser reembolsado por lo que haya pagado.

El segundo caso resulta más complejo, dado que el servicio sí se puede prestar, pero por la situación de pandemia, el consumidor/viajero prefiere no disfrutarlo. El Profesor Moya Jiménez, indica que no existe ningún mecanismo legal capaz de garantizar el reembolso en estos casos, sin embargo, acertó con la sospecha que tenía en el momento de escribir sobre este asunto: *“De todos modos, sospecho que, si alguno de estos casos llegase a plantearse en un juzgado, la mayor parte de los jueces no tendrían problemas en condenar al reembolso de un modo y otro. Máxime tratándose de contratos entre empresarios y consumidores, materia en la cual ya contamos con normas sectoriales específicas que permiten a los clientes pedir, sin más, la devolución de su dinero si se producen cambios extraordinarios en las circunstancias que afectan a la prestación del servicio”*.

VIII.- CONCLUSIONES

La evolución normativa en materia de viajes combinados se explica fundamentalmente con la entrada de España en la Unión Europea en el año 1986. Las principales modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico han sido impulsadas por directivas comunitarias (Directiva 90/314/CEE de 13 junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, y la vigente Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, que derogó la directiva del 90) que han pretendido homogeneizar las normativas nacionales, ofreciendo una mayor seguridad jurídica a los operadores del sector turístico, y en especial una mayor protección a los viajeros. Por otra parte, han tenido en cuenta el impacto de las nuevas tecnologías en la contratación de los viajes combinados.

La transposición de la Directiva 2015/2302 se llevó a cabo en España a través del 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, que entró en vigor el 28 de diciembre de 2018, y supuso la modificación 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.

⁶⁹ Badillo Arias, J.A. y Moya Jiménez, A. (2020). La Covid-19 y los Consumidores. En Las responsabilidades derivadas de la Covid-19. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U. pp. 705-706.

La Directiva 2015/2302 también sirvió para que las normativas nacionales decidieran sobre la posibilidad de ampliar la responsabilidad a los minoristas o no, y el legislador español ha optado por incluir a los minoristas en el régimen de la responsabilidad solidaria de manera clara en el artículo 161.1 de la LGDCU. Sin embargo, ya existían pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad solidaria con anterioridad a la transposición de la directiva, que además tuvo la oportunidad de realizar una interpretación extensiva determinando la responsabilidad solidaria de una empresa franquiciadora equiparándola a una empresa organizadora.

Cuando se presentan daños corporales durante los viajes combinados contratados, es prácticamente unánime aplicar el Baremo de Tráfico, aunque con carácter orientativo, y cabe la compatibilidad de daños morales distintos al daño moral vinculado al daño corporal, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo. La cuantificación de ese daño moral ajeno al daño corporal sufrido, o no, no sigue un criterio único y depende de la sana crítica del juzgador.

Conviene tener en cuenta que pueden concurrir acciones por responsabilidad contractual y extracontractual, según lo dispuesto en el art. 128 de la misma Ley, y por otra parte, que existen convenios internacionales que vinculan a la Unión Europea en los que se establecen límites a las indemnizaciones que deben asumir los organizadores y minoristas, y que cuando no tengan aplicación los convenios internacionales, en el contrato se pueden incluir los límites de las indemnizaciones sin que puedan ser aplicados a los daños corporales o a aquellos daños que sean causados intencionadamente, siempre que no sean inferiores al triple del precio total del viaje combinado, según se establece en el art. 162.4 de la LGDCU.

Respecto al régimen de responsabilidad, si bien es cierto que es pacífico considerar que estaríamos ante un régimen de responsabilidad objetiva para mayoristas y minoristas, por la evolución hacia la objetivación de la responsabilidad en defensa de los consumidores y usuarios, pero en supuestos de responsabilidad civil por hechos ocurridos durante el viaje combinado corresponderá al viajero probar el hecho causante y el daño producido, y los organizadores y minoristas responderán con independencia de la existencia de culpa o no, por la no ejecución o defectuosa ejecución de los servicios contratados.

Existen causas de exoneración de la responsabilidad de los organizadores y minoristas en materia de viajes combinados por la falta de conformidad de los viajeros con los servicios prestados cuando es: imputable al viajero, imputable a un tercero ajeno a la prestación de los servicios, o si es debida a circunstancias inevitables y extraordinarias. Asimismo, existen causas que no son exoneradoras técnicamente, como lo son los riesgos propios de la vida ordinaria y la propia asunción del riesgo por parte de la víctima que deben ser valoradas en cada caso concreto.

En supuestos de responsabilidad extracontractual exigible a los prestadores de servicios, más que centrar la discusión de la responsabilidad sobre la doctrina del riesgo y la culpa, sería oportuno prestar atención a otros criterios de imputación como la seguridad legítimamente esperable de los servicios contratados en los viajes combinados, además de tener en cuenta los costes de las medidas de seguridad que hubieran podido implementar los prestadores de servicios para evitar el daño provocado, relacionándolas con la utilidad que ofrece la prestación del servicio.

La pandemia Covid-19 ha provocado que se hayan tenido que tomar medidas extraordinarias, y la aprobación de varios Reales Decretos Leyes, siendo los más importantes en materia de viajes combinados el Real Decreto-Ley 11/2020 de 31 de marzo y el Real Decreto-Ley 21/2020 de 9 de junio que introdujo modificaciones en atención a la recomendación (UE) 2020/648 dictada por la Comisión Europea en fecha 13 de mayo de 2020, que pretendía garantizar la solvencia de los transportistas, organizadores y minoristas fomentando la utilización de los bonos.

Las medidas reflejadas en el Real Decreto-Ley 11/2020 y en el Real Decreto-Ley 21/2020, no solo están previstas para los contratos de imposible cumplimiento, también se han planteado para los contratos que se hayan visto afectados sustancialmente con motivo de la pandemia Covid-19. Aunque puedan darse casos de resoluciones contractuales de manera unilateral, en todo caso es importante que exista buena fe de las partes contratantes.

Pese a la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 21/2020 motivada por la recomendación (UE) 2020/648, hay que tener en cuenta que el derecho de reembolso a los viajeros no se ha extinguido y puede ser exigido por los viajeros en el momento que lo estimen oportuno, con base en la normativa nacional y europea.



doctrina

El recobro por subrogación de la Seguridad Social alemana en aplicación 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

Monika Tholen
Licenciada en derecho

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- EL REGLAMENTO (CE) 883/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 29 DE ABRIL, SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Ámbito de aplicación

- 1.1 Ámbito de aplicación personal
- 1.2 Ámbito de aplicación material

2. Artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004

- 2.1 Caracteres de la norma
- 2.2 Estatuto aplicable al nacimiento del crédito de la Seguridad Social
- 2.3 Derecho de fondo aplicable al derecho subrogado
- 2.4 Principio de congruencia

III.- EL DERECHO DE RECOBRO POR SUBROGACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ALEMANA EN APLICACIÓN DE LA LEY 35/2015

1. El fundamento para el recobro por subrogación de la Seguridad Social alemana

- 1.1 Artículo 116 SGB X

2. PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL ALEMANA PROTEGIDAS POR EL ÁMBITO MATERIAL DEL REGLAMENTO (CE) 883/2004

- 2.1 Asistencia sanitaria
- 2.2 Prestación de incapacidad temporal
- 2.3 Prestaciones de invalidez
- 2.4 Prestaciones por causa de muerte y supervivencia

3. CONGRUENCIA DE LAS PRESTACIONES CON LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN BASE A LA LEY 35/2015

- 3.1 Indemnización del daño emergente
- 3.2 Indemnización del lucro cesante

IV.- CONCLUSIONES

V.- BASE JURISPRUDENCIAL

VI.- BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo nace de una cuestión esencial para los sistemas de Seguridad Social, su estabilidad financiera. Todos los países de la Unión Europea establecen como una de sus fuentes de ingreso, en mayor o menor medida, el derecho de recobro de la Seguridad Social frente a un tercer responsable, cuando la necesidad de prestaciones de la Seguridad Social fue provocada por un tercero. El derecho de recobro de la Seguridad Social se encuentra en muchos países protegido por una subrogación *ex lege* en los derechos del perjudicado a partir del momento del accidente¹, por lo que en estos casos, el derecho de recobro de la Seguridad Social afecta por mandamiento legal al cuántum de la indemnización que pueda exigir el perjudicado y vincula al responsable, o a terceros obligados al pago, con las instituciones de la Seguridad Social. El derecho de daños y las prestaciones de la Seguridad Social se solapan en estos casos, creando el menester de tener que aclarar por una parte, los derechos que ostenta el perjudicado frente al tercer responsable y que puede hacer valer en su nombre, y por otra parte, los derechos que ostenta la Seguridad Social, que asume prestaciones a favor del perjudicado por el hecho causante.

Dependiendo de las características jurídicas de los hechos causados por el tercer responsable que originan la necesidad a prestaciones de la Seguridad Social a favor del perjudicado, nos encontramos con la obligación de tener que resolver cuestiones derivadas de otras ramas del derecho para poder determinar el alcance del derecho de recobro de la Seguridad Social. La mayoría de los hechos provocados por terceros que suscitan prestaciones de la Seguridad Social son accidentes de tráfico y accidentes laborales, por lo que, el derecho de recobro de la Seguridad Social por subrogación se ve afectado con mayor frecuencia por cuestiones prejudiciales a resolver en base al derecho civil, al derecho laboral o al derecho penal.

La libre circulación de personas entre

los estados de la Unión Europea acarrea la internacionalización de la problemática descrita y aumenta la dificultad para el abono de una indemnización ajustada a derecho, sin perder de vista el derecho de recobro de las entidades de Seguridad Social. El elemento extranjero que suscita las normas de recobro derivadas del derecho social internacional ya puede existir por el mero hecho que el perjudicado tenga derecho a prestaciones de una Seguridad Social extranjera por estar afiliado a otro régimen de Seguridad Social del estado, cuyo derecho material ha de ser aplicado a la relación entre el responsable y el perjudicado. El número de personas con nacionalidad española que reside en el extranjero alcanzaba a fecha 1 de enero de 2021 la cifra de 2.654.723 personas, de los cuales 974.482 personas tenían residencia en Europa². Le mencionada cifra nos puede dar una idea de la probabilidad de un siniestro de automóviles, ocurrido en España, en el que aparentemente no existe un elemento extranjero, pero en el que se puede manifestar la problemática descrita por la afiliación de un perjudicado de nacionalidad española a un sistema extranjero de Seguridad Social. En cambio, nos encontramos este tema con más frecuencia al tramitar siniestros de automóviles con visitantes extranjeros, en los cuales el elemento extranjero resalta ya a primera vista, por la participación de personas de nacionalidad extranjera.

Este trabajo se centra en el derecho de recobro de la Seguridad Social alemana en aplicación 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.³ No obstante, muchas cuestiones planteadas en este trabajo surgen de igual manera para el recobro de entidades de la Seguridad Social de otros países que reconocen un derecho de recobro por subrogación, y las ideas contenidas en este trabajo podrán ser trasladadas también a otros accidentes, en cuanto se decida aplicar a los mismos la Ley 35/2015.

La libre circulación de personas en la Unión Europea no sería posible sin la debida protección de los derechos en materia de

1 A modo de ejemplo se citan algunos: Alemania § 116 SGB X (Decimo libro del Código alemán de Seguridad Social); Austria § 332 ASVG (Ley general austriaca de la Seguridad Social); Francia art. L.376-1 à L.376-4 Code de la sécurité sociale; Italia art. 142 Codice delle assicurazioni private, Decreto Legislativo 7 de settembre 2005, n° 209; Portugal art. 17 Ley 98/2009; Suiza art. 72 ATSG (Parte general de la Ley suiza de Seguridad Social);

2 Instituto Nacional de Estadística (INE), Resultados detallados a 1 de enero de 2021: Población española residente en el extranjero;

3 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, BOE n° 228, de 23 de septiembre de 2015, páginas 84473 a 84979, <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/09/22/35> (en adelante, Ley 35/2015);

Seguridad Social de los ciudadanos que ejercen la movilidad. La salvaguardia se encuentra en el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁴, cuya protección alcanza también a Suiza⁵, Noruega, Islandia y Liechtenstein⁶ a través de los correspondientes protocolos de adhesión, y que abarca incluso a los nacionales de países no miembros de la UE que residan legalmente en la UE y se encuentren en situación transfronteriza.⁷ Pero el principio de solidaridad, que permite el ofrecimiento de una garantía social mediante una coordinación de los sistemas de Seguridad Social, sólo es posible si también el equilibrio financiero forma parte del paraguas de las normas de protección, por lo que el propio Reglamento protege en su artículo 85 el derecho de recobro de las entidades de la Seguridad Social frente a terceros responsables.

Por ello, el eje de la cuestión planteada en este trabajo gira necesariamente sobre el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004, y en especial, sobre la protección del derecho de recobro por subrogación para las entidades europeas de Seguridad Social, establecido en el artículo 85, 1 a) del mencionado Reglamento. Teniendo en cuenta que la Seguridad Social alemana ostenta un derecho de recobro por subrogación en los derechos del perjudicado frente a terceros, las prestaciones sólo pueden ser objeto de un recobro protegido por la legislación europea, si las mismas forman parte del ámbito de aplicación personal y material del Reglamento 883/2004 y tienen, además, un idéntico carácter compensatorio como los

derechos de indemnización, que puede ejercer el perjudicado frente al tercer responsable. Por consiguiente, el trabajo recoge las prestaciones más habituales de la Seguridad Social alemana en caso de un accidente de tráfico, comprueba su inclusión en el ámbito material de aplicación del Reglamento 883/2004, y verifica la congruencia de su carácter compensatorio con el carácter indemnizatorio de los correspondientes preceptos de compensación del daño patrimonial contenidos en la Ley 35/2015. Queda por resolver el alcance de la cuestión crucial creada por el descuento de las prestaciones de la Seguridad Social en varios conceptos resarcitorios, previsto en la Ley 35/2015, para poder tener claridad sobre el alcance del derecho de recobro de la Seguridad Social por subrogación.

II.- EL REGLAMENTO (CE) 883 / 2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 29 DE ABRIL, SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

“Cada norma que traslada una idea de política social o una concepción de política social es derecho social.”⁸ El Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social es una norma fundamental del derecho social europeo. Los distintos reglamentos europeos, aprobados en la historia de los últimos 64 años de la Unión europea referente a la coordinación de la Seguridad Social, el Reglamento nº 3 del Consejo de la CEE sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes de 1958, el Reglamento (CE) 1408/72, y el actual Reglamento (CE) 883/2004 tienen su origen histórico en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957.

El objetivo de la Comunidad Económica Europea era establecer un mercado común basado en las cuatro libertades fundamentales, la libre circulación de mercancías, de personas, de capitales y de servicios. Estas libertades fueron consagradas en el artículo 3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.⁹ La preocupación por la libre circulación de personas afectaba en aquellos años sobre todo a la libre circulación de trabajadores entre los distintos países

4 Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, DO L 166 de 30.04.2004 (en adelante, Reglamento (CE) 884/2004);

5 Decisión 1/2012 del Comité Mixto establecido en virtud del acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra de 31 de marzo de 2012 por la que se sustituye el anexo II de dicho Acuerdo relativo a la coordinación de los regímenes de Seguridad Social, DO L 103 de 13.04.2012;

6 Decisión del Comité Mixto del EEE 76/2011 de 1 de julio de 2011 por la que se modifica el anexo VI (Seguridad Social) y el Protocolo 37 del Acuerdo EEE, DO L 262 de 06.10.2011;

7 Reglamento (CE) nº 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 y el Reglamento (CE) 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, DO L 344 de 29.12.2010;

8 Fuchs (ed.), en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, p. 28, apdo. 1;

9 Apartados a, b, y c del art. 3 TCEE. *Vid.et.* Pérez de Las Heras, B., “El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales”, 2.ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, pp. 17 y ss.

de la Comunidad Económica Europea, y dio lugar al acuerdo europeo sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, firmado en Roma en el año 1957.¹⁰ En base al artículo 51 del Tratado Constitutivo (en la actualidad el artículo 48 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea), la comisión propuso al parlamento transformar el acuerdo europeo sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes en un reglamento.¹¹ El parlamento aceptó la propuesta de la comisión y aprobó con pequeñas modificaciones el primer reglamento en esta materia, el Reglamento nº 3 del Consejo de la CEE sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes en diciembre de 1958.¹²

El Reglamento 3/58 fue modificado y adaptado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³ en muchas ocasiones, pero finalmente fue necesaria una revisión profunda, que dio lugar a un nuevo reglamento en el año 1971,¹⁴ al Reglamento (CE) 1408/71.¹⁵ El nuevo reglamento ampliaba y mejoraba las normas de coordinación en materia de Seguridad Social entre los estados, y simplificaba procedimientos de coordinación, teniendo en cuenta la experiencia práctica derivada de la aplicación del Reglamento 3/58.¹⁶

La entrada de muchos nuevos países en la Comunidad Europea Económica con distintos sistemas de financiación, los sistemas de reparto contributivo (sistemas Bismarck) y los sistemas asistenciales (sistemas Beveridge),

y la creciente privatización de la Seguridad Social provocó la necesidad de otra nueva reforma para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, que culminó en la aprobación del Reglamento (CE) 883/2004.¹⁷

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Reglamento (CE) 883/2004 regula en el artículo 2 su ámbito de aplicación personal y en el artículo 3 el ámbito de aplicación material.

1.1 Ámbito De Aplicación Personal

Las numerosas reformas de los reglamentos iban ampliando el ámbito personal, partiendo de un ámbito personal aplicable únicamente para trabajadores migrantes y sus familias en el año 1958, llegando a la inclusión de todas las personas aseguradas, activas o no en el último Reglamento (CE) 883 / 2004.¹⁸ El criterio actual para la inclusión en el ámbito personal de aplicación del reglamento es únicamente el de *“la afectación de una persona por la legislación de uno o varios países miembros, en la actualidad o en algún momento del pasado”*.¹⁹ El propio reglamento define el término legislación en el artículo 1, l, por lo que, se entiende bajo el concepto de legislación, *“para cada estado miembro las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas de Seguridad Social, contempladas en el apartado 1 del artículo 3”*.

Según el artículo 2.1 del Reglamento (CE) 883/2004, *“el reglamento se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites”*. El artículo 2.2 establece, además, que el reglamento *“se aplicará a los supérstites de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de*

10 Fuchs (ed.), en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, p. 31, apdo. 13

11 Fuchs (ed.), en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, p. 31, apdo. 13;

12 Reglamento nº 3 del Consejo de la CEE sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes en diciembre de 1958, DO L de 16.12.1958.

13 Para evitar las confusiones, el trabajo hace referencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) como Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), incluso en las resoluciones dictadas antes de diciembre de 2009;

14 Fuchs (ed.), en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, p. 32, apdo. 16;

15 Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, DO L 149 de 5.7.1971;

16 Fuchs (ed.), en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, p. 32, apdo. 18;

17 Fuchs (ed.), en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, p. 36, apdo. 34;

18 Carlos García de Cortázar y Nebreda, “El Campo de Aplicación del Reglamento 883/2004”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n.º 64/2006, p. 55;

19 Fuchs (ed.), en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, p. 38, apdo. 41;

los Estados miembros”.

1.2 Ámbito de aplicación material

El Reglamento abarca en el ámbito material, en aplicación del artículo 3.2 no solamente a las clásicas entidades estatales de Seguridad Social, sino también a aquellas que, sin ser entidades públicas, forman parte del sistema de la Seguridad Social de un estado miembro. Pero el legislador europeo quiso incorporar a todos los sistemas que efectúan prestaciones de Seguridad Social en el ámbito de aplicación del Reglamento y, para ello, la clasificación de una prestación como prestación de Seguridad Social, amparada por el Artículo 3 del Reglamento, es el criterio para la inclusión del prestador de la misma en la norma.²⁰ Los elementos constitutivos para la determinación de una prestación como prestación de Seguridad Social deben ser interpretadas desde el punto de vista del legislador europeo, con independencia a la interpretación que haya efectuado el país miembro.²¹ Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una prestación de Seguridad Social se caracteriza por su concesión en base a un criterio legal, que no se orienta en la necesidad personal del beneficiario concreto sino únicamente en criterios objetivos.²²

El artículo 3.1 del Reglamento estipula las prestaciones protegidas en el ámbito material mediante una lista cerrada.²³ De las distintas prestaciones merecen especial atención en nuestro contexto las prestaciones de enfermedad, las prestaciones de invalidez, las prestaciones de supervivencia, los subsidios de defunción y las prestaciones de accidentes de trabajo, efectuadas por regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivas y no contributivas, así como por los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador.

1.2.1 Prestaciones de enfermedad

La clasificación de una prestación como prestación de enfermedad no depende del criterio nacional que rige para la entidad prestadora, sino el concepto “*prestación por enfermedad*” fue definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias sentencias.²⁴ Respetando el artículo 51 del Tratado Constitutivo (en la actualidad Art. 48 TFUE), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplica un criterio comunitario, sin interpretaciones particulares de los estados miembros, para poder incluir a nivel general todas las prestaciones que sirven para afrontar el riesgo derivado de un estado de enfermedad temporal.²⁵ Tanto prestaciones de asistencia

20 Fuchs (ed.), en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, p. 39, apdo. 43 y p. 164, apdo. 30; Brall, “Art. 3 VO (EG) 883/2004”, apdo. 11 ss., en AAVV, “juris PK – SGB I”, Schlegel/Voelzke (eds.);

21 STJUE asunto C-249/83 (Hoeckx), EU:C:1985:139, apdo. 11; STJUE asunto C-66/92 (Acciardi), EU:C:1993:341, apdo. 13;

22 STJUE asunto C-249/83 (Hoeckx), EU:C:1985:139, apdo. 13; STJUE asunto C-66/92 (Acciardi), EU:C:1993:341, apdo.

14; STJUE asunto C-160/96 (Molenaar), EU:C:1998:84, apdo. 20;

23 STJUE asunto C-249/83 (Hoeckx), EU:C:1985:139, apdo. 12;

24 STJUE asunto C-69/79 (Jordens-Vosters), EU:C:1980:7, apdo. 7; STJUE asunto C-160/96 (Molenaar), EU:C:1998:84, apdo. 19; STJUE asunto C-503/09 (Stewart), EU:C:2011:500, apdo. 35;

25 STJUE asunto C-69/79 (Jordens-Vosters), EU:C:1980:6;



**TESORERÍA GENERAL
DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

en especie como prestaciones por asignación dineraria son prestaciones de enfermedad amparadas por el Reglamento.²⁶ Los artículos 17 a 20 del Reglamento establecen normas de coordinación para las prestaciones en especie, y el artículo 21 del Reglamento se refiere únicamente a las prestaciones en metálico.

En primer lugar, pensamos en la asistencia sanitaria por servicios médicos y farmacéuticos como prestación de enfermedad. Esta asistencia puede ser proporcionada directamente por la entidad prestadora de la Seguridad Social a través de sus servicios públicos o servicios privados subcontratados, pero también mediante un derecho de reembolso por gastos sanitarios.²⁷ La rehabilitación médica forma parte de las prestaciones por enfermedad, incluso cuando sea prestada a una persona con invalidez permanente.²⁸

Pero también, las prestación por enfermedad destinada a compensar una pérdida de ingresos vinculada a una incapacidad laboral es una prestación sanitaria esencial por asignación dineraria.²⁹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea incluyó en el ámbito de aplicación del Reglamento el pago del salario, al que se ve obligado el empresario en la legislación alemana durante los primeros seis semanas de la baja laboral, como prestación de enfermedad.³⁰

Respecto a la prestación por ayuda de tercera persona en caso de dependencia, hubo varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años que incluyen la misma dentro del ámbito de las prestaciones de enfermedad.³¹ Especialmente la cuestión de

un pago en metálico a personas dependientes en concepto de subsidio por ayuda de tercera persona fue objeto de distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que confirmaron la inclusión de este tipo de asignación de asistencia en el ámbito material de la prestación de asistencia sanitaria.³² Incluso las cotizaciones del seguro de vejez e invalidez efectuadas por la Seguridad Social a favor de terceras personas que prestan cuidados a una persona dependiente de forma no profesional, constituyen una prestación de enfermedad en el sentido del Reglamento.³³ También los gastos ocasionados por ayudas técnicas u obras de adaptación en viviendas para personas con necesidades especiales, forman parte de las prestaciones de enfermedad.³⁴

1.2.2 Prestaciones de invalidez

El propio Reglamento no ofrece ninguna definición de la invalidez. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala como elemento constitutivo de una prestación de invalidez, la pérdida de capacidad de ganancia.³⁵ El Tribunal intentó deslindar la invalidez permanente de la invalidez temporal para poder encauzar el subsidio correspondiente entre las prestaciones de invalidez ó en el marco de las prestaciones de enfermedad. Para ello, el Tribunal no estableció ninguna duración exacta de la incapacidad laboral para poder distinguir entre una y otra prestación, sino que aplicó un criterio amplio, según el cual la probabilidad de una larga duración de permanencia de la invalidez indica una prestación de invalidez.³⁶

1.2.3 Prestaciones de supervivencia y subsidios de defunción

26 STJUE asunto C-466/04 (Acereda Herrera), EU:C:2006:405, apdo. 29 y 30;

27 STJUE asunto C-61/65 (Vaassen-Goebbels), EU:C:1966:39, p. 400 ; STJUE asunto C-160/96 (Molenaar), Eu:C:1998:84, apdo. 31;

28 STJUE asunto C-69/79 (Jordens-Vosters), EU:C:1980:7, apdo. 9; Bieback, en AAVV, "Europäisches Sozialrecht", Fuchs (ed.), p. 268, apdo. 25; Brall, "Art. 3 VO (EG) 883/2004", apdo. 25, en AAVV, "juris PK - SGB I", Schlegel/Voelzke (eds.);

29 STJUE asunto C-61/65 (Vaassen-Goebbels), EU:C:1966:39, p. 400 ; STJUE asunto C-160/96 (Molenaar), EU:C:1998:84, apdo. 31; Andrés Ramón Trillo García, "Los subsidios de la Seguridad Social en el Derecho de la Unión Europea", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social n.º 134 / 2018, p. 158;

30 STJUE asunto C-45/90 (Paletta), EU:C:1992:236, apdo. 19;

31 STJUE asunto C-160/96 (Molenaar), Eu:C:1998:84, apdo. 25; STJUE asunto C-212/06 (Gouvernement de la Commu-

auté française), EU:C:2008:178, apdo. 20;

32 STJUE asunto C-160/96 (Molenaar), Eu:C:1998:84, apdo. 25; STJUE asunto C-215/99 (Jauch), EU:C:2001:139, apdo. 28;

33 STJUE asunto acumulado C-502/01 y C-31/02 (Gaumain-Cerri/Barth), EU:C:2004:413, apdos. 22 y 23;

34 STJUE asunto C-160/96 (Molenaar), EU:C:1998:84, apdos. 23 y 32;

35 STJUE asunto C-15/72 (Land Niedersachsen), EU:C:1972:99, apdo. 8; STJUE asunto C16-72, EU:C:1972:100, apdo. 8;

36 STJUE asunto C-503/09 (Stewart), EU:C:2011:500, apdo. 37 y 38; *vid.et.* Propuesta de la Comisión COM(2016) 815 final, de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2002, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, proponiendo la introducción de un capítulo específico para las prestaciones de larga duración en Art. 35a ss.;

La definición de superviviente fue eliminada con la entrada en vigor del Reglamento (CE) 883/2004. Ahora se califica una prestación de supervivencia en base a la finalidad de la prestación y los requisitos para su concesión, que fueron establecidos en la legislación del estado miembro prestador.³⁷ En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estimó que la pensión de crianza prevista en la legislación alemana en caso de fallecimiento del ex cónyuge debe ser calificada como una prestación de supervivencia.³⁸

Según el artículo 1 y) del Reglamento (CE) 883/2004, el subsidio de defunción es *“toda suma abonada de una sola vez en caso de fallecimiento, con exclusión de las prestaciones consistentes en entrega de capital que se mencionan en la letra w”*. El subsidio de defunción es una prestación que, en caso de que forme parte del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Seguridad Social, ha de ser concedida aunque el fallecimiento suceda en otro estado miembro en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) 883/2004. La finalidad del subsidio de defunción es cubrir los gastos de sepelio del fallecido.³⁹

1.2.4 Prestaciones de accidentes de trabajo

Todas las prestaciones cuya causa sea un accidente de trabajo son prestaciones de accidentes de trabajo.⁴⁰ Las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fueron coordinadas por los artículos 36 a 41 del Reglamento (CE) 883/2004.

2. ARTÍCULO 85 DEL REGLAMENTO (CE) 883 / 2004

El Reglamento nº 3 del Consejo de la CEE sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes de 1958 ya establecía en su artículo 52 la protección del derecho de recobro de las instituciones de la Seguridad Social frente a terceros, cuando una institución deudora de un Estado de la CEE en virtud de la normativa

de su país tenía un derecho subrogado o directo frente a un tercero a quien incumbió la obligación de reparar un daño acaecido en otro Estado de la CEE. En base al principio de la primacía del derecho comunitario frente a las normas internas⁴¹, el artículo 52 obligaba por su eficacia directa a los Estados de la CEE al reconocimiento del derecho de recobro según disponía la normativa del país de la institución de la Seguridad Social obligada a las prestaciones.

2.1 Caracteres de la norma

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo a los pocos años de entrada en vigor la ocasión de pronunciarse sobre el carácter de esta primera norma de protección de recobro de las instituciones de la Seguridad Social a nivel comunitario, en las sentencias C-31/64 (asunto Bertholet) y C-33/64 (asunto van Dijk)⁴². Según las conclusiones del abogado general Sr. Joseph Gand, escritos para ambos asuntos conjuntamente, el artículo 52 es una norma de conflicto del Derecho Internacional Privado. Mediante un reenvío al derecho del estado al que pertenece la institución obligada, establece la norma el ordenamiento jurídico aplicable a la cuestión, si la institución de la Seguridad Social obligada a las prestaciones por el hecho causante provocado por un tercero se subroga en los derechos del perjudicado frente al tercer responsable, o si la entidad de la Seguridad Social ostenta un derecho independiente y directo frente al responsable.⁴³ Ambas sentencias consideraban que el reconocimiento del derecho de las instituciones de Seguridad Social a reclamar de un tercero la reparación del daño corresponde a un *“complemento lógico y justo”* de la ampliación de sus obligaciones a todo el territorio de la Unión.⁴⁴ Al año siguiente de estas dos sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclaró, además, que la norma ha de ser aplicable a todo tipo de accidentes que generan la responsabilidad de un tercero, y no sólo a accidentes laborales.⁴⁵

El texto hoy vigente en el artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004 se basa en el

37 Fuchs (ed.), en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, p. 159, apdo. 17; Janda, en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), p. 416, apdo. 2; Brall, “Art. 3 VO (EG) 883/2004”, apdo. 46, en AAVV, “juris PK – SGB I”, Schlegel/Voelzke (eds.);

38 STJUE asunto C-32/13 (Würker), EU:C:2014:107, apdo. 51;

39 Kahil-Wolff, en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), p. 140, apdo. 40;

40 Brall, “Art. 3 VO (EG) 883/2004”, apdo. 49, en “juris PK – SGB I”, Schlegel/Voelzke (eds.);

41 STJUE asunto C-6/64 (Costa/ENEL), EU:C:1964:66;

42 STJUE asunto C-31/64 (Bertholet), EU:C:1965:18; STJUE asunto C-33/64 (van Dijk), EU:C:1965:19;

43 Conclusiones Abogado General Don Joseph Gand del 17.12.1964, EU:C:1964:89;

44 STJUE asunto C-31/64 (Bertholet), EU:C:1965:18; STJUE asunto C-33/64 (van Dijk), EU:C:1965:19; y también STJUE asunto C-44/65 (Singer et Fils), EU:C:1956:122;

45 STJUE asunto C-44/65 (Singer et Fils), EU:C:1956:122;

correspondiente artículo 52 del Reglamento nº 3 del Consejo de la CEE sobre la Seguridad Social de los trabajadores de 1958, y es casi idéntico con la norma antecesora, el artículo 93 del Reglamento anterior (CE) 1408/71.

El artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004 establece en su primer apartado 1:

“Si una persona está disfrutando de prestaciones en virtud de la legislación de un Estado miembro por los daños subsiguientes a hechos acaecidos en otro Estado miembro, los eventuales derechos de la institución deudora frente al tercero a quien incumba la obligación de reparar los daños quedan regulados del modo siguiente:

a) cuando, en virtud de la legislación que aplique, la institución deudora se subroga en los derechos que tenga el beneficiario frente a terceros, tal subrogación será reconocida por todos y cada uno de los Estados miembros;

b) cuando la institución deudora tenga algún derecho directo frente a terceros, todos y cada uno de los Estados miembros reconocerán ese derecho.”

La norma protege la financiación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros siempre y cuando el derecho nacional que obliga a la institución deudora a efectuar prestaciones en caso de necesidad, establezca un derecho de recobro frente al tercer responsable, bien por subrogación en los derechos del beneficiario de las prestaciones o bien por derecho propio. Se trata de una garantía de reconocimiento de una norma del derecho nacional de la Seguridad Social a nivel comunitario.⁴⁶ La protección surge únicamente para el recobro de entidades que cumplan una función prestadora en aplicación del artículo 1, letra l y p del Reglamento (CE) 883/2004, por lo que, las entidades deben efectuar prestaciones por mandamiento de la normativa nacional de Seguridad Social.⁴⁷

Los seguros privados de enfermedad

no gozan de la garantía del artículo 85,1 del Reglamento (CE) 883/2004 excepto que los mismos se encuentren autorizados expresamente por la legislación nacional para la gestión de la Seguridad Social, o el seguro privado *“ofrezca total o parcialmente el seguro de dependencia, derivado de la legislación nacional”*.⁴⁸ Puesto que para el recobro de los seguros privados no opera ninguna *lex specialis*, para ellos rige la norma correspondiente al artículo 85, 1 del Reglamento (CE) 883/2004 en la *lex generalis*, el artículo 19 del Reglamento (CE) 864/ 2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), o el Artículo 15 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).⁴⁹

El artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004 es un reflejo del aspecto de la igualdad de trato de supuestos de hechos y acontecimientos, contemplada en el artículo 5 del Reglamento (CE) 883/2004.⁵⁰ El artículo 5 prescribe con carácter imperativo para cada estado miembro un trato idéntico para la interpretación y aplicación de hechos o supuestos ocurridos en otro estado miembro con hechos o supuestos ocurridos en territorio nacional, cuando proceda a interpretar normas de su derecho nacional de Seguridad Social para la determinación de prestaciones. Teniendo en cuenta que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea únicamente permite la coordinación de los sistemas de Seguridad Social para garantizar la libre circulación de los ciudadanos, el principio de equivalencia contenido en el artículo 5 del Reglamento es fundamental para poder crear una justicia social europea entre las personas que disfrutaran de la libre circulación en la Unión Europea y las personas sujetas a un único sistema nacional de Seguridad Social durante toda su vida.⁵¹ Sin

48 STJUE asunto C-313/82, EU:C:1984:107 (Tiel-Utrecht Schadeverzekering N.V.), apdos. 12 ss.; STJUE asunto acumulado C-502/01 y C-31/02 (Gauvain-Cerri/Barth), EU:C:2004:413, apdo. 22;

49 Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, DOUE L 199 de 31.07.2007 (en adelante, Reglamento Roma II); Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, DOUE L 177 de 17.06.2008;

50 Spiegel, en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), p. 602, apdo. 1;

51 Schuler, en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), p. 178, apdo. 1; Eichenhofer, “Internationales Sozial-

46 Spiegel, en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), p.602, apdo. 1; Daum, “Der Sozialversicherungsregress nach § 116 SGB X im Internationalen Privatrecht”, p. 44;

47 Kahil-Wolff, en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), p.134, apdo. 22 ss. y p. 136, apdo. 30; Spiegel, en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), p.603, apdo. 6; Otting, “Art. 85 VO (EG) 883/2004”, apdo. 17, en AAVV, “juris PK – SGB I”, Schlegel/Voelzke (eds.);

embargo, la equivalencia para la valoración de supuestos de hechos y acontecimientos en los países miembros no sólo debe regir para determinar las obligaciones de las instituciones de Seguridad Social a nivel comunitario, sino también para el reconocimiento de un derecho de recobro de la institución deudora, en caso de que las normas que obligan a la entidad de Seguridad Social al pago así lo prevenen.

2.2 Estatuto aplicable al nacimiento del crédito de la Seguridad Social

El reenvío que efectúa el artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004 al derecho nacional de la institución obligada a las prestaciones para la determinación de la existencia de un derecho de recobro es una remisión al estatuto que rige para la concesión del crédito a favor de la institución de la Seguridad Social. Distinto de éste es el ordenamiento que regula la relación entre el beneficiario de las prestaciones y el responsable civil, que suele ser, por norma general, la ley del país en cuyo territorio ocurrió el hecho causante. Tenemos que diferenciar entre las normas que rigen para el nacimiento del crédito de la Seguridad Social y el derecho material relevante para la responsabilidad aquiliana, a fin de poder aclarar la existencia y el alcance del derecho de recobro de la Seguridad Social, protegido por el artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004.⁵² El mayor problema derivado de la necesaria aplicación de dos estatutos diferentes se manifiesta a la hora de aclarar el alcance del derecho de recobro, dado que tanto el estatuto para la concesión del crédito, como el derecho de fondo aplicable a la relación entre la víctima y el causante del daño, afectan a la cuestión de la amplitud del crédito.

▪ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio tuvieron a lo largo de los años muchas ocasiones para pronunciarse sobre el efecto de la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos para la determinación del crédito concreto que debe ser concedido a la Seguridad Social en su recobro.⁵³ De la lectura de todas las sentencias

se deduce claramente que el Reglamento (CE) 883/2004 no pretende crear derechos adicionales en el ordenamiento jurídico que rige para la relación entre el perjudicado y el responsable del daño.

Pero no fue hasta el año 1992 cuando se planteó al Tribunal Europeo la cuestión prejudicial de en qué medida deben afectar las limitaciones, establecidas en los preceptos resarcitorios del derecho material a aplicar, al derecho de recobro de la Seguridad Social. En el asunto C-428/92 (DAK), al que aún afectaba la norma antecesora del artículo 93 del Reglamento (CE) 1408/71, la Ley danesa sobre responsabilidad civil excluía del ejercicio de una acción de repetición contra el obligado a reparar el daño *“las prestaciones que correspondan en virtud de la legislación social, en particular, la prestación económica por incapacidad laboral transitoria, la asistencia sanitaria y las pensiones establecidas por la legislación social, así como las prestaciones derivadas de la Ley sobre el seguro de accidentes de trabajo, a las que tenga derecho la víctima del daño o el superviviente”*.⁵⁴ La aseguradora danesa de responsabilidad civil del vehículo a motor negaba en base a esta exclusión el derecho de recobro a la entidad de la Seguridad Social alemana DAK, que reclamaba los gastos de asistencia sanitaria derivada de las lesiones sufridas por la víctima del accidente. En las conclusiones presentadas al Tribunal de Justicia insiste el abogado general Sr. Carl Otto Lenz en una *“definición de los derechos objeto de la subrogación”*, constatando que la víctima *“habría sido titular de los derechos que DAK alega, si no hubiera existido subrogación en beneficio de esta institución”*, y analizando el momento temporal en el que el derecho fue limitado, llega a la conclusión de que *“los efectos de las disposiciones danesas se limitan al período posterior a la subrogación”*.⁵⁵ Finalmente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se centraba en el argumento, de que el derecho del estado miembro en cuyo territorio se produjo el daño no debe despojar total o parcialmente de su efecto útil la protección del recobro de las entidades de la Seguridad Social prevista en el Reglamento y concluyó: *“Por consiguiente, procede responder a las*

recht und Internationales Privatrecht”, p. 72;

52 Spiegel, en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), p. 603, apdo. 5; Otting, “Art. 85 VO (EG) 883/2004”, apdo. 12, en AAVV, “juris PK - SGB I”, Schlegel/Voelzke (eds.); Eichenhofer, “Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht”, p. 200 ss.; Daum, “Der Sozialversicherungsregress nach § 116 SGB X im Internationalen Privatrecht”, p. 41;

53 STJUE asunto C-27/69 (Entr'aide médicale), EU:C:1969:56; STJUE asunto C-78/72 (Ster), EU:C:1973:51; STJUE asunto

C-72/76 (Le Phénix), EU:C:1977:27; STJUE asunto C-428/92 (DAK), EU:C:1994:222; STJUE asunto C-397/96 (Kordel), EU:C:1999:432; STJ de la AELC asunto E-11/16 (Mobil Betriebskrankenkasse), DOUE C1/8 de 4.01.2018, accesible en <https://eftacourt.int/cases/e-11-16>;

54 STJUE asunto C-428/92 (DAK), EU:C:1994:222;

55 Conclusiones Abogado General Don Carl Otto Lenz del 14.04.1994, EU:C:1994:136, apdos. 13, 18, 21 y 32;

cuestiones prejudiciales planteadas que el apartado 1 del artículo 93 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que los requisitos, así como el alcance, del derecho de una institución de Seguridad Social, en el sentido del Reglamento, a recurrir en vía jurisdiccional frente al autor de un daño acaecido en el territorio de otro Estado miembro, que haya dado lugar al abono de prestaciones de Seguridad Social, se determinarán conforme al Derecho del Estado miembro al que pertenezca esta institución, En particular, disposiciones tales como el apartado 1 del artículo 17 y el apartado 2 del artículo 22 de La ley danesa, no impiden el ejercicio de una acción por parte de las instituciones deudoras de los demás Estados miembros". El Tribunal aclaró con este caso que el reparto de la compensación del daño entre varios obligados al pago, previsto en el ordenamiento jurídico del estado en el que se produjo el daño, no debe afectar al derecho de recobro de la Seguridad Social extranjera.

Una cuestión parecida se planteó al Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el asunto E-11/16 (Mobil Betriebskrankenkasse), en un accidente de tráfico ocurrido en Noruega, y en el que resultó lesionado un ciudadano afiliado a la entidad de la Seguridad Social alemana Mobil Betriebskrankenkasse.⁵⁶ En este caso alegaba la aseguradora noruega de responsabilidad civil del vehículo a motor que el derecho noruego, aplicable a la responsabilidad civil en el accidente concreto, excluía el recobro de las instituciones de Seguridad Social frente al responsable del daño, excepto cuando el causante hubiese actuado con dolo. Además, el Bureau de la Carta Verde noruego indicaba en defensa de la aseguradora, que la víctima habría tenido el derecho a un tratamiento en Noruega por parte del sistema de salud de este país, aunque admitía que no existía para la víctima un derecho de reclamar gastos asistenciales. El Tribunal de Justicia aclara en su sentencia que el sistema público noruego de salud quedaba obligado a la prestación a pesar de no ostentar un derecho de recobro, y que *"el objetivo de un sistema de salud de este tipo no es el de exonerar a la parte responsable de los costes, sino de garantizar que la persona perjudicada disponga del tratamiento necesario, independientemente de su situación económica o de la parte responsable"*. El Tribunal resolvió la cuestión indicando que el artículo 93 del Reglamento (CE) 1408/71 no se opone a la posibilidad que

una legislación nacional no prevé un recobro a favor de su sistema de salud público, pero que no admite alegar esta exclusión frente a otro estado del espacio económico europeo.

Posteriormente en el asunto C-397/96 (Kordel) se planteaba la cuestión prejudicial de si una exclusión del derecho de recobro previsto en el estatuto aplicable al nacimiento del crédito de la Seguridad Social debe tener efecto para el recobro.⁵⁷ En este caso pretendía la caja de pensiones luxemburguesa un recobro en base a la legislación alemana frente a la aseguradora de responsabilidad del vehículo a motor, por la pensión de viudedad y orfandad abonada a consecuencia del fallecimiento de la víctima del accidente de tráfico. Sin embargo, la víctima era pensionista y el Código luxemburgués de Seguridad Social excluía la acción de repetición frente a terceros responsables en el supuesto del fallecimiento de un beneficiario de una pensión. El abogado general del asunto Sr. Antonio Saggio aclara en sus conclusiones para este caso, que *"los obstáculos para el ejercicio de la acción derivan del contenido de la legislación en vigor en el Estado en el que opera la Institución"*. El abogado general advierte, que el órgano judicial competente debe verificar la legislación que establece el nacimiento del derecho de recobro y añade, *"si esta verificación debiera poner de manifiesto que la legislación a la que está sujeta la Institución supone un obstáculo para el derecho de la propia Institución a ejercitar acciones en vía judicial, incluso si procede legalmente de una subrogación en los derechos de los causahabientes de la víctima, la citada limitación deberá hallarse reconocida en los demás Estados miembros"*. El Tribunal de Justicia concluyó en la sentencia: *"Corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto determinar y aplicar las disposiciones procedentes de la legislación del Estado miembro al que pertenece la institución deudora, aun cuando dichas disposiciones excluyan o limiten la subrogación de tal institución en los derechos que posee el beneficiario de las prestaciones frente al autor del daño o el ejercicio de estos derechos por la institución que se haya subrogado en ellos."*

Las sentencias mencionadas nos dilucidan, que los derechos de recobro de las entidades de Seguridad Social tienen la amplitud que la legislación de la institución deudora conceda. Además, dejan claro que el recobro no puede verse afectado por limitaciones establecidas

⁵⁶ STJ de la AELC asunto E-11/16 (Mobil Betriebskrankenkasse), DOUE C1/8 de 4.01.2018, accesible en <https://efta-court.int/cases/e-11-16>;

⁵⁷ STJUE asunto C-397/96 (Kordel), EU:C:1999:432;

en el derecho de fondo, determinante para los derechos de la víctima frente al tercer responsable, cuando estas limitaciones únicamente tienen la función de ajustar el reparto de la compensación del daño entre varios obligados a la reparación de este.

2.3 Derecho de fondo aplicable al derecho subrogado

En un accidente de tráfico ocurrido en España que comporta un conflicto de leyes por la existencia de un elemento extranjero en la relación entre el causante del daño y el perjudicado, y que se resuelva de manera extrajudicial o judicial en España, debemos aplicar para la determinación de la *lex causae* que regula el vínculo jurídico entre la víctima y el responsable del daño, en primer lugar la norma de conflicto universal de aplicación prevalente, el Reglamento (CE) 864/ 2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).⁵⁸ No obstante, Roma II nos remite enseguida por una puerta trasera en el artículo 28,1 al Convenio de la Haya sobre la ley aplicable en accidentes de circulación de 4 de mayo de 1971⁵⁹, por ser España Estado Miembro signatario del Convenio de la Haya ya con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma II. Como norma general, el Convenio de la Haya de 1971 designa en su artículo 3 la *lex loci* para la determinación de los derechos del perjudicado directo, por lo que, en caso de que no exista una de las excepciones mencionadas en los artículos 4 a 6 del Convenio de la Haya de 1971, el derecho de fondo aplicable a la relación entre la víctima y el causante del daño suele ser la ley interna del país en cuyo territorio haya ocurrido el accidente.⁶⁰

58 Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007, DOUE L 199 de 31.07.2007 (en adelante, Reglamento Roma II);

59 Convenio sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 mayo de 1971, B.O.E. núm. 264, 4-XI-1987, corr. err. *ibid.*, núm. 307, 24-XII-1987 (en adelante, Convenio de la Haya de 1971);

60 *Id. et.* Raúl Lafuente Sánchez, "Ley aplicable a los accidentes de tráfico transfronterizos: Hacia una armonización mínima de las legislaciones nacionales en materia de plazos de prescripción", AEDIPr, t. XVIII, 2018, pp. 495-531; Ángel Espinilla Menéndez, "Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos", Instituto de Ciencias del Seguro, 2012 (Fundación Mapfre), p. 20 ss.; José Antonio Badillo Arias, "El elemento extranjero en los accidentes de circulación: Supuestos de conflicto entre el Consorcio de Compensación de Seguros y Ofesauto", Ponencias XIII Congreso Nacional de Abogados

Sin embargo, cuando queremos determinar el derecho de fondo aplicable al crédito subrogado, nos encontramos con el dilema que las acciones y reclamaciones ejercitadas por los Organismos de la Seguridad Social fueron excluidos del ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1971 en su artículo 2, 6.º. En principio, esta exclusión nos reenvía a las normas del Reglamento Roma II para la determinación del derecho material aplicable al recobro por subrogación de una entidad de la Seguridad Social, provocando la posibilidad que el derecho de fondo que rige directamente para la propia víctima frente al responsable civil pudiese divergir del derecho material, que puede hacer valer la entidad de la Seguridad Social por subrogación. La extracción de la acción de recobro del ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1971 puede producir la aplicación de dos distintos derechos de fondo al mismo hecho dañoso, por la coexistencia del Reglamento Roma II con el Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable en accidentes de circulación.⁶¹

En la búsqueda de una solución integradora del recobro por subrogación de las instituciones de Seguridad Social en el Convenio de la Haya de 1971, el Tribunal Supremo austriaco encontró una respuesta.⁶² Austria es miembro firmante del Convenio de la Haya de 1971 y, además, reconoce un derecho de subrogación a favor de los organismos de Seguridad Social en su ordenamiento jurídico.⁶³ En la sentencia 8Ob43/87 del 01.03.1988, el Tribunal Supremo austriaco argumenta que "*una subrogación ex lege no produce efectos nuevos a consecuencia del hecho dañoso*". Teniendo en cuenta que la Seguridad Social únicamente se subroga en aquellos derechos del perjudicado que cubren la indemnización de los mismos perjuicios compensados por ella, el Tribunal indica que, "*la cesión de crédito por subrogación pretende sólo un reparto de los derechos entre la víctima y la institución de la Seguridad Social*". Dado que una aplicación de distintos ordenamientos jurídicos, por una parte, a los derechos que permanecen en el patrimonio del acreedor cedente y, por otra parte, a los derechos adquiridos por el cesionario, anularía el reparto de los derechos

especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Valencia noviembre de 2013, pp. 207-210;

61 Reisinger, "Internationale Verkehrsunfälle", p. 84;

62 OGH 8Ob43/87 del 01.03.1988, ECLI:AT:OGH0002:1988:00800B0043.87.0301.000;

63 § 332 ASVG (Ley General de la Seguridad Social austriaca);

primigenios de la víctima, el Tribunal Supremo austriaco entendió que *“la exclusión establecida en el artículo 2, 6.ª sólo puede afectar a un derecho de recobro de la Seguridad Social que no deriva de una subrogación”*.

Partiendo de la base que *“el crédito es algo más que el simple poder de exigir una prestación”*⁶⁴, la situación creada por el artículo 2.6.ª del Convenio de la Haya de 1971, al excluir de su ámbito de aplicación las acciones y reclamaciones ejercitadas por los organismos de la Seguridad Social, resulta sorprendente. La subrogación precisamente proclama una unidad civil de los derechos del acreedor cedente con los transmitidos al cesionario, en la que la entrada del nuevo acreedor únicamente supone la ocupación de la posición del acreedor originario.⁶⁵ El crédito adquirido por subrogación surge de la misma fuente generadora de derechos, y su posible desvinculación de los derechos de la víctima en aplicación del artículo 2.6ª del Convenio de la Haya de 1971, puede producir una rotura de origen, creando nuevos derechos o la pérdida de derechos que la víctima ostentaba antes de la cesión del crédito. Por ello, la interpretación del Tribunal Supremo austriaco, incluyendo en el ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 1971 los recobros de la entidad de la Seguridad Social por subrogación, parece acertada.⁶⁶

Pero aún cuando se interprete que todo tipo de recobro de las instituciones de la Seguridad Social fue excluido del ámbito de aplicación del Convenio de la Haya, y por lo tanto, se llega a la aplicación del Reglamento Roma II como norma de conflicto para la determinación del derecho material aplicable a los derechos cedidos a la entidad de la Seguridad Social por subrogación, vemos que, también, el artículo 4,1 del Reglamento Roma II establece como regla general la *lex loci* para la determinación de los derechos de la víctima frente al responsable

del daño. En caso de que no exista una de las excepciones mencionadas en artículo 4,2 o 4,3 del Reglamento Roma II, la ley aplicable a la obligación extracontractual que deriva de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño.

Por norma general, bien del artículo 3 del Convenio de la Haya de 1971 o bien del artículo 4 del Reglamento Roma II, para la mayoría de los accidentes de circulación con elemento extranjero ocurridos en España será de aplicación para la determinación de los derechos de la víctima, y en consecuencia para los derechos que ostenta la entidad de la Seguridad Social por subrogación, 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.

2.4 Principio de congruencia

Cuando la causa de prestaciones de Seguridad Social deriva de una responsabilidad civil, el derecho civil y el derecho social concurren de manera no intencionada para resolver la reparación del daño.⁶⁷ Por ello hace falta, una vez comprobado la atribución de un derecho de recobro por subrogación a la institución deudora en su legislación nacional y determinados los derechos de la víctima o de sus causahabientes frente al responsable del daño, una clasificación del carácter de las prestaciones e indemnizaciones a las que la víctima tiene un derecho, para poder comprobar su finalidad indemnizatoria. Aunque el propio texto legal del artículo 85,1 del Reglamento (CE) 883/2004 ya indica la necesidad de una congruencia de ambas compensaciones, al relacionar *“las prestaciones con los daños”* para conceder un derecho de recobro a la institución de la Seguridad Social, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó en sus sentencias C-72/76 (Le Phénix) y C-397/96 (Kordel) el principio de esta congruencia.⁶⁸ En efecto, la transmisión de la titularidad del crédito surge sólo en la medida en la que las prestaciones de Seguridad Social compensan el mismo daño cuyo resarcimiento pueda exigir la víctima o sus causahabientes al causante del daño en base a las normas de fondo que regulan su relación extracontractual.⁶⁹

64 Díez-Picazo y Ponce de León, “El contenido de la relación obligatoria”, Anuario del Derecho Civil (1964), Fascículo 2, p. 357;

65 Díez-Picazo y Ponce de León, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen II p.1002; Arnau Moya, “Leciones de Derecho Civil II Obligaciones y Contratos”, Universitat Jaume I, p. 69;

66 Vid. et. Sentencia del Tribunal Supremo austriaco OGH Ob231/17k del 22.01.2019, ECLI:AT:OGH0002:2019:200B00231.17K.0129.000; Neumayr/Huber, “ §332 ASVG”, p. 201, apdo. 122, en AAVV, “Praxiskommentar ABGB”, Band 7, Schwimann/Kodek (eds.);

67 Eichenhofer, “Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht”, p. 55;

68 STJUE asunto C-72/76 (Le Phénix), EU:C:1977:27; STJUE asunto C-397/96 (Kordel), EU:C:1999:432;

69 Spiegel, en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), p. 603, apdo. 5; Eichenhofer, “Internationales Sozial-

III.- EL DERECHO DE RECOBRO POR SUBROGACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ALEMANA EN APLICACIÓN DE LA LEY 35/2015

Los visitantes que viajaron desde Alemania a España entre los años 2015 a 2019 rondaban los 12 millones de personas cada año.⁷⁰ Teniendo en cuenta que el siniestro de automóviles es la causa principal de la responsabilidad civil extracontractual, la cifra nos indica que el recobro de la Seguridad Social alemana por daños causados por un tercero responsable en aplicación de la Ley 35/2015 tiene relevancia práctica.

El fundamento para el recobro por subrogación de la Seguridad Social alemana

En base al artículo 1, (1) del Código alemán de Seguridad Social, Libro IV, el sistema alemán de Seguridad Social se constituye sobre cinco ramas de Seguridad Social: el seguro de enfermedad, el seguro de dependencia, el seguro de pensiones, el seguro de accidentes y el seguro de desempleo.⁷¹ Cada rama está gestionada de manera independiente por organismos públicos, por cajas de enfermedad o por seguros públicos de dependencia, de pensiones, de accidentes, y de desempleo.⁷² Actualmente hay 103 cajas públicas de enfermedad⁷³, 16 seguros públicos de pensiones⁷⁴ y 28 seguros públicos de accidentes⁷⁵.

1.1 Artículo 116 SGB X

El décimo libro del Código alemán de Seguridad Social contiene normas respecto al procedimiento administrativo para todas las

recht und Internationales Privatrecht", p. 198; Daum, "Der Sozialversicherungsregress nach § 116 SGB X im Internationalen Privatrecht", p. 46;

70 Movimientos turísticos en fronteras (Frontur) - Dataestur, <https://www.dataestur.es/general/frontur/>

71 §1 Abs. 1 SGB IV, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_4/_1.html;

72 Fuchs/Brose, "Die Organisation der Sozialversicherung", en AAVV, "Sozialversicherungsrecht und SGB II", Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 247, apdo. 3;

73 Dato a fecha 01.01.2021 en https://www.gkv-spitzenverband.de/krankenversicherung/kv_grundprinzipien/alle_gesetzlichen_krankenkassen/alle_gesetzlichen_krankenkassen.jsp

74 <https://www.dguv.de/de/bg-uk-lv/index.jsp>

75 https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/UEber-uns-und-Presse/Struktur-und-Organisation/Traeger/traeger_node.html

instituciones y coordina las distintas ramas. Además, regula la relación de las instituciones con terceros.⁷⁶

1.1.1 El principio básico del artículo 116, (1) SGB X

El artículo 116, (1) del Libro X del Código alemán de Seguridad Social (SGB X) reconoce el derecho de recobro a las instituciones alemanas de Seguridad Social, cuando el perjudicado con derecho a prestaciones de la Seguridad Social ostenta un derecho de indemnización, por daños y perjuicios, frente a un tercero en base a otras normas reglamentarias por el hecho dañoso, y la institución deudora debe asumir prestaciones debido a los perjuicios causados.⁷⁷ Se trata de un derecho de subrogación *ex lege*, siempre y cuando, el perjudicado ostenta un derecho frente al tercero que permite una subrogación. La facultad de subrogación requiere una congruencia, respecto a su finalidad y temporalidad, entre las prestaciones y el derecho a indemnización.⁷⁸ La subrogación surge efecto a partir del momento del accidente aún cuando la institución no haya efectuado prestaciones, por lo que, el asegurado no tiene ninguna legitimación activa para reclamar o renunciar frente al tercer responsable por perjuicios que se encuentran compensados por las prestaciones a las que tiene derecho.⁷⁹

1.1.2 Las delimitaciones

El derecho de recobro de la Seguridad Social fue delimitado en el artículo 116, (2) SGB X a favor del perjudicado directo, en caso de que alguno o la totalidad de sus perjuicios no compensados por la Seguridad Social se encuentren afectados por límites de indemnización máxima. Esta delimitación a favor de la víctima fue llamado "*derecho preferente de cuota*" y provoca,

76 Preis/Brose, "Die Stellung des Sozialversicherungsrechts im Sozialrecht", en AAVV, "Sozialversicherungsrecht und SGB II", Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.43, apdo. 16;

77 §116 Abs. 1 SGB X, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_10/_116.html;

78 Preis/Brose, "Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten", en AAVV, "Sozialversicherungsrecht und SGB II", Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.156, apdo. 46 a p.158, apdo. 57; Peters-Lange, "§ 116 SGB X", apdo. 23, en AAVV, "juris PK - SGB X", Schlegel/Voelzke (eds.);

79 Preis/Brose, "Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten" en AAVV, "Sozialversicherungsrecht und SGB II", Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.156, apdo. 46 a p.158, apdo. 55; Daum, "Der Sozialversicherungsregress nach § 116 SGB X im Internationalen Privatrecht", p. 14; Peters-Lange, "§ 116 SGB X", apdos. 12 y 20, en AAVV, "juris PK - SGB X", Schlegel/Voelzke, (eds.);

que la institución deudora únicamente puede subrogarse en aquella cantidad del crédito que aún queda pendiente por liquidar, una vez indemnizada la víctima respecto a los daños no compensados por la Seguridad Social.⁸⁰

En caso de que la culpa de la víctima limita parcialmente su derecho de indemnización, el artículo 116, (3), 1 SGB X establece una cuota preferente para la institución de la Seguridad Social correspondiente al porcentaje de culpa asignado al tercer responsable del daño.⁸¹ Cuando una reducción de la indemnización por culpa de la víctima concurre, además, en el mismo crédito con un límite de indemnización máxima, ya no opera el “*derecho preferente de cuota*” para el perjudicado en aplicación del artículo 116, (3), 2.⁸² No obstante, el artículo 116, (3), 3 SGB X elimina la preferencia de cuota para la Seguridad Social si la víctima entra en una situación de necesidad de ayuda social; y el artículo 116, (5) SGB X suprime la preferencia, si la institución de la Seguridad Social no soporta ninguna carga financiera adicional a consecuencia del hecho dañoso (p.ej., una pensión de jubilación se transforma a causa del hecho dañoso en una pensión de viudedad).⁸³

A parte de un “*derecho preferente de cuota*” a favor del perjudicado, el legislador estableció en el artículo 116, (4) SGB X un derecho de crédito preferente para la víctima si la situación económica del deudor pone en peligro el cobro de la indemnización. En este caso, el crédito de la víctima o de sus causahabientes prevalece

ante el crédito de la institución deudora.⁸⁴

También encontramos limitaciones para el recobro de la Seguridad Social en el artículo 116, (6) SGB X, cuando el causante del daño convive con la víctima y el daño no fue provocado con dolo.⁸⁵ En este supuesto, la institución de la Seguridad Social se subroga en los derechos de la víctima, pero no ostenta legitimación activa para hacerlos valer frente al responsable del daño. El legislador quiso proteger la convivencia del perjudicado con el causante del daño, eludiendo posibles tensiones en esta relación debido a una carga económica adicional por la transmisión del crédito.⁸⁶ Sin embargo, y a pesar de la convivencia de la víctima con el causante del daño, el artículo 116, (6), 3 SGB X permite un recobro de la entidad de la Seguridad Social frente a la aseguradora del seguro obligatorio de responsabilidad civil del vehículo a motor, la cual debe cubrir los daños ocasionados.⁸⁷ Además, y de conformidad con el artículo 116, (6), 4 SGB X, la Seguridad Social ostenta un derecho frente al causante del siniestro de automóviles que convive con la víctima, cuando el mismo actuó con dolo en la producción del daño. El sexto apartado del artículo 116 fue recientemente reformado en junio de 2020.⁸⁸ Con anterioridad a la reforma existía sólo un “*privilegio de familia*” a favor del causante del daño, que convivía con la víctima y era familiar suyo. Debido a los cambios en la sociedad, en la que una convivencia de personas no casadas es muy frecuente, la jurisprudencia alemana ya había ampliado la aplicación del “*privilegio de familia*” también a otro tipo de convivencias estables.⁸⁹ El legislador únicamente plasmó la reciente jurisprudencia en la nueva redacción del precepto. Pero en

80 §116 Abs. 2 SGB X; Preis/Brose, “Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.160, apdo. 58; Sentencia del Tribunal Supremo alemán: BGH 08.04.1997, BGHZ 135, p. 170 ss.

81 §116 Abs. 3, 1 SGB X; Preis/Brose, “Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.161, apdo. 61; Peters-Lange, “§ 116 SGB X”, apdo. 40, en AAVV, “juris PK – SGB X”, Schlegel/Voelzke (eds.);

82 §116 Abs. 3, 2 SGB X; Preis/Brose, “Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.161, apdo. 62; Peters-Lange, “§ 116 SGB X”, apdo. 44, en AAVV, “juris PK – SGB X”, Schlegel/Voelzke (eds.);

83 §116 Abs. 3, 3 SGB X; Preis/Brose, “Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.162, apdo. 65; §116 Abs. 4 SGB X; Preis/Brose, “Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.163, apdo. 68; Peters-Lange, “§ 116 SGB X”, apdos. 48 y 57, en AAVV, “juris PK – SGB X”, Schlegel/Voelzke (eds.);

84 §116 Abs. 4 SGB X; Preis/Brose, “Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.162, apdo. 66;

85 §116 Abs. 6 SGB X;

86 Preis/Brose, “Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p.163, apdo. 69; Peters-Lange, “§ 116 SGB X”, apdo. 59, en AAVV, “juris PK – SGB X”, Schlegel/Voelzke (eds.);

87 Peters-Lange, “§ 116 SGB X”, apdo. 61, en AAVV, “juris PK – SGB X”, Schlegel/Voelzke (eds.);

88 Boletín oficial del estado alemán, primera parte, nº 28 del 23.06.2020, p. 1248: (BGBl. I S. 1248 (Nr. 28), Siebtes Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und andere Gesetze) <https://www.buzer.de/gesetz/13981/a245123.htm>;

89 BGH 05.02.2013, VI ZR 274/12 (Sentencia del Tribunal Federal alemán de fecha 05.02.2103) <https://openjur.de/u/611231.html>;

la reforma del sexto apartado del artículo 116 SGB X encontramos dos novedades que surten cambios esenciales. Por una parte, hay que resaltar la subrogación de la entidad de la Seguridad Social en los derechos de la víctima a pesar de la preeminencia por convivencia. El texto legal anterior excluía la subrogación, por lo que, el crédito no pasaba de la víctima a la institución de la Seguridad Social. De esta manera, la propia víctima ostentaba todos los derechos y podía solicitar al causante del daño una indemnización, incluso por aquellos daños que ya habían sido compensados a través de las prestaciones de la Seguridad Social. La nueva redacción establece la subrogación, pero no le concede a la institución de la Seguridad Social una legitimación activa para la reclamación. Con la reforma del texto legal, el legislador evita que la víctima pueda reclamar por daños cubiertos por las prestaciones, manteniendo la protección de convivencia entre el causante del daño y la víctima. Por otra parte, llama la atención, que el legislador permite ahora a las entidades de Seguridad Social recobrar de las aseguradoras de responsabilidad civil del vehículo a motor el coste de las prestaciones que cubren los mismos daños, aunque el causante del daño conviva con la víctima. Como argumento principal para este cambio, el Ministerio Federal alemán de Trabajo y Asuntos Sociales resaltaba en la propuesta de ley, “*el interés de la comunidad solidaria*” en el recobro de las instituciones de Seguridad Social frente al responsable del daño, e indicaba que el recobro sólo debe ser exceptuado respecto al causante del daño conviviente, pero no en relación al seguro de responsabilidad civil que cubre los daños en contraprestación de una prima.⁹⁰ Para garantizar una seguridad jurídica respecto a hechos ocurridos en el pasado, el legislador alemán estableció en el artículo 120 SGB X que el apartado sexto del artículo 116 SGB X se aplica sólo a accidentes ocurridos con posterioridad al 31.12.2020.

El séptimo y último apartado del artículo 116 SGB X regula la situación del pago efectuado a la víctima por el obligado al pago, cuando el derecho indemnizado forma parte de los créditos transmitidos por subrogación. Cuando el causante del daño o el obligado al pago, como por ejemplo la entidad aseguradora de responsabilidad civil, efectúa un pago de buena fe a la víctima o a sus causahabientes, queda liberado de su obligación frente a la entidad de

la Seguridad Social. En este caso, la institución de la Seguridad Social únicamente puede reclamar frente a la propia víctima el pago de los créditos transmitidos por subrogación.⁹¹ Empero, si el obligado no realizó el pago de buena fe, responden el deudor inicial y la víctima como deudores mancomunados frente a la entidad de la Seguridad social.⁹² Un pago se considera realizado de buena fe si el “*solvens entrega la prestación con la fundada creencia que el accipiens es un verdadero acreedor*”.⁹³ En nuestro contexto se exige para la liberación del deudor de su obligación que el pagador no tenga conocimientos de la posibilidad del recobro de la Seguridad Social y que, tampoco se le pueda haber exigido este entendimiento.⁹⁴

1.1.3 Efecto de las delimitaciones para el recobro transfronterizo

Queda únicamente por dilucidar, si las delimitaciones del derecho de recobro contenidas en el artículo 116 SGB X forman parte del crédito transmitido y, por lo tanto, surten efecto directo en el recobro transfronterizo. Para poder resolver esta cuestión de calificación del alcance de la *lex causae* para la cesión del crédito debemos volver a la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado Comunitario que determina la ley aplicable al recobro transfronterizo de las entidades de Seguridad Social en Europa.⁹⁵ Al analizar el punto de conexión de la norma de conflicto podemos encontrar el interés concreto del legislador en la solución del conflicto.⁹⁶ El punto de conexión subjetivo del artículo 85, 1 a) del Reglamento (CE) 883/2004, es la relación jurídica de la institución deudora de Seguridad Social con la víctima. El punto de conexión objetivo se refiere a la faceta de esta relación, cuando la institución efectúa prestaciones a la víctima por un daño ocasionado en otro estado miembro por el cual deba responder un tercero. Una norma de conflicto debe ser interpretada

91 §116 Abs. 7,1 SGB X;

92 §116 Abs. 7,2 SGB X;

93 Díez-Picazo y Ponce de León, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen II”, p. 567;

94 Peters-Lange, “§ 116 SGB X”, apdo. 69, en AAVV, “*juris PK - SGB X*”, Schlegel/Voelzke (eds.); Daum, “*Der Sozialversicherungsregress nach § 116 SGB X im Internationalen Privatrecht*”, p. 141;

95 Fernández Rozas y Sixto Sánchez, “Curso de Derecho Internacional Privado”, p. 451; Kropholler, “*Internationales Privatrecht*”, p. 109;

96 Fernández Rozas y Sixto Sánchez, “Curso de Derecho Internacional Privado”, p. 453 ss.; Kropholler, “*Internationales Privatrecht*”, p.119 ss.;

90 <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/siebtes-gesetz-aenderung-viertes-sozialgesetzbuch.html>;

desde el punto de vista del ordenamiento jurídico del que nace.⁹⁷ En el caso de normas de conflicto nacidas del derecho europeo, la interpretación debe ser efectuada en el contexto del derecho comunitario.⁹⁸ Como ya habíamos visto con anterioridad, el artículo 85, 1 a) del Reglamento (CE) 883/2004 protege el equilibrio financiero de las instituciones de Seguridad Social en equivalencia a su obligación de cubrir las contingencias derivadas del tráfico internacional de sus afiliados. Para ello, la norma de conflicto conecta la cuestión de la existencia de un derecho de recobro a la relación jurídica concreta entre la institución deudora y la víctima, que se determina en base a la legislación nacional que rige para la institución deudora. El propio texto legal de la norma de conflicto exige la comprobación de los “*eventuales derechos de la institución deudora frente al tercero*” en el ordenamiento jurídico al que pertenece, para poder prescribir su protección, en caso de que exista un derecho de recobro. La sentencia antes comentada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-397/96 (Kordel) ya resolvió que el artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004 no establece un derecho de recobro para las instituciones de la Seguridad Social, sino únicamente protege un derecho en la medida que el mismo existe en los ordenamientos jurídicos del estado al que pertenece la institución deudora. Empero, posibles delimitaciones del derecho de recobro contenidas en las disposiciones nacionales forman parte de la amplitud de sus facultades de recobro. Si quisiéramos desvincular las delimitaciones del derecho de recobro estaríamos creando otros derechos de reclamación para las entidades de la Seguridad Social, distintos a aquellos que les fueron otorgados en su ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, parece correcto la interpretación efectuada por los juristas que consideran que también las delimitaciones del derecho de recobro forman parte del crédito cedido y deben ser aplicadas en los recobros transfronterizos.⁹⁹

97 Kropholler, “Internationales Privatrecht”, p. 120;

98 STJUE asunto C-61/94 (Comunidades Europeas) ECLI:EU:C:1996:313; STJUE asunto C-90/92 (Dr. Tretter GmbH) ECLI:EU:C:1993:264;

99 Sentencia del Tribunal Supremo austriaco OGH 20b231/17k del 22.01.2019, ECLI:AT:OGH0002:2019:200B00231.17K.0129.000; Sentencia del Tribunal Supremo austriaco OGH 20b230/18i del 30.01.2020, ECLI:AT:OGH002:2020:00200B00230.18I.0130.000;

Eichenhofer, “Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht”, p. 208; Neumayr/Huber, “§332 ASVG”,

1.2 Otras normas de recobro en la legislación alemana de Seguridad Social

A parte del artículo 116 SGB X hay algunas normas especiales en la legislación de la Seguridad Social alemana que permiten un recobro, también, por subrogación en los derechos del perjudicado frente al tercer responsable. Las mismas se refieren a determinadas prestaciones en condiciones especiales y tienen un efecto parecido a la norma general. De ellas se mencionan aquí sólo los artículos más importantes.

En la Ley Federal de Funcionarios encontramos el artículo 76 que permite el recobro frente al tercer responsable cuando el empleador debe abonar prestaciones a causa de la incapacidad laboral.¹⁰⁰ Según el artículo 6 de la Ley del Pago Continuo del Salario, el empleador ostenta un derecho por subrogación en los derechos del empleado frente a terceros respecto al salario abonado durante la baja laboral.¹⁰¹ En caso de un accidente laboral los artículos 104 a 107 del séptimo libro del Código alemán de Seguridad Social (Libro VII) impiden el recobro frente al empleador u otras personas de la misma empresa. Sin embargo, el artículo 110 SGB VII establece un derecho directo de la Seguridad Social frente al empleador o personas de la misma empresa, cuando el hecho causante fue provocado por ellos con dolo o negligencia grave.¹⁰² A diferencia del artículo 116 SGB X, el artículo 110 SGB VII es un derecho directo y propio de la Seguridad Social alemana y, por lo tanto, no condicionado por las características de una subrogación en los derechos de la víctima.¹⁰³

II.- PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL ALEMANA PROTEGIDAS POR EL ÁMBITO MATERIAL DEL REGLAMENTO (CE) 883/2004

pp. 199-120, apdo. 118 y 120, en AAVV, “Praxiskommentar ABGB”, Band 7, Schwimann/Kodek (eds.); Daum, “Der Sozialversicherungsregress nach § 116 SGB X im Internationalen Privatrecht”, p. 66;

100 §76 Bundesbeamtengesetz, https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/__76.html;

101 § 6 Entgeltfortzahlungsgesetz, https://www.gesetze-im-internet.de/entfgf/__6.html;

102 § 110 SGB VII, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/__110.html;

103 Hillmann, “§ 110 SGB VII”, apdo. 5, en AAVV, “juris PK – SGB X”, Schlegel/Voelzke (eds.); Preis/Seiwerth, “Haftungsbeschränkung und Regress (ges. Unfallversicherung)”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 794, apdo. 36;

En lo sucesivo se mencionan aquellas prestaciones de la Seguridad Social alemana que la entidad deudora efectúa a víctimas o sus causahabientes en un accidente de tráfico, y que se encuentran protegidas por el ámbito material del Reglamento (CE) 883/2004. La enumeración de las prestaciones no pretende ser completa, sino una mención de las prestaciones más frecuentes.

2.1 Asistencia sanitaria

El libro quinto del Código alemán de Seguridad Social estipula las prestaciones de la caja de enfermedad. En aplicación del artículo 27, (1) SGB V existe un derecho a prestaciones de enfermedad, cuando las mismas *“son necesarias para detectar, curar, prevenir el empeoramiento o aliviar los síntomas de una enfermedad”*.¹⁰⁴ El tratamiento médico es la prestación más importante dentro de la asistencia sanitaria. Cuando un médico receta algún tratamiento no médico de la medicina alternativa o complementaria, el mismo se encuentra cubierto por la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.¹⁰⁵ También las ayudas técnicas, los medicamentos y el material de vendaje forman parte de la asistencia sanitaria.¹⁰⁶ Respecto a los medicamentos y el material de vendaje puede existir la obligación de un copago del beneficiario, en función de su edad y el tipo del remedio.¹⁰⁷ La asistencia hospitalaria y la asistencia a domicilio están cubiertas.¹⁰⁸ La asistencia a domicilio puede incluir la ayuda para tareas del hogar.¹⁰⁹ Sin embargo, la ley exige que la asistencia a domicilio sea prestada en primer lugar por personas que conviven con el lesionado, exigiendo la solidaridad propia de la familia o de las personas convivientes.

104 §27 Abs. 1,1 SGB V, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_27.html;

105 §28 Abs. 1,2 SGB V, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_28.html; Greiner, “Das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 357, apdo. 41;

106 §27 Abs. 1,2 nº 3 SGB V, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_27.html; Greiner, “Das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 355, apdo. 33;

107 Greiner, “Das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 366, apdo. 60 a 62;

108 §27 Abs. 1,2 nº 4 y 5 SGB V, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_27.html;

109 Greiner, “Das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 383, apdo. 105;

Únicamente en el caso de que las mismas no puedan prestar esta asistencia en la medida necesaria, prevé la legislación la asunción de la correspondiente prestación.¹¹⁰ La asistencia sanitaria cubre la rehabilitación ambulatoria, y la de una estancia en una clínica de rehabilitación.¹¹¹ Si la necesidad de asistencia sanitaria deriva de un accidente laboral debe abonar el seguro de accidentes prestaciones casi idénticas al seguro de enfermedad, en aplicación del artículo 27 SGB VII.¹¹²

La asistencia sanitaria aquí mencionada forma parte del ámbito material de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, como hemos visto con anterioridad.¹¹³

2.2.- Prestación de incapacidad temporal

La prestación de incapacidad temporal prevista en el artículo 44 del quinto libro del Código alemán de Seguridad Social compensa la pérdida de ingresos a causa de una enfermedad por incapacidad laboral.¹¹⁴ Pero, en el caso que una persona trabajaba en el momento del hecho causante ya al menos durante cuatro semanas por cuenta ajena, el empresario queda obligado al abono del salario durante las primeras seis semanas de la baja laboral por enfermedad, en aplicación del artículo 3 de la Ley alemana del Pago Continuo del Salario.¹¹⁵ El importe de la prestación por enfermedad ha de ser determinado en aplicación del artículo 47 SGB V.¹¹⁶ En principio se compensan el 70% del sueldo bruto sin superar el 90% del sueldo neto de la persona beneficiada con anterioridad a la baja laboral.¹¹⁷ En aplicación del artículo

110 §37, (3) SGB V, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_37.html; Padé, “§ 37 SGB V”, apdo. 87, en AAVV, “juris PK - SGB V”, Schlegel/Voelzke (eds.);

111 §27 Abs. 1,2 nº 6 SGB V, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_27.html;

Greiner, “Das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 389, apdo. 116;

112 https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/_27.html; Stähler, “§ 27 SGB VII”, apdo. 4, en AAVV, “juris PK - SGB VII”, Schlegel/Voelzke (eds.);

113 *Vid.* apdo. II,1.2.1 y 1.2.4;

114 §44 SGB V, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_44.html;

115 §3 Entgeltfortzahlungsgesetz, https://www.gesetze-im-internet.de/entgfg/_3.html;

116 §47 SGB V, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_47.html;

117 Bohlken, “§ 47 SGB V”, apdo. 20, en AAVV, “juris PK - SGB V”, Schlegel/Voelzke (eds.); Greiner, “Das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung”, en AAVV,

48 SGB X alcanza la duración máxima de la prestación por enfermedad 78 semanas si es por la misma enfermedad, permitiendo incluso recaídas durante tres años mientras el total de 78 semanas no se supera.¹¹⁸ En cuanto la misma enfermedad provoca una incapacidad laboral superior al tiempo indicado, debe entrar el seguro de pensiones para la compensación de esta pérdida de capacidad de ganancia.¹¹⁹ El legislador alemán incorporó en el año 2001 el noveno libro del Código alemán de Seguridad Social, un libro específico y propio para la rehabilitación de personas con discapacidad y su participación en la sociedad. Si durante una baja laboral se prevé la posibilidad de una incapacidad laboral, la caja de enfermedad debe invitar a la persona asegurada para que solicite medidas de rehabilitación que puedan restablecer la capacidad laboral.¹²⁰ Durante las medidas de rehabilitación para la participación en el mercado laboral, debe abonar el seguro de pensiones en aplicación de los artículos 64 SGB IX y siguientes el, así llamado, subsidio de transición por la rehabilitación médica, así como el coste de esta rehabilitación.¹²¹ El subsidio de transición por la rehabilitación médica compensa los ingresos de la persona incapacitada durante la rehabilitación.¹²² Si la baja laboral deriva de un accidente laboral, debe abonar el seguro de accidentes la prestación de incapacidad temporal en aplicación del artículo 45 SGB VII.¹²³ En este caso, la prestación compensa el 80% del sueldo bruto sin superar el total del sueldo neto.¹²⁴

¹¹⁸ "Sozialversicherungsrecht und SGB II", Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 411, apdo. 174;

¹¹⁹ https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/__48.html; Sonnhoff, "§ 48 SGB V", apdo. 6, en AAVV, "juris PK - SGB V", Schlegel/Voelzke (eds.); Greiner, "Das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung", en AAVV, "Sozialversicherungsrecht und SGB II", Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 413, apdo. 178;

¹²⁰ Sonnhoff, "§ 48 SGB V", apdo. 9, en AAVV, "juris PK - SGB V", Schlegel/Voelzke (eds.);

¹²¹ Freudenberg, "§ 43 SGB VI", apdo. 30, en AAVV, "juris PK - SGB VI", Schlegel/Voelzke (eds.);

¹²² https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_9_2018/__64.html;

¹²³ Reyels, "§ 65 SGB IX", apdo. 31, en "juris PK - SGB IX", Schlegel/Voelzke (eds.);

¹²⁴ § 45 SGB VII, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/__45.html; Fischer / Westermann, "§ 45 SGB VII", apdo. 13 en AAVV, "juris PK - SGB VII", Schlegel/Voelzke (eds.);

¹²⁵ § 47, (1), n° 2 SGB VII, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/__47.html; Westermann, "§ 47 SGB VII", apdo. 33, en AAVV, "juris PK - SGB VII", Schlegel/Voelzke (eds.);

La prestación por incapacidad laboral fue enmarcada en el ámbito material de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 bajo el concepto de prestación por enfermedad, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea incluyó, también, el pago continuado del salario durante las primeras semanas de la baja laboral en el ámbito material del Reglamento.¹²⁵

2.3 Prestaciones de invalidez

En caso de una invalidez permanente parcial o total por discapacidad, opera para la compensación de la pérdida de capacidad de ganancia la normativa establecida en el sexto libro del Código alemán de Seguridad Social sobre el seguro de pensiones. El artículo 43 SGB VI establece las condiciones para el subsidio de la incapacidad laboral, que se considera total cuando la capacidad laboral no alcanza al menos tres horas diarias, y parcial cuando la capacidad laboral está entre tres y seis horas diarias.¹²⁶

Si la incapacidad laboral parcial o total deriva de un accidente laboral deben aplicarse las normas correspondientes al séptimo libro del Código Civil alemán de Seguridad Social que establece en su artículo 56 SGB VII las condiciones para el correspondiente subsidio.¹²⁷ El importe de las pensiones en estos casos puede ser mayor, que el importe que hubiese concedido el Seguro de pensiones, dado que la Ley del Seguro de accidentes no pretende compensar sólo una pérdida de capacidad de ganancia, sino también la pérdida de la oportunidad de ganancia del lesionado de un modo más abstracto.¹²⁸

En aras de regular la necesidad de ayuda de tercera persona, se instauró en Alemania en el año 1995 un propio código de Seguridad Social, el libro XI sobre el seguro social de dependencia. Todo aquel que se encuentra afiliado al seguro de enfermedad esta asegurado en el seguro de dependencia.¹²⁹ El artículo 3 del undécimo libro del Código alemán de Seguridad Social

¹²⁵ *Vid.* apdo. II, 1.2.1 y 1.2.4;

¹²⁶ § 43 SGB VI, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/__43.html;

¹²⁷ https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/__56.html;

¹²⁸ Scholz, "§ 56 SGB VII", apdo. 17, en AAVV, "juris PK - SGB VII", Schlegel/Voelzke (eds.); Preis/Seiwerth, "Die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung", en AAVV, "Sozialversicherungsrecht und SGB II", Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 768, apdo. 44;

¹²⁹ Hauck, "§ 1 SGB XI", apdo. 20, en AAVV, "juris PK - SGB XI", Schlegel/Voelzke (eds.);

establece el principio de la prevalencia de la ayuda de tercera persona en el ámbito domiciliario de la persona dependiente, ante el ingreso en una residencia especializada.¹³⁰ Con la intención de cumplir este propósito se puede encontrar una serie de normas destinadas a favorecer la ayuda de tercera persona en el ámbito domiciliario. El legislador incluso prevé la asunción de las cotizaciones del seguro de vejez e invalidez para personas no profesionales que prestan cuidados a una persona dependiente¹³¹ y obliga a las cajas de dependencia a la formación de estas personas en el cuidado del dependiente.¹³² Cuando la necesidad de ayuda de tercera persona deriva de un accidente laboral debe ser aplicado el artículo 44 SGB VII.¹³³

El subsidio de invalidez, los costes de rehabilitación, la ayuda de tercera persona, y la cotización para personas no profesionales que prestan dicha ayuda, forman parte del ámbito material de aplicación del Reglamento.¹³⁴ Pero también los costes de formación para personas no profesionales deben ser considerados prestaciones accesorias de enfermedad, y con ello incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento, dado que las mismas están destinados a garantizar la calidad del servicio. En este sentido la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004, presentada por la comisión el 13.12.2016, recoge una nueva redacción del artículo 1 en la letra *v ter*, incluyendo en el ámbito material de aplicación del Reglamento expresamente las *“prestaciones por cuidados de larga duración”*, y ampliándolas a *“las prestaciones concedidas a la persona que presta tal asistencia”*.¹³⁵

2.4 Prestaciones por causa de muerte y supervivencia

Desde el año 2004 las cajas de enfermedad

en Alemania ya no abonan el coste del entierro. Únicamente el seguro de accidentes compensa el coste de la defunción, así como el coste de la repatriación en caso de un accidente laboral.¹³⁶

El sexto libro del Código alemán de Seguridad Social contiene un capítulo propio para las pensiones a causa de muerte. En primer lugar debemos mencionar la pensión de viudedad establecida en el artículo 46 SGB VI.¹³⁷ Tanto el cónyuge como la pareja de hecho inscrita tienen derecho a una pensión de viudedad si estaban casados en el momento del fallecimiento y la persona fallecida había cotizado al menos cinco años o percibía una pensión de jubilación cuando falleció.¹³⁸ En función de la edad del cónyuge o de la pareja de hecho inscrita, que no debe haberse casado nuevamente, y teniendo en cuenta la edad de niños a cargo de la persona sobreviviente, la pensión de viudedad cumple más bien una función de apoyo económico temporal (pensión pequeña), o compensa los ingresos de la persona fallecida (pensión grande).¹³⁹ El derecho a una pensión de viudedad pequeña alcanza como máximo dos años de prestación, contados a partir del mes siguiente al fallecimiento del asegurado.¹⁴⁰ En ambos casos y durante los primeros tres meses después del fallecimiento del asegurado, la pensión alcanza en aplicación del artículo 67 SGB VI el total de la pensión real o ficticia del fallecido. En el caso de la pensión pequeña y durante los restantes veintiún meses, la pensión de viudedad importa el 25% de la pensión que hubiese recibido el fallecido, y la pensión grande asciende a partir del cuarto mes después del fallecimiento al 55% de esta pensión, incluso de modo vitalicio, si se cumplen los requisitos para ello.¹⁴¹

El artículo 47 SGB VI establece una pensión de crianza para el ex cónyuge o ex pareja de hecho inscrita, que se encontraba divorciada del fallecido y recibía una pensión alimenticia para

¹³⁰ https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_11/_3.html;

¹³¹ § 44 SGB XI, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_11/_44.html;

¹³² § 45 SGB XI, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_11/_45.html;

¹³³ § 44 SGB VII, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/_44.html; Fischer, “§ 44 SGB VII”, apdo. 13, en AAVV, “juris PK - SGB VII”, Schlegel/Voelzke (eds.);

¹³⁴ *Vid.* apdo. II,1.2.2 y 1.2.3;

¹³⁵ Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, COM/2016/815 final - 2016/0397 (COD);

¹³⁶ § 63 SGB VII, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/_63.html;

¹³⁷ § 46 SGB VI, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_46.html;

¹³⁸ Temming, “Rentenleistungen”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 975, apdos. 222 ss.;

¹³⁹ Bohlken, “§ 46 SGB VI”, apdo. 24, en AAVV, “juris PK - SGB VI”, Schlegel/Voelzke (eds.);

¹⁴⁰ § 46 SGB VI (1), 2; https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_46.html;

¹⁴¹ § 67, n.º 5 y 6 SGB VI, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_67.html;

la crianza de un hijo a su cargo.¹⁴² La pensión se extingue cuando el hijo más pequeño alcanza la mayoría de edad.¹⁴³ El legislador quiso proteger la crianza de los hijos, evitando que el progenitor superviviente se vea obligado a ejercer una actividad profesional.¹⁴⁴ Para la concesión y el cálculo del importe de una pensión de crianza no es relevante la afiliación del fallecido a la Seguridad Social, sino la afiliación de la persona beneficiada durante al menos cinco años, así como sus propias aportaciones.¹⁴⁵

El artículo 48 SGB VI regula la pensión de orfandad para los hijos del fallecido, los hijos aportados por su cónyuge, o incluso para sus hermanos o nietos si el causante los hubiera acogido en su hogar y mantenido, bajo la condición que el fallecido había cotizado al menos cinco años o ya percibía una pensión en el momento del fallecimiento.¹⁴⁶ Para huérfanos de un solo progenitor, la pensión asciende al 10% de la pensión que hubiera recibido el fallecido, y para huérfanos de ambos progenitores al 20% de esta pensión.¹⁴⁷ El huérfano tiene derecho a la pensión hasta los 18 años, o hasta los 27 años si se encuentra aún en formación escolar o profesional.

En caso de que la causa del fallecimiento sea un accidente laboral han de ser aplicados los correspondientes preceptos en la Ley de Seguro de Accidentes para la determinación de las pensiones de viudedad¹⁴⁸ y orfandad¹⁴⁹. Ambas pensiones pueden ser mayor que la pensión del Seguro de Pensiones, debido a que el cálculo para la compensación del sustento por accidente laboral se orienta al sueldo

anual de la persona fallecida en el año anterior al fallecimiento, y no a las cotizaciones del fallecido durante su vida laboral.¹⁵⁰

La coordinación de los derechos de pensión adquiridos en el Seguro de Pensiones y en el Seguro de Accidentes regula el artículo 93 SGB VI.¹⁵¹ En caso de un accidente laboral debe abonar en primer lugar el seguro de accidentes la correspondiente pensión. El Seguro de Pensiones únicamente queda obligado al pago hasta alcanzar el límite máximo establecido por ley.¹⁵²

Tanto el subsidio de defunción, como las prestaciones de viudedad y orfandad, e incluso la prestación de crianza forman parte del ámbito material de aplicación del Reglamento.¹⁵³

3.- CONGRUENCIA DE LAS PRESTACIONES CON LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN BASE A LA LEY 35/2015

El carácter compensatorio de las prestaciones de la Seguridad Social tiene que ser congruente con el carácter indemnizatorio de los derechos que ostenta la víctima o sus causahabientes en base a la Ley 35/2015 frente al responsable del accidente, para que la subrogación pueda surgir efecto, tanto por exigencia del artículo 116 SGB X como en aplicación del artículo 85,1 del Reglamento (CE) 883/2004.

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 *“sistematiza y dota de sustantividad propia las indemnizaciones por daño patrimonial”*, distinguiendo entre el daño emergente y el lucro cesante en las tablas correspondientes a los supuestos de muerte, secuelas y lesiones temporales (1.C, 2.C y 3.C).¹⁵⁴ Debemos analizar la finalidad de estas indemnizaciones patrimoniales y la de las prestaciones de la Seguridad Social para

142 § 47 SGB VI; https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_47.html;

143 § 102, (3), 1 SGB VI; https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_102.html; Kador, “§ 102 SGB VI”, apdo. 73, en AAVV, “juris PK - SGB VI”, Schlegel/Voelzke (eds.);

144 Temming, “Rentenleistungen”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 979, apdo. 253;

145 47, (1) SGB VI; https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_47.html; Bohlken, “§ 46 SGB VI”, apdos. 31 y 47 en AAVV, “juris PK - SGB VI”, Schlegel/Voelzke (eds.);

146 § 48 SGB VI, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_48.html;

147 § 67, nº 7 y 8 SGB VI, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_67.html;

148 § 65 SGB VII, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/_65.html;

149 § 67 SGB VII, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/_67.html;

150 § 82 SGB VII, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_7/_82.html; Schudmann, “§ 82 SGB VII”, apdo. 22, en AAVV, “juris PK - SGB VII”, Schlegel/Voelzke (eds.);

151 § 93 SGB VI, https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/_93.html;

152 Preis/Seiwerth, “Strukturprinzipien der gesetzlichen Unfallversicherung”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), p. 610, apdo. 21; Jentsch, “§ 93 SGB VI”, apdo. 9, en AAVV, “juris PK - SGB VI”, Schlegel/Voelzke (eds.);

153 *Vid.* apdo. II,1.2.3 y 1.2.4;

154 *vid.* PREÁMBULO I y II de La Ley 35/2015;

poder constatar un derecho de recobro de la Seguridad Social por subrogación, cuando ambas compensaciones del perjuicio sean homogéneas.

Dado que el Reglamento (CE) 883/2004 y el Código alemán de Seguridad Social estructuran las prestaciones en función de la gravedad de la lesión de menor a mayor, se mantiene en lo sucesivo este orden, a pesar de que la Ley 35/2015 ordena los conceptos resarcitorios en orden opuesto.

3.1- INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE

La Ley 35/2015 compensa el daño emergente en varios preceptos. En el artículo 55 indica lo que se entiende a sus efectos bajo el concepto de asistencia sanitaria, *“servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como las prestaciones complementarias que se requieran para el diagnóstico o tratamiento de las lesiones y el transporte necesario para poder prestar la asistencia”*. Además, incluye *“la prestación de servicios de rehabilitación”* mientras no sea *“objeto de una partida resarcitoria específica”*. De manera específica fueron regulados la rehabilitación domiciliaria y ambulatoria futura. También se indemnizan otros daños emergentes relacionados con la pérdida de autonomía personal, tales como, las ayudas técnicas u otros gastos diversos, las prótesis y ortesis, así como la ayuda de tercera persona. Finalmente, se indemnizan *“gastos razonables”* y unos *“gastos específicos”* relacionados con el fallecimiento de una víctima, tales como, *“el desplazamiento, la manutención, el alojamiento y otros análogos”* y *“de traslado del fallecido, entierro y funeral conforme a los usos y costumbres del lugar donde se preste el servicio”*, así como *“los gastos de repatriación del fallecido al país de origen”*.

3.1.1 Asistencia sanitaria en lesiones temporales

En el contexto de lesiones temporales, y hasta la curación o estabilización con secuelas, prevé la Ley 35/2015 en el artículo 141 la indemnización de los *“gastos de asistencia sanitaria”*, de *“prótesis, órtesis, ayudas técnicas y productos de apoyo para la autonomía personal”*, siempre que sean justificados, necesarios, médicamente razonables y prescritos por el facultativo. Además, se resarcen los gastos *“relativos a los desplazamientos que el lesionado realice con ocasión de la asistencia sanitaria de sus lesiones temporales”*. El artículo 142 amplía

el derecho del lesionado a la indemnización de gastos diversos, *“que la lesión produce en el desarrollo de la vida ordinaria del lesionado”*, que incluye *“los incrementos de los costes de movilidad del lesionado”* o de sus familiares, y *“los necesarios para que queden atendidos él o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupa”*.

Las diversas prestaciones de la Seguridad Social alemana en el ámbito de la asistencia sanitaria por lesiones temporales, que hemos mencionado con anterioridad, compensan perjuicios del mismo carácter por los que el lesionado ostenta un derecho frente al responsable del accidente en base a los artículos 141 y 142. Sin embargo, el derecho de recobro se ve afectado por la limitación temporal de la asistencia sanitaria hasta *“el final del proceso curativo o la estabilización de la lesión”* en la Ley 35/2015. La asistencia sanitaria o la rehabilitación prestadas después de la sanidad o la estabilización de la lesión con secuela, no están cubiertas por la Ley 35/2015.¹⁵⁵ Con frecuencia la fecha de sanidad o la de la consolidación con secuelas, establecida en aplicación de la Ley 35/2015, no coincide con el periodo de tratamiento que consideran necesario las entidades de la Seguridad Social en el extranjero, y muchas veces la rehabilitación prescrita y prestada por la Seguridad Social extranjera después de la consolidación fijada por peritos médicos o forenses en España, muestra aún una mejora significativa en la evolución de las lesiones de la víctima. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia suele buscar un *“equilibrio entre el tratamiento seguido y la declaración de sanidad o de consolidación de las secuelas”*¹⁵⁶, la Seguridad Social debe aportar los correspondientes informes médicos que permitan una valoración objetiva de los tratamientos seguidos y sus efectos sobre el proceso curativo del lesionado para poder demostrar, en su caso, la verdadera fecha de sanidad o de la estabilización de la lesión.

3.1.2 Asistencia sanitaria futura en los supuestos de secuelas

Respecto a la indemnización de la asistencia sanitaria en los supuestos de secuelas nos encontramos en primer lugar con la

¹⁵⁵ SAP Madrid 277/2020 de 7 de octubre, ECLI:ES:APM:2020:11489; Antonio Mir Ruiz, en AA.VV., *“Manual para la aplicación del Sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015”*, Capítulo XI, p. 233;

¹⁵⁶ SAP Murcia 400/2017 de 27 de julio, ECLI:ES:APMU:2017:1741;

problemática de que los gastos médicos futuros se resarcan en aplicación del artículo 114 de la Ley 35/2015 únicamente a los servicios públicos de salud. El precepto plantea dudas sobre la naturaleza jurídica del crédito por gastos médicos futuros. ¿Significa lo dispuesto en esta norma que la propia víctima no ostenta ningún derecho a gastos médicos futuros o debemos entender que el legislador únicamente anuló su legitimación activa para hacer valer este derecho? En caso de que la propia víctima no hubiera sido en ningún momento titular de un crédito por gastos médicos futuros, tampoco, podría existir ningún derecho por subrogación de la Seguridad Social extranjera respecto a los gastos médicos futuros, por falta de existencia del crédito originario correspondiente. En consecuencia, la Seguridad Social de otro estado miembro de la Unión Europea que ostenta un derecho de recobro por subrogación en los derechos del perjudicado no podría recobrar gastos médicos futuros, mientras las entidades que gozan de un derecho directo, como la Seguridad Social española en base al artículo 83 de la Ley General de Sanidad¹⁵⁷ o en base al artículo 168.3 de la Ley General de

Seguridad Social¹⁵⁸, tuviesen la ventaja de poder recobrar tales gastos.

El artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004 protege el derecho de recobro, establecido en las legislaciones nacionales de las instituciones deudoras del sistema de la Seguridad Social en Europa, independientemente si el derecho nace de una subrogación o si se trata de un derecho directo frente al responsable del daño. Como hemos visto con anterioridad, la norma pretende compensar las obligaciones decretadas a las instituciones europeas por el Reglamento con el reconocimiento de sus derechos de recobro, para garantizar la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en aras de garantizar la libre circulación de las personas. El artículo 114 de la Ley 35/2015 tiene que estar conforme a lo establecido en las fuentes del derecho europeo, y en especial debe respetar lo establecido en el artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004. En cuanto el legislador reconozca en la Ley 35/2015 un derecho a la indemnización de los gastos médicos futuros, todas las entidades de la Seguridad Social en Europa deben tener derecho a esta compensación en caso de que ostenten un derecho de recobro

157 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, BOE nº 102, de 29/04/1986, <https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con>;

158 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE nº 261, de 31/10/2015, <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>;



frente al tercer responsable en su legislación nacional. El Tribunal de Justicia Europea nos recuerda en muchas sentencias el principio de interpretación conforme que exige, “*que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por éste*”.¹⁵⁹ Conforme al artículo 85 del Reglamento (CE) 884/2004 caben sólo dos interpretaciones del artículo 114 de la Ley 35/2015 para poder garantizar el recobro de todas las entidades de la Seguridad Social y no sólo de aquellas, que ostentan un derecho directo frente al tercer responsable. Considerando que la Ley 35/2015 proclama en su artículo 33 la indemnización íntegra como fundamento principal del sistema de valoración, se podría defender que el legislador concedió un derecho de indemnización por los gastos médicos futuros al lesionado, anulándole únicamente su legitimación para hacer valer ese derecho y concediendo a los servicios públicos la condición de beneficiarios del crédito. En este caso, el crédito podría ser transmitido a la Seguridad Social por subrogación *ex lege*, mientras las entidades de Seguridad Social que ostentan un derecho directo, igualmente podrían hacer valer sus créditos dentro de los términos fijados en la Ley 35/2015. Empero, si se quisiera negar el nacimiento de un crédito a favor del lesionado por los gastos médicos futuros y para dar al precepto una interpretación conforme al artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004, debemos entender que el artículo 114 de la Ley 35/2015 establece un derecho directo a favor de los servicios públicos de salud.

El siguiente problema surge por el concepto de “*servicio público de salud*”. Las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social española no son consideradas “*servicio público de salud*” en el ámbito de aplicación del artículo 114 de la Ley 35/2015¹⁶⁰, a pesar de que las mismas efectúan prestaciones de Seguridad Social y se encuentran, por esta misma razón, incluidas en el ámbito material de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, en base al artículo 1 (letras l y p)

y al artículo 3.2.¹⁶¹ Pero también en este contexto debemos interpretar el concepto “*servicio público de salud*” conforme al Reglamento (CE) 883/2004, que incluye todas las entidades que cumplan la función del seguro obligatorio de accidentes en su ámbito de aplicación, por lo que, su derecho de recobro debe ser respetado de la misma manera, aunque no haya una mención expresa a las Mutuas de Accidentes de Trabajo en el texto legal.

En tercer lugar, nos encontramos con distintas limitaciones importantes para la indemnización de los gastos médicos futuros. Por una parte, su resarcimiento se encuentra vinculado a la necesidad de una determinada gravedad de las secuelas en aplicación del artículo 113, excluyendo de la indemnización gastos médicos futuros respecto a secuelas por debajo de treinta puntos y, por otra parte, existen importes máximos anuales de indemnización en aplicación del artículo 114.1 de la Ley 35/2015. En principio los límites de indemnización para los gastos médicos futuros afectan a la Seguridad Social extranjera en su recobro por subrogación, dado que el subrogado no puede disponer de más derechos de los que el subrogante tenía.

Las limitaciones establecidas para el resarcimiento de los gastos médicos futuros fueron criticados por muchos con el argumento que no se respeta con ellas el principio de la reparación integral.¹⁶² Sin ninguna duda podemos constatar, que el legislador no obliga a la indemnización de daños patrimoniales derivados de una atención sanitaria del perjudicado con secuelas, cuando los mismos sobrepasan en su coste los límites establecidos en la ley, o cuando la secuela no alcanza una determinada gravedad, aunque la asistencia fuese necesaria. El derecho a la vida y la integridad física es un derecho fundamental, consagrado en la Constitución Española en

¹⁶¹ *Vid. et.* Listado de instituciones de la Seguridad Social en Europa en web oficial de la Unión Europea a partir de la identificación oficial nº 34001,

<https://ec.europa.eu/social/social-security-directory/pai/pai/search-institution/language/es;>

¹⁶² Fiscalía General del Estado, Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinadora de Seguridad Vial, apdo. 2.3.1 “Principios fundamentales del sistema de objetivación en la valoración: el principio de reparación íntegra. La interpretación analógica”; Miquel Martín-Casals, “Lineas generales de la propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas”, Ponencias XIV Congreso Nacional de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Sabadell noviembre de 2014, pp.163-167; Mariano Medina Crespo, “El nuevo Baremo de Tráfico”, p. 47;

¹⁵⁹ STJUE asunto C-343/13 (Modelo Continente Hipermercados), EU:C-2015:146, apdo. 27; STJUE asunto C-494/14 (Axa Belgium), EU:C:2015:692, apdo. 21; STJUE asunto C-187/15 (Pöpperl), EU:C:2016:550, apdo. 43;

¹⁶⁰ Informe Razonado previsto por la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2015, apdo. 3.98, p.75;

su artículo 15¹⁶³. Visto desde esta perspectiva las limitaciones para la indemnización de gastos asistenciales futuros derivados de una necesaria atención sanitaria, los preceptos 113 y 114 de la Ley 35/2015 resultan llamativos. Surge enseguida la pregunta, si el legislador debe proteger los derechos fundamentales, también cuando procede a crear las leyes para el resarcimiento de su lesión. Y en caso de que el legislador tenga tal obligación, se puede tener dudas si las limitaciones descritas para la compensación de los gastos médicos futuros cumplen con la función protector del derecho fundamental. La primera de las dos cuestiones planteadas ya llegó en el contexto de la norma antecesora del actual Baremo al Tribunal Constitucional español, con la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.¹⁶⁴ El Tribunal Constitucional afirmó con la sentencia 181/2010, de 29 de junio, que el legislador tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales, también, mediante la creación de normas al servicio de la compensación del daño causado por una lesión de un derecho fundamental.¹⁶⁵ Pero además, en esta misma sentencia aclaró que en principio unas limitaciones del quantum indemnizatorio en un sistema de valoración de daños por responsabilidad objetiva o por riesgo no se pueden considera inconstitucionales.¹⁶⁶ La sentencia indica que *“el artículo 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, (...), establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad – según la expresión literal del artículo 15 CE- de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas”*. En base a esta última premisa se podría llegar a la conclusión de que un grave desajuste entre la realidad de los costes médicos y los límites establecidos en la Ley 35/2015 podría ser inconstitucional, al menos, cuando los costes

por la asistencia sanitaria necesaria posterior a la fecha de la consolidación ya se han generado en secuelas con la gravedad exigida por la Ley.

Pero, en cualquier caso, la víctima recibe las prestaciones en caso de su afiliación a la Seguridad Social española por parte de los servicios públicos, por lo que, su daño emergente respecto a los gastos médicos futuros se ve compensado. Únicamente la institución deudora se queda sin poder reclamar estas prestaciones, cuando entran a funcionar los límites establecidos en la ley. En concordancia con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictado en el asunto C-428/92 (DAK), la decisión del legislador español en la Ley 35/2015 debe ser considerado una solución para el reparto de los gastos a nivel nacional, por lo que, en caso de que los gastos de la asistencia sanitaria futura en el extranjero estuvieran por encima de los límites establecidos, o se generasen por secuelas de menor gravedad, se podría argumentar, que las limitaciones no deben tener efecto para el recobro de la Seguridad Social extranjera, protegido por el Reglamento (CE) 883/2004.

3.1.3 Gastos de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria en los supuestos de secuelas

A partir de una determinada gravedad de las secuelas, fijadas en aplicación de los artículos 116, 1 y 113, 3 letras a), b), y c), la Ley 35/2015 indemniza los gastos de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria futura directamente al lesionado. También para estos gastos fueron fijados topes anuales de indemnización máxima. La Seguridad Social extranjera puede reclamar el coste de estas prestaciones por subrogación. Respecto a los importes máximos establecidos para su indemnización hago referencia a las consideraciones en el apartado anterior, llegando a la conclusión que estas limitaciones no son para dejar indemne al perjudicado en caso de que el coste real sea superior al límite establecido, o la secuela no alcance la gravedad necesaria para la indemnización de tales gastos, sino que constituyen únicamente un reparto entre dos obligados a la compensación del daño, que no debe tener efecto frente al recobro de la Seguridad Social extranjera, protegido por el Reglamento (CE) 883/2004.

3.1.4 Otros daños emergentes relacionados con la pérdida de autonomía

Los gastos por prótesis y ortesis futuras fueron contemplados en el artículo 115 de la

163 Constitución Española, BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978, [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con);

164 Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, BOE nº 268, de 9 de noviembre de 1995, páginas 32480 a 32567, <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/30>;

165 STC 181/2010, de 29 de junio, ECLI:ES:TC:2000:181, Fundamentos aptdos. 7 y 8;

166 STC 181/2010, de 29 de junio, ECLI:ES:TC:2000:181, Fundamentos aptdo. 9;

Ley 35/2015, las ayudas técnicas y productos de apoyo en el artículo 117, y el coste para la adecuación de vivienda en el artículo 118. El artículo 119 prevé la indemnización del perjuicio patrimonial por el incremento de los costes de movilidad. El derecho de reclamación por todos estos conceptos ostenta la propia víctima, por lo que, la Seguridad Social puede reclamar los costes de las prestaciones correspondientes por subrogación. Respecto a los importes máximos establecidos para su indemnización hago nuevamente referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictado en el asunto C-428/92 (DAK), considerando que el ajuste interno del reparto de los costes entre la Seguridad Social española y el obligado a la compensación del daño por responsabilidad civil, mediante topes de indemnización en el Baremo, debe quedar sin efecto para el derecho de recobro de la Seguridad Social extranjera, protegido por el Reglamento (CE) 883/2004.

3.1.5 Ayuda de tercera persona en los supuestos de secuelas

El lesionado con secuelas permanentes que le provocan una especial afectación en la pérdida de autonomía personal, ostenta un derecho a la indemnización del coste por la ayuda de tercera persona que precisa. El resarcimiento fue regulado en cinco artículos, desde el artículo 120 al artículo 125. En aplicación del artículo 120.3 no es necesario que la víctima tenga contratada a una persona para la prestación de este servicio. El legislador quiso proteger incluso el valor económico de la solidaridad de los familiares con la víctima.¹⁶⁷ La ley determinó en los artículos 121.1 y 123.1, y mediante la tabla 2.C.2, para 67 secuelas las horas por día necesarias de ayuda de tercera persona, a veces ya con un número de horas fijas y otras con una horquilla de horas a fijar. No obstante, el legislador deja abierta la posibilidad de poder reclamar la ayuda de tercera persona en el caso de otras secuelas según el artículo 121.2, *“si se acredita mediante prueba pericial médica una pérdida de autonomía personal análoga a la producida por las secuelas previstas”*. Para el cálculo de las horas necesarias a lo largo de la vida del lesionado se tuvo en cuenta su edad mediante factores correctores en el artículo 124, partiendo de la premisa que a partir de los 50 años se produce un incremento notable. El

artículo 122 regula la situación que *“la víctima se encuentra ingresada con carácter permanente en un centro sanitario o socio-sanitario y la entidad aseguradora asume los gastos asistenciales correspondientes”*, excluyendo en este caso la indemnización al propio lesionado.

La Seguridad Social alemana puede subrogarse en el derecho a la indemnización por la ayuda de tercera persona, incluso cuando efectúa prestaciones a familiares de la víctima. En caso de que la víctima se encuentre ingresada de manera permanente, y a efectos del recobro de la Seguridad Social protegido por el Reglamento, debemos entender en base a los mismos argumentos ya expuestos anteriormente en el apartado sobre el derecho de reclamación por gastos médicos futuros, bien que el lesionado ostenta un derecho sin legitimación para hacerlo valer, lo que permitiera la subrogación, o la ley establece en el artículo 122 un derecho directo a favor de los servicios públicos.

Sin embargo, nuevamente nos encontramos con diversos límites para el resarcimiento. En primer lugar, establece la ley directamente para 67 tipos de secuelas las horas que dan derecho a una indemnización. La excepción prevista en el artículo 121.2 sólo admite la indemnización de la ayuda de tercera persona para aquellos casos no previstos en la tabla 2.C.2, pero no salva la situación en la que las horas concedidas para los 67 tipos de secuelas no pudiesen alcanzar la cantidad de horas que la Seguridad Social ve necesaria para la atención adecuada del lesionado. Además, el artículo 123.2 regula el supuesto en que la víctima se ve afectado por más de una secuela que requieran la ayuda de tercera persona, indicando un método de cálculo para poder determinar las horas finalmente resarcibles en el supuesto de secuelas concurrentes con necesidad reconocida de ayuda de tercera persona. Una pérdida de autonomía que no alcanza la necesaria gravedad en analogía a las secuelas previstas en la tabla 2.C.2 no da derecho a indemnización por ayuda de tercera persona, aunque la misma fuese necesaria. Por lo tanto, puede darse la situación, de que las horas concedidas por la Seguridad Social extranjera no coinciden con las fijadas en la tabla 2.C.2, aunque la secuela fue contemplada en la tabla. Cuando varias secuelas requieran la ayuda de tercera persona puede ocurrir que el cálculo para las horas resarcibles no refleja la realidad de la necesaria ayuda. También puede surgir el caso de que las secuelas permanentes requieran la ayuda de tercera persona, pero

¹⁶⁷ Javier López y García de la Serrana (dir.), en AAVV, *“Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”*, p. 439;

no afectan a la autonomía personal de manera suficientemente especial para que la Ley 35/2015 la contemple como resarcible en base al artículo 121.2.

En la medida que faltase la compensación del mismo perjuicio por parte de la Seguridad Social española no puede operar el argumento del ajuste interno entre dos obligados al pago, que nos ofrece la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-428/92 (DAK), y que ya hemos utilizado en varias ocasiones para anular el efecto de los límites establecidos en la Ley 35/2015 para el recobro de la Seguridad Social. La Seguridad Social extranjera debería comprobar mediante informe pericial, si y en que medida, la víctima hubiese recibido una prestación por ayuda de tercera persona en base a la legislación social española para poder acreditar, en función del resultado, que las limitaciones del artículo 123 únicamente tienen un efecto interno de reparto de compensación entre dos obligados a su prestación. Sólo en una situación en la que, tampoco, la Seguridad Social española no hubiese cubierto la ayuda de tercera persona por la misma cantidad de horas como la extranjera, o no hubiese efectuado esta prestación por falta de gravedad de la lesión, el recobro de la Seguridad Social extranjera se ve limitado por los números de horas y la gravedad establecida para su resarcimiento en la Ley 35/2015.

A parte de las limitaciones ya comentadas, vemos que la ley fija directamente la cuantía de la indemnización que corresponde por ayuda de tercera persona en el artículo 125 y, en concreto, mediante la tabla 2.C.3. A primera vista del artículo 125 parece que la tabla ya determina el importe máximo que puede ser reclamado en función de la cantidad de horas que fue previamente asignada al lesionado como resarcible, salvo que opera la excepción del artículo 125.6, o se establezcan reglamentariamente otros criterios complementarios para definir el multiplicador en base al artículo 125.5. Sin embargo, el artículo 93.2 prevé que *“las indemnizaciones por secuelas se cuantifican conforme a las disposiciones y reglas que se establecen en este Capítulo y que se reflejan en los distintos apartados de la tabla 2 que figura como Anexo”*. Puesto que el artículo 34 de la Ley 35/2015 no solamente dispone los daños objetos de valoración sino nos ofrece, también, la posibilidad de poder entender que el texto articulado prevalece sobre las tablas

contenidas en el Anexo¹⁶⁸, considero necesario ahondar en los criterios que menciona el artículo 125 y en el cálculo concreto de los valores tabulares, a fin de poder razonar si fuera de la vía reglamentaria únicamente cabe alegar la excepción prevista en el artículo 125.6 para evitar una indemnización limitada en base a la tabla 2.C.3. Además, debemos tener en cuenta las bases técnicas actuariales que fueron integradas en la ley según los artículos 48 y 49, y que establecen en base a los criterios fijados en la ley los parámetros concretos utilizados para el cálculo de los importes de la indemnización, que la tabla 2.C.3 únicamente resume.¹⁶⁹

El segundo apartado del artículo 125 nos indica como se obtiene la cuantía de la indemnización fijada en las tablas, *“se obtiene de multiplicar el multiplicando del coste de los servicios por el coeficiente del multiplicador”*. El tercer apartado del artículo 125 nos define la composición del multiplicando del coste de los servicios, *“se obtiene de calcular, en cómputo anual, el coste económico de las horas necesarias de ayuda de tercera persona. El precio hora de estos servicios se establece en el equivalente a 1,3 veces la hora del salario mínimo interprofesional anual”*. Los actuarios fijaron en el anexo 3 de las bases técnicas actuariales¹⁷⁰ en primer lugar el número de horas de la asistencia, aplicando el factor de corrección en función de la edad del lesionado previsto en el artículo 124.2. Sorprende que se calculó sólo sobre una *“asistencia no calificada”* que precisa el lesionado, cuando la propia ley no proporciona una definición de la ayuda de tercera persona sino únicamente excluye las prestaciones sanitarias del concepto de ayuda

¹⁶⁸ Miquel Martín-Casals, “Sobre la propuesta del nuevo Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación” en Revista Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro nº 50, apdo. 2.1; Mariano Medina Crespo, “El nuevo baremo de tráfico”, p. 281; Fiscalía General del Estado, Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinadora de Seguridad Vial, apdo. 2.1 “Estructura de la nueva ley. Las Tablas. Su valor normativo. Distorsiones en las Tablas actuariales”;

¹⁶⁹ Fiscalía General del Estado, Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinadora de Seguridad Vial, apdo. 2.2 “Las Bases Técnicas Actuariales. Su valor normativo”; Mariano Medina Crespo, “El nuevo baremo de tráfico”, pp. 517 y 519;

¹⁷⁰ Instituto de Actuarios Españoles, “Bases Técnicas Actuariales del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, Anexo 3, Metodología del cálculo de indemnizaciones por necesidad de ayuda de tercera persona a causa de accidente de circulación”, II ; http://www.asociacionabogadosrcs.org/noticias/Bases_Tecnicas_Actuariales__Baremo__IAE____20140605.pdf;

de tercera persona. Desde luego haría falta una definición del concepto “*asistencia no calificada*” para poder entender este parámetro de cálculo. A falta de una definición se podría pensar que los actuarios hayan tenido en cuenta sólo una ayuda de cualquier persona sin formación y experiencia ninguna en la atención de dependientes. Como hemos visto con anterioridad, la Seguridad Social alemana incluso prevé una formación mínima para los familiares que asumen el cuidado del dependiente para poder garantizarle un cuidado respetuoso con su estado de salud y bienestar. No obstante, esta calificación del servicio únicamente afecta a la jornada máxima anual y no tiene una influencia significativa en el cálculo del coste del servicio en comparación con la jornada laboral de otras categorías profesionales de asistencia de ayuda a domicilio, o jornadas laborales en otros países de la Unión Europea, que incluso pueden ser superiores a las 1755 horas consideradas en las tablas. En segundo lugar, indican los actuarios el coste por hora. Para la definición del coste de hora parten las bases técnicas actuariales de unas determinadas hipótesis de categoría profesional, jornada máxima anual, sueldo mínimo interprofesional multiplicado por 1,3, y un coste adicional por un tipo fijo de cotización, todas ellas cumplimentadas por valores del mercado español. En aplicación de estos parámetros fue fijado un coste por hora de 6,56 €.

Es obvio que los actuarios calcularon el coste de hora de la ayuda de tercera persona para un lesionado con residencia en España. Sin embargo, el salario mínimo por hora alcanza actualmente 9,60 € en Alemania y el legislador alemán prescribió su elevación a 10,45 € hasta el 1 de julio de 2022.¹⁷¹ En el sector de los profesionales de ayuda para dependientes puede llegar el sueldo mínimo incluso hasta 15,- € por hora, en función del grado de formación del profesional¹⁷². En estricta aplicación de la tabla 2.C.3, un lesionado con residencia habitual en Alemania recibe en concepto de indemnización por ayuda de tercera persona un valor económico notablemente inferior al que hubiera recibido, si su residencia hubiera

estado en España. La aplicación del artículo 125.3 en el sentido de las bases técnicas actuariales, sin tener en cuenta la residencia real del lesionado y partiendo de una residencia en España, demuestra en nuestro ejemplo una clara desventaja de lesionados graves con necesidad de ayuda de tercera persona y residencia en Alemania en cuestión a otras personas en situación comparable y con residencia en España. Nos debemos preguntar si esta distinción de facto, debido a los distintos efectos económicos de la compensación del daño en función de la residencia del lesionado, encuentra alguna justificación objetiva y razonable. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya aclaró que una norma nacional aparentemente neutral y que no tiene ninguna intención discriminatoria puede llegar a constituir una discriminación indirecta y violar el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁷³, por introducir una desventaja para una persona o un grupo de personas que comparten las mismas características.¹⁷⁴ También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo la ocasión de pronunciarse sobre normas de discriminación indirecta.¹⁷⁵ En caso de que tuviésemos aplicar el cálculo del coste de hora tal como lo disponen las bases técnicas actuariales, y que no pudiésemos encontrar una justificación objetiva y razonable para el efecto causado por la utilización obligatoria de valores del mercado español, las bases técnicas actuariales y la correspondiente tabla 2.C.3 podrían producir una “*discriminación en el goce de todo derecho específicamente concedido al individuo por el derecho nacional*”, según el artículo 1 del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.¹⁷⁶ La discriminación podría violar el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

173 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570;

174 STEDH 24 de mayo de 2016, demanda nº 38590/10 Biao contra Dinamarca, apdo. 103, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22biao%22%7D>;

175 STJUE asunto C-385/11 (Isabel Elbal Moreno contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social), ECLI:E:C:2012:746;

176 Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, BOE nº 64, de 14 de marzo de 2008, páginas 15299 a 15304;

171 Dritte Verordnung zur Anpassung des Mindestlohns, vom 9. November 2020, (Tercer Reglamento para el ajuste del salario mínimo, de fecha 9.11.2020), <https://www.gesetze-im-internet.de/milov3/BJNR235600020.html>;

172 § 2 Vierte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (Cuarto Reglamento para las condiciones obligatorias de trabajo en el ámbito de la dependencia), https://www.gesetze-im-internet.de/pflegearbvv_4/BJNR611910020.html;

Una estricta aplicación de las bases técnicas actuariales en caso de residencia del lesionado en otro país podría producir, además, un grave desajuste en la realidad del daño sufrido por la necesidad de la ayuda de tercera persona y la compensación concedida por la Ley 35/2015, y con ello, vulnerar el artículo 15 CE.

En cualquier caso, no debemos olvidar que el texto articulado del artículo 125.3 estipula únicamente que *“el precio de hora de estos servicios se establece en el equivalente a 1,3 veces la hora del salario mínimo interprofesional anual”* sin indicar algún valor de un mercado específico para su cálculo. Por lo tanto, podríamos argumentar también con una antinomia por colisión entre el texto articulado y los importes reflejadas en las tablas, que fueron calculados en base a hipótesis financiero-actuariales que reflejan únicamente valores del mercado español. Ante un planteamiento de violación de derechos humanos o de una inconstitucionalidad de la indemnización fijada en la Ley 35/2015 para la indemnización de la ayuda de tercera persona, parece razonable, la solución que propone el Fiscal General del Estado de la Sala Coordinadora de Seguridad Vial en el Dictamen 3/2016 para el caso de discrepancia entre las hipótesis financiero-actuariales utilizadas para la determinación de las cuantías y las disposiciones del texto articulado.¹⁷⁷ En el dictamen mencionado indica el Fiscal General del Estado que las disposiciones del texto articulado prevalecerán sobre las hipótesis financiero-actuariales de conformidad con el principio de jerarquía normativa consagrada en el artículo 6 LOPJ¹⁷⁸ y propone que, *“en defecto, las Bases deben acomodarse al conjunto de las reglas y criterios del sistema”*. El Fiscal añade, *“(…) asimismo pueda alegarse y probarse en el proceso que hay distorsiones y desajustes entre ellas, que plasman las hipótesis mencionadas, y las cuantías que deben haberse calculado con sujeción a lo que disponen.”* Por ello, y en caso de residencia del lesionado en un país extranjero debemos aplicar para la indemnización de la ayuda de tercera persona los parámetros indicados en las bases técnicas actuariales, pero cumplimentándolos con los valores que rigen en su país de residencia, para poder obtener el coste por hora de

ayuda de tercera persona equivalente al valor económico que se le concede a un lesionado con residencia en España en base a la Ley 35/2015. A efectos del recobro de la Seguridad Social por subrogación debemos tener en cuenta, también, el coste de los servicios que asume la Seguridad Social española por hora de servicio de ayuda de tercera persona. En caso de que este coste fuese superior al que se pueda establecer en base a la Ley 35/2015 debe ser considerado su importe, teniendo en cuenta el argumento del ajuste interno entre dos obligados al pago, cuyos efectos no deben perjudicar a la Seguridad Social en su recobro en base al Reglamento (CE) 883/2004.

Los criterios para el cálculo concreto del multiplicador, con el que el multiplicando de los costes del servicio debe ser multiplicado, encontramos en el artículo 125.4. No parece que los valores en las bases técnicas actuariales usados para cumplimentar los criterios establecidos en el artículo 125.4, el horizonte de la duración vitalicia, el riesgo de fallecimiento, así como las tasas de interés de descuento, pudiesen verse afectados por la residencia del lesionado, al menos cuando la misma se encuentre dentro de la Unión Europea. Respecto al descuento de las percepciones públicas por ayuda de tercera persona para el cálculo de la indemnización hay que destacar que la ley misma no decreta en el texto articulado ningún descuento de las percepciones públicas. El artículo 125.4 únicamente indica los factores que combinan el multiplicador, entre los que se encuentra en primer lugar *“las percepciones públicas para ayuda de tercera persona a las que tenga derecho el lesionado”*. No existe en la Sección 2.ª de la Ley 35/2015, dedicada a la indemnización por secuelas, ningún precepto equivalente al artículo 88.1 o al artículo 143.3 que indica claramente el efecto reductor de las pensiones públicas. Realmente son las bases técnicas actuariales que hacen de este factor un elemento de reducción para la indemnización de la compensación de la ayuda de tercera persona. Teniendo en cuenta que la Seguridad Social española no ostenta un derecho de recobro por estas prestaciones, es consecuencia lógica que los actuarios aplicaron este factor como un factor de reducción para evitar el enriquecimiento injusto en el patrimonio de la víctima. No obstante, nos encontramos nuevamente con una antinomia entre el texto articulado y las tablas, que surte un efecto perjudicial cuando el lesionado se encuentra afiliado a la Seguridad Social de otro país, en el que las instituciones de Seguridad Social ostentan un derecho de recobro. Para salvar

177 Fiscalía General del Estado, Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinadora de Seguridad Vial, apdo. 2.2 “Las Bases Técnicas Actuariales. Su valor normativo”; *vid. et. Mariano Medina Crespo*, “El nuevo baremo de tráfico”, p. 281;

178 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº 157, de 02.07.1985;

esta discrepancia se podría argumentar, que en vez de deducir la prestación pública española del derecho de indemnización del lesionado ha de calcularse la prestación que la víctima realmente percibe, en nuestro caso la alemana, y añadirla a su derecho de indemnización. Hay que tener en cuenta de que en este caso nunca se produce el enriquecimiento injusto del propio lesionado por la subrogación *ex lege* de la Seguridad Social alemana en sus derechos a partir del momento del accidente. En cualquier caso, y a efectos del recobro de la Seguridad Social por subrogación, protegido por el Reglamento (CE) 883/2004, debemos aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en especial la sentencia en el asunto C-428/92 (DAK), y dejar el ajuste interno del reparto de los costes sin efecto para el recobro de la Seguridad Social extranjera.

3.1.6 gastos de entierro

El artículo 79 de la Ley 35/2015 prevé la indemnización de gastos relacionados con el traslado del fallecido, la repatriación, el entierro y el funeral. El seguro alemán de accidentes que compensa el coste de la defunción, así como el coste de la repatriación en caso de un accidente laboral, puede efectuar un recobro, aunque en su caso no por subrogación sino por ostentar un derecho directo.

3.2.-INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE

La reforma del Baremo introdujo realmente la indemnización del lucro cesante para las víctimas de accidentes de tráfico. Aunque la norma antecesora, la Ley 30/1995 ya contemplaba una cierta compensación del lucro cesante mediante la aplicación de factores correctores en función de los ingresos netos de la víctima, no llegó a indemnizar el propio lucro cesante sino únicamente aumentaba la indemnización de "*otras partidas resarcitorias de diferente significado y alcance indemnizatorio*" de una manera relativamente proporcional a los ingresos netos de la víctima, lo que no permitía un cálculo concreto de un lucro cesante efectivamente indemnizado.¹⁷⁹ Al

establecer la Ley 35/2015 una compensación específica del lucro cesante de manera separada de otros conceptos resarcitorios existe por primera vez para las entidades de la Seguridad Social extranjera la posibilidad de poder efectuar el recobro por las prestaciones que compensan las pérdidas de ingreso durante la baja laboral, por invalidez permanente o a causa del fallecimiento de la víctima.¹⁸⁰

3.2.1 Lucro cesante por lesiones temporales

El lesionado tiene derecho a la compensación del lucro cesante que sufre a causa de sus lesiones temporales en aplicación del artículo 143 de la Ley 35/2015. La ley determina que "*el lucro cesante consiste en la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal del lesionado (...)*". La prestación de la Seguridad Social por pérdida de ingresos a causa de una enfermedad por incapacidad laboral compensa la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal. También el subsidio de transición que debe abonar el seguro de pensiones durante la rehabilitación médica compensa el mismo daño cubierto por la indemnización del lucro cesante por lesiones temporales. Incluso el abono del salario durante las primeras seis semanas de la baja laboral por enfermedad en aplicación de la Ley alemana del Pago Continuo del Salario, reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como una prestación de enfermedad protegido por el Reglamento (CE) 883/2004 por su compensación social de la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal, es congruente con el carácter indemnizatorio de la indemnización por lucro cesante a causa de lesiones temporales. La deducción de las prestaciones de carácter público que percibe el lesionado por el mismo concepto previsto en el artículo 143.3 es un claro ajuste a nivel interno entre el obligado a la reparación del daño y la Seguridad Social española, dado que la misma no ostenta un derecho de recobro por esta prestación y el legislador quiso evitar el enriquecimiento injusto mediante la compensación del lesionado por dos vías.¹⁸¹ Puesto que el Tribunal de Justicia de la Unión

¹⁷⁹ Javier López y García de la Serrana, "El Lucro cesante en los accidentes de circulación y su incidencia en el seguro", p. 202; *vid. et.* María del Carmen García Garnica en "Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", p. 27; Miquel Martín-Casals, "Lineas generales de la propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas", Ponencias XIV Congreso Nacional de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Sabadell

noviembre de 2014, pp.159-160; José Antonio Badillo Arias, en AAVV, "Daño, Responsabilidad y Seguro", p. 328;

¹⁸⁰ Mariano Medina Crespo, "El nuevo baremo de tráfico", p. 317;

¹⁸¹ Antonio Mir Ruiz, en AAVV, "Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", p. 542;

Europea aclaró que los preceptos de ajuste entre dos obligados a la compensación del daño previstos en el derecho material aplicable no son oponibles al recobro protegido por el Reglamento (CE) 883/2004, tanto la Seguridad Social alemana como el empleador obligado a la prestación por enfermedad durante las primeras seis semanas de la baja laboral pueden recobrar los desembolsos por este concepto por subrogación en los derechos del lesionado. Las instituciones deben respetar lo dispuesto en el artículo 143.2 y acreditar la pérdida de ingresos netos variables *“mediante la referencia a los percibidos en períodos análogos del año anterior al accidente o a la media de los obtenidos en los tres años inmediatamente anteriores al mismo, si ésta fuera superior”*. Cuando la baja laboral a causa del accidente dure más que el proceso curativo de la lesión temporal fijado por los peritos médicos o forenses en aplicación de la Ley 35/2015, la Seguridad Social debe aportar los documentos correspondientes que acrediten otra fecha de consolidación. En caso de que la fecha de consolidación de secuelas no se rectifique, pero la duración de la prestación por lesiones temporales sea debido a las consecuencias del accidente, se genera un conflicto para el recobro de las distintas instituciones de la Seguridad Social alemana, en concreto entre la caja de enfermedad obligada a la prestación por incapacidad temporal y el seguro de pensiones obligado a la prestación por invalidez permanente. Quizás se pudiese plantear en esta situación una solución del conflicto mediante el argumento de la reparación íntegra del daño patrimonial real producido, compensando la prestación de incapacidad temporal hasta el momento del inicio de la prestación por invalidez a la caja de enfermedad, y estableciendo como fecha inicial de cómputo para el cálculo de la indemnización por el lucro cesante por lesiones permanentes la fecha del inicio de esta prestación, que efectúa el seguro de pensiones.

3.2.2 Lucro cesante por lesiones permanentes

En los supuestos de secuelas permanentes y en aplicación del artículo 126 de la Ley 35/2015 consiste el lucro cesante *“en la pérdida de capacidad de ganancia por trabajo personal y, en particular, en el perjuicio que sufre el lesionado por la pérdida o disminución neta de ingresos provenientes de su trabajo”*. Los artículos 127, 128, 129 y 132 establecen los criterios para el cálculo del lucro cesante en caso de incapacidad absoluta, total o parcial. Incluso los lesionados pendientes de acceder

al mercado laboral menores de treinta años ostentan un derecho a la indemnización del lucro cesante en aplicación del artículo 130. También las personas dedicadas exclusivamente a las tareas del hogar de la unidad familiar reciben una compensación por su pérdida de capacidad de ganancia en base al artículo 131. El artículo 133 fija la duración del perjuicio hasta la edad de jubilación, con excepción del caso en el que el pensionista aún tuviera ingresos por trabajo personal.

Para el recobro de la Seguridad Social alemana debemos tener en cuenta que el artículo 85, 1 a) del Reglamento (CE) no pretende crear nuevos derechos en el derecho material aplicable al recobro, pero tampoco debe verse afectado el derecho de recobro por un ajuste interno entre dos obligados al pago. Únicamente analizando los criterios establecidos en la ley para la determinación de la indemnización por lucro cesante en los supuestos de secuelas permanentes y revisando las hipótesis establecidas en las bases técnicas actuariales, que fueron el fundamento para los valores correspondiente en las tablas 2.C.4, 2.C.5, 2.C.6, 2.C.7 y 2.C.8, podemos razonar la amplitud del crédito que debemos conceder a la Seguridad Social en su recobro.

En primer lugar, vemos que las tablas técnicas actuariales definen de manera muy clara un ajuste entre dos obligados a la compensación del mismo daño cuando indican en el anexo II 1, *“en el cálculo de los valores actuales actuariales, las pérdidas suman y las prestaciones restan, con el objeto de que no exista un enriquecimiento injusto del lesionado”*. Pero si nos fijamos en el texto articulado no encontramos ninguna mención del legislador que indica tal obligación de reducción en la Sección 2.ª de la Ley 35/2015. En los artículos concretos dedicados al lucro cesante en caso de lesiones permanentes encontramos únicamente en el artículo 132.1 a) la indicación, que se deba tener en cuenta para la fijación del multiplicador *“las pensiones públicas de incapacidad permanente absoluta, total o parcial a las que tenga derecho el lesionado”*. Nuevamente vemos que los actuarios fueron los que realmente asignaron una función reductora a este factor para poder evitar el enriquecimiento injusto en el patrimonio del lesionado, debido a la inexistencia de un derecho de recobro por parte de la Seguridad Social española. Empero, la discordancia entre el texto articulado y las tablas supone un desajuste en la compensación del daño íntegro provocado, en cuanto la entidad de la Seguridad

Social ostenta un derecho de recobro por subrogación *ex lege*. Para salvar en este caso el efecto perjudicial de la antinomia entre el texto articulado y las tablas, se podría argumentar que se deba tener en cuenta la prestación que la víctima realmente percibe, en nuestro caso la alemana, y en vez de deducirla del importe de la indemnización que le corresponde al lesionado añadirla a su crédito originario. De esta manera pudiésemos facultar el recobro de la Seguridad Social europea por subrogación sin tener que recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el contexto del artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004, que declaró los preceptos nacionales de limitación del derecho de indemnización sin efecto para el recobro de la Seguridad Social, si únicamente regulan un ajuste interno entre dos obligados a la compensación del mismo daño. No obstante, en el supuesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mencionada sea el único argumento válido en derecho para tener que admitir el derecho de recobro de la Seguridad Social extranjera a la indemnización del lucro cesante por la pérdida de capacidad de ganancia, debemos analizar también las prestaciones que asumiría la Seguridad Social española si la víctima hubiese estado afiliado a este sistema. El derecho de recobro por subrogación de la Seguridad Social extranjera en principio alcanza sólo los derechos de la propia víctima y los descuentos calculados en las tablas por prestaciones de la Seguridad Social. Sin embargo, si la Seguridad Social española cubriese un porcentaje mayor del lucro cesante sufrido a causa del siniestro que la indemnización prevista en la Ley 35/2015, incluida las prestaciones públicas calculadas en las bases técnicas actuariales, el recobro protegido por el Reglamento (CE) 883/2004 pudiese alcanzar esta amplitud del crédito para cubrir el crédito que ostenta la Seguridad Social extranjera.

3.2.3 lucro cesante por causa de muerte

El artículo 80 de la Ley 35/2015 determina el concepto de lucro cesante en los supuestos de muerte, que consiste en las *“pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima y que por ello tienen la condición de perjudicados”*. Se presume en el artículo 82.1 que el cónyuge y los hijos menores de edad son perjudicados, así como los hijos de hasta treinta años, salvo prueba en contrario. El artículo 36 considera que la pareja de hecho con estabilidad acreditada sufre el mismo perjuicio resarcible que el cónyuge viudo. Según el artículos 82.2 y 62 también son considerados

perjudicados con derecho a indemnización, si acreditan su dependencia económica de la víctima, los ascendientes, los hermanos, los allegados y aquella persona que, de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una de estas categorías concretas. Los cónyuges separados o ex cónyuges, que tengan derecho a percibir pensión compensatoria que se extinga por el fallecimiento de la víctima, tienen derecho a la compensación del lucro cesante aunque sólo durante tres años en aplicación de los artículos 82.2 y 92.2. Los ingresos netos de la víctima son la base del cálculo en aplicación del artículo 81.1. La formula para determinar estos ingresos fija el artículo 83. El artículo 87 establece la variable relativa a la cuota del perjudicado, deduciendo una *quota sibi* de la víctima de al menos un 10%, por lo que, sólo el 90% de los ingresos netos puede ser repartido entre los distintos perjudicados. La distribución favorece en primer lugar al cónyuge o al único perjudicado con un 60% de cuota. Los hijos perciben un 30% de la cuota y los demás perjudicados un 20%. Cuando la cuota total por concurrencia de varios perjudicados supera el 90% se reduce la cuota de cada perjudicado de modo proporcional a su porcentaje originario de cuota, sin superar el 90% de los ingresos netos. La ley fija también la duración del perjuicio en los artículos 89, 90, 91 y 92. Finalmente, establece la Ley 35/2015 en el artículo 88.1 que *“las pensiones públicas a las que tengan derecho los perjudicados por el fallecimiento de la víctima, tales como las de viudedad u orfandad, producen el efecto de reducir el perjuicio”*.

Todas las personas con derecho a una pensión de viudedad o de orfandad según el Código alemán de Seguridad Social ostentan también un derecho a la indemnización del lucro cesante por causa de muerte en base a la Ley 35/2015. A efectos del recobro de la Seguridad Social por subrogación protegido por el Reglamento (CE) 883/2004 debemos aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y dejar sin efecto el ajuste interno del reparto de los costes entre la Seguridad Social y el obligado a la compensación del daño por responsabilidad civil. Pero hay que tener en cuenta que sólo este ajuste establecido en artículo 88.1 de la Ley 35/2015 no es aplicable. No debemos crear nuevos derechos, por lo que no podemos establecer ni una formula diferente para el cálculo de los ingresos netos, ni para las cuotas diferentes para los perjudicados o para la duración del perjuicio considerado en la Ley 35/2015. Sólo en caso de que se pudiese

demostrar que los criterios establecidos en la Ley 35/2015 para el cálculo de los ingresos netos, de la cuota o de la duración del lucro cesante, traspasan parte de la compensación del mismo daño a la Seguridad Social española, se trataría de otro ajuste interno que deba quedar sin efecto para la amplitud del crédito de la Seguridad Social extranjera.

IV.- CONCLUSIONES

El recobro de la Seguridad Social europea protegido por el Reglamento (CE) 883/2004 sigue siendo una materia poco conocida en España. Muchas veces se confunde la protección del derecho de recobro establecido en el artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004 con un precepto que dota a las instituciones directamente de un derecho de recobro, cuando únicamente es una norma de reenvío del Derecho Internacional Privado Comunitario al derecho extranjero para determinar, si la institución deudora ostenta un derecho de recobro en su legislación nacional y para garantizar su reconocimiento en la forma que fue concedido. Pocas veces se ve un reconocimiento del derecho de recobro por subrogación con todas sus consecuencias. Seguramente porque la Seguridad Social española ostenta un derecho directo de recobro, el recobro por subrogación *ex lege* añade una dificultad a la temática. La figura jurídica de la subrogación aún precisa de la aclaración en el contexto del recobro de la Seguridad Social, de que se trata de una subrogación en los derechos que ostenta el beneficiario de la prestación frente al tercer responsable y no de una nueva fuente de derechos. Muchas veces se olvida que no cabe alegar una renuncia de la víctima o de sus causahabientes frente al recobro de la Seguridad Social *ex lege* a partir del momento del accidente, dado que cualquier derecho de renuncia ya fue traspasado junto con el crédito en el momento del accidente a la Seguridad Social. Se puede observar una cierta falta de rigor en la necesaria distinción entre el estatuto aplicable a la cesión del crédito y el derecho de fondo aplicable al derecho subrogado. Fruto de esta confusión es también la pretendida aplicación del artículo 82 de la Ley de Contrato de Seguro¹⁸² al recobro de la Seguridad Social extranjera para impedir la subrogación en los derechos del asegurado, o la errónea aplicación de los preceptos que le otorgan a la Seguridad

Social española un derecho de recobro. En las contadas sentencias dictadas en este contexto en los últimos veinte años en España se ven reflejados algunos o varios de los problemas descritos.¹⁸³

El recobro de la Seguridad Social por subrogación en base a los derechos de la víctima en aplicación de la Ley 35/2015, protegido por el Reglamento 883/2004, nos enfrenta por las limitaciones en varios conceptos resarcitorios en la Ley 35/2015 con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-428/92 (DAK), aplicada también por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el asunto E-11/16 (Mobil Betriebskrankenkasse). En la mayoría de los países de nuestro entorno no se concibe el resarcimiento del daño causado como un perjuicio a contrapesar por toda la sociedad mediante la compensación de los perjuicios por las prestaciones de la Seguridad Social, sino que se pretende que en principio el responsable del daño asuma la reparación del daño causado, aunque el daño sea consecuencia de una responsabilidad objetiva o por riesgo. Este concepto de *“la responsabilidad civil como instrumento puramente reparador”*¹⁸⁴ recibe su reconocimiento y su protección en el artículo 85 del Reglamento (CE) 883/2004, por lo que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró nulo el efecto de los límites establecidos en el derecho material aplicable al recobro siempre y cuando estas limitaciones únicamente regulen a nivel nacional un ajuste entre el responsable del daño, o el subrogado en su obligación, y la

183 STS 292/2008 de 30 de abril, ECLI:ES:TS:2008:1498; STS 1162/2008 de 4 de diciembre, ECLI:ES:TS:2008:6724; SAP Valencia 89/2020 de 28 de febrero, ECLI:ES:APV:2020:1840; SAP Madrid 378/2019 de 10 de julio, ECLI:ES:APM:2019:7016; SAP Illes Balears 488/2018 de 11 de diciembre, ECLI:ES:APIB:2018:2411; SAP Illes Balears 404/2017 de 13 de diciembre, ECLI:ES:APIB:2017:2214; SAP Barcelona 517/2013 de 21 de noviembre, ECLI:ES:APB:2013:16065; SAP Girona 509/2010 de 12 de enero, ECLI:ES:SAPGI:2011:22; SAP Palencia 24/2011 de 01 de febrero de 2011, ECLI:ES:APP:2011:38; SAP Las Palmas de Gran Canaria 61/2010 de 10 de febrero, ECLI:ES:APGC:2010:2013; SAP Pamplona 136/2006 de 31 de julio, ECLI:ES:APNA:2006:662; SAP Palencia 325/2004 de 25 de octubre, ECLI:ES:APP:2004:555; SAP Barcelona 527/2004 de 27 de septiembre, ECLI:ES:APB:2004:11255; SAP Almería 156/2001 de 04 de mayo; ECLI:ES:APAL:2001:556; SAP Santa Cruz de Tenerife 640/2000 de 13 de septiembre, ECLI:ES:APTF:2000:2172; SAP Castellón de la Plana 239/2000 de 25 de abril, ECLI:ES:APCS:2000:616; SAP Barcelona de 08.09.1999 nº Recurso 1103/1998, ECLI:ES:APB:1999:8919;

184 Juan-Antonio Xiol Ríos, “Reflexiones sobre la indemnización del daño personal a partir del nuevo baremo”, en AAVV, “Daño, Responsabilidad y Seguro”, apdo. 3.4, p. 515;

182 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguros, BOE nº 250, de 17.10.1980;

Seguridad Social.

V.- BASE JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea

Para evitar las confusiones, el trabajo hace referencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) como Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), incluso en las resoluciones dictadas antes de diciembre de 2009.

STJUE asunto C-6/64 (Costa/ENEL), EU:C:1964:66

STJUE asunto C-31/64 (Bertholet), EU:C:1965:18

STJUE asunto C-33/64 (van Dijk), EU:C:1965:19

STJUE asunto C-61/94 (Comunidades Europeas) ECLI:EU:C:1996:313

STJUE asunto C-44/65 (Singer et Fils), EU:C:1956:122

STJUE asunto C-61/65 (Vaassen-Goebbels), EU:C:1966:39

STJUE asunto C-27/69 (Entr'aide médicale), EU:C:1969:56

STJUE asunto C-15/72 (Land Niedersachsen), EU:C:1972:99

STJUE asunto C16-72 (AOK Hamburg), EU:C:1972:100

STJUE asunto C-78/72 (Ster), EU:C:1973:51

STJUE asunto C-72/76 (Le Phénix), EU:C:1977:27

STJUE asunto C-69/79 (Jordens-Vosters), EU:C:1980:7

STJUE asunto C-313/82, EU:C:1984:107 (Tiel-Utrecht Schadeverzekering N.V.)

STJUE asunto C-249/83 (Hoeckx), EU:C:1985:139

STJUE asunto C-45/90 (Paletta), EU:C:1992:236

STJUE asunto C-66/92 (Acciardi), EU:C:1993:341

STJUE asunto C-90/92 (Dr. Tretter GmbH) ECLI:EU:C:1993:264

STJUE asunto C-428/92 (DAK), EU:C:1994:222

STJUE asunto C-160/96 (Molenaar), EU:C:1998:84

STJUE asunto C-397/96 (Kordel), EU:C:1999:432

STJUE asunto C-215/99 (Jauch), EU:C:2001:139

STJUE asunto acumulado C-502/01 y C-31/02 (Gaumain-Cerri/Barth), EU:C:2004:413

STJUE asunto C-466/04 (Acereda Herrera), EU:C:2006:405

STJUE asunto C-212/06 (Gouvernement de la Communauté française), EU:C:2008:178

STJUE asunto C-503/09 (Stewart), EU:C:2011:500

STJUE asunto C-385/11 (Isabel Elbal Moreno contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social), ECLI:E:C:2012:746

STJUE asunto C-32/13 (Würker), EU:C:2014:107

STJUE asunto C-343/13 (Modelo Continente Hipermercados), EU:C-2015:146,

STJUE asunto C-494/14 (Axa Belgium), EU:C:2015:692

STJUE asunto C-187/15 (Pöpperl), EU:C:2016:550

Sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio

STJ de la AELC asunto E-11/16 (Mobil Betriebskrankenkasse), DOUE C1/8 de 4.01.2018, accesible en <https://eftacourt.int/cases/e-11-16>

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH 24 de mayo de 2016, demanda nº 38590/10 Biao contra Dinamarca, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Biao%22%7D>

Sentencia del Tribunal Constitucional - España

STC 181/2010, de 29 de junio,
ECLI:ES:TC:2000:181

Sentencias del Tribunal Supremo - España

STS 292/2008 de 30 de abril,
ECLI:ES:TS:2008:1498

STS 1162/2008 de 4 de diciembre,
ECLI:ES:TS:2008:6724

Sentencias Audiencias Provinciales - España

SAP Valencia 89/2020 de 28 de febrero,
ECLI:ES:APV:2020:1840;

SAP Madrid 378/2019 de 10 de julio,
ECLI:ES:APM:2019:7016

SAP Illes Balears 488/2018 de 11 de diciembre,
ECLI:ES:APIB:2018:2411

SAP Illes Balears 404/2017 de 13 de diciembre,
ECLI:ES:APIB:2017:2214

SAP Barcelona 517/2013 de 21 de noviembre,
ECLI:ES:APB:2013:16065

SAP Girona 509/2010 de 12 de enero,
ECLI:ES:SAPGI:2011:22

SAP Palencia 24/2011 de 01 de febrero de 2011,
ECLI:ES:APP:2011:38

SAP Las Palmas de Gran Canaria 61/2010 de 10 de febrero,
ECLI:ES:APGC:2010:2013

SAP Pamplona 136/2006 de 31 de julio,
ECLI:ES:APNA:2006:662

SAP Palencia 325/2004 de 25 de octubre,
ECLI:ES:APP:2004:555

SAP Barcelona 527/2004 de 27 de septiembre,
ECLI:ES:APB:2004:11255

SAP Almería 156/2001 de 04 de mayo;
ECLI:ES:APAL:2001:556

SAP Santa Cruz de Tenerife 640/2000 de 13 de septiembre,
ECLI:ES:APTF:2000:2172 SAP Castellón de la Plana 239/2000 de 25 de abril,
ECLI:ES:APCS:2000:616

SAP Barcelona de 08.09.1999 nº Recurso 1103/1998,
ECLI:ES:APB:1999:8919

SAP Madrid 277/2020 de 7 de octubre,
ECLI:ES:APM:2020:11489

SAP Murcia 400/2017 de 27 de julio,
ECLI:ES:APMU:2017:1741

Sentencias del Tribunal Supremo - Austria

OGH 8Ob43/87 del 01.03.1988, ECLI:AT:OGH0002:1988:0080OB0043.87.0301.000

OGH Ob231/17k del 22.01.2019, ECLI:AT:OGH0002:2019:20OB00231.17K.0129.000

OGH 2Ob230/18i del 30.01.2020,

ECLI:AT:OGH0002:2020:0020OB00230.18I.0130.000

Sentencias del Tribunal Supremo Federal - Alemania

BGH 08.04.1997, BGHZ 135

BGH 05.02.2013, VI ZR 274/12

VI.- BIBLIOGRAFÍA

Arnau Moya, F. - "Lecciones de Derecho Civil II Obligaciones y Contratos", Universitat Jaume I

Badillo Arias, J.A. - "El elemento extranjero en los accidentes de circulación: Supuestos de conflicto entre el Consorcio de Compensación de Seguros y Ofesauto", Ponencias XIII Congreso Nacional de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Valencia noviembre de 2013

Badillo Arias, J.A. - "Problemas prácticos que se plantean por la aplicación del nuevo sistema desde el punto de vista de las compañías aseguradoras", en AAVV, "Daño, Responsabilidad y Seguro", Herrador Guardia, M. J. (dir.), Lefebvre 2016

Bieback, Karl-Jürgen, Prof. Dr. - en AAVV, Fuchs "Europäisches Sozialrecht", Fuchs (ed.), 7. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden

Bohlken, S. - "§ 47 SGB V", en AAVV, "Juris PraxisKommentar SGB V", Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 4. Auflage 2020, Juris GmbH - Saarbrücken

- "§ 46 SGB VI", en AAVV, "Juris PraxisKommentar SGB VI", Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 3. Auflage 2021

Brall, Natalie Dr. - "Art. 3 VO (EG) 883/2004" en AAVV, "Juris PraxisKommentar SGB I", Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 3. Auflage 2018, Juris GmbH - Saarbrücken

Daum, V. - "Der Sozialversicherungsregress nach § 116 SGB X im Internationalen Privatrecht", Peter Lang, Frankfurt am Main 1995

Díez-Picazo y Ponce de León, L. - "El contenido de la relación obligatoria",

Anuario del Derecho Civil (1964), Fascículo 2

- “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen II, 6ª Edición, 2018, Aranzadi-Civitas- Thomson Reuters, Navarra

Eichenhofer, E. - “Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht”, 1. Auflage 1987, Nomos, Baden-Baden

Espinilla Menéndez, A. - “Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizas”, Instituto de Ciencias del Seguro, 2012 (Fundación Mapfre)

Fernández Rozas, J.C. y Sixto Sánchez, L.- “Curso de Derecho Internacional Privado”, 2ª Edición, Civitas, Madrid 1993

Fischer, C. Dr. - “§ 44 SGB VII”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar VII”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 2. Auflage 2014, Juris GmbH - Saarbrücken

Fischer, C. Dr. y Westermann, B. - “§ 45 SGB VII”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar VII”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 2. Auflage 2014, Juris GmbH - Saarbrücken

Freudenberg, U. Dr. - “§ 43 SGB VI”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar SGB VI”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 3. Auflage 2021;

Fuchs, M. Prof. Dr. (Dir.) - en AAVV “Europäisches Sozialrecht”, 7. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden

Fuchs, M. Prof. Dr. y - “Die Organisation der Sozialversicherung”, en

Brose, W. Dr. A A V V , “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), 3. Auflage 2021, de Gryter, Berlin/Bosten

García de Cortázar y Nebreda, C. - “El Campo de Aplicación del Reglamento 883/2004”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n.º 64/2006

Greiner, S. Dr. - “Das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), 3. Auflage 2021, de Gryter, Berlin/Bosten

Hauck, E. Prof. Dr. - “§ 1 SGB XI”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar XI”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 2. Auflage 2017, Juris GmbH - Saarbrücken

Hillmann T. - “ § 110 SGB VII”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar VII”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 2. Auflage 2014, Juris GmbH - Saarbrücken

Janda, C. Prof. Dr.- en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), 7. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden

Jentsch, F. - “§ 93 SGB VI”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar SGB VI”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 3. Auflage 2021

Kador, T. Dr. - “§ 102 SGB VI”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar SGB VI”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 3. Auflage 2021

Kahil-Wolff, B. Prof. Dr. - en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), 7. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden

Kropholler, J. - “Internationales Privatrecht”, 2. Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen 1994

Lafuente Sánchez, R. - “Ley aplicable a los accidentes de tráfico transfronterizos: Hacia una armonización mínima de las legislaciones nacionales en materia de plazos de prescripción”, AEDIPr, t. XVIII, 2018

López y García de la Serrana, F.J. - “El Lucro cesante en los accidentes de circulación y su incidencia en el seguro”, Granada 2008

López y García de la Serrana, F.J. (dir.) -en AAVV, “Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, Atelier, Barcelona 2021

Martín-Casals, M. - “Lineas generales de la propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas”, Ponencias XIV Congreso Nacional de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Sabadell noviembre de 2014

- “Sobre la propuesta del nuevo Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación” en Revista Asociación Española de Abogados

especializados en Responsabilidad Civil y Seguro nº 50

Medina Crespo, M. - “El nuevo Baremo de Tráfico”, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat 2017

Mir Ruiz, A. - en AAVV, “Manual para la aplicación del Sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015”, López y García de la Serrana (dir.), Sepin, Madrid 2015

Mir Ruiz, A.- en AAVV, “Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, López y García de la Serrana (dir.), Atelier, Barcelona 2021

Neumayer, M. Prof. Dr. y - “§332 ASVG”, en AAVV, “Praxiskommentar

Huber, C. Prof. Dr. A B G B ”, Schwimann/Kodek (eds.), Band 7, 4. Auflage, LexisNexis, Wien 2016

Otting, A. Dr. - “Art. 85 VO (EG) 883/2004”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar SGB I”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 3. Auflage 2018, Juris GmbH - Saarbrücken

Padé, C. Dr. - “§ 37 SGB V”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar SGB V”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 4. Auflage 2020, Juris GmbH - Saarbrücken

Pérez de Las Heras, B.- “El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales”, 2.ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao 2008

Peters-Lange, S. Prof. Dr.- “§ 116 SGB X”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar SGB X”, Schlegel, R. / Voelzke T. (eds.), 2. Auflage 2017, Juris GmbH Saarbrücken

Preis, U. Dr. Dr. h.c. y - “Die Stellung der Sozialversicherung im

Brose, W. Dr. Sozialrecht”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), 3. Auflage 2021, de Gryter, Berlin/Bosten

“-Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), 3. Auflage 2021, de Gryter, Berlin/Bosten

Preis, U. Dr. Dr. h.c. y - “Haftungsbeschränkung und Regress (ges.

Seiwerth, S. Dr. Unfallversicherung)”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), 3. Auflage 2021, de

Gryter, Berlin/Bosten

-“Die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), 3. Auflage 2021, de Gryter, Berlin/Bosten

Ramón Trillo García, A. - “Los subsidios de la Seguridad Social en el Derecho de la Unión Europea”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social nº 134 / 2018

Reisinger, N. - “Internationale Verkehrsunfälle”, LexisNexis, Wien, 2011

Reyels, T. - “§ 65 SGB IX”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar SGB IX”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 3. Auflage 2018, Juris GmbH - Saarbrücken

Scholz, B. Dr. - “§ 56 SGB VII”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar VII”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 2. Auflage 2014, Juris GmbH - Saarbrücken

Schudmann, J. -“§ 82 SGB VII”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar VII”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 2. Auflage 2014, Juris GmbH - Saarbrücken

Schuler, R. Dr. - en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), 7. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden

Sonnhoff, A. - “§ 48 SGB V”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar SGB V”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 4. Auflage 2020, Juris GmbH - Saarbrücken

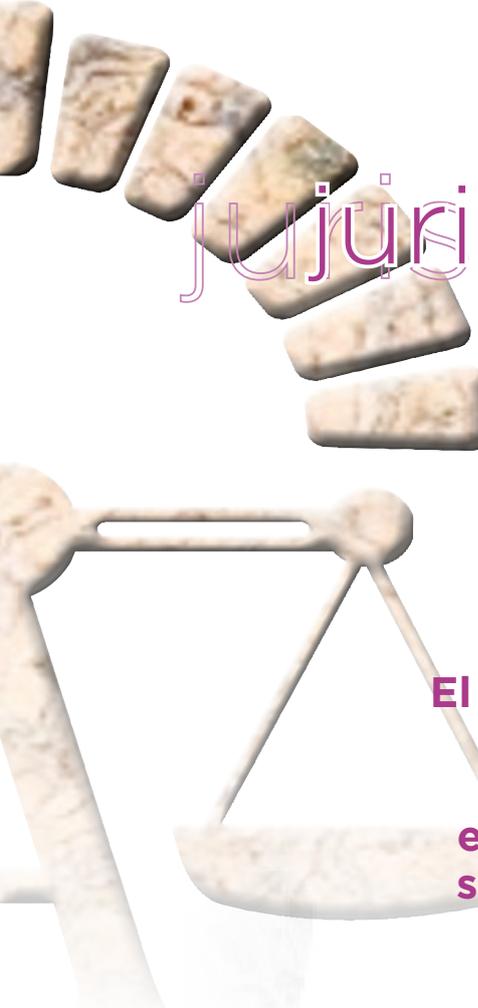
Spiegel, B. Prof. Dr. - en AAVV, “Europäisches Sozialrecht”, Fuchs (ed.), 7. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden

Stähler, T. Dr. - “§ 27 SGB VII”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar VII”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 2. Auflage 2014, Juris GmbH - Saarbrücken

Temming, F. Dr. -“Rentenleistungen”, en AAVV, “Sozialversicherungsrecht und SGB II”, Fuchs/Preis/Brose (dirs.), 3. Auflage 2021, de Gryter, Berlin/Bosten

Westermann, B. -“§ 47 SGB VII”, en AAVV, “Juris PraxisKommentar VII”, Schlegel, R. / Voelzke, T. (eds.), 2. Auflage 2014, Juris GmbH - Saarbrücken

Xiol Ríos, J.A. -“Reflexiones sobre la indemnización del daño personal a partir del nuevo baremo”, en AAVV, “Daño, Responsabilidad y Seguro”, Herrador Guardia, M. J. (dir.), Lefebvre 2016



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

El procedimiento penal interrumpe el ejercicio de la acción civil, independientemente de quién fuese el denunciante o quién estuviese personado, debiendo notificarse su sobreseimiento a los perjudicados estén o no personados en las actuaciones

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 22 de junio de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

El presente recurso trae causa de demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad derivada de accidente de circulación acaecido con fecha de 4 de enero de 2013, por importe de 54.780 euros con los intereses del art. 20 LCS.

La demanda, al amparo del art. 1902 CC y 76 LCS, se interpone por los tres ocupantes del vehículo siniestrado por los daños materiales y personales producidos, tras el choque del vehículo con una piara de jabalíes que irrumpió sorpresivamente en la vía, contra el conductor del vehículo y su aseguradora.

Con fecha de 8 de enero de 2013 se interpuso denuncia por el padre del conductor en nombre de su hijo, de la que derivaron las correspondientes diligencias previas que fueron archivadas con fecha de 4 de febrero de 2013, sin practicar diligencia alguna de investigación.

La sentencia de primera instancia fue desestimatoria de la demanda, al no resultar acreditada la existencia de culpa o negligencia del conductor del vehículo.

2.- Sentencia de apelación.

Formulado recurso de apelación por la parte actora, la sala de apelación desestimó el recurso confirmando las determinaciones de primera instancia, si bien con base a razones diversas a las determinadas en primera instancia.

La sala de apelación estima la excepción perentoria de prescripción planteada por la entidad aseguradora en la contestación a la demanda, por las siguientes razones: primero, que el accidente ocurrió el 4 de enero de 2013, y los lesionados obtuvieron el alta de sus lesiones el 8 de julio, 5 de agosto y el 11 de marzo de 2013, respectivamente, siendo la primera comunicación dirigida a la aseguradora con fecha de 11 de febrero de 2015, por lo que computado el plazo de prescripción desde el alta de cada uno de los perjudicados, cuando ya tenían conocimiento del alcance de sus lesiones, la acción estaba prescrita al tiempo de interposición de la demanda; y segundo, que el plazo de prescripción no puede computarse desde la notificación del auto de archivo de las Diligencias Previas núm. 91/2013 al padre del conductor demandado, que resultó ileso, pues quienes son actores en esta causa no fueron denunciante, ni estuvieron personados en la causa.

3.- Recurso de casación.

Frente a la citada resolución se interponen por los actores recurso de casación fundado en un único motivo, por infracción de los arts. 1968 y 1973 CC, al considerar que la acción ejercitada no se hallaría prescrita en el momento de interposición de la demanda, por cuanto habría existido interrupción de plazo de prescripción por la presentación de denuncia y por la existencia por reclamación extrajudicial.

SEGUNDO.- Sentencia de segunda instancia.

En la sentencia de la Audiencia Provincial consta en el fundamento de derecho cuarto:

“En el caso examinado, nos encontramos con un accidente ocurrido el 4 de enero de 2013, los lesionados hoy actores obtuvieron el alta de sus lesiones el 8 de julio, el 5 de agosto y el 11 de marzo de 2013, respectivamente, y la primera comunicación que recibe la ase-

guradora Generali es de fecha 11 de febrero de 2015. Desde las anteriores premisas fácticas, se hace preciso analizar la viabilidad de la excepción perentoria de prescripción planteada por la entidad aseguradora en la contestación a la demanda frente a ella formulada. Como tiene declarado esta Audiencia, entre otras, en sentencia de 30-1-2002, y la más reciente de 26-2-2007, el art. 1968.2 del Código Civil señala que las acciones para exigir la responsabilidad por culpa o negligencia que contempla el art. 1902 del mismo Código, prescriben al año. A su vez, el art. 1973 del citado texto legal dispone que “la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor o por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”, indicando el art. 1974 que “la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores”.

“Pues bien, los actores no consideran prescrita la acción dado que sitúan el dies a quo en el 19 de agosto de 2014, fecha en el que le fue notificado el auto de archivo de las Diligencias Previas n.º 91/2013 a D. Juan Ignacio, padre del conductor aquí demandado, y que por cierto resultó ileso. No compartimos el criterio expresado, no hay que olvidar que, quienes son actores en esta causa, no ejercitaron acción penal alguna, ni estaban personados en actuaciones penales de cuyo fin dependía su posibilidad de accionar, hasta es dudoso que puedan considerarse que existiera una causa penal pendiente, por más que se levantara un atestado, ya que los hechos puestos en conocimiento de la Guardia Civil no presentaban signos de delito, como después certifico el Juzgado al sobreseer la causa inmediatamente sin practicar diligencia alguna de investigación. De la documentación aportada solo se acredita que el padre del conductor del vehículo, compareció el día 10 de enero de 2013 en el cuartel de la Guardia Civil de Huércal-Overa, para dar cuenta de la colisión del vehículo que conducía su hijo con un animal en la carretera, remitido el atestado al Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 2 de Huércal-Overa, se incoaron las Diligencias Previas n.º 91/2013, por los presuntos delitos de torturas y otros delitos, nótese que ni siquiera se define delito, y en la misma resolución de fecha 4 de febrero de 2013, se acuerda el sobreseimiento por no estar justificada la perpetración de un delito. No hay propiamente actuación penal, el juzgado incoa y archiva por no estar justificada la comisión de delito, de hecho ni se hace ofrecimiento de acciones al denunciante, nunca compareció, ni a ninguno de los ocupantes

del vehículo. El archivo no es notificado a los hoy actores por cuanto ni existía delito, ni ejercitaban acción penal, ni habían puesto denuncia, solo compareció el padre que denunció en representación de su hijo a pedir una copia de las diligencias en fecha 19 de agosto de 2014, 18 meses después. No consideramos esa fecha determinante como dies a quo, los actores no habían sido denunciados, nada se les podía notificar ya que no eran parte en las diligencias, tampoco existe actuación penal relevante, lo contrario sería hacer depender el dies a quo o comienzo del plazo de prescripción de la mera voluntad de los actores, es decir, hasta que no se presentaran en el Juzgado de Instrucción y les notificaran el auto de archivo no comenzaría a contar el plazo de 1 año, pueden pasar años hasta la notificación lo que sería contrario al principio de seguridad jurídica. Es por ello que consideramos como dies a quo la fecha del alta de cada uno de los perjudicados, cuando ya tenían conocimiento del alcance de sus lesiones, y en el mejor de los casos, la fecha más

próxima sería la de 5 de agosto de 2013, presentada la reclamación a la aseguradora por correo en fecha 11 de febrero de 2015, debemos considerar prescrita la acción ejercitada a tenor de lo dispuesto en el art. 1968.2 del Código Civil”.

TERCERO.- Motivo único .Infracción de la jurisprudencia del tribunal supremo sobre interpretación del plazo de prescripción de la acción civil del art. 1968 y la interrupción del mismo según art. 1973 del Código Civil.

El recurrente entiende que la prescripción apreciada en la segunda instancia, está interrumpida por reclamación judicial y por reclamación extrajudicial.

CUARTO.- Decisión de la sala. Interrupción de la prescripción.

Se estima el motivo.

Analizando en primer lugar la reclamación



judicial, debemos declarar que el siniestro de circulación vial se produjo el 4 de enero de 2013 y los hoy actores obtuvieron la sanidad el 11 de marzo, el 8 de julio y el 5 de agosto de 2013.

La aseguradora remitió carta al asegurado (hoy codemandado) solicitando información sobre el siniestro el 25 de enero de 2013 (doc. 7), a lo que el propio asegurado contestó el 5 de febrero de 2013 (doc. 8) informando sobre el siniestro y la filiación de los ocupantes lesionados.

Sobre el siniestro se incoaron diligencias previas núm. 91/2013 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Huércal-Overa, a raíz de denuncia presentada por el padre del conductor del vehículo ante la Guardia Civil el 10 de enero de 2013.

El juzgado acordó el sobreseimiento el 4 de febrero de 2013 mediante auto.

Con fecha 19 de agosto de 2014 compareció el padre del ahora demandado (conductor), en representación de su hijo, a pedir una copia de las diligencias.

Los ahora actores no se personaron ni presentaron denuncia en el procedimiento penal.

Los lesionados presentaron reclamación extrajudicial ante la aseguradora el 11 de febrero de 2015.

La demanda se presentó el 23 de julio de 2015.

A la vista de lo expuesto debemos declarar que de acuerdo con el art. 114 de la LECrim, el procedimiento penal interrumpe el ejercicio de la acción civil, independientemente de quién fuese el denunciante o quién estuviese personado, debiendo notificarse su sobreseimiento a los perjudicados estén o no personados en las actuaciones (sentencias 339/2020, de 23 de junio, 440/2017, de 13 de julio y 721/2016, de 5 de diciembre).

El juzgado entregó una copia de las diligencias penales al padre del demandado, y como se refiere en la demanda, ese es el momento en que los perjudicados también tuvieron conocimiento de las actuaciones penales, a saber el 19 de agosto de 2014.

El cómputo del dies a quo (día inicial) para

el ejercicio de la acción civil comienza por tanto cuando conocen el 19 de agosto de 2014 el sobreseimiento del procedimiento penal. El plazo de prescripción de acuerdo con el art. 1968 del C. Civil es de un año.

Dicho plazo fue interrumpido el 11 de febrero de 2015 por carta remitida a la aseguradora y la demanda se interpone el 23 de julio de 2015, por lo tanto, antes de transcurrido un año desde la interrupción del plazo.

Por todo ello procede estimar el motivo del recurso, estimando el recurso de casación y desestimando la prescripción apreciada en la sentencia de apelación, debiendo devolverse las actuaciones a la Audiencia Provincial para el dictado de una nueva sentencia, en la que se resuelvan el resto de las cuestiones no solventadas en dicha resolución, no pudiendo entrar en el análisis de la prescripción.

QUINTO.- Estimado el recurso no procede imponer las costas de la casación (art. 398 LEC), con devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir.

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 Dña. Amanda, D. Manuel y Dña. Asunción, contra sentencia de 9 de octubre de 2018 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería (apelación 920/2017).

2.º- Casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial, para el dictado de una nueva sentencia, en la que se resuelvan el resto de las cuestiones no solventadas en dicha resolución, no pudiendo entrar en el análisis de la prescripción.

3.º- No procede imponer las costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Por **Pedro Torrecillas Jiménez**
Abogado

En esta reciente resolución el T.S. casa la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Almería que había desestimado una demanda al considerar que la acción había prescrito.

Se trataba de una acción basada en la responsabilidad extracontractual, por un accidente de circulación ocurrido cuando un vehículo colisionó contra una pira de jabalíes, ejercitada por los ocupantes del mismo frente a la entidad aseguradora.

Antes de iniciarse la vía civil, el padre de conductor del vehículo, quien no resultó lesionado, había presentado una denuncia por la que se había tramitado Diligencias Previas, que fueron archivadas con posterioridad. En dicho procedimiento penal no se personaron los demás ocupantes del vehículo.

Transcurrido más de un año desde el accidente y desde la estabilización de las lesiones de los ocupantes del vehículo presentaron la reclamación civil correspondiente, dictándose sentencia desestimatoria en el Juzgado de 1ª Instancia de Huerca Overa, que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Almería.

"(...) existen números procedimientos penales que se incoaron, indebidamente, y se archivaron con posterioridad, idénticos al que nos ocupa, en cualquier momento los implicados en los accidentes, que no estuvieron personados en su momento (...)

El T.S. considera que la acción no estaba prescrita, toda vez que los ocupantes del vehículo se personaron en las Diligencias Previas, después de su archivo, al objeto de que se les notificara el mismo y con ello el día a quo empezaría a contar desde dicha fecha y no desde la estabilización de las lesiones. Amparándose en lo dispuesto en el art. 114 de la LECrim, afirma que el procedimiento penal interrumpe el ejercicio de la acción civil, independientemente de quién fuese el denunciante o quien estuviese personado, debiendo notificarse su sobreseimiento a los perjudicados estén o no personados en las actuaciones (sentencias 339/2020, de 23 de junio, 440/2017 de 13 de julio y 721/2016 de 5 de diciembre). En definitiva entiende que el cómputo del día a quo (día inicial) para el ejercicio de la acción civil comienza por tanto cuando conocen el sobreseimiento del procedimiento penal. El plazo de prescripción de acuerdo con el art. 1968 del CC. es de un año.

Teniendo en cuenta que existen números procedimientos penales que se incoaron, indebidamente, y se archivaron con posterioridad, idénticos al que nos ocupa, en cualquier momento los implicados en los accidentes, que no estuvieron personados en su momento, podrían personarse en los mismos a fin de que se les notificara el auto de archivo con el fin de que a partir de dicha actuación se empezara a computar el plazo del año fijado en el art. 1968 del C.C., lo que conllevaría a una inseguridad jurídica notoria.

Esta línea jurisprudencial impuesta por el Tribunal Supremo, lleva manteniéndose durante bastante tiempo, y ejemplo de ello es la sentencia del TS. 896/2011 de fecha 12 de diciembre de 2011, dictada por Xiol Rios, donde se afirma con toda rotundidad y claridad que " según reiterada jurisprudencia (SSTS de 27 de mayo de 2009, 31 de marzo de 2010, 16 de junio de 2010) la determinación del día a quo para el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones corresponde en principio a la AP, en cuanto está estrechamente ligado a la apreciación de los hechos. función que entra

dentro de sus facultades exclusivas, sin posible revisión en casación . No obstante , el que, junto al aspecto fáctico, la apreciación del instituto de la prescripción presente una dimensión eminentemente jurídica, ha llevado a esta Sala en varias ocasiones a revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables.

El dies a quo para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio actio nondum nata non praescribitur (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir) (SSTs de 27 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2010). Este principio exige , para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que proponer el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

Como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el art. 1968 del CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento



“...resulta clarificadora la sentencia dictada por Fernando Pantaleón, 185/16 de fecha 18 de marzo de 2016, en un supuesto similar, acogiendo esta misma doctrina del T.S., aclarando que la incoación de una causa penal muy posterior, o la apertura de o reapertura(...)



u obstáculo legal a su ejercicio.

Desde la óptica del Derecho Civil y de los efectos interruptores de la prescripción de la acción civil que cabe atribuir a esa causa penal precedente, no es aceptable condicionar tal eficacia al cumplimiento del presupuesto objetivo de procedibilidad penal consistente en la necesaria denuncia. A esta conclusión se llega valorando que es práctica habitual de los juzgados de instrucción incoar juicio de faltas tan pronto se tiene noticia del hecho criminal por atestado o parte facultativo, para seguidamente proceder a decretar el archivo provisional de la causa por igual plazo (seis meses) que el legalmente establecido para que esta clase de infracción prescriba. Aún cuando en el orden penal la falta de presentación de dicha denuncia, , cuando es condición objetiva de procedibilidad traiga como resultado la imposibilidad de continuar con el procedimiento y, por ende, la prescripción de la infracción - por el transcurso del plazo de seis meses computado desde la fecha de los hechos tras no haberse llegado a dirigir válidamente el procedimiento contra persona determinada-, en el plano civil lo relevante es que la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente solo cesa si ese archivo provisional se torna como definitivo.

Igualmente, resulta clarificadora la sentencia dictada por Fernando Pantaleón, 185/16 de fecha 18 de marzo de 2016, en un supuesto similar, acogiendo esta misma doctrina del T.S., aclarando que la incoación de una causa penal muy posterior, o la apertura de o reapertura , sobre el hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se había consumado y que no puede ser eliminada de ese modo (Sentencias 14-2-1978, 290/13 de 25 de abril y 578/13 de 6 de octubre).

En definitiva este criterio jurisprudencial es garantista para los derechos de los perjudicados y entra en clara colisión con el principio de seguridad jurídica, habida cuenta que numerosos procedimientos penales se terminan con sobreseimientos provisionales, e incluso en los que se dicta el archivo definitivo solo se les notifica el mismo a las partes personadas, y no a todos los intervinientes en el siniestro, por lo que estos no tiene límite temporal alguno para personarse en la causa y obtener la correspondiente información y notificación del archivo.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se desestima la demanda interpuesta frente a dos abogados en reclamación de 7.000.000 euros por negligencia profesional, al considerar que no se ha acreditado el daño por pérdida de oportunidad de la acción frustrada.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 28 de junio de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

El objeto del proceso

Radica en la demanda de reclamación de daños y perjuicios, en cuantía de 7.187.313,40 euros, más 327.042,70 euros, por intereses de demora dejados de percibir, por la culpa contractual, en que se afirma incurrieron los co-demandados en la prestación de sus servicios profesionales como abogados, al haber dejado transcurrir los plazos legales sin formular petición de retasación en tiempo y forma, con respecto a 19 de las 21 fincas titularidad de los actores, cuyo expediente expropiatorio se les había encomendado, de manera que las formuladas fueron inadmitidas a trámite, por haber cobrado previamente el justiprecio sin reserva alguna, y todo ello pese a haber transcurrido el plazo de dos años establecido en la redacción entonces vigente art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa desde la determinación del justiprecio por la Administración.

2. Circunstancias fácticas concurrentes

Por acuerdos del Jurado de Expropiación forzosa de los años 2002 y 2003 se fijó el precio del metro cuadrado de las fincas expropiadas en 71,75 euros metro cuadrado.

Contra dicho acuerdo se interpusieron por los actores recursos contenciosos administrativos bajo la dirección de los demandados, que finalizaron por sentencias en las que se elevó el precio expropiatorio de las fincas litigiosas a 95,67 euros, que fue cobrado, en ejecución de sentencia, en los años 2005, 2006 y 2007.

En abril de 2008, cambió la normativa de valoración del suelo en virtud de Orden 116/2008, de 1 de abril, de la Consejería de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Los recursos más atrasados sobre otras dos fincas, ajenas a este litigio, la número NUM000 (19-20-21) y la número NUM001, fueron resueltos respectivamente por sentencias de 29 de febrero y 28 de julio de 2008, en que se elevó el justiprecio a los 95,67 euros metro cuadrado. Con respecto a dichas fincas sobre las cuales sí se hizo petición de retasación, antes del pago del justiprecio, concretamente los días 28 y 16 de abril de 2008, se determinó un valor de 162,91 euros m² que, con el 5% del valor de afección, se elevó a 171,06 euros.

3. La sentencia de primera instancia

El litigio se sustanció por los cauces del juicio ordinario 978/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas, con oposición de los demandados. El proceso finalizó por sentencia, en la que se estimó la demanda por el principal reclamado, con los intereses legales desde la interposición de la demanda y condena al pago de las costas procesales. En ella se consideró que los codemandados habían incurrido en negligencia profesional, al no haber solicitado la retasación de las fincas objeto de este proceso, y se determinó el daño aplicando el precio fijado para las dos fincas efectivamente retasadas.

4. La sentencia de segunda instancia

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección 13.a de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia en la que, con revocación de la pronunciada por el juzgado, absolvió a los codemandados.

En dicha resolución se consideró, en síntesis, que los recurrentes habían asumido la gestión y defensa de los intereses de los actores en la tramitación de todo el procedimiento de expropiación. Ahora bien, la reserva a cobrar el justiprecio solo tiene sentido si se ha pedido la retasación antes de cobrar el precio. En cualquier caso, de pedirse la retasación, el nuevo justiprecio debe fijarse en atención a las circunstancias concurrentes en el momento de tal solicitud, lo que implica, en el caso presente, que la efectividad de la retasación fuera solicitada entre los años 2005 a 2007 y determinada conforme a los valores correspondientes a tales fechas. Se concluyó que no había prueba de que a tales datas se hubiera obtenido un precio superior, sin que fuera aplicable el de la retasación de 2008, determinado bajo la vigencia de un escenario normativo diferente.

La petición de la retasación entre 2005 y 2007 encerraba además otros riesgos tales como las incertidumbres sobre el contenido de las reformas legales, que se fraguaron en la Ley del Suelo de 2007 y sus disposiciones transitorias, que era prudente obviar, cobrando la indemnización determinada que era de por sí elevada al verse valorado el precio de suelo rústico como urbanizable, con lo que la posibilidad de seguirse un expediente de retasación no sería rentable.

En el fundamento de derecho sexto, se hace constar expresamente:

“El nuevo justiprecio se debe determinar conforme las circunstancias y elementos al tiempo de la solicitud. Los acuerdos del Jurado de Expropiación fijando los precios iniciales son de los años 2002 y 2003. Las actas de pago son de 2005, 2006 y 2007 (excluyendo las dos de 2008 sobre las que no existe polémica). Resulta así lo relevante el cambio de circunstancias o precio de venta anterior a Orden de 2008 y el incremento de precio que en su caso se pudo obtener pidiendo revisión antes del acta de pago de justiprecio, elemento que nos determinaría si fue correcto no pedir la retasación hasta después de la Orden de Abril de 2008 o si bien se debió pedir en su momento antes del cobro del precio y hacer reserva en el cobro del precio.

La demanda de la parte actora esta huérfana de prueba respecto este extremo central, se aporta y se compara en la demanda de la parte actora con las retasaciones presentadas después de abril de 2008 y que por cir-

cunstances se pudieron presentar posteriores a la Orden de abril de 2008 pero no se aporta ni articula prueba alguna referente al posible precio de retasación que podría haber obtenido en retasación a fechas 2005, 2006 y 2007 por cada finca. No existe informe pericial en el que se realice tal retasación o tal pericial de retasación teniendo en cuenta todos los factores y elementos concurrentes [...]

[...] desconocemos porque motivo o porque razón no se aporta por la actora informe pericial para poder conocer qué precio se considera que se podría haber obtenido por su revalorización en los años 2005, 2006 y 2007 conforme los parámetros y normativa del momento y compararla con la obtenida en virtud de primera valoración a fecha 2002 y 2003. Tal carencia probatoria se intenta suplir por la defensa de la parte actora con una acumulación de documentación de la que no se puede extrapolar ni dilucidar cuál hubiese sido la retasación a fechas 2005, 2006 y 2007 de aquellos precios que fijados en virtud de jurado provincial de 2002 y 2003 luego fueron modificados por Sentencias de 2004 a 2007 del TSJ de Madrid. El grupo documental 15 de la actora nada aporta pues se trata de fincas que están en idéntica situación que las fincas NUM001 y NUM000 (19-20-21) pues se trata de retasaciones presentadas en tiempos posteriores a la Orden de Abril de 2008”.

5o.- Recursos extraordinarios

Contra dicha sentencia los actores interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, a través de los cuales se pretende que se deje sin efecto la decisión de la Audiencia y se ratifique la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas.

SEGUNDO.- Examen del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal Se formula al amparo del art. 469.1 2o de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por infracción de los arts. 216 y 217 de dicha disposición general.

En su desarrollo, se señala que se hace una indebida aplicación de la inversión de la carga de la prueba, en cuanto al valor de retasación de las 19 fincas en los años 2005, 2006 y 2007, y la consideración de que no podía aplicarse el valor asignado a las fincas retasadas a 2008. Se sostiene que el error cometido, por el tribunal provincial, consiste en considerar que sólo cabe

la tramitación de la retasación si se solicita con carácter previo, al bastar la reserva al tiempo del cobro del justiprecio, considerando que el precio de las 19 fincas es el mismo que las dos fincas que accedieron a la retasación.

El recurso no puede ser estimado.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que establece que las reglas de distribución de la carga de prueba del art. 217 de la LEC únicamente se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quien, según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar y, por tanto, no ha de pechar con las consecuencias derivadas de la laguna o deficiencia probatoria (sentencias 333/2012, de 18 de mayo, 472/2015, de 10 de septiembre, 504/2015, de 30 de septiembre y 304/2021, de 12 de mayo, entre otras).

En definitiva, la teoría de la carga de la prueba es la de las consecuencias de la falta de prueba, según conocida y afortunada frase de la doctrina alemana.

Por consiguiente, no cabe confundir la carga de la prueba con la valoración probatoria, que es una operación previa; pues solo, tras concluir el tribunal que un determinado hecho trascendente para decisión del litigio no ha quedado debidamente acreditado, es cuando entran en juego las normas reguladoras del onus probandi (en este sentido, sentencias 636/2010, de 13 de octubre; 35/2012, de 14 de febrero y 561/2012, de 27 de septiembre).

Como señalamos en nuestras sentencias 468/2019, de 17 de septiembre y 141/2021, de 15 de marzo:

“La valoración probatoria se concibe como la actividad intelectual que ha de realizar el Juez a los efectos de determinar, con respecto a las afirmaciones fácticas realizadas por las partes, si éstas se han visto corroboradas por las pruebas propuestas y practicadas en el proceso, sometiendo a las mismas a un examen fundado en máximas de experiencia obtenidas por el propio Juez o establecidas en la ley, así como a través de los más elementales postulados de la lógica y la razón -sana crítica-, proceso que, además, ha de exteriorizar en la motivación de la sentencia, que zanja el conflicto judicializado sometido a su consideración”.

En el caso presente, la Audiencia, tras la

valoración de la prueba practicada, llega a la conclusión de que no cuenta con prueba para determinar cuál sería el valor de la retasación de las fincas en el caso de que se hubieran reservado los actores el uso de las facultades, que les ofertaba el art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, a las fechas de cobro del justiprecio.

Pues bien, atribuir tal deficiencia probatoria a la parte actora no vulnera las normas correspondientes a la carga de la prueba; toda vez que el daño es un requisito o presupuesto indeclinable para la existencia de la responsabilidad civil, cuya justificación, como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria, corresponde demostrarlo a quien reclama, en este caso a los demandantes.

De esta forma hemos proclamado, con respecto a la responsabilidad civil de los letrados,

que los requisitos exigidos para declararla, cuales son la falta de diligencia debida en la prestación profesional, el nexo de causalidad con el daño producido, así como la existencia y alcance de éste, corresponden acreditarlos a la parte que reclama la indemnización por incumplimiento contractual (sentencias de 14 de julio de 2005, rec. 971/1999; 21 de junio de 2007, rec. 4486/2000; 282/2013, de 22 de abril; 331/2019, de 10 de junio, o más recientemente 375/2021, de 1 de junio), con las consecuencias derivadas del juego normativo del art. 217.1 LEC, en los supuestos de insuficiencia probatoria.

Por otra parte, si se considera que existió un error en la valoración de la prueba no es la infracción del art. 217 de la LEC la procedente, y sí se estima que se llevó a efecto una incorrecta interpretación del derecho aplicable en cuanto a la reserva de tasación, tampoco es procedente el recurso por infracción procesal.

Por todo el conjunto argumental expuesto, este concreto motivo de recurso no puede ser estimado.

TERCERO.- Examen del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

El segundo motivo se construye sobre la base de la infracción de los arts. 9, 24 y 120 de la CE, 11 de la LOPJ, 218 y 386 de la LEC, al incurrir en patente arbitrariedad e insuficiente valoración de la prueba en la instancia.

En la sentencia de la Audiencia se razona que no se pueden tener por acreditados daños por pérdida de oportunidad, en atención a un juicio de prosperabilidad o pronóstico favorable a la retasación, con fundamento en las solicitudes que prosperaron con relación a las otras dos fincas titularidad de los actores. Se señala que es objeto central determinar el precio de las fincas en el momento en que se pudo solicitar la retasación, lo que exigiría determinar su valor entre los años 2005 a 2007, que se desconoce, por no existir al respecto prueba en autos, sin que sean extrapolables los valores de 2008 correspondientes a otras fincas, cuyas circunstancias no son las mismas de las que conforman el objeto de este proceso, sin que sea aplicable a las litigiosas la Orden de abril de 2008, que revaloriza el precio de los terrenos; todo lo cual es ampliamente motivado en la sentencia recurrida.

Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico proscribe la valoración irracional de las prue-



bas, concebidas éstas como instrumentos de demostración de las afirmaciones fácticas de las partes. En la tesis expuesta, nuestro Tribunal Constitucional admite que la temática de la prueba se encuentre afectada por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (sentencia del Tribunal Constitucional 50/1988, 357/1993, 246/1994, 110/1995, 1/1996, de 15 de enero y más recientemente 61/2019, de 6 de mayo, entre otras).

No es de extrañar entonces que este tribunal, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrija, al amparo del art. 469.1 4o de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad, que ha de presidir cualquier resolución judicial.

En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, 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, 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 y 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas.

Por su parte, las sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero y 208/2019, de 5 de abril, proclaman que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.o) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.o) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmedi-

atamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

Pues bien, en este caso, se puede discutir jurídicamente, en la interpretación normativa del art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa (en adelante LEF), si cabe reserva de retasación al tiempo de cobrar el justiprecio, lo que puede constituir un error en la interpretación de la ley, que no conforma una infracción procesal objeto de recurso extraordinario de tal naturaleza.

Lo que valora la Audiencia es que el precio de retasación de las fincas, en 2005, 2006 y 2007, no resulta acreditado a través de una prueba documental, consistente en retasaciones de otras fincas, bajo condiciones de valoración no extrapolables a las litigiosas, al no concurrir identidad de razón. Y con respecto a tal apreciación no cabe sostener concurra una valoración arbitraria, manifiesta o patentemente errónea, de la prueba practicada.

Es más la propia parte actora, al formular recurso de casación, razona expresamente que: “En nuestro caso, ninguna alteración de los hechos se pretende. Partimos, con plena observancia de este requisito, de una total asunción de los hechos declarados probados por la sentencia de la Audiencia Provincial. Ni se discuten ni se alteran. Únicamente es objeto de este recurso de casación la interpretación, claramente errónea, que se desarrolla por el Tribunal de apelación al analizar el art. 58 en relación con el art. 50 LEF y elaborar el resto de su argumentación a partir de tal equivocado planteamiento”.

Por todo ello, este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal tampoco puede ser acogido.

CUARTO.- Examen del recurso de casación

1. Motivo y desarrollo del recurso

Se interpone conforme a lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, por infracción de los arts. 1101, 1103, 1104 del CC, y la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad contractual por negligencia profesional del abogado, en relación con el art. 58 de la LEF y sobre el derecho de retasación.

A los efectos de la formulación de este motivo de casación, se parte de la base fáctica de que a los demandados se les contrató en el año 2000, para prestar sus servicios profesio-

ales en el expediente de expropiación forzosa de las fincas litigiosas, tanto en la fase administrativa como jurisdiccional. Tampoco se ha discutido que había transcurrido más de dos años entre la determinación del justiprecio y el pago del mismo por parte de la Administración. También que no se solicitó, ni se reservó la petición de retasación, al tiempo de cobrar la indemnización correspondiente a las 19 fincas objeto de este proceso. Es cierto, por último, que sí solicitó con respecto a las otras dos fincas de los demandantes, por las que se obtuvo un precio más elevado.

Se razona, en el recurso, que el derecho de retasación es una garantía para los administrados, en el caso de demora en la satisfacción de la indemnización correspondiente. Que cabe la reserva de retasación al tiempo de cobrar el justiprecio, sin que ello produzca perjuicio alguno a los expropiados. Sólo el cobro del quantum indemnizatorio sin reserva enerva el derecho a la retasación. Los letrados demandados incurrieron en responsabilidad civil, en la prestación de sus servicios, cuando no aconsejaron a sus clientes el ejercicio del derecho de retasación, lo que generó a éstos un importante perjuicio económico. De haberse instado las solicitudes de retasación sobre las fincas litigiosas, con toda seguridad el Jurado de Expropiación Forzosa de Madrid habría fijado el mismo justiprecio que el determinado en las dos solicitudes que resultaron exitosas, porque todas las fincas se encontraban en idénticas circunstancias. Con base en tales argumentos, se sostiene que el recurso debe ser estimado.

2. La retasación en la ley de Expropiación Forzosa

La retasación se encuentra regulada en el art. 58 de la LEF que, en su redacción vigente al tiempo de desarrollarse los presentes hechos, normaba que: “Si transcurrieran dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derecho objeto de expropiación, con arreglo a los preceptos contenidos en el capítulo tercero del presente título”.

El precitado art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa contempla pues el derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación (retasación), por el mero transcurso de dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne, plazo de caducidad, cuyo cómputo se inicia con la fecha del

acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio, como señala el art. 35.3 de la dicha LEF, y declara abundante jurisprudencia (sentencias de la Sala 3a del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 2013, en recurso. 2715/2010, y 13 de febrero de 2015, en recurso 2050/2012).

Con ello se incorpora una garantía en favor del expropiado, para evitar que deba soportar las consecuencias adversas de la demora en el pago del justiprecio, naturalmente cuando ello le cause un perjuicio económico. Responde pues a la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida.

Sin embargo, también ha declarado la Sala 3a, por ejemplo en sentencias de 14 de junio de 1997, Rec. 9898/1991 y 11 de marzo de 2011, en recurso 6298/2006, que el expropiado puede manifestar mediante actos propios una voluntad de renuncia a la retasación y de acomodación al quantum indemnizatorio fijado por el Jurado, como ocurre cuando, transcurridos los dos años establecidos por el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, acepta el pago sin formular reserva o protesta alguna en cuanto a la retasación.

De igual manera, la sentencia de 5 de marzo de 2012, en recurso contencioso 5700/2010, proclama que:

“Finalmente ha de tenerse en cuenta, que tampoco obsta al ejercicio del derecho a la retasación el que se haya hecho efectivo o consignado el justiprecio una vez transcurrido el plazo de caducidad fijado en el art. 58 de la LEF, salvo que el expropiado manifieste de modo inequívoco su voluntad de renunciar a dicho derecho o que reciba el pago mostrando su conformidad con el “quantum” y sin hacer reserva o protesta alguna al respecto, según jurisprudencia a la que se refiere la sentencia de 7 de febrero de 2002, cuando señala que “en este sentido ha de recordarse la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 2 de junio de 1984, 22 de junio de 1991, 14 de noviembre de 1995 y 14 de junio de 1997), según las cuales, el pago posterior a los dos años de la fijación del justiprecio no es obstáculo para que proceda la retasación, si se ha solicitado la misma con anterioridad a dicho pago.

De ello deduce que la solicitud de retasación

no puede quedar enervada por el sólo hecho de admitir el pago del precio fijado administrativamente. Sólo la aceptación del pago sin reservas excluye el derecho de retasación, no siendo admisible, por el contrario, la retasación cuando actos propios del expropiado manifiestan una acomodación al “quantum” de la indemnización”.

Ahora bien, el valor de la finca retasada se deberá determinar al tiempo de la solicitud de retasación. Así se expresa, entre otras muchas, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia 542/2020, de 25 de mayo, cuando señala:

“Como esta Sala dijo en su sentencia, entre otras, de 15 de febrero de 2012, rec. 6458/2008: “La retasación consiste en la fijación de un nuevo justiprecio, mediante una nueva valoración del bien expropiado con arreglo a las cualidades del mismo (clasificación del suelo, aprovechamiento, etc.) en el momento en que dicha retasación es solicitada. Las únicas características originarias del bien expropiado que deben seguir considerándose a efectos de la retasación son las puramente físicas, ya que como consecuencia de la realización del proyecto que legitimó la expropiación es posible que dichas características físicas hayan variado; y tomar en consideración esas nuevas características físicas conculcaría la prohibición, impuesta por el art. 36 LEF, de incluir en el justiprecio las plusvalías -o las minusvalías- habidas con posterioridad a la iniciación del expediente expropiatorio. En resumen, la retasación debe buscar el valor del bien expropiado en el momento en que aquélla se solicita, si bien considerando idealmente que las características físicas del bien expropiado siguen siendo las que tenía en el momento de iniciación del expediente expropiatorio”.

Por su parte, el mentado art. 36 de la LEF establece que:

“1. Las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro.

2. Las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las anteriores son

indemnizables, salvo cuando se hubieran realizado de mala fe”.

Este criterio de tener en cuenta el valor del suelo al tiempo de solicitar la retasación se recoge igualmente en la sentencia de dicha Sala 3.a, sección 5a, 248/2018, de 19 de febrero. En el mismo sentido, la sentencia de dicha Sala de 12 de marzo de 2013 (Rec. 2715/2010), cuya doctrina ratifica la ulterior de 13 de febrero de 2015, en recurso 2050/2012, cuando establece que “los módulos o criterios aplicables serán los pertinentes al momento en que se solicitó la retasación, ya que de otro modo no sería lógica la remisión legal a los preceptos legales contenidos en el capítulo III del título III de la Ley de 1954”.

3. Desestimación del motivo

Pues bien, de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, resulta que el valor a tener en cuenta es el correspondiente al momento de la solicitud de retasación, por todo lo cual, aun aceptando la tesis de la parte recurrente, de que cabe reserva de retasación al tiempo de cobrar el justiprecio, comoquiera que éste se hizo efectivo entre 2005 a 2007, es el valor a tales fechas el que se debe tenerse en cuenta, y, por lo tanto, demostrarse, por los actores, que sería superior y en qué concreta cuantía sobre el justiprecio original fijado por el Jurado de Expropiación Forzosa, y ese dato es el que señala la sentencia recurrida carecer de él, en una valoración probatoria intangible en casación.

Dicho dato de la valoración de las fincas al tiempo de poder solicitarse la retasación deviene esencial, tanto para apreciar la falta de diligencia de los letrados codemandados, como para constatar la existencia del daño, requisito ineludible para declarar una responsabilidad civil.

El recurso parte de la base de que el valor de la retasación de las 19 fincas debe ser el correspondiente a las dos fincas, cuya retasación se instó en 2008, bajo unas condiciones legales distintas, con respecto las cuales regía la Orden 116/2008, de 1 de abril, de la Consejería de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Madrid, lo que no puede aceptarse por tal razón.

Con respecto a la determinación y cuantía del daño sufrido por la actuación del abogado, hemos declarado que cuando consista en la frustración de una pretensión, como la presente de naturaleza patrimonial, determina que

el hipotético daño sufrido no deba buscarse en una cantidad que, de forma discrecional, fijen los juzgadores como daño moral, sino que ha de ser tratada en el marco propio del daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades. El daño por pérdida de oportunidad es hipotético, por lo que no procede el resarcimiento económico cuando no concurre una razonable certeza sobre la posibilidad de que la pretensión no ejercitada, en este caso la retasación de las fincas, hubiera resultado beneficiosa para los demandantes. Exige, por lo tanto, demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para obtener un mayor precio en el expediente expropiatorio si se hubiera instado la retasación.

En definitiva, en palabras de la sentencia 123/2011, de 9 de marzo, es necesario “urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción, que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades” (sentencias de 20 de mayo de 1996, RC n.o 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, RC n.o 110/2002; 801/2006, de 27 de julio; 3 de julio de 2008 RC n.o 98/2002, 23 de octubre de 2008, RC n.o 1687/03; 12 de mayo de 2009, RC n.o 1141/2004 y 50/2020, de 22 de enero).

Pues bien, al no resultar justificado, según los hechos declarados probados por la Audiencia, que el precio que hubieran podido obtener los actores, en el caso de haber instado la retasación al cobrar el justiprecio en los años

2005 a 2007, fuera superior al percibido, el recurso no puede ser estimado.

QUINTO.- Costas y depósito

De conformidad con lo previsto en art. 398.1 LEC, al haberse desestimado los recursos por infracción procesal y casación interpuestos por la parte demandante, deben imponerse las costas de los mismos y decretarse la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir (disposición adicional 15.a, regla 9.a, 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 :

Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, interpuestos por la parte actora contra la sentencia, 217/2018, dictada por la sección decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.o 837/2017, con imposición de las costas y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Por M^a Carmen Ruiz Matas
Abogada

En esta Sentencia la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo aborda nuevamente el tema de la determinación y valoración del daño causado en supuestos de negligencia profesional del abogado, precisando cuál es su naturaleza y sus requisitos.

En este sentido entiendo que estos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en la citada materia no son innecesarios, si no que muy al contrario vienen a aclarar y reafirmar una doctrina que no siempre es bien interpretada por los distintos agentes jurídicos que intervienen en la misma, motivo por el que en no pocas ocasiones nos encontramos con pronunciamientos judiciales que no son acordes al sentir de la misma. Y es que durante algunos años nuestra Jurisprudencia concibió el daño causado por negligencia profesional del abogado, siempre y en todo caso como un daño moral, identificado con una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto pérdida de oportunidad procesal. Este daño moral se indemnizaba de forma arbitraria mediante la concesión de una indemnización discrecional que no obedecía a ningún parámetro objetivo y que sólo se justificaba como compensación de esa supuesta vulneración del derecho fundamental. Sin embargo esta jurisprudencia es ya agua pasada, pues en la actualidad la Sala Primera tiene establecida una doctrina pacífica y mayoritaria que interpreta de muy distinta forma el daño

“Este daño moral se indemnizaba de forma arbitraria mediante la concesión de una indemnización discrecional que no obedecía a ningún parámetro objetivo y que sólo se justificaba como compensación de esa supuesta vulneración del derecho fundamental.

por pérdida de oportunidad en los supuestos de negligencia profesional del abogado. Esta jurisprudencia, de la que es buen ejemplo la sentencia que nos ocupa, considera el daño producido por negligencia profesional del letrado como un daño de naturaleza patrimonial siempre que la acción que haya resultado frustrada por la actuación de aquel tuviera un propósito u objetivo económico, lo cual sucede en casi la mayoría de supuestos, exigiendo para su valoración la realización de un juicio prospectivo sobre el éxito de la acción que haya resultado frustrada, de tal modo que el daño a indemnizar dependerá del mayor o menor éxito que dicha acción podría haber alcanzado. Dice nuestro Tribunal Supremo que este daño es un daño hipotético y que por tanto no puede ser resarcido cuando no se produzca una prueba razonable sobre la posibilidad de que la pretensión no ejercitada hubiera sido estimada.

Pero es que además de lo anterior, y en este punto hace mucho hincapié la sentencia que nos ocupa, es requisito esencial que la parte que reclama frente al abogado por negligencia profesional, pruebe, además de la actuación negligente del mismo, tanto el nexo causal entre su conducta y el daño producido, como además la realidad del daño objeto de reclamación. En este sentido, al haberse identificado el daño como un daño patrimonial por la pérdida de oportunidad sufrida, deberá ser el demandante quien pruebe que existía una certeza de que su pretensión hubiera sido estimada, pues de lo contrario no habrá lugar a indemnización alguna. La carga de la prueba recae así sobre el demandante y es la prueba sobre la viabilidad de la acción no ejercitada la que va a determinar tanto la existencia de un daño indemnizable como la valoración de éste. Es esencial comprender que sin daño no hay responsabilidad profesional, lo que significa que no existe derecho a ser indemnizado.

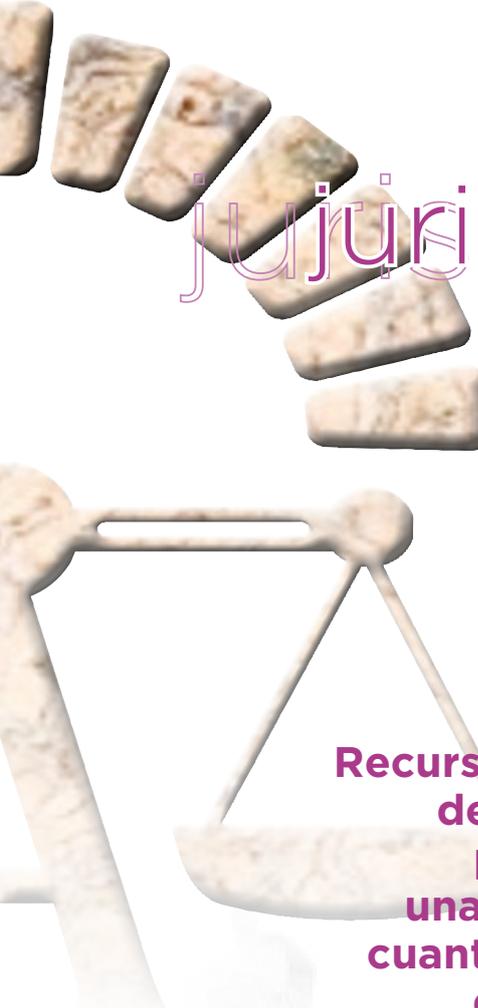
COMENTARIO

En el supuesto específico de la sentencia analizada la pérdida de oportunidad solicitada por el demandante se identifica con la posibilidad de poder haber obtenido un precio mayor sobre sus fincas de haberse ejercitado el derecho de retasación de las mismas, pero sin embargo tanto la Sentencia de segunda instancia como ahora ésta que resuelve la casación ponen de manifiesto un hecho esencial cual es que el reclamante no ha probado si efectivamente esas fincas, mediante la retasación, habrían obtenido un valor superior al que fue objeto de indemnización, motivo por el cual no se ha probado la existencia de un daño y con ello tampoco la existencia de responsabilidad civil de los letrados demandados.

“...sin embargo tanto la Sentencia de segunda instancia como ahora ésta que resuelve la casación ponen de manifiesto un hecho esencial cual es que el reclamante no ha probado si efectivamente esas fincas, mediante la retasación, habrían obtenido un valor superior al que fue objeto de indemnización... (...)”

Cabe precisar además, que toda Sentencia que resuelva sobre el daño objeto de indemnización en supuestos por negligencia profesional del letrado, deberá justificar el importe de la indemnización concedida según la doctrina expuesta, es decir, deberá vincular la cuantía otorgada a la mayor o menor viabilidad de la acción frustrada que haya resultado acreditada, quedando prohibida por tanto la técnica de concesiones arbitrarias y discrecionales que carecían de toda justificación y que en otros tiempos fue aplicada.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Recurso frente a la resolución de la Administración de inadmitir por prescripción una reclamación por responsabilidad patrimonial derivada de una negligencia médica. Estimado el recurso en cuanto a la falta de extemporaneidad, el Juzgado debe analizar y pronunciarse sobre la acción indemnizatoria, en lugar de ordenar la retroacción de actuaciones a la fase administrativa para la emisión del dictamen del consejo consultivo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª)
de 8 de Julio de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

PRIMERO. Delimitación del objeto del recurso.

El debate que se suscita en el presente recurso de casación trae causa de la reclamación efectuada al Servicio Canario de Salud, por Don Indalecio y Doña Concepción, en su propio nombre y en el de su hijo Rubén, menor de edad, sobre indemnización de 2.489.424,75 €, por los daños y perjuicios ocasionados al referido menor, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada por el mencionado Servicio de Salud a la madre, durante el nacimiento del hijo, estimando que concurría un supuesto de funcionamiento, y además anormal, de dicha prestación sanitaria. La reclamación fue declarada inadmisibles por resolución de 19 de mayo de 2017, al considerarse que había prescrito el derecho a la indemnización.

La mencionada decisión administrativa fue recurrida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Las Palmas (recurso 250/2017), que en la sentencia 400/2018, de 31 de octubre, estima parcialmente el recurso, anula la resolución impugnada y ordena retrotraer el procedimiento para que por el Servicio Canario de Salud se admita a trámite la reclamación y resuelva sobre el fondo de la reclamación, “previo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias”.

La sentencia de primera instancia fue objeto del recurso de apelación ante la Sala territorial de Las Palmas, tanto por la Administración autonómica como por los originarios recurrentes, que en la sentencia aquí recurrida estima el recurso de apelación, revoca la sentencia de primera instancia, anula la resolución originariamente impugnada y condena a la Administración autonómica al pago, a los originarios recurrentes, de la cantidad de 1.200.000 €, por los daños y perjuicios ocasionados.

Los argumentos que se contienen en la sentencia de instancia, en lo que trasciende al presente recurso, se contienen en el fundamento quinto --los anteriores en nada trascienden directamente al debate suscitado en casación--, en el que se declara:

“Afortunadamente, en el presente supuesto no tiene especial trascendencia la omisión del dictamen del Consejo Consultivo, en cuanto constituyendo su función primordial pronunciarse sobre si existe o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida, el hecho, acreditado hasta el extremo (y casi reconocido implícitamente por el SCS) de que el gravísimo daño que presenta el menor es consecuencia directa de una incomprensible negligencia producida durante las horas siguientes al nacimiento del niño (en este punto el dictamen pericial es incontestable), hace que debamos pasar directamente a la determinación del quantum indemnizatorio.

“Pues bien, partiendo de que el menor ha sido finalmente diagnosticado de una DIRECCIÓN 000, que requiere de esas múltiples ayudas de por vida especificadas en la sentencia apelada -transcrita en los antecedentes fácticos de esta resolución-, así como de la angustia, también vitalicia, que no es difícil imaginar acompañará a los padres de Rubén, y, en definitiva, con arreglo a lo que esta Sala ha fijado en supuestos análogos, se considera adecuado conceder a los interesados la suma de 1.200.000 euros, actualizada por todos los conceptos a la fecha

de esta sentencia.”

A la vista de esa fundamentación y decisión de la Sala territorial se interpone el presente recurso por parte de la Administración autonómica con la pretensión de que por este Tribunal se case la sentencia de instancia y se mantenga el pronunciamiento del Juzgado, ordenando la retroacción del procedimiento hasta la emisión del informe del Órgano Consultivo autonómico; a lo que se oponen los originarios recurrentes, comparecidos en casación como recurridos.

SEGUNDO. Examen de la cuestión que suscita interés casacional objetivo.

De lo expuesto en los anteriores párrafos cabe concluir que el debate que se suscita en el presente recurso es muy concreto, a saber, si habiéndose declarado por la Administración competente inadmisibles una petición de indemnización de daños y perjuicios en base a la responsabilidad patrimonial, por considerar que la reclamación era extemporánea y, recurrida en vía contencioso-administrativa esa decisión, el Tribunal de lo Contencioso concluye que no procedía la inadmisibilidad; lo procedente con dicha declaración es que la decisión jurisdiccional ordene la retroacción del procedimiento administrativo para que la Administración se pronuncie nuevamente en vía administrativa, incluyendo el preceptivo informe del competente órgano consultivo --que fue la decisión adoptada en la primera instancia-- o si, por el contrario, una vez recurrida en vía contencioso la decisión administrativa, el Tribunal de lo Contencioso está en condiciones para pronunciarse directamente sobre la petición de indemnización, siempre que dicha pretensión haya sido accionada en el proceso y sin necesidad de retroacción del procedimiento administrativo.

Como ya se deja constancia en el mismo auto de admisión del presente recurso, el debate que se suscita está motivado por la misma jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en relación a aquellos supuestos en que, realizada una reclamación de responsabilidad patrimonial a una Administración pública, no se tramita el procedimiento administrativo --obviemos ahora las diferentes modalidades posibles-- y no existe pronunciamiento expreso en vía administrativa sobre la procedencia o no de dicha reclamación, omitiéndose en esa tramitación, el preceptivo informe del Consejo de Estado, o del órgano consultivo autonómico equivalente, siendo impugnada esa actuación administrativa en vía contencioso-administrativa con la súplica de un pronunciamiento sobre dicha re-

sponsabilidad, examinando el fondo de la reclamación.

La polémica viene propiciada por la declaración que se hace en nuestra sentencia de 2 de diciembre de 2014, dictada en el recurso de casación 801/2012 (ECLI:ES:TS:2014:5028) ; en el que se impugnaba una sentencia de instancia que revisaba una resolución administrativa en que se había declarado “la inadmisión a trámite de la reclamación de indemnización de los daños y perjuicios en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración Autonómica”, pronunciamiento administrativo que, impugnado ante la Sala territorial de esta jurisdicción, se anula la mencionada resolución, se rechaza la inadmisibilidad declarada por la Administración y, entrando a conocer de la pretensión suplicada, estima el derecho a la indemnización solicitada, cuya cuantificación se relega a los trámites de ejecución de sentencia, por no ser concluyente las pruebas practicadas en el proceso. Esa decisión de la Sala territorial es confirmada por esta Sala Tercera, al desestimar el recurso de casación que había interpuesto la Administración autonómica, que postulaba la necesidad de ordenar la retroacción el procedimiento a vía administrativa, en el que se debía recabar el preceptivo informe del órgano consultivo.

El haber servido dicho pronunciamiento de esta misma Sala para delimitar la cuestión casacional, aconseja retener los fundamentos que se hacían en la mencionada sentencia, en la que, en efecto, se había sostenido por la parte recurrente en casación, que la retroacción del procedimiento a la vía administrativa para que se emitiese el informe del máximo órgano consultivo del Gobierno del País Vasco, era acorde a la jurisprudencia de esta misma Sala Tercera, haciéndose invocación de la sentencia de 14 de mayo de 2004, dictada en el recurso de casación 7058/1999. Ahora bien, el mencionado recurso 801/2012 fue desestimado, es decir, este Tribunal no estimó procedente que, en el mencionado supuesto, debiera procederse a la retroacción del procedimiento, sino que se declaró procedente, como había concluido y decidido la Sala de instancia, no ya que debiera fijarse en el proceso directamente la responsabilidad sino que, no teniendo la Sala los presupuestos probatorios para determinar la indemnización, tampoco considera procedente retroacción alguna, sino que remite la determinación de la indemnización a los trámites de ejecución de sentencia. Es decir, el precedente no comporta exactamente una contradicción con lo declarado en el presente recurso por la Sala de Las Palmas.



Sería de añadir a lo expuesto que en la mencionada sentencia del recurso 801/2012, se hacía referencia al precedente que constituía la sentencia de esta misma Sala de 27 de noviembre de 2012, dictada en el recurso de casación 4237/2010 (ECLI:ES:TS:2012:8069), en el que se revisaba una sentencia de instancia en que precisamente se había declarado la retroacción de actuaciones --la parte recurrente en la instancia suplicó la declaración de responsabilidad y no la retroacción--, y la sentencia de este Tribunal estima el recurso, revoca esa decisión y ordena el pronunciamiento sobre la pretensión de responsabilidad, sin necesidad de retroacción a la fase administrativa.

En esas dos sentencias anteriores se hace referencia, y es quizás la confusión generada en la interposición del presente recurso de casación, a la sentencia de esta misma Sala de 14 de mayo de 2004, dictada en el recurso de casación 7058/1999 (ECLI:ES:TS:2004:3312), en el cual se revisaba una sentencia de instancia en la que precisamente, antes de una declaración de inadmisibilidad de la petición de responsabilidad en vía administrativa, la Administración se declaró incompetente por corresponder la decisión sobre la responsabilidad al Consejo de Ministros, decisión que en la sentencia de instancia se rechaza y se pronuncia sobre la responsabilidad, sin ordenar la retroacción de

las actuaciones a la vía administrativa. Es importante destacar que el mencionado recurso de casación había sido interpuesto tanto por la Abogacía del Estado como por los demandantes en la instancia; habiéndose invocado por aquella primera la improcedencia de que la Sala de instancia hubiese examinado la pretensión de indemnización, cuando no se había emitido el dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas. Pues bien, ese recurso del Abogado del Estado se desestima, es decir, a los efectos del debate aquí suscitado en el presente recurso de casación, no se ordenó, ante una declaración administrativa de incompetencia sin tramitar el procedimiento administrativo, la retroacción de actuaciones.

Y merece detenernos en la fundamentación de la decisión de este Tribunal Supremo, conforme se declara en el fundamento cuarto de esa sentencia de 2004, en la que, en efecto, se hace referencia a que “existió una línea jurisprudencial que entendió que... tanto exista resolución expresa como presunta por parte de la Administración ante una reclamación de daños y perjuicios, la omisión del preceptivo informe del Consejo de Estado... supone un quebrantamiento de forma que ha de dar lugar a la nulidad de actuaciones al objeto de interesar... el informe preceptivo...”. Ahora bien, como se declara en



la misma sentencia, se consideraba que era una jurisprudencia anterior. De ahí que se añada inmediatamente que “una jurisprudencia ulterior, más matizada, ha entendido que dicha resolución anulatoria por la omisión del preceptivo examen del Consejo de Estado, si bien resulta procedente en el caso de resoluciones expresas denegatorias por parte de la Administración en las reclamaciones de daños y perjuicios, no tiene esa transcendencia anulatoria cuando el acto recurrido se produce con carácter presunto a virtud de la ficción del silencio administrativo.” Conforme a la mencionada jurisprudencia, de la que se deja abundante cita, se considera y razona en la sentencia de 2004 que “el régimen de impugnación de las resoluciones presuntas no consiente, como solución, la nulidad de actuaciones y la retroacción del expediente administrativo para que se cumplan los trámites y requisitos omitidos, sino que exige el enjuiciamiento de las pretensiones indemnizatorias planteadas... cuando exista resolución expresa de la Administración y se ha omitido el dictamen del Consejo de Estado, tal defecto acarrea la nulidad debiéndose reponer las actuaciones para que se emita el mismo y, por el contrario y ante el silencio de la Administración, cuando falta el dictamen del Consejo de Estado sin un pronunciamiento expreso sobre dicha reclamación, corresponde a la Sala enjuiciar el fondo sin que proceda la nulidad de lo actuado

para recabar el informe del Consejo de Estado.”

No obstante esas declaraciones, en relación a lo que se consideraba la jurisprudencia tradicional de este Tribunal, en la sentencia de 2004 --recordemos que se declaró la incompetencia en vía administrativa y la Sala de instancia declaró la responsabilidad-- la Sala considera que el caso enjuiciado “tiene carácter especial”, al considerar que el origen del proceso era “un acto administrativo que viene a declarar la inadmisión de la reclamación en función de una improcedente declaración de incompetencia y que, en realidad, supone una omisión de pronunciamiento sobre el fondo; por ello en el presente caso entiende la Sala que es aplicable la doctrina jurisprudencial dictada por la misma para el supuesto de denegación presunta de la reclamación de daños y perjuicios... conectando esta conclusión, obvia por lo demás y pacíficamente aceptada, con los derechos de todo ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas y, en suma, a la efectividad de la protección judicial...”

Se han expuesto detalladamente los precedentes jurisprudenciales que se reseñan en el auto de admisión para poner de manifiesto la improcedente argumentación que se hace por la Administración recurrente en el presente recurso de casación. Porque, si como hemos concluido de las sentencias de referencia, que la declaración, en vía administrativa, de la inadmisión a trámite de la instancia solicitando la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración no comporta ordenar, una vez suscitada la pretensión en vía contencioso-administrativa, la retroacción del procedimiento a vía administrativa para que, entre los trámites a seguir, se recabe el dictamen no vinculante del Consejo de Estado o del órgano autonómico correspondiente; resulta manifiesto que si en el presente supuesto se hizo esa declaración, no procedía acordar dicha retroacción, como había ordenado la sentencia de primera instancia que, acertadamente, corrigió la Sala territorial, cuya sentencia debe ser confirmada, con la desestimación del recurso, sin necesidad de mayores argumentos.

Y no está de más que dejemos constancia de los razonamientos que se contienen en la primera de las mencionadas sentencias examinadas en orden a justificar esa interpretación que se acoge, cuando se declara: “... en nuestro Derecho el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo se configura con la naturaleza de plena Jurisdicción en el que la actuación administrativa constituye una previa condición



del proceso, pero sin quedar vinculado el Poder Judicial a las condiciones de la previa vía administrativa. Es decir, es suficiente la decisión de la Administración para iniciar el proceso y una vez iniciado éste, el Orden Contencioso-Administrativo está revestido de potestad suficiente para decidir todas las pretensiones vinculadas a los derechos e intereses afectados. Y el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente este carácter del Orden Contencioso-Administrativo al amparo de la extensión que comporta el derecho fundamental a la tutela judicial, como recuerda la sentencia 155/2012, de 16 de julio, haciéndose eco de “una consolidada doctrina”, de la que se deja constancia y conforme a la cual “no resulta atendible desde la óptica constitucional que nos es propia la consideración del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa más allá de la necesidad de la existencia de una actuación administrativa en relación a la cual se deducen las pretensiones procesales para un enjuiciamiento pleno por parte de los órganos judiciales de la actuación administrativa, eso sí, dentro de lo aducido por las partes (artículo 43 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 y artículo 33 LJCA 1998), las cuales podrán alegar cuantos motivos procedan, aun cuando no se hayan expuesto ante la Administración (artículo 69.1 LJCA 1956y artículo 56.1 LJCA 1998)”.

TERCERO. Respuesta a la cuestión casacional.

A la vista de lo razonado en el anterior fundamento, hemos de responder a la cuestión que se suscita de interés casacional para la formación de la jurisprudencia, que en aquellos supuestos en que, efectuada una petición en vía administrativa sobre reclamación de daños

y perjuicios con fundamento en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, si la Administración se limita, sin trámite alguno, a declarar la extemporaneidad de la reclamación; accionada la pretensión en vía contencioso-administrativa, mediante la impugnación de tal resolución que así decidiera, el Tribunal de lo contencioso está obligado al examen de la pretensión indemnizatoria que se suplique por el perjudicado en su demanda, sin que le sea dable ordenar la retroacción de actuaciones a la fase administrativa para que, entre otros trámites, se emita el informe preceptivo pero no vinculante del Consejo de Estado o del órgano equivalente autonómico.

CUARTO. Costas procesales.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

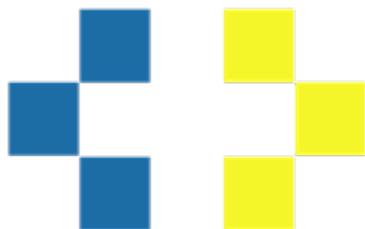
Primero. La respuesta a la cuestión casacional que suscita interés casacional objetivo es la que se contiene en el fundamento tercero de esta sentencia.

Segundo. No ha lugar al presente recurso de casación 693/2020, interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, contra la sentencia de 4 de junio de 2019 de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictada en el recurso de apelación 3/2019, mencionada en el encabezamiento de esta sentencia; que se confirma.

Tercero. No ha lugar a la concreta imposición de las costas de este recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Servicio
Canario de Salud

Por **José Manuel Villar Calabuig**
Abogado

Con independencia del análisis concreto de la sentencia que vamos a comentar, que no permite un análisis sobre la prescripción en vía administrativa ni sobre la cuantificación del daño, por no ser objeto del recurso, parece claro que la Sentencia viene a consolidar una doctrina en la que el propio Tribunal Supremo asume haber participado en crear cierta confusión por resoluciones anteriores, pese a que aplicaron el mismo criterio que confirman en esta. Sin mayor duda, parece claro que el Alto Tribunal consolida la doctrina de que corresponde a los tribunales contencioso-administrativos pronunciarse sobre el fondo, sin retrotraer la reclamación al expediente administrativo, en supuestos de anulación de resoluciones administrativas que no entraron en el fondo de la reclamación.

Entrando ya en el análisis de como resuelve el Tribunal Supremo el supuesto tratado, confirmando la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias Audiencia, que anuló la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Las Palmas, se establece que en los supuestos donde el órgano correspondiente de la Administración desestime la reclamación por entender prescrita la acción y se estime el recurso respecto a considerar que no había prescrito la misma, no es

“(...) no es necesario retrotraer el procedimiento para nueva tramitación de la reclamación y se resuelva sobre el fondo, debiendo el tribunal resolver la reclamación al existir elementos suficientes para hacerlo...”

necesario retrotraer el procedimiento para nueva tramitación de la reclamación y se resuelva sobre el fondo, debiendo el tribunal resolver la reclamación al existir elementos suficientes para hacerlo.

El supuesto de hecho, para una mejor comprensión global, debemos separarlo en sus respectivas fases:

- Reclamación patrimonial por daños y perjuicios causados con ocasión de asistencia sanitaria
- La reclamación fue inadmitida por entender que había prescrito el derecho a la indemnización.
- Se recurre ante el juzgado contencioso-administrativo de Las Palmas de Gran Canarias que estima el recurso por entender que no se encuentra prescrita, pero tras anular la resolución ordena retrotraer el procedimiento para que sea el Servicio de Salud el que resuelva sobre el fondo.

COMENTARIO

- Recurren en apelación los reclamantes y la Sala del Tribunal Superior de Justicia estima el recurso, revoca la sentencia de instancia, anula la resolución administrativa y resuelve sobre el fondo, fijando una indemnización de 1,2 millones de euros (se reclamaban casi 2,5 millones)
- El Servicio de Salud recurre en casación al mantener que lo correcto sería lo que hizo el juzgado contencioso-administrativo, y el Tribunal Supremo confirma la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Dado que la sentencia comentada no va a entrar en el análisis de la prescripción, ni en la cuantificación del daño, recomendamos la lectura de la Sentencia del TSJ (Roj: STSJ ICAN 3910/2019, Recurso 3/2019, Resolución 382/2019, de 04/06/2019) pues hace un interesante análisis jurisprudencial de la prescripción en supuestos de daños continuados. También deja muy clara la “sorprendente” postura del SCS con frases como: *“Y lo es porque lleva implícita una contradicción de todo punto inaceptable, pues ¿cuántas impugnaciones*



jurisdiccionales como esta, deducidas frente a la Administración regional o, más específicamente aún, frente al Servicio Canario de Salud, han tenido como presupuesto objetivo la llamada “desestimación presunta” de la acción de responsabilidad patrimonial? La Sala está en disposición de ofrecer una cifra aproximada: el 75%. De manera que en la inmensa mayoría de los casos en que los particulares se han visto forzados a acudir a la Jurisdicción, el Servicio Canario de la Salud omitió cumplir con su obligación de sustanciar el procedimiento y, por ende, de pedir el importantísimo dictamen del Consejo Consultivo.”. No podemos destacar, sin embargo, la fundamentación de la cuantificación de los daños y perjuicios pues, sorprendentemente, han resuelto con una cantidad a tanto alzado sin la mínima vertebración ni justificación: “Pues bien, partiendo de que el menor ha sido finalmente diagnosticado de una DIRECCION003 DIRECCION007, que requiere de esas múltiples ayudas de por vida especificadas en la sentencia apelada -transcrita en los antecedentes fácticos de esta resolución-, así como de la angustia, también vitalicia, que no es difícil imaginar acompañará a los padres de Carlos Miguel, y, en definitiva, con arreglo a lo que esta Sala ha fijado en supuestos análogos, se considera adecuado conceder a los interesados la suma de 1.200.000 euros, actualizada por todos los conceptos a la fecha de esta sentencia”. Sin más.

“(…) es suficiente la decisión de la Administración para iniciar el proceso y una vez iniciado éste, el Orden Contencioso-Administrativo está revestido de potestad suficiente para decidir todas las pretensiones vinculadas a los derechos e intereses afectados (…)

Retomando el interés de la Sentencia del Tribunal Supremo, se centra el debate con el siguiente argumento: “el debate que se suscita está motivado por la misma jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en relación a aquellos supuestos en que, realizada una reclamación de responsabilidad patrimonial a una Administración pública, no se tramita el procedimiento administrativo --obviemos ahora las diferentes modalidades posibles-- y no existe pronunciamiento expreso en vía administrativa sobre la procedencia o no de dicha reclamación, omitiéndose en esa tramitación, el preceptivo informe del Consejo de Estado, o del órgano consultivo autonómico equivalente, siendo impugnada esa actuación administrativa en vía contencioso- administrativa con la súplica de un pronunciamiento sobre dicha responsabilidad, examinando el fondo de la reclamación”.

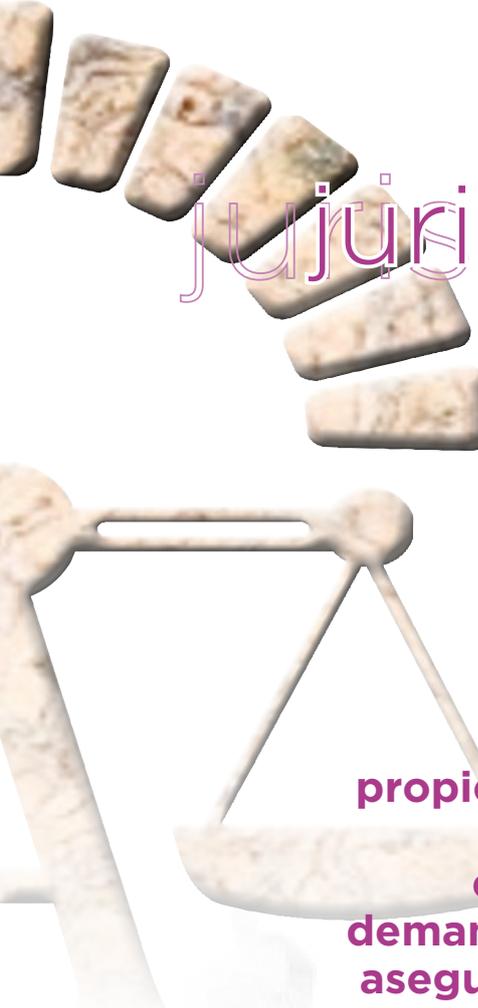
Y la solución a este debate la establece en el Fundamento de Derecho Tercero: “accionada la pretensión en vía contencioso-administrativa, mediante la impugnación de tal resolución que así decidiera, el Tribunal de lo contencioso está obligado al examen de la pretensión indemnizatoria que se suplique por el perjudicado en su demanda, sin que le sea dable ordenar la retroacción de actuaciones a la fase administrativa para que, entre otros trámites, se emita el informe preceptivo pero no vinculante del Consejo de Estado o del órgano equivalente autonómico.”

COMENTARIO

El análisis que realiza el Alto Tribunal se refiere a los antecedentes jurisprudenciales que pueden haber llevado a cierta confusión, y menciona expresamente la resolución de 2 de diciembre de 2014, recurso 801/2012, que al igual que en esta sentencia se consideró innecesario retrotraer la reclamación a la fase administrativa. También se hace mención a la Sentencia de la Sala Tercera, de 14 de mayo de 2004, recurso de casación 7058/1999, con el mismo resultado que la comentada y la mencionada anteriormente, donde en su fundamentación se hacía referencia a *«existió una línea jurisprudencial que entendió que... tanto exista resolución expresa como presunta por parte de la Administración ante una reclamación de daños y perjuicios, la omisión del preceptivo informe del Consejo de Estado... supone un quebrantamiento de forma que ha de dar lugar a la nulidad de actuaciones al objeto de interesar... el informe preceptivo...»*, mencionada como jurisprudencia anterior y se añade: *«una jurisprudencia ulterior, más matizada, ha entendido que dicha resolución anulatoria por la omisión del preceptivo examen del Consejo de Estado, si bien resulta procedente en el caso de resoluciones expresas denegatorias por parte de la Administración en las reclamaciones de daños y perjuicios, no tiene esa transcendencia anulatoria cuando el acto recurrido se produce con carácter presunto a virtud de la ficción del silencio administrativo.»*, dejando claro, además, que ese supuesto *“tiene un carácter especial”*.

Como fundamento final, la sentencia reitera la doctrina anterior respecto a la vinculación de la fase previa administrativa y el posterior procedimiento judicial en el sentido de que *«... en nuestro Derecho el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo se configura con la naturaleza de plena Jurisdicción en el que la actuación administrativa constituye una previa condición del proceso, pero sin quedar vinculado el Poder Judicial a las condiciones de la previa vía administrativa. Es decir, es suficiente la decisión de la Administración para iniciar el proceso y una vez iniciado éste, el Orden Contencioso-Administrativo está revestido de potestad suficiente para decidir todas las pretensiones vinculadas a los derechos e intereses afectados.»*, avalada dicha doctrina por el Tribunal Constitucional.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Acción subrogatoria de la comunidad de propietarios por los daños en elementos comunes del edificio debido al incendio originado en el local del demandado. Desestimación de la demanda al no ser la subrogación contra el propio asegurado que no ostenta la condición de tercero causante del daño.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 21 de julio de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los antecedentes siguientes:

1º.-El Objeto del proceso

Por Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros se formuló demanda de reclamación de cantidad, en ejercicio de la acción subrogatoria, prevista en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS), contra D. Isidoro, con la finalidad de reintegrarse de las cantidades satisfechas, por importe total de 26.616,82 euros, que, en virtud de la póliza de seguros "Generali Comunidad" tenía suscrita con la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 NUM000, siendo el riesgo asegurado los edificios NUM000, NUM001, NUM002, NUM003 y NUM004 de la EDIFICIO000, de Trobajo del Camino, Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo (León).

Dicha cantidad fue abonada a los asegurados como indemnización de los daños sufridos,

como consecuencia del incendio acaecido sobre las 21,15 horas del día 20 de noviembre de 2014, en el local de la planta baja, situado entre los portales NUM003 y NUM004 del edificio, del que es propietario el demandado D. Isidoro, integrante de la comunidad de vecinos tomadora del seguro.

2º.-La sentencia de primera instancia

Seguido el correspondiente procedimiento judicial, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de León, el demandado solicitó su absolución, al defender que la sustitución legal del acreedor sancionada por el primer párrafo del artículo 43 LCS, se refiere a la del asegurador que, una vez pagada la indemnización, se subroga en “los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo”, y, en el caso enjuiciado, el asegurado de Generali no es otro que el demandado, dada su condición de copropietario de la comunidad asegurada y, por ello, Generali no podía subrogarse en una imposible acción que el Sr. Isidoro ostentase contra sí mismo, derivada del incendio de su local, ni tampoco en las del resto de copropietarios asegurados frente a otro asegurado, el demandado, quien no ostenta la condición de tercero.

El juez de primera instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda, al considerar que la etiología del incendio era accidental y que, en el local, titularidad del demandado, no existía ninguna actividad generadora de riesgo que permitiera invertir la carga de la prueba; por consiguiente, la pretensión ejercitada no podía ser acogida, si no concurría responsabilidad exigible al demandado.

3º.-La sentencia de apelación

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por Generali España, S.A., cuyo conocimiento correspondió, por turno de reparto, a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de León. La compañía aseguradora, tras concretar el objeto del recurso, exclusivamente, a la reclamación de todos los daños derivados del incendio, con excepción de los causados en el propio local del demandado al reputar se hallaban cubiertos por la cobertura del seguro, lo que determinó redujera la suma reclamada a 16.600,19 euros, concluye solicitando la estimación del recurso, la revocación de la sentencia y la condena del demandado a satisfacer a

la aseguradora la precitada cantidad de dinero, con sus intereses legales.

En síntesis, por la Audiencia se consideró, en contra del criterio sustentado por el juzgado, que el daño causado era susceptible de ser imputado jurídicamente al demandado, y, con respecto a la acción subrogatoria deducida, se razonó que, entre las garantías contratadas, figura la de responsabilidad civil, por una suma objeto de cobertura de 600.000 euros y con sublímite por víctima de 150.000 euros.

Se consideró que, en las condiciones generales de la póliza suscrita, concretamente en el artículo 4, relativo a “Garantía Novena: Responsabilidad Civil”, se señala que:

“En los términos y condiciones establecidos en esta Garantía, la Compañía toma a su cargo la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivarse para el Asegurado y, en su caso para los copropietarios del Edificio Asegurado, por los daños materiales o personales, así como por las pérdidas económicas consecuencia directa de los mismos, causados involuntariamente a terceros en virtud de:

9.1 La Responsabilidad civil inmobiliaria.

9.1.1. Como propietario o copropietario del Edificio Asegurado, y, a continuación, enumera los supuestos objeto de cobertura, que son:

“9.1.2 Por las acciones realizadas dentro de sus instalaciones, por el Asegurado, los copropietarios del Edificio Asegurado, así como por el personal del mismo, fijo o eventual, en el desempeño de sus funciones al servicio de la Comunidad, tales como jardinería, servicios de seguridad y vigilancia;

9.1.3 Por el uso de ascensores, montacargas y escaleras mecánicas, siempre que cumplan las condiciones exigidas por las disposiciones normativas vigentes para tales aparatos;

9.1.4 Con ocasión de obras de ampliación, mantenimiento o reforma de las instalaciones comunitarias, siempre y cuando tales obras tengan la consideración de obras menores, según la licencia u ordenanza municipal reglamentaria o su presupuesto sea inferior a 100.000 euros”.

Tras la transcripción de dicho clausulado de la póliza concluyó el tribunal provincial que “a la vista de lo anterior resulta evidente que la responsabilidad civil derivada del incendio

producido en el local del demandado no resulta cubierta por la referida póliza al no encuadrarse en ninguno de los supuestos reseñados”.

4º.-Recursos del demandado asegurado

Contra dicha sentencia se interpuso por el demandado recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. Por auto de este tribunal de 17 de marzo de 2021, sólo se admitió el segundo de los recursos interpuestos, es decir el de casación.

SEGUNDO.- Análisis del primero de los motivos del recurso de casación

1º.-Interposición y desarrollo del recurso

Se articula por interés casacional, al amparo del artículo 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por infracción del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), por no haber considerado aplicable la excep-

ción que contempla dicho artículo en su punto 2, toda vez que el Sr. Isidoro es miembro de la Comunidad de Propietarios y, por tanto, asegurado por la póliza de Generali. Se considera vulnerada la doctrina del Tribunal Supremo, evidenciada en las sentencias 273/2012, de 3 de mayo y 432/2013, de 12 de junio, respecto a los presupuestos para que opere la acción subrogatoria y sus limitaciones.

En el desarrollo del recurso se considera, en síntesis, que la subrogación del art. 43 de la LCS opera con respecto a los créditos que tengan los asegurados contra el tercero causante del daño, y que, en el caso litigioso, no cabe el ejercicio de dicha acción, dado que el demandado tiene la condición de asegurado por la póliza. En definitiva, presupuesto de la subrogación es la existencia de un tercero con relación al contrato de seguro, contra el cual la compañía pueda repetir el pago que efectuó; mas, en el caso que nos ocupa, el demandado ostentaba la condición de propietario asegu-



rado por el siniestro objeto de cobertura, y la compañía aseguradora no puede ejercitar en perjuicio de asegurado los derechos en que se haya subrogado.

2º.-Examen y rechazo de los motivos de inadmisibilidad al recurso de casación esgrimidos por la parte demandada recurrida

La compañía de seguros se opone a la admisibilidad del recurso por motivos formales, al considerar que no reúne los requisitos legalmente exigidos para su sustanciación; mas no podemos aceptar tal objeción.

En efecto, el demandado cita el precepto que considera infringido, cual es el art. 43 de la LCS, así como dos sentencias de esta Sala cuya doctrina estima aplicable al caso, en cuanto proclaman que el asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en los que se haya subrogado, y que, en cualquier caso, la acción subrogatoria procede contra el tercero causante del daño, pero no contra el asegurado, cubierto por la propia cobertura del seguro.

Por otra parte, no se fundamenta el interés casacional en la existencia de criterios divergentes entre las Audiencias Provinciales sobre la cuestión objeto del recurso, por lo que no tiene sentido analizar la concurrencia de los presupuestos para acceder por esta vía a este recurso extraordinario, contemplados, entre otros, en los AATS 10 de julio de 2019, en recurso 233/2019 y 17 de julio de 2019, en recurso 178/2019, así como en sentencia 661/2019, de 12 de diciembre.

Por último, el recurso explica las razones por mor de las cuales considera que la doctrina jurisprudencial ha sido vulnerada, con lo que se cumplen los requisitos de admisibilidad exigidos. Otra cosa es que el recurso deba ser o no acogido, lo que implica entrar en su examen y someterlo a la decisión de este tribunal, que es cuestión asaz diferente a la de su mera admisibilidad formal y correlativa sustanciación del recurso.

En definitiva, en el escrito de interposición se identifica perfectamente la norma derecho sustantivo que se considera infringida; se cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a que la acción subrogatoria sólo cabe contra tercero, no contra el propio asegurado; individualiza, con claridad, la cuestión controvertida, sin que se cuestione la valoración probatoria de las instancias, que no cabe confundir con

valoración jurídica. Todo ello, ha permitido a la parte recurrida oponerse al recurso, con pleno conocimiento de cuáles son las cuestiones relevantes para que esta sala pueda abordar la problemática jurídica planteada (sentencia del Tribunal Supremo 408/2019, de 9 de julio).

Como señala la sentencia 730/2018, de 20 de diciembre, respecto a la manifiesta falta de fundamento del recurso de casación: “[...] no hay tal cuando se invocan dos sentencias de la sala, que, prima facie, resuelven en contra de la calificación jurídica efectuada por la Audiencia Provincial. Ni tampoco se pretende la introducción de hechos nuevos o una nueva valoración probatoria, cuando lo único que se postula es una diferente conceptualización del contrato de seguro suscrito entre las partes y sus coberturas”.

3º.-Los presupuestos y requisitos de la acción subrogatoria del art. 43 de la LCS

La evitación de que el causante del daño se vea beneficiado por la cobertura de un contrato de seguro, que no ha concertado, así como para impedir el enriquecimiento del propio asegurado ante la eventualidad de que cobrara una doble indemnización: una de su propia compañía aseguradora y otra del autor material del siniestro, todo ello unido a la finalidad de dotar a las compañías de seguros de los recursos económicos precisos para cumplir su función de socialización del daño, a través de la satisfacción de primas razonables (doctrina de los “recursos suplementarios” para la mejor explotación del negocio de seguro), constituyen los pilares sobre las que se construye la acción subrogatoria que a las compañías atribuye el art. 43 de la LCS.

Las razones indicadas, ya figuraban reseñadas en la exposición de motivos del Código de Comercio de 1885, con respecto al seguro de incendios, en los términos siguientes:

“Satisfecho el asegurado de cualquiera de los modos indicados, es de estricta justicia que, como consecuencia de este acto, quede subrogado ipso iure el asegurador en todos los derechos del asegurado, contra los terceros que sean responsables del incendio, por cualquier título o concepto; pues ni el asegurado, una vez percibida la indemnización, puede exigir de éstos otra, lo cual constituiría un lucro o beneficio, en oposición con la naturaleza fundamental del mismo contrato, ni los terceros quedan libres de su responsabilidad en virtud del seguro, como acto ajeno a ellos, siendo, por

el contrario, muy ventajosa esta subrogación al mismo asegurado, que obtendrá por ella alguna rebaja en la cuantía del premio del seguro”.

En virtud del fenómeno subrogatorio, el crédito que adquiere la compañía de seguros es derivativo -proviene del asegurado- y es idéntico -el mismo que ostenta este último contra el tercero causante del daño-; por consiguiente su ejercicio se encuentra subordinado a las mismas exigencias legales que condicionan el derecho del asegurado frente al tercero. En este sentido, señala la sentencia 699/2013, de 19 de noviembre, que del concepto de subrogación surge la natural consecuencia de que las acciones que el asegurador puede ejercitar son las mismas que las que podía ejercitar el asegurado-perjudicado.

El importe de la subrogación se corresponde con la cantidad abonada por la compañía, que puede ser inferior a la entidad del daño, dados los límites de la cobertura pactada, en cuyo caso cabe el ejercicio acumulado de la acción resarcitoria de la aseguradora, por la indemnización abonada, y por el asegurado, por la cantidad no cubierta del daño sufrido por parte de la compañía de seguros.

La doctrina jurisprudencial sobre la acción subrogatoria la hemos analizado en la reciente sentencia 148/2021, de 16 de marzo, en los términos siguientes:

“Con antecedentes en los arts. 413, 437 y 780 del Código de Comercio, relativos respectivamente a los seguros de incendio, transporte, y marítimo, hoy en día derogados, el art. 43 de la LCS atribuyó a las compañías aseguradoras la acción subrogatoria, al normar que: “[...] el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”.

La atribución de una acción de tal naturaleza a las compañías de seguros se justifica por la sentencia 699/2013, de 19 de noviembre, con fundamento en las razones siguientes:

“Primera, evitar que el asegurado que, como consecuencia del siniestro, tiene una doble vía de resarcimiento del daño (contra el asegurador y contra el causante del daño), pueda enriquecerse ejercitando ambos derechos (el principio indemnizatorio a que se refiere el art. 26 LCS); segunda, impide que el tercero

responsable se vea libre de su obligación de resarcir el daño por la protección que obtiene el asegurado merced al contrato de seguro; tercera, supone un beneficio para el asegurador, pero también para el asegurado en la medida en que el primero obtiene unos recursos que le favorecen una mejor explotación del negocio y el segundo no verá incrementada la prima que, en caso de insolvencia del responsable del daño, debiera soportar”.

En el mismo sentido, la sentencia 200/2010, de 30 de marzo.

La sentencia 699/2013, de 19 de noviembre, aborda la polémica cuestión de la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria, cuando señala al respecto que:

“Aunque se sostiene por algunos que la subrogación constituye una cesión de créditos, o un supuesto atípico de sucesión en el crédito del asegurado frente al tercero responsable, o un supuesto particular de subrogación por pago, es lo cierto que el art. 43 LCS establece una subrogación legal -aunque no se produzca automáticamente-. Como destaca la doctrina, mientras la cesión es el cauce para realizar el interés de la circulación del crédito, la subrogación atiende a la satisfacción de un interés subrogado para recuperar, por vía de regreso, un desembolso patrimonial efectuado por el asegurador”.

La jurisprudencia se ha ocupado igualmente de indicar cuáles son los presupuestos normativos que condicionan el ejercicio exitoso de la acción subrogatoria, manifestación al respecto la encontramos de nuevo en la sentencia 699/2013, de 19 de noviembre, cuando establece:

“(i) que el asegurador haya cumplido la obligación de satisfacer al asegurado la indemnización dentro de la cobertura prevista en el contrato;

(ii) que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero causante del daño, de modo que cuando no existe deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación (SSTS 14 de julio 2004, 5 de febrero de 1998 entre otras);

(iii) la voluntad del asegurador de subrogarse, como un derecho potestativo que puede hacer valer o no, según le convenga, por lo que la subrogación no operaría ipso iure, conforme preveía el código de Comercio”.

En el mismo sentido, se expresa la sentencia 432/2013, de 12 de junio”.

4º.- Los límites de la acción subrogatoria

La sentencia 640/2014, de 4 de noviembre, señala, por su parte, cuáles son las limitaciones a las que está sujeta la acción del art. 43 LCS: a) no podrá perjudicar al asegurado; b) no podrá ser dirigida contra las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, como tampoco contra parientes de éste en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con él; c) la reclamación no podrá superar la cantidad pagada como indemnización.

CUARTO.- Examen y estimación del primero de los motivos del recurso de casación

La subrogación exige que el asegurado y el causante del daño sean personas distintas, toda vez que la subrogación no es posible contra el propio asegurado, pues ello vendría a equivaler

a la existencia de un derecho contra uno mismo.

Esa es la cuestión que se plantea en el recurso, toda vez que el recurrente considera que está cubierto por la póliza de seguro, suscrita por la comunidad de propietarios, no sólo con respecto al daño sufrido por el incendio que se produjo en su local privativo, ya indemnizado, sino también del causado a los otros conductores del inmueble.

Para decidir dicha cuestión controvertida hemos de partir de la base de que la póliza suscrita por la comunidad de vecinos comprende, como riesgo asegurado, el incendio. Conforme al art. 45 de la LCS, “[...] por el seguro contra incendios el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar los daños producidos por incendio en el objeto asegurado”; y, a tenor del art. 48 de dicha disposición general, “[...] el asegurador estará obligado a indemnizar los daños producidos por el incendio cuando éste se origine por caso fortuito, por malquerencia de extraños, por negligencia propia o de las personas de



quienes se responda civilmente. El asegurador no estará obligado a indemnizar los daños provocados por el incendio cuando éste se origine por dolo o culpa grave del asegurado”.

Pues bien, el contrato de seguro fue concertado por la comunidad de propietarios del inmueble del que el demandado forma parte, en su condición de propietario de un local. Según las condiciones generales de la póliza, concretamente en su art. 10, se entiende por asegurado, la persona que tiene un interés económico sobre el bien objeto del seguro. Indiscutiblemente, lo ostenta el demandado, en tanto en cuanto titular del local que resultó incendiado, así como en su condición de copropietario del inmueble y, por consiguiente, cotitular de los elementos comunes del edificio objeto de cobertura.

La garantía del incendio, conjuntamente con la de explosión y rayo, se encontraba prevista en el artículo 4 de las condiciones generales, en las que, tras señalar que cubría los daños materiales en los bienes asegurados y definía lo que se entiende por incendio -cobertura no discutida- adiciona, en un apartado 1.4, concerniente a efectos secundarios, que resultan cubiertos los daños causados, por “[...] la acción de humos, vapores, polvo, carbonilla y cualquier otra consecuencia similar derivada de un siniestro de incendio, explosión o caída de rayo originados en el Edificio Asegurado o en sus colindantes”.

Los daños indemnizados, objeto de la demanda, son los sufridos en el local del recurrente, inicialmente reclamados a éste por la compañía de seguros en pretensión luego abandonada; así como en elementos comunes, siniestro con respecto al cual se hallaba igualmente cubierto el demandado, dada la definición de asegurado como “[...] la persona que tiene interés económico sobre el bien objeto del seguro”, como indiscutiblemente lo ostentaba el recurrente con respecto a la reparación en dichos elementos, por lo que la cobertura suscrita abarcaba los daños causados en portal, cajas de escalera, fachada, bajantes comunitarias e instalación eléctrica. También la cobertura comprende los efectos secundarios del incendio en los términos descritos y que se extiende a los causados por el humo en otros elementos del inmueble, que requieren pintura y lavado. No resulta de la sentencia de la Audiencia que los indemnizados por la compañía fueran daños de otra naturaleza.

La póliza no dice que los propietarios estén

únicamente asegurados por los daños que sufran en su piso o local de naturaleza privativa, sino también se extiende a los elementos comunes de los que son cotitulares, y de la lectura de sus condiciones generales no resulta ajeno al seguro que queden excluidas las consecuencias del incendio sufrido en un piso o local que se propaguen más allá de sus cuatro paredes sobre otros elementos del propio edificio asegurado, lo que, en caso contrario, debería quedar meridianamente aclarado, máxime además cuando el apartado 1.4 del riesgo y garantías del incendio, correspondiente al art. 4 de las condiciones generales de la póliza, se comprenden los daños derivados de la acción de los humos, vapores, polvo, carbonilla y cualquiera otra consecuencia similar derivada del siniestro.

Las acciones, que son objeto de subrogación, son las que ostenta el asegurado con respecto a los terceros causantes del daño, y conforme a las definiciones contenidas en las propias condiciones generales de la póliza, no son terceros el tomador del seguro y el asegurado; no obstante, como excepción, tendrán la dicha consideración de terceros, frente a la comunidad de propietarios y entre ellos mismos, los titulares o inquilinos de las viviendas y/o locales del Edificio Asegurado, exclusivamente en relación con daños personales o con daños materiales en bienes no incluidos en las coberturas de esta póliza, por lo que los reclamados están cubiertos, toda vez que responden al incendio, objeto de cobertura, y fueron indemnizados por la compañía.

No existe ninguna cláusula de exclusión de la cobertura de incendio sobre los elementos comunes, en el caso de que el fuego proceda de un piso o local privativo de un copropietario; que es además cotitular de dichos elementos. De ser ello así, se debería explicitar en la oportuna cláusula por razones de transparencia contractual.

En definitiva, dado que no cabe acción de repetición de la compañía aseguradora en perjuicio del asegurado procede, en consecuencia, la estimación del recurso, en atención a las condiciones generales del seguro pactadas, que rigen las relaciones de las partes y su correlativa interpretación.

QUINTO.- La asunción de la instancia

Al acogerse el motivo de casación, corresponde dictar la sentencia procedente, que ha de ser desestimatoria del recurso de apelación.

En efecto, la compañía, tras descartar de su inicial reclamación los daños causados en el local del demandado, delimita su pretensión a daños en elementos comunes, portales, cajas de escalera, fachada, bajante comunitarias -sobre la calificación de particulares de las conducciones de aguas ver el apartado denominaciones de las condiciones generales-, instalación eléctrica. Otros derivados indirectamente por la acción del humo de escasa cuantía, como son las partidas de pintura y lavado. Igualmente se pretende el resarcimiento de la tasa por la actuación del servicio de incendios, cuando está expresamente previsto en la condición general tercera relativa a la garantía de gastos, la intervención del servicio de Bomberos. Existen, por último, dos facturas por importe de 1.717,62 euros y 898,15 euros, que no constan a qué concretos daños responden, por lo que la reclamación de la actora tampoco procede sea acogida en relación a dichas partidas.

Todo ello, conlleva a la desestimación de la demanda.

SEXTO.- Examen del segundo motivo del recurso de casación interpuesto

Al estimarse el primero de los motivos de casación carece de sentido entrar a analizar el segundo de ellos, en el que se queja de que, de no estimarse el primero, estaría el recurrente cubierto por la cobertura de responsabilidad civil.

SÉPTIMO.- Costas y depósito

La estimación del recurso de casación conduce a que no se haga especial condena en costas (art. 398 LEC).

La desestimación del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante conlleva expresa imposición de las costas correspondientes (art. 398 LEC).

Con respecto a la devolución de los depósitos constituidos para recurrir se aplica el régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.ª, apartados 8 y 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 el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia 300/2017,13 de diciembre, dictada por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de León, en el recurso de apelación 188/2017, sin imposición de las costas correspondientes y devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Casar la referida sentencia, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante Generali España de Seguros y Reaseguros, S.A., contra la sentencia de 23 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de León, en los autos de juicio ordinario 713/2016, que confirmamos; todo ello con imposición de las costas procesales de la apelación a la parte demandada apelante y pérdida del depósito para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Por **José A. Badillo Arias**
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

En los seguros de comunidades de propietarios, al no tener esta personalidad jurídica, se altera, a los efectos del seguro, la condición de los propietarios de viviendas. Por un lado, son asegurados respecto al seguro de daños de la comunidad y, por otro, a los efectos de la responsabilidad civil derivada de los elementos comunes, los contratos de seguros los consideran terceros respecto a la comunidad.

A mi juicio, desde el punto de vista jurídico, ni son asegurados al 100 % respecto a los bienes comunes -como parece indicar la sentencia que comentamos-, ni tampoco son terceros al 100 % en lo que se refiere a la responsabilidad atribuible a los elementos comunitarios. Entiendo que solo pueden ser asegurados en su participación en la comunidad mediante el correspondiente coeficiente y, por la misma razón, deben considerarse terceros a los efectos de la responsabilidad en todo, menos en su coeficiente de participación en los bienes comunes. En este caso, por ejemplo, cabría la posibilidad de descontarle a un copropietario su coeficiente en los daños que le ocasione los bienes comunes.

(...) “... La aseguradora, una vez indemnizados los daños a la comunidad de propietarios, en virtud de la acción subrogatoria regulada en el artículo 43 de la Ley de contrato de seguro, se subroga en la posición de su asegurado -la comunidad- e interpuso dicha acción contra el responsable de los daños, que fue uno de los copropietarios de la comunidad.” (...)

El caso analizado en la sentencia que comentamos tiene que ver con un incendio ocasionado en el local de un copropietario, que causa daños a la comunidad de vecinos. Dichos daños son indemnizados por la entidad aseguradora de la comunidad, en virtud de la garantía de daños propios que tenía suscrita.

La aseguradora, una vez indemnizados los daños a la comunidad de propietarios, en virtud de la acción subrogatoria regulada en el artículo 43 de la Ley de contrato de seguro, se subroga en la posición de su asegurado -la comunidad- e interpuso dicha acción contra el responsable de los daños, que fue uno de los copropietarios de la comunidad.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que la etiología del incendio era accidental y que, en el local, titularidad del demandado, no existía ninguna actividad generadora de riesgo que permitiera invertir la carga de la prueba; por consiguiente, la pretensión ejercitada no podía ser acogida, si no concurría responsabilidad exigible al demandado.

Ante el recurso de apelación de la actora, la Audiencia consideró, en contra del criterio sustentado por el juzgado, que el daño causado era susceptible de ser imputado jurídicamente al demandado. Para la Sala, “resulta evidente que la responsabilidad civil derivada del incendio producido en el local del demandado no resulta cubierta por la referida póliza al no encuadrarse en ninguno de los supuestos reseñados”.

COMENTARIO

Tras esta sentencia, el demandado interpuso recurso de casación, argumentando, en síntesis, que la subrogación del art. 43 de la LCS opera con respecto a los créditos que tengan los asegurados contra el tercero causante del daño, y que, en el caso litigioso, no cabe el ejercicio de dicha acción, dado que el demandado tiene la condición de asegurado por la póliza. En definitiva, presupuesto de la subrogación es la existencia de un tercero con relación al contrato de seguro, contra el cual la compañía pueda repetir el pago que efectuó; mas, en el caso que nos ocupa, el demandado ostentaba la condición de propietario asegurado por el siniestro objeto de cobertura, y la compañía aseguradora no puede ejercitar en perjuicio de asegurado los derechos en que se haya subrogado.

El debate, como puede verse, se centra en determinar si se puede o no interponer una acción subrogatoria por parte de una entidad aseguradora de una comunidad contra uno de los copropietarios que es responsable de los daños ocasionados a las zonas comunes. En definitiva, debe dirimirse si este copropietario se considera o no asegurado de la póliza de la comunidad, lo que daría lugar a que, en virtud de lo establecido en el artículo 43.2 LCS, el asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado.

La Sala, después de aludir a su doctrina sobre la acción subrogatoria establecida en distintas sentencias, desestima las pretensiones de la entidad aseguradora, al entender que la subrogación exige que el asegurado y el causante del daño sean personas distintas, toda vez que la subrogación no es posible contra el propio asegurado, pues ello vendría a equivaler a la existencia de un derecho contra uno mismo.

La sentencia sostiene que el contrato de seguro fue concertado por la comunidad de propietarios del inmueble del que el demandado forma parte, en su condición de propietario de un local. Según las condiciones generales de la póliza, concretamente en su art. 10, se entiende por asegurado, la persona que tiene un interés económico sobre el bien objeto del seguro. Indiscutiblemente, lo ostenta el demandado, en tanto en cuanto titular del local que resultó incendiado, así como en su condición de copropietario del inmueble y, por consiguiente, cotitular de los elementos comunes del edificio objeto de cobertura.

En consecuencia, para la Sala, dado que no cabe acción de repetición de la compañía aseguradora en perjuicio del asegurado, procede, en consecuencia, la estimación del recurso, en atención a las condiciones generales del seguro pactadas, que rigen las relaciones de las partes y su correlativa interpretación.

Como vemos, el Alto Tribunal considera asegurado de la póliza de la comunidad a los copropietarios y por ello, no puede subrogarse la entidad aseguradora en perjuicio del asegurado, pese a ser responsable de los daños comunitarios.

A mi juicio, este es un asunto controvertido porque entiendo que los copropietarios son asegurados de la comunidad solo por su coeficiente de participación en dicha comunidad. No tienen interés asegurable en más de dicho coeficiente, puesto que el resto de los bienes comunitarios no son suyos, sino del resto de copropietarios. Por ello, cabría pensar que la aseguradora podría reclamarle todos los daños abonados a la comunidad -del resto de copropietarios-, menos los correspondientes a su coeficiente de participación, puesto que respecto a estos daños sí es realmente propietario y asegurado





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Se estima el recurso de casación corrigiendo el erróneo juicio valorativo de las conductas concurrentes aplicado en la instancia en el que se atribuyó a la víctima el 70% de la responsabilidad, al considerar que el riesgo que implica trepar por un rocódromo se vio manifiestamente agravado por el descuido de la monitora al enganchar incorrectamente el arnés.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 20 de septiembre de 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos resolutorios del presente recurso hemos de partir de los siguientes antecedentes, tal y como resulta de las sentencias de instancia.

1º) D. Gustavo contrató con Alquite-Inspectoría Salesiana Santiago El Mayor, entidad sin ánimo de lucro, reconocida como Escuela de Tiempo Libre por la Junta de Castilla y León, la realización de un curso intensivo de monitor a tiempo libre, que se componía de una fase teórica y otra de prácticas. Dicha entidad tenía suscrito un contrato de seguro de accidentes con Allianz Seguros y Reaseguros, S.A, así como otro de responsabilidad civil con Groupama Plus Ultra Seguros y Reaseguros, S.A.

2º) Finalizado el módulo teórico del curso, Alquite-Inspección Salesiana Santiago El Mayor suscribió un convenio de colaboración con Divernodi, S.L., en cuyas instalaciones los alumnos del citado curso podrían realizar la fase práctica del mismo, que se llevaría efecto en la instalación sita en la calle Velázquez n.º 13 de la ciudad de León, donde explotaba una actividad de parque temático infantil que, entre otras atracciones, contaba con un rocódromo.

Según dicho convenio, Divernodi “designará al coordinador de tiempo libre titulado encargado del seguimiento de las prácticas”. Dicha entidad tenía suscrito, a su vez, un contrato de seguro de responsabilidad civil con Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros, S.A.

3º) Sobre las 21 horas, del día 10 de febrero de 2010, el Sr. Gustavo subió, por iniciativa propia, al rocódromo, con la intención de bajar un cable, que había quedado suspendido en la parte alta de la precitada instalación, para lo que precisó la utilización del correspondiente arnés de seguridad, que le fue colocado por una de las trabajadoras de Divernodi, S.L. No obstante, al haberse colocado éste de forma incorrecta, el actor se precipitó al suelo desde seis metros de altura.

Como consecuencia de dicha caída sufrió diversas lesiones, que requirieron para su sanidad 17 días de hospitalización y 365 días de carácter impeditivo, y, además, le restaron varias secuelas funcionales, valoradas en 24 puntos, así como de naturaleza estética, apreciadas con la calificación de ligeras y cuantificadas con 4 puntos.

4º) El Sr. Gustavo promovió demanda contra Alquite-Inspección Salesiana Santiago El Mayor, así como contra Divernodi, S.L., y sus respectivas aseguradoras, que dio lugar al juicio ordinario 605/2014, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León, solicitando la condena de dichas personas jurídicas a abonarle, en concepto de daños y perjuicios sufridos, la suma total de 66.701,22 euros, más los intereses del art. 20 de la LCS éstos últimos contra las compañías aseguradoras interpeladas.

La codemandada Allianz Seguros y Reaseguros consignó la cantidad de 18.037,90 euros, antes de la audiencia previa del precitado juicio, por mor de la póliza de accidentes contratada con Alquite, por lo que el actor desistió de su demanda contra dicha compañía. De los 18.037,90 euros consignados, 2.437,90 euros lo fueron en concepto de indemnización por

gastos sanitarios, y 15.600 euros, en concepto de indemnización por secuelas funcionales.

5º) Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia por el referido juzgado, en la cual se estimó en parte la demanda interpuesta contra Divernodi, S.L., y su aseguradora Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros, S.A., al considerar que dichas entidades habían incurrido en responsabilidad civil extracontractual, en tanto cuanto la causa eficiente del evento dañoso enjuiciado radicó en la propia imprudencia del demandante, al acceder por iniciativa propia a la parte superior del rocódromo a retirar el cable que había quedado suspendido, que fue valorada en un porcentaje del 70%, y, en menor medida (un 30%), la contribución concausal de la conducta negligente de una de las trabajadoras de Divernodi, S.L., que le colocó incorrectamente el arnés de sujeción, lo que provocó las lesiones sufridas al caerse al suelo.

Sin embargo, desestimó la demanda interpuesta frente a Alquite Inspección Salesiana Santiago El Mayor y Groupama Plus Ultra Seguros y Reaseguros, al no constar acreditada acción u omisión dolosa o negligente de dicha entidad, en relación causal con el suceso acaecido, pues el daño se produjo en las instalaciones de Divernodi, S.L., por la acción de los trabajadores de ésta última, que permitieron la escalada, facilitaron el arnés para hacerla efectiva, y se lo colocaron indebidamente al demandante, lo que provocó su caída.

Por lo que respecta a la cuantificación del daño, de la indemnización que reclamaba el actor, de forma conjunta e indistinta, contra todas las entidades demandadas, fue deducida la cantidad, objeto de consignación por Allianz Seguros y Reaseguros, S.A., lo que determinó se condenara a Divernodi, S.L., y su aseguradora Fiatc, a la suma de 8.099 euros, más los intereses legales del art. 20 LCS a ésta última, una vez aplicada la compensación de culpas en el porcentaje antes indicado.

6º) Contra dicha resolución se interpuso por el actor recurso de apelación, cuyo conocimiento, por turno de reparto, correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de León, que confirmó la sentencia dictada por el referido Juzgado, si bien estimó el recurso de la compañía Fiatc, con respecto a la aplicación de la fórmula tabular para secuelas concurrentes, aunque su acogimiento no afectaba al montante indemnizatorio total, por lo que ratificó también



la indemnización fijada por el Juzgado.

7º) Contra dicha decisión se interpuso por el actor recurso de casación, en el que no se cuestionó la absolución de Alquite y, por lo tanto, la de su compañía aseguradora de responsabilidad civil, sino que se sostuvo la compatibilidad entre la cobertura del seguro de accidentes con el de responsabilidad civil, así como se cuestionó la contribución causal del actor en la génesis del daño, por considerar el evento dañoso responsabilidad de la codemandada Divernodi, S.L., y su aseguradora Fiatc.

SEGUNDO.- Examen del primero de los motivos de casación

En el primero de los motivos de casación, se alega la infracción de los arts. 73, 80, 100, 103, 104, 26 y 32 de la LCS, y se sostiene la compatibilidad entre el seguro de accidentes y los de responsabilidad civil suscritos, precisando que no es admisible que el desistimiento frente a la compañía Allianz, que abonó la indemnización correspondiente de acuerdo al baremo de accidentes pactado en la póliza suscrita con dicha mercantil, deba afectar al resto de las codemandadas. Es más, a la compañía Allianz no le es aplicable el baremo de tráfico conforme al cual se valora en la demanda el daño corporal sufrido por el actor. Por todo ello, no queda desvirtuada la petición de responsabilidad civil frente al resto de los codemandados, una vez que se desiste frente a la precitada compañía.

La parte recurrida se opone a la admisión de dicho motivo de casación. Tal petición debe ser atendida; toda vez que el recurso se fundamenta indebidamente en una relación heterogénea de preceptos de derecho material o sustantivo, con cuestiones además de naturaleza procesal, como la relativa al desistimiento contra la aseguradora Allianz.

Nos hemos manifestado, con reiteración, que la interposición del recurso de casación no puede consistir en un mero escrito de acarreo de alegaciones, al requerir una estructura ordenada, con tratamiento separado de cada cuestión debatida mediante la formulación del motivo correspondiente, lo que conduce al rechazo formal de aquéllos en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales, o jurídicas, cuando sean heterogéneas entre sí, o basadas en preceptos genéricos con un contenido demasiado amplio, por no ser función de esta Sala averiguar dónde se halla la infracción que se denuncia (senten-

cias 760/2011, de 4 de noviembre; 369/2021, de 28 de mayo y 389/2021, de 8 de junio, entre otras muchas).

Pues bien, en este caso, se citan además de los arts. 73 y 100 de la LCS, que definen legalmente los seguros de responsabilidad civil y accidentes, el art. 80 sobre los riesgos que comprenden los seguros de personas; el art. 103, que sostiene que, en el seguro de accidentes, los gastos de asistencia sanitaria serán por cuenta del asegurador, siempre que se haya establecido su cobertura expresamente en la póliza y que tal asistencia se haya efectuado en las condiciones previstas en el contrato; el art. 104, conforme al cual la determinación del grado de invalidez que derive del accidente se efectuará después de la presentación del certificado médico de incapacidad, que el asegurador notificará por escrito al asegurado la cuantía de la indemnización que le corresponde, de acuerdo con el grado de invalidez que deriva del certificado médico y de los baremos fijados en la póliza, y que, en caso de discrepancia, las partes se someterán a la decisión de peritos médicos; o en fin el art. 26, concerniente a que el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado; o el art. 32, que norma, para el caso de coaseguro, que “los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño”, estos últimos preceptos además relativos a las disposiciones generales correspondientes a los seguros de daños. Sin que este tribunal pueda, ni tan siquiera representarse, las razones por mor de las cuales estos preceptos han sido vulnerados, ni la base fáctica en la que se fundamenta su infracción, sin que sea admisible el acarreo de preceptos heterogéneos para que el tribunal indague su juego normativo en la decisión del litigio, no especificado por el recurrente, que se limita a la cita de la mentada relación indiscriminada de artículos de la Ley del Contrato de Seguro.

Por otra parte, la sentencia recurrida no niega la compatibilidad entre seguros, que se sostiene en el recurso, haciendo petición de principio o supuesto de la cuestión, sino que tiene en cuenta la pretensión formulada en la demanda, en cuyo suplico se solicita la condena indistinta de todas las entidades codemandadas a abonar al actor la suma postulada de 66.701,22 euros, en concepto de daños y perjuicios, por incumplimiento de las obligaciones que tienen asumidas de forma contractual o extracontractual; es decir, las derivadas del vínculo contraído con el actor para su formación como moni-

tor de tiempo libre, sin petición específica de la cantidad correspondiente al seguro de accidentes, por un lado, y de responsabilidad civil por otra, sino una indemnización conjunta con base al baremo de tráfico, lo que condujo al tribunal provincial a determinar de forma conjunta, tal y como fue postulado, la indemnización correspondiente al daño sufrido, cantidad a la que descontó la indemnización abonada por Allianz, en congruencia con la petición formulada.

La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación de este motivo de casación. No obsta que, en su día, fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que “la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos” (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

TERCERO.- Examen del segundo de los motivos de casación

1.-Fundamento y admisibilidad del recurso

En este caso, el recurso se formula por vulneración de los arts. 1103, en relación con los arts. 1902 y 1903, 1104 del CC, y art- 1.2 del RDL 8/2004, de 29 de octubre, así como la jurisprudencia aplicable a los supuestos de concurso de culpas en la génesis del daño y su valoración jurídica en atención a las circunstancias concurrentes.

Tal y como ha sido formulado, no se incurre en el defecto formal de alegación de preceptos heterogéneos o inconexos entre sí; pues los invocados, en el escrito de interposición, se refieren al deber de diligencia del deudor de la obligación y su moderación por los tribunales en el caso de concurrencia con conducta negligente de la víctima; preceptos que son aplicables tanto a la responsabilidad contractual como extra-

contractual. Mediante el examen de dicho motivo, el tribunal se encuentra en condiciones de conocer cuál es la cuestión controvertida, sometida a su consideración y la forma en que, a juicio del recurrente, la sentencia de la Audiencia ha infringido la jurisprudencia invocada para fundar el interés casacional alegado. Tampoco la parte recurrida sufre lesión alguna, en el ejercicio de su derecho de defensa, para tomar constancia del motivo de casación interpuesto y poder rebatirlo.

Se cita, expresamente, la jurisprudencia concerniente al concurso de conductas culposas en la génesis del daño, en cuyo caso ha de estarse a la reiteradísima doctrina de esta Sala, que considera facultad de los órganos de instancia la determinación del grado de contribución causal de la conducta culposa de la víctima a la producción del daño, lo que constituye una apreciación que debe ser respetada en casación, con la salvedad de que se advierta irracionalidad o falta de lógica en la valoración de las conductas de las personas intervinientes en el desencadenamiento del proceso causal. Concurso de culpas que igualmente admite, con repercusión en la moderación de la responsabilidad del demandado y reducción proporcional del daño, la sentencia de esta sala 513/2007, de 30 de abril, igualmente citada en el recurso.

Señalar, por último, que la formulación de este motivo de casación, no prescinde de los hechos declarados probados por la Audiencia, sino que parte precisamente de los mismos, en tanto en cuanto reconoce la relación existente entre actor y demandada, la incorrecta colocación del arnés por una empleada de la entidad recurrida, el hecho de que la víctima accedió al rocódromo para recoger el cable, que había quedado en su parte superior, sin oposición de los empleados de la demandada que, incluso, le facilitaron un arnés para llevar a efecto dicha operación, que no era de su incumbencia, ni le correspondía, pero que sin embargo voluntariamente asumió con la aquiescencia de aquéllos.

2.-La doctrina jurisprudencial aplicable al caso

Es pronunciamiento reiterado de esta Sala el que establece que, en principio y como regla general, corresponde al tribunal de instancia fijar el grado de participación de los distintos agentes en la producción del resultado dañoso, a los efectos de determinar las cuotas de

responsabilidad por concurrencia de culpas. Ahora bien, ello no impide su revisión en casación en los supuestos de grave desproporción o defectuosa apreciación del nexo causal (SSTS 388/2008, de 20 de mayo; 229/2010, de 25 de marzo; 732/2010, de 11 de noviembre y 200/2012, de 26 de marzo, entre otras). Y, en dicha labor, este tribunal debe partir de los hechos probados, los cuales no pueden ser alterados en casación (SSTS de 25 de marzo de 2010 RC n.º 1262/2004; 10 de diciembre de 2010, RCIP n.º 1963/2006; 13 de octubre de 2011, RC n.º 1354/2007 y 17 de noviembre de 2011, RCIP n.º 981/2008, entre otras muchas).

En efecto, esta sala ha venido admitiendo, como señaló la sentencia 724/2008, de 17 de julio, que cuando en la producción del daño concurren varias causas, debe acompasarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad (sentencias de 7 de octubre de 1988 y 5 de octubre de 2006), de manera que, si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el agente, debe distribuirse proporcionalmente el quantum (Sentencias de 1 de febrero, 12 de julio y 23 de septiembre de 1989), siendo la moderación de responsabilidades prevenida en el artículo 1103 del Código Civil, aplicable tanto a los casos de responsabilidad civil contractual como extracontractual.

Estos supuestos de convergencia de conductas negligentes generadoras del daño, se han analizado, más correctamente, partiendo del punto de vista de entender que más que una manifestación de un *ius moderandi* o de atribución normativa de facultades equitativas a los tribunales sentenciadores (art. 1103 CC), conforman un verdadero problema de causalidad, en tanto en cuanto el art. 1902 del CC obliga a reparar el daño causado a otro, no la parte de éste susceptible de ser atribuido a otro sujeto de derecho, como la propia víctima, que ha de pechar con las consecuencias de su acción u omisión. Desde esta perspectiva, la culpa exclusiva de la víctima rompe el nexo causal, mientras que la culpa concurrente lo rompe parcialmente, y, por ello, el agente no queda totalmente exonerado, sino parcialmente obligado a resarcir el daño causado, indemnizando a la víctima únicamente en la parte del daño que produjo o le es imputable.

Ello exige la determinación de unas cuotas ideales de aporte causal, en atención a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso litigioso, lo que requiere valorar las



conductas de los distintos sujetos intervinientes, en el proceso desencadenante del evento dañoso producido, tanto individualmente como en su conjunto, para determinar la concreta contribución de cada uno de ellos en su génesis y correlativo deber de reparación proporcional del daño.

Como, por su parte, indica la sentencia 415/2003, de 29 de abril:

“[...] en la indagación de si una concreta actuación previa ha sido causa directa e indirecta del daño sobrevenido, o de si varias de ellas han concurrido en igual o diferente proporción a su materialización, el Tribunal Supremo ha hecho referencia en numerosas ocasiones a que dentro del potencialmente infinito encadenamiento de causas y efectos la determinación del nexo causal entre el hecho de uno de los posibles agentes y el resultado dañoso ha de inspirarse en la valoración de aquellas circunstancias que el buen sentido señale como índice de responsabilidad (SSTS de 30 de diciembre de 1981 y 7 de enero de 1992) teniendo en cuenta, dentro de unas prudentes pautas, el sector del tráfico jurídico o el entorno físico y social donde se desarrollan los acontecimientos que preceden a un daño, pues no todos tienen la misma relevancia (STS de 3 de mayo de 1998)”.

3.- Valoración jurídica de las conductas concurrentes y estimación del recurso

A tales efectos, partimos de las circunstancias concurrentes que resultan de los hechos acreditados en la instancia. Otra cosa, es que no comportamos su valoración jurídica en función

de los argumentos siguientes:

1º) El daño se produce en las instalaciones de la demandada, en un entorno general por ella controlado, y, además, en un contexto, en que regía una obligación específica de vigilancia, en tanto en cuanto Divernodi, S.L., había asumido la coordinación de las prácticas del demandante, las cuales se llevaban a efecto en el parque temático de su titularidad.

2º) El actor, por iniciativa propia, tomó la decisión de escalar por la pared del rocódromo para retirar un cable, que había quedado suspendido en su parte superior. Pero ello, lo hizo con el conocimiento y beneplácito de la entidad demandada, que no sólo lo toleró, sino que le facilitó un arnés de adulto para ejecutar dicha tarea, pues los existentes en el lugar eran de tallaje de niños, que habían utilizado previamente la instalación para ascender por sus paredes.

3º) La escalada, ante la eventualidad de una caída, exigía la utilización de un arnés, que permitiera ejecutarla con las más elementales medidas de seguridad, a los efectos de prevenir los casos en que los usuarios pierden sus referencias de apoyo (presas), evitando de esta forma que se precipitaran al suelo.

4º) El arnés fue colocado, defectuosamente, por una trabajadora de la mercantil demandada, lo que provocó que perdiera su funcionalidad, de manera que no evitó la caída del actor, desde una altura de seis metros, que de otra forma no se hubiera producido al quedar suspendido del cable de sujeción.



5º) Esta omisión de la diligencia debida, en la sujeción del arnés, elevada al plano causal, es la decisiva en la génesis del daño, sin que deba considerarse concurrente un aporte causal jurídicamente relevante de la víctima que, si bien aceptó un cierto riesgo al escalar por la pared del rocódromo, éste resultaba perfectamente asumible, puesto que la instalación venía siendo utilizada por niños, a los que precisamente atendía el actor en sus prácticas como monitor, y, además, el rocódromo gozaba de las correspondientes autorizaciones administrativas, que permiten concluir que cumplía las exigencias legales de funcionamiento con las debidas medidas de seguridad.

6º) Por otra parte, la sentencia recurrida no precisa que el ascenso emprendido por el actor conformara un peligro agravado sobre el normal de la actividad; o que requiriese una especial cualificación reservada a los empleados de la demandada; es más, de ser ello así, ésta debió impedir la escalada del actor, lo que contrasta con su autorización implícita para llevarla a cabo.

7º) La causa material, directa y eficiente del daño sufrido fue la trascendente negligencia, en la que incurrió la empleada de la entidad demandada, por no asegurarse de que el arnés se hallaba debidamente ajustado. Al demandante, no le era exigible pensar que dicho elemento de sujeción se lo habían colocado defectuosamente, lo que determinó que comenzase la escalada sin hallarse cubierto del riesgo típico de que, al perder la sujeción o adherencia a las presas de los paneles, se

precipitase al vacío; por el contrario, llevó a efecto el ascenso confiado en la correcta colocación del arnés que neutralizaría tal riesgo.

8º) Es cierto que trepar por el rocódromo implica ciertos riesgos típicos o específicos, pero éstos se vieron manifiestamente agravados, por el comportamiento descuidado de la empleada de la demandada, en cuyo caso la asunción de riesgo por parte de la víctima resulta totalmente indiferente y el daño deberá ser íntegramente resarcido por su causante. No concurre, por lo tanto, el título de determinación de la causalidad jurídica de la competencia de la víctima. Cuando consta la causa determinante del evento dañoso, como es la defectuosa colocación del arnés, no puede retrocederse en el curso causal para imputar el daño a la víctima, que se limitó voluntariamente a escalar por el rocódromo con el precitado elemento de seguridad, que neutralizaría el riesgo de caer.

9º) En definitiva, la causa jurídicamente relevante del daño no fue la decisión de subir a retirar el cable, sino la defectuosa sujeción del arnés de seguridad, lo que provocó la precipitación del demandante, desde 6 metros de altura, que, en otro caso, no se hubiera producido y con ello el daño corporal sufrido.

El erróneo juicio valorativo de las conductas concurrentes es lo que determina que la Sala case la sentencia recurrida, en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta. Es, por ello, que estimamos el recurso, y por aplicación del art. 1903 del CC, la demandada debe responder, así como su compañía de seguros (art. 76 LCS).

4.-Asunción de la instancia

Con aceptación del daño corporal apreciado y valorado en las instancias, además no cuestionado, resultan: gastos de atención médica por 2.437,90 euros; por incapacidad temporal (estancia hospitalaria y días improductivos), con el porcentaje del 10%: 23.462,13 euros; secuelas funcionales: 24 puntos, por aplicación de la fórmula relativa a secuelas concurrentes, con el 10% del factor de corrección, a 31.439,76 euros. Por último, el perjuicio estético ligero: 4 puntos, lo que suponen 3.537,20 euros adicionales.

Todo ello, asciende a la cantidad de 60.876,99 euros.

Si a dicha suma le descontamos ahora, tal y como deriva del suplico de la demanda, la cantidad abonada por Allianz, de 18.037,90 euros, las codemandadas Divernodi, S.L., y su compañía de seguros Fiatc, deben ser condenadas a abonar la cantidad final de 42.839,09 euros, lo que supone la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el demandante.

CUARTO.- Costas y depósito

La estimación del recurso de casación conduce a que no se haga especial condena en costas (art. 398 LEC).

Con respecto a la devolución del depósito constituido para recurrir se aplica el régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.ª, apartado

8 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 el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia 110/2018, de 28 de marzo, dictada por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de León, en el recurso de apelación 504/2017, sin imposición de las costas correspondientes y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Casar la referida sentencia, y con estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocar también parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León, de 4 de septiembre de 2017, en el sentido de elevar la indemnización correspondiente a D. Gustavo, a la suma de 42.839,09 euros, con confirmación del resto de los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia.

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 **Víctor López Rodríguez**
Abogado

La exagerada atribución de cuota de responsabilidad aplicada a la víctima, tanto en la Instancia como por la Ilma. Audiencia Provincial de León, hizo plantear Recurso de Casación por Interés Casacional al considerar que había una grave desproporción o defectuosa apreciación del concurso de culpas y su valoración jurídica en atención a las circunstancias concurrentes del caso.

Además de la dificultad intrínseca de todo Recurso de Casación en el presente supuesto se debe añadir un plus de mayor complejidad al ser conocido el criterio consolidado de la Sala a través del cual se asume que es facultad de los órganos de instancia la determinación del grado de contribución causal de la conducta culposa de la víctima a la producción del daño, cuestión que se debe respetar en Casación, - *ello deja vedado y por tanto impide que se admita a trámite la Casación en la mayor parte de asuntos planteados con este argumento* - salvo que se observe irracionalidad o falta de lógica en la valoración de las conductas de las personas intervinientes en la producción del accidente.

(...) "resulta trascendental y clave de bóveda -conforme se planteó y argumento desde el inicio de la litis a través de la demanda rectora- integrar las conductas de los distintos sujetos intervinientes bajo una RELACIÓN DE APRENDIZAJE Y TUTELA habida cuenta de la formación teórica y práctica que venía recibiendo para su formación como Monitor de Tiempo Libre"...(...)

Al hilo de lo anteriormente expuesto la Sala, sin apartarse de los hechos declarados probados por la Audiencia, comparte el criterio del recurrente al interpretar las circunstancias concurrentes del asunto, valorando las conductas de los distintos sujetos intervinientes -tanto individualmente como en su conjunto- para así establecer la concreta contribución de cada uno de los sujetos a la causación del siniestro. Para ello resulta trascendental y clave de bóveda -conforme se planteó y argumento desde el inicio de la litis a través de la demanda rectora- integrar las conductas de los distintos sujetos intervinientes bajo una RELACIÓN DE APRENDIZAJE Y TUTELA habida cuenta de la formación teórica y práctica que venía recibiendo para su formación como Monitor de Tiempo Libre constituye una especial relación obligatoria entre las partes (tutor Vs alumno inexperto) con la influencia que ello tiene en orden a la imputación de la responsabilidad.

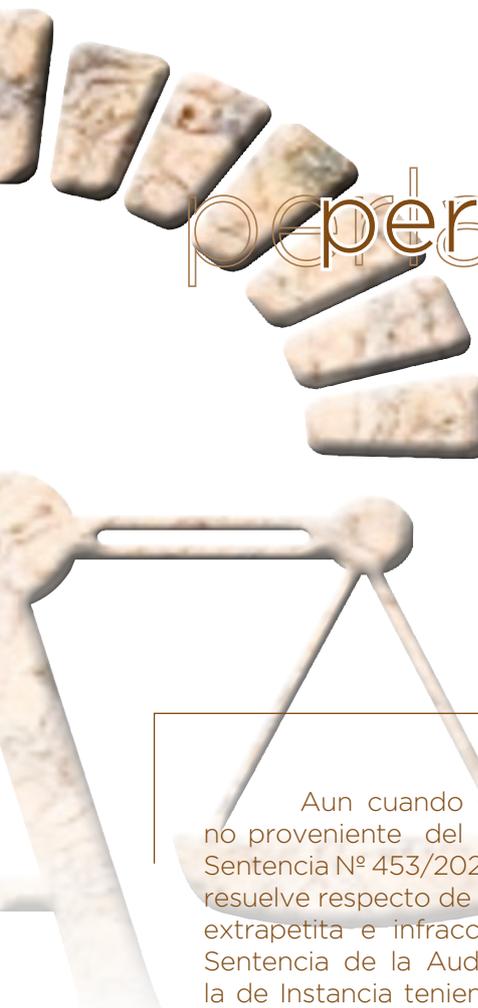
Ello nos lleva al análisis de la RELACIÓN DE APRENDIZAJE -naturaleza jurídica y obligaciones- en virtud de la posición doctrinal establecida por la doctrina mayoritaria, en concreto, lo dispuesto por D^o. Francisco Pertiñez Vilchez -Profesor Titular de Derecho Civil- en la obra "*La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos*" a través de la cual dispone que "(...) -La relación de aprendizaje: cuando el objeto de la prestación de servicios sea la enseñanza de una determinada modalidad deportiva, a lo apenas dicho sobre la inexperiencia del usuario, habría que añadir algunos rasgos específicos en orden a la imputación de responsabilidad, que derivan de la ESPECIAL RELACIÓN DE JERARQUÍA QUE SURGE ENTRE EL PROFESOR Y EL ALUMNO, EN VIRTUD DE LA CUAL ÉSTE SE PONE A LAS ÓRDENES DE AQUÉL. En primer lugar, el alumno

puede confiar legítimamente en que el profesor tenga la cualificación profesional necesaria para desempeñar la labor de aprendizaje, POR LO QUE SIEMPRE QUE EXISTA UNA RELACIÓN CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA FALTA DE LOS CONOCIMIENTOS NECESARIOS PARA DESEMPEÑAR ESTA LABOR TUTELAR, EL DAÑO SERÁ DEBIDO A UN INCREMENTO DEL RIESGO IMPUTABLE AL PRESTADOR DE SERVICIOS. Además, EL ALUMNO PUEDE CONFIAR EN QUE EL PROFESOR NO LE SOMETERÁ A MÁS RIESGOS QUE LOS QUE SEAN INEVITABLES PARA EL APREDIZAJE DE LA ACTIVIDAD, graduando siempre la dificultad de la práctica a su nivel de conocimiento (...).”.

Internalizando lo anteriormente expuesto a nuestro supuesto de hecho el ACTOR FUE VÍCTIMA DE UN ACCIDENTE QUE SE PRODUJO FUERA DEL ÁMBITO DE RIESGO ASUMIDO Y ACEPTADO HABIDA CUENTA DEL COMPORTAMIENTO NEGLIGENTE DE LA EMPRESA -y por ende su aseguradora- QUE TUTELABA LAS PRÁCTICAS al hilo de los datos fácticos pacíficos y objetivos que se detallan a continuación:

- La escuela que dio la fase teórica del curso no dio formación sobre el uso del rocódromo al alumno a pesar de que conocía que las prácticas se iban a realizar en el parque infantil que disponía de este dispositivo.
- La empresa en la que se desarrollaban las prácticas del curso no hizo control alguno sobre la formación de las personas que iban a tutelar al alumno en aquellas tareas del parque, en concreto, el rocódromo a pesar de ser incluido en el anteproyecto de prácticas.
- El alumno propone la actividad de subir al rocódromo por el hecho de que fue a él a quien se le recogió el cable sin que ningún tutor de los allí presentes emitiera prohibición.
- La tutora acepta la orden del responsable o propuesta del alumno motivo por el cual acude libre y voluntariamente a las dependencias donde se encontraba el arnés de adulto para proceder a su colocación con la aquiescencia del resto de trabajadores responsables del centro en ese momento.
- La tutora que coloca el arnés no estaba formada en la actividad de escalada en rocódromo.-
- El alumno deposita la confianza en el saber hacer de la tutora.
- La trabajadora colocó el arnés de forma incorrecta -causa única de la caída- lo que intensifica el riesgo ordinario inherente a la actividad inicialmente asumido por el alumno.-
- El alumno no realiza tarea alguna en la colocación del arnés.-

Atendiendo a tal realidad en la instancia se cometió -en palabras de la Sala “el erróneo juicio valorativo de las conductas concurrentes”- al atribuir una responsabilidad del 70% para la víctima ya que ello supone obviar por completo no sólo la prueba practicada en el acto de Juicio relativa al discurrir de los hechos previos, coetáneos y posteriores del accidente sino obviar la existencia de una relación de aprendizaje que como ha sido narrado tiene una enorme influencia sobre la valoración de las conductas concurrentes.



perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

Aun cuando se diluciden unos perjuicios personales (un mesotelioma epiteloide) no proveniente del tráfico rodado, sino de la exposición directa al polvo del amianto, la Sentencia N° 453/2021 del TS, de 28 de junio de 2021 -ponente Excmo. Sr Seoane Spiegelberg- resuelve respecto de la aplicación del conocido como baremo, descartando la incongruencia extrapetita e infracción del principio de la perpetuatio iurisdictionis, y confirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (4164/2018) que redujo lo acordado en la de Instancia teniendo en cuenta el fallecimiento de la demandante.” Cita y se apoya en otra sentencia de la misma sección de 7 de diciembre de 2017, ... que en tales casos «las consecuencias lesivas ya no atienden al futuro, porque desaparecieron con el fallecimiento, por lo que aquellos parámetros temporales y personales considerados en abstracto dejan de serlo porque se conocen los perjuicios, reales y ciertos, que ha sufrido desde la fecha del siniestro y que no quedan absorbidos por la muerte posterior por cuanto tienen entidad propia e independiente y han generado hasta ese momento unos perjuicios evidentes a la víctima susceptibles de reparación en un sistema que indemniza el daño corporal en razón de la edad y a las expectativas de vida del lesionado, y estas expectativas no se han cumplido por el fallecimiento anticipado de la víctima»....»Por todo ello, resulta procedente moderar las indemnizaciones por secuelas fisiológicas, en función esencialmente de la edad de la actora a su fallecimiento, acaecido con fecha 13 de mayo de 2017, y al tiempo transcurrido entre el diagnóstico de su enfermedad y el referido fallecimiento. Y la indemnización por incapacidad permanente absoluta está afectada por la misma moderación. Así, partiendo de que el informe de biopsia de pleura parietal, realizado a la actora, que concluye con el diagnóstico de Mesotelioma Epiteloide, se emite con fecha 12 de junio de 2014, y acaecido el fallecimiento con fecha 13 de mayo de 2017, le vamos a conceder una indemnización por secuelas fisiológicas de 13.726,34 euros, moderando la indemnización por secuelas fisiológicas reclamada en la demanda presentada, 39.218,10 euros, en un sesenta y cinco por ciento. A esta cantidad de 13.726,34 euros se deben añadir 38.000 euros como indemnización por incapacidad permanente en grado de absoluta; con un total indemnizatorio de 51.726,34 euros».

Y respecto de la “infracción de la jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, y el apartado 3 del anexo de éste (sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de ... en la medida en que en la sentencia se reduce sustancialmente la indemnización resultante de la aplicación del baremo a la fecha en que las lesiones quedaron consolidadas y fijado el daño producido, por el hecho de que, tras la sentencia dictada en primera instancia y antes de que se dictase la de apelación, falleció la demandante como consecuencia de la progresión de su enfermedad” decide .:

“En la sentencia del pleno de esta Sala 141/2021, de 15 de marzo, dictada en un caso similar al presente de contaminación de pasivos domésticos y medioambientales, por las partículas de amianto desprendidas por la actividad de la demandada en su fábrica de Cerdanyola, señalamos que: «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»».

En definitiva, insistimos que el carácter progresivo de la enfermedad padecida por la actora, irremediamente fatal a corto plazo, no era cuestión nueva, sino introducida por la actora en su demanda y objeto de prueba.

Su fallecimiento se produjo a consecuencia del curso natural de la evolución de la enfermedad padecida, que de forma inexorable conducía a la muerte, como así lamentablemente aconteció, y no por lo tanto por causas ajenas a la patología sufrida. No se niega la realidad de las lesiones permanentes, tributarias además de una incapacidad absoluta, sino que se cuantifica la indemnización apreciando las coordenadas temporales, pericialmente previsibles y ulteriormente corroboradas por el fallecimiento de la víctima, que constituye además el título legitimador de sus hijas para sostener el recurso formulado, cuestión distinta es la acción que les corresponde ex iure propio por el fallecimiento de su madre -según la demandada ya ejercitada con finalización



por acuerdo transaccional-, siendo ambas pretensiones compatibles como expresamente analizamos en la sentencia de Pleno 141/2021, de 15 de marzo.

En definitiva, el crédito resarcitorio, adquirido por herencia por las hijas de la actora, que les legitima por sucesión procesal (art. 16 de la LEC), no se puede desligar de la defunción de su madre, como título habilitante de su reclamación, sin que se pueda prescindir, para cuantificar su importe, de unas coordenadas temporales fatales a corto plazo y que ahora se convirtieron en dato cierto e indiscutible a la hora de fijar el quantum indemnizatorio procedente en virtud del conjunto argumental antes expuesto.”

llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas.

2. A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar «la

consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso.

Consecuentemente, el párrafo segundo del art. 269 CC prescribe que el juez debe precisar «los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo». No obstante, cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación. Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador. El párrafo tercero del art. 269 CC, al preverlo, remarca su carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación, esto es, los actos para los que se precise esa representación: «sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

En tercer lugar, el art. 269 CC establece como límite al contenido de la curatela, que no podrá incluir la mera

Con la importancia de ser (s.e.u.o) la primera sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que aplica, -interpretándola con criterio- la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, hay que conocer la Sentencia N.º 589/2021, de 8 de septiembre, -ponencia del Excmo. Sr Sancho Gargallo-, respecto de un Sr. que padece un síndrome de Diógenes, carente de apoyos familiares, y resistente activo a recibir ayudas o apoyos sociales:

“La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. En sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación «curatela» no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. El contenido de la curatela puede

máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

En segundo lugar, el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela

privación de derechos. Con ello la ley quiere evitar que la discapacidad pueda justificar directamente una privación de derechos, sin perjuicio de las limitaciones que puede conllevar la medida de apoyo acordada, por eso habla de «mera privación de derechos».

4. En la instancia ha quedado acreditado que D. padece un trastorno de la personalidad, un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. El juzgado se hace eco de los informes del médico forense y los servicios sociales, que destacan, para hacerse cargo de la situación, la nula conciencia que Damaso tiene del trastorno que padece y de sus consecuencias, en concreto, no se percata de las graves carencias de higiene y alimentación que tiene, así como del olor nauseabundo que desprende él y la casa, que se percibe en el descansillo del piso y en la entrada del inmueble. Esta situación ha acabado por provocarle una situación de aislamiento social, incluso de sus vecinos y otrora amigos, que además padecen las consecuencias. Al margen del trastorno de conducta, no se aprecian sustancialmente afectadas sus facultades cognitivas.

Es objetivo que el trastorno que padece D. está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Precisa de la ayuda de otras personas que aseguren la

satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad.

Estas medidas, que en su ejecución, como muy bien informa el ministerio fiscal, deben tratar de contar con la anuencia y colaboración del Sr. D., cuando fuera necesario podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no exista la anuencia del interesado.

5. En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado.

En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial

de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún

caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique.

El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando

la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar

o paliar esa degradación personal.

6. En consecuencia con lo anterior, estimamos en parte el recurso de casación, en cuanto que dejamos sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituimos la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, las confirmamos y completamos con algunas de las propuestas del fiscal.

En concreto, la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener. A la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de D. , así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias."



A partir del texto del art. 324 LECrim: “1. La investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa (reformado por Ley 2/2020, de 27 de julio, -el plazo deja de ser de 6 meses-)”.

Si, con anterioridad a la finalización del plazo, se constatare que no será posible finalizar la investigación, el juez, de oficio o a instancia de parte, oídas las partes podrá acordar prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses.

Las prórrogas se adoptarán mediante auto donde se expondrán razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, así como las concretas diligencias que es necesario practicar y su relevancia para la investigación. En su caso, la denegación de la prórroga también se acordará mediante resolución motivada.

3. Si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha.” surge el interrogante ¿Este plazo es “fatal”, inexorable?, conforme establece la Sentencia nº 445/2021, de 27 de mayo, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo -Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet-:

“3. La norma del Art. 324 LECrim al momento de los hechos señala, pues, que:

a) Los seis meses es un plazo de máximo, tope procesal “infranqueable”

b) El cómputo lo es desde la incoación del sumario o las diligencias previas, no después.

c) El Fiscal puede instar la declaración de complejidad de la causa y el juez acordarlo,

pero...antes de la expiración de ese plazo”;

d) consecuencias de la superación del plazo:

1) Inviabilidad de incorporar nuevo material instructorio

2) -Ni de practicar actuaciones adicionales,”

...”La reforma del texto por la Ley 41/2015... se trató de una “opción legislativa” “... el jurista no puede reinterpretarla contra el ejercicio del derecho de defensa del investigado en el proceso penal. Los plazos acordados en el Art 324 LECrim no son flexibles, sino imperativos o taxativos”.

“Las consecuencias procesales del incumplimiento de los plazos es... Se trataría de diligencias y actuaciones nulas.” “Las consecuencias procesales de la práctica de diligencias fuera del plazo fijado ex lege es que «no serán válidas», y ello arrastra todas las consecuencias que dimanar de esa nulidad acordada en la sentencia recurrida, como lo es la nulidad de lo actuado



y la consiguiente absolución en el caso de que se llegue a juicio oral con esta quiebra procesal en el procedimiento. El plazo fijado no es de carácter «voluntarista», o subsanable.”” No hay subsanación posible a una diligencia no válida ex origen. No puede admitirse esta declaración de que el plazo del art. 324 LECRIM; es impropio por esta Sala” “La principal consecuencia de la declaración de nulidad del auto de 20 de noviembre de 2017(que amplió indebidamente la instrucción) es la nulidad de toda la instrucción posterior y con ella la expulsión del acervo probatorio de las diligencias ordenadas con posterioridad al mismo, así como cualesquiera otras derivadas, de las que pudiese haberse tenido conocimiento a través de las primeras.”

En idéntico sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha decantado por el carácter preclusivo de los plazos de instrucción en STS 470/2017, de 22 de junio, cuando señala que, “transcurridos dichos plazos no pueden practicarse más diligencias de prueba” o en la STS 214/2018, de 8 de mayo “... lo que indica que lo acordado con posterioridad son actuaciones procesales no válidas”.

Producto de ello es la imposibilidad de declarar compleja la causa, de prorrogar, y que se haya de dictar alguna de las consecuencias procesales que se contemplan en el Art. 779 LECrim, entre otras el sobreseimiento de la causa, “... con arreglo al resultado de las que se hubiesen practicado antes del mencionado día.” (Auto 22/10/2018, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada- Ponente Excmo Srª Gonzalez Niño-).

Creo que todos asistimos a la proliferación, en la jurisdicción penal, de la negativa del investigado/ acusado, a responder a preguntas de parte alguna, o hacerlo solo a su letrado, para llegar a la vista oral, sustentar la versión que mejor encaje en su tesis, y conseguir que prospere esta -y no necesariamente la justicia- ;Sobre el silencio, constituye una interesante orientación la Sentencia N.º 618/2021 de 8 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo-ponencia Excmo. Sr, Del Moral García-:

“Tribunal Constitucional: ... STC 161/1997, de 2 de octubre... El silencio no es de ninguna forma signo de culpabilidad. Jamás una condena podrá basarse en el silencio del acusado.

Pero en determinados contextos y condiciones no es algo totalmente neutral en una valoración probatoria, como no son neutras (sino que pueden formar parte de la motivación fáctica) otras actitudes o estrategias procesales del acusado o de otras partes... Eso sucede en ocasiones con la negativa a declarar. No es signo de culpabilidad en modo alguno. El aserto el que calla, otorga es no solo falso, sino, además, llevado al mundo procesal, perverso. El que calla, sencillamente, calla.

Pero también es cierto que el silencio en la vida social, en el lenguaje, en la conversación, en una reunión o diálogo o discusión, a veces habla y comunica y es portador de mensajes según los contextos. No podemos

cegar esa fuente de convicción a los Tribunales penales: si se prohibiese formalmente, queriendo abolir lo que es una máxima de experiencia que manejada con prudencia y cautela puede proporcionar buenas razones, aparecería de forma camuflada e hipócrita y, por tanto, sin posibilidad de fiscalización: que el Tribunal aquí exprese honestamente que en su convicción ha pesado el silencio inicial del acusado, es lo que permite ahora a este acusado combatirlo con argumentos.

El silencio no siempre es neutro desde el punto de vista de la valoración probatoria; aunque obviamente si no hay pruebas inculpatorias en sentido estricto jamás podrá fundar una condena. Muchas veces, también en esos supuestos, no aportará absolutamente nada.

La tesis imperante en nuestra jurisprudencia y que parece inspirar a la Audiencia se aproxima a esa idea, aunque se expresa habitualmente apoyándose en la conocida como doctrina Murray: el silencio es un contraindicio poderoso cuando las pruebas de cargo que se presentan reclaman una explicación que solo el acusado podría dar, y éste, pudiendo hacerlo, se niega a proporcionarla (test de la explicación). Pero si no se está en esas circunstancias o hay otras explicaciones del silencio (el prudente asesoramiento del abogado, por ejemplo) ninguna consecuencia negativa puede extraerse de él. (...)Vayamos a algún ejemplo. La aparición de droga en alta cantidad en el maletero del vehículo propiedad de Ticio es un indicio poderoso para atribuir al citado un delito contra la salud pública. No será siempre definitivo: si aduce y demuestra que había dejado el vehículo a

Cayo y que éste es quien lo iba a usar en los días siguientes, el indicio se tambalea. O si explica que lo usan indistintamente varios amigos que comparten residencia.

Ahora bien, si Ticio guarda silencio y renuncia a dar explicación de ese hallazgo, no parece muy lógico absolver porque hipotéticamente sería posible que el coche lo usen otros. No resulta descabellado un sencillo razonamiento en virtud del cual se descarta esa hipótesis: si fuese real, Ticio se hubiese apresurado a explicarlo y alegarlo.

El silencio no siempre es neutro desde el punto de vista valorativo. Eso no significa que quien guarda silencio se convierte en sospechoso o que el silencio es un indicio de culpabilidad. No. Eso significa que el carácter concluyente de un cuadro indiciario robusto queda fortalecido y reforzado si frente al mismo no se contraponen una hipótesis posible por quien debería tenerla. Deducir que si no se ofrece es porque no se cuenta con ella es una regla de puro sentido común. Al Ticio del ejemplo no se le condena por haber guardado silencio sino por existir una sólida prueba que no ha contrarrestado con otra hipótesis y pese a que, en una situación igual si hubiese

dado esa explicación plausible, aunque no llegase a quedar demostrada, hubiera sido absuelto».

El condenado por un delito de estafa recurrió ante el Tribunal Supremo que en su sentencia N.º 591/2021 de dos de julio (Sala 2ª) -destaca " Es patente, al margen de la falta de legitimación, lo estrambótico de la pretensión: anular una sentencia y un juicio para llamar al tercero responsable civil no condenado y decidir, con su audiencia, quien debiera haber asumido la responsabilidad civil en caso de que el acusado fuese insolvente (que no consta que lo sea), si se hubiese declarado esa responsabilidad civil (que no se ha declarado)":

"...no se declaró la eventual responsabilidad civil subsidiaria del Club Deportivo de Fútbol A S reclamada por la acusación particular omitiéndose todo pronunciamiento sobre esa petición; y, consiguientemente, no se la citó para el juicio. Debíó haber sido parte y no

lo fue. No está legitimado un responsable penal para enarbolar en casación esa pretensión (STS 649/2019, de 14 de mayo); ni lo estaba como acusado para suscitarla como cuestión previa en la instancia en los momentos vestibulares del plenario. Es parte pasiva. Su rol procesal viene constreñido a lo que es su propia y exclusiva defensa. Ni puede acusar formalmente a terceros (podrá argumentar que un tercero es autor para combatir la acusación formulada contra él; pero jamás podrá solicitar su condena); ni puede reclamar la condena como responsable civil de otros. Él será siempre el responsable civil principal. Su situación material no se verá afectada porque haya otros posibles responsables. En su caso, si son preferentes (algún supuesto de responsabilidad civil directa), podrá luego repetir contra ellos; pero nunca traerlos al proceso penal, ni accionar en su seno contra ellos. En supuestos como el ahora examinado, el responsable penal será siempre el responsable civil principal, con independencia de que el riesgo de su insolvencia haya de ser cargado por el perjudicado o por esos posibles terceros responsables civiles que, si afrontan el pago de las indemnizaciones, siempre podrán repetir frente a él. Por tanto carece de gravamen."



Un joven en motocicleta practicaba enduro en grupo de cinco personas por una pista forestal entre etxebarria y larruscain, zona de servidumbre, o franja de terreno paralela a -de 3 metros de ancho- “desde el borde de la explanación en que se asienta el camino” a cada lado del camino de Santiago, y consecuencia de la caída de una rama de árbol resultó con lesiones muy graves (paraplejía, una gran invalidez etc...), reclamando tanto el lesionado como su madre, contra la propietaria del pinar y su aseguradora, cuya falta de legitimación pasiva fue primero estimada, y revocada por el Tribunal Supremo (ST n.º 372/2020 de 29 de junio), tras la cual se dicta Sentencia N.º 298/2020, de 21 de diciembre de 2020 por la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Bilbao, que confirma la condena -70% de responsabilidad la propietaria, 30% el lesionado- al considerar no haberse acreditado la fuerza mayor, y al amparo del Art. 1908 3ª del CC:

“En este sentido, la S.T.S. de 17 de marzo de 1998 establece una interesante distinción entre los distintos ámbitos de aplicación de los artículos 1902 y 1908.3º del Código Civil al señalar que: «El artículo 1.902, tiene sentido general y se extiende a toda acción u omisión que causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, de manera, que cuando a la producción del evento dañoso concurren causas concatenadas, sin solución eficaz de continuidad, originadas o no impedidas por conductas omisivas o comitivas negligentes, que provienen de distintas personas, la pluralidad de estas son responsables y comparten la totalidad de los daños con carácter solidario. En el caso, sin embargo, la inicial negligencia de la «Xunta» está reconocida por la propia sentencia impugnada, pues probado ha sido, como relata la sentencia de primera instancia que el singular e irregular emplazamiento del árbol dentro del talud se remontaba al tiempo de construcción de aquella vía por la Xunta de

Galicia, quien creó, por ello, un riesgo previsible que era evitable de mediar por su parte la elemental diligencia de retirarlo. El artículo 1.908-3º tiene sentido específico, por cuanto se refiere al propietario y a un evento determinado («caída de árboles colocados en sitios de tránsito»), pero, además, el supuesto normativo no exige directamente la culpa del propietario, por lo que se diferencia del supuesto anterior. Y esta diferencia, no carece de interés dado que, pese a las doctrinas sobre la inversión de la carga de la prueba, riesgos aportados, etc., que tienden a una aproximación de la culpa extracontractual con la responsabilidad objetiva, en aquella no puede faltar el reproche culpabilístico, mientras que la responsabilidad que deriva del artículo 1.908-3º se considera, junto con otros casos, como ejemplos dentro del Código civil de responsabilidad objetiva (v.g. no basta para excluirla una prueba del demandado sobre su actuación diligente; es preciso demostrar que

el accidente no lo ocasionó «la fuerza mayor»). Las sentencias de esta Sala de 14 de mayo de 1963 y 14 de marzo de 1968 explican perfectamente la naturaleza de esta responsabilidad: «es de advertir que como ya dijo este Tribunal en su sentencia de 14 de mayo de 1963, «No es cierto que la teoría de la responsabilidad objetiva haya quedado trasnochada sino que al contrario, es una aspiración en la evolución del derecho moderno, que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable que sobrevenga a consecuencia de su actuar o de las cosas que le pertenecen o están bajo su guarda...» hallándose en plena elaboración la delimitación de esos casos que ya se van abriendo paso en algunos Códigos progresivos, teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo, del riesgo jurídico, o de la causalidad viéndose ya algunos ejemplos en nuestro Código cuando dispone en el artículo 1.908, párrafo segundo, que «responderán los propietarios, de los daños causados... por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», sin exigir, como en otros supuestos de daños, que estos sobrevengan por haber construido sin las precauciones adecuadas, o por no estar las cosas en lugar seguro, o por falta de las reparaciones necesarias, como también el los daños producidos por caída de los árboles, por los causados por los animales e incluso por la caída de las cosas de los edificios (artículo 1.908, párrafo tercero). La acción que confiere el artículo 1.908 otorga al actor un plus de facilitación del éxito de su pretensión, superior al reconocido por el artículo 1.902».

La Sentencia N.º 679/2021, del 9 de septiembre de 2021, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo -ponencia Excmo. Sr del Moral Garcia- contiene interesantes reflexiones en torno a la seguridad vial a propósito de si la revocación de la retirada del permiso de conducir, consecuencia de una resolución de orden administrativo ha de desplegar su eficacia afectos penales ex tunc, es decir desde el momento en que se produjo la retirada; o ex nunc -solo desde la resolución anulando de oficio- y fuera del marco impugnatorio ordinario- las previas decisiones-:

“A efectos penales la anulación de la sanción ha de operar retroactivamente. Ha de borrarse cualquier efecto penal que hubiese podido derivarse de una sanción o medida anuladas. El bien jurídico protegido «seguridad vial» -que no «respeto a las resoluciones administrativas»- así lo impone. No estamos ante un delito de desobediencia o de rebeldía frente a una resolución administrativa, sino ante un delito contra la seguridad del tráfico rodado fundado en la presunción de que quien ve suspendida su licencia de conducir por acumulación de sanciones carece de aptitud para pilotar un vehículo de motor y, por tanto, su presencia en las carreteras a los mandos de un vehículo representa un peligro para la seguridad vial. Por eso, si con posterioridad se acredita que tal privación de puntos no se ajustaba a la legalidad, pierde su sustento el

delito (STS 803/2013, de 31 de octubre).

Es verdad que para muchos comentaristas y también para la Fiscalía General del Estado (Circular 10/2011), no solo se tutela la seguridad del tráfico frente al conductor que ha demostrado reiteradas veces su peligrosidad al volante (procedimientos sancionadores que han determinado la pérdida de vigencia del permiso por pérdida de puntos), sino también la autoridad de la Administración a la que se desobedece y cuya resolución se quebranta.

Se atribuye al tipo penal la naturaleza de un quebrantamiento especial, de desobediencia, de delito formal... Desde esta perspectiva, el delito existiría desde el instante en que se conduce incumpliendo (quebrantando) la resolución de pérdida de

vigencia por pérdida de los puntos. No desaparecería por el hecho de que luego se revise y anule en vía contenciosa -o administrativa- alguna de las sanciones que dieron lugar a la declaración administrativa en tanto subsistiría la actitud de desprecio a la disposición de la autoridad.

En el propósito del legislador pudo estar presente el afán de robustecer el acatamiento de esas decisiones de la Administración encargada de la Seguridad vial. Pero del producto legislativo, rectamente entendido, no puede derivarse esa conclusión. El bien tutelado primordialmente es la seguridad vial (elementos sistemático y teleológico). Solo de manera indirecta y no determinante o esencial, sino condicionada o subsidiaria, se protege el cumplimiento de la decisión administrativa. No se explicaría bien que este tipo de decisiones



vinculasen «más» que otras resoluciones administrativas. Asumir esa tesis nos llevaría a entender que el Derecho Penal «presta» su arsenal punitivo al Derecho Administrativo, convirtiéndose así, en contra de todos los principios, en un Derecho secundario, meramente reforzador del ordenamiento administrativo en materia de tráfico. Sin negarse que indirectamente se quiere fortalecer el debido acatamiento a las decisiones de la Administración, no es ese el núcleo de la tutela penal; no constituye el contenido sustancial de la antijuricidad de esta infracción.

Eso introduce en esta infracción un factor diferencial respecto de los delitos de quebrantamiento de condena.

En los clásicos delitos de quebrantamiento de condena o de medida cautelar, la ulterior revisión de la sentencia sobre la que se apoyaba la condena burlada; o la absolucón recaída en el procedimiento penal en que estaba vigente la medida cautelar que, por tanto, es dejada sin efecto, no determina la revisión de la condena por quebrantamiento. Por extremar la analogía podemos pensar en el delito de quebrantamiento de la privación cautelar del permiso de conducir impuesta judicialmente y tipificada

precisamente en el párrafo segundo del mismo art. 384 CP. Podría decirse que el argumento desarrollado hasta ahora llevaría a considerar revisable una condena penal basada en tal tipo, si el proceso penal que sirvió de marco a esa privación cautelar del permiso de conducir finalizó con una sentencia absolutoria. No es así. No son asimilables ambos supuestos pese a su aparente paralelismo que llega al extremo de compartir idéntico *ubi sistemático* en nuestra ley penal.

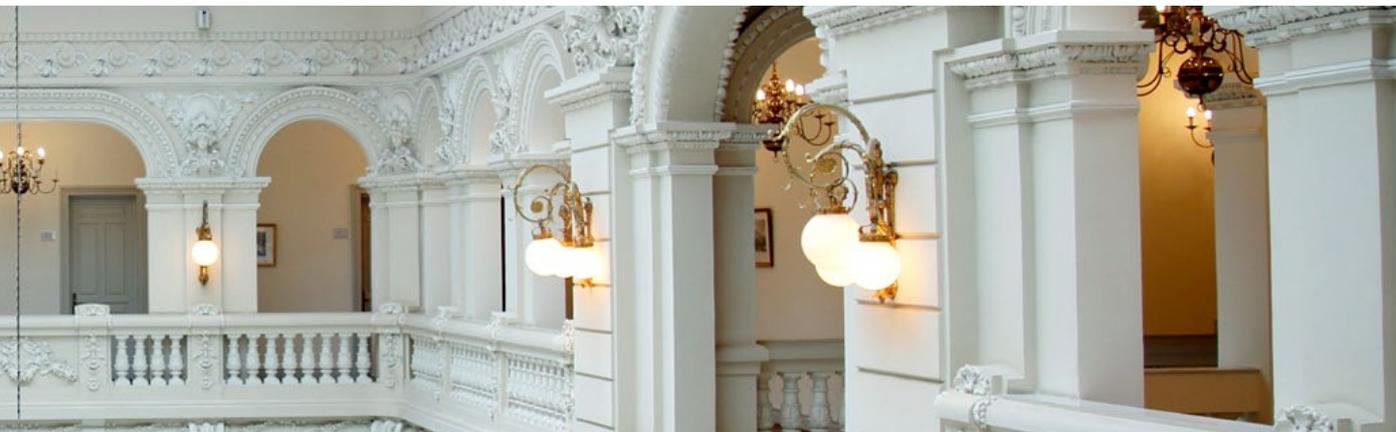
Las diferencias son de esencia y determinan una disparidad de régimen.

El respeto a una decisión judicial goza y debe gozar de mayor tutela penal. El bien jurídico «observancia y acatamiento de las resoluciones judiciales» reviste tal importancia que es objeto de específica protección en un título del Código Penal. Si esta infracción -quebrantamiento de la privación judicial del permiso de conducirse ha extraído de allí y se ha llevado a esta otra sede sistemática no es por razones ontológicas, sino de otra índole. Pero ese otro bien jurídico protegido, el cumplimiento de las decisiones judiciales (aunque también, aquí en un segundo plano, esté presente la protección de la

seguridad vial), tiene suficiente fuerza por sí solo como para justificar la reacción penal.

No sucede así con una resolución de la Administración como se comprueba repasando el Código Penal. El incumplimiento de una decisión administrativa solo atrae la protección penal, con ciertos condicionantes, a través del delito de desobediencia y siempre y cuando se constate un plus (intensidad y gravedad del incumplimiento). Por tanto, a diferencia del delito de conducción tras la privación judicial cautelar del permiso de conducir en que el bien predominantemente protegido es el respeto al acuerdo judicial, en el tipo del art. 384.1 (conducción con pérdida de vigencia del permiso) prima el bien jurídico seguridad vial. Eso propicia en materia de revisión por pérdida de eficacia de la resolución administrativa una respuesta diferente.

Quizás, sin embargo, y véase en esto un mero *obiter dicta*, el desenlace pudiera no ser el mismo si la revisión de la condena por el delito de quebrantamiento de la medida cautelar de privación del permiso se insta aduciendo que a través de un recurso la misma fue dejada sin efecto.”



Afirma con tino la Sentencia N.º 373/2020, de 30 de junio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo -ponencia Excmo. Sr Vela Torres-:

“Como explica la sentencia de pleno 252/2018, de 26 de abril (aclarada por auto de 17 de diciembre de 2018), cuya doctrina ha sido luego aplicada por las sentencias 170/2019, de 20 de marzo, 185/2019, de 26 de marzo y 555/2019, de 22 de octubre, cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas de los derechos de la asegurado (y no delimitadoras del riesgo) “

“La argumentación toma como presupuesto una inaceptable asimilación entre la condición de acusado y la de tercero responsable civil. Son dos posiciones muy diferentes. No todas las garantías predicables de aquél han de extenderse al responsable civil. Su estatuto es esencialmente distinto al del investigado aunque ambos sean partes pasivas (entre otros preceptos, vid. art. 118 LECrim). Puede ilustrarse esta afirmación con muchos ejemplos (régimen de sus declaraciones o de su presencia en el juicio, vgr.). Basta ahora recordar el cuadro normativo que diseñan los arts. 615 y ss LECrim sentando las bases del estatuto procesal del tercero responsable civil. Esa condición -tercero responsable civil- es más equiparable a la de un demandado en un proceso civil que a la del acusado. Por mucho que el marco procesal sea distinto (un proceso penal y no un procedimiento civil) y esté inspirado en las

garantías consustanciales al derecho penal, en último término las peticiones de responsabilidad civil frente a terceros constituyen un objeto civil accesorio, y no principal, del proceso penal. Guarda más simetría y analogías con la pretensión civil ejercitada ante la jurisdicción civil, que con la pretensión penal sin la cual no hay proceso penal.

Para el ejercicio de la acción penal es indispensable sobrepasar el llamado juicio de acusación, sin parangón en el proceso civil. Está pergeñado como garantía que evita el sometimiento a acusaciones infundadas. No existe una institución paralela en el proceso civil en tanto no se identifica una necesidad de filtrar demandas injustificadas equivalente a la que rige en el proceso penal cuya regulación viene inspirada y condicionada por el carácter estigmatizante que comporta ser acusado (no, en cambio, ser tercero responsable civil). Para abrir el juicio oral y salvaguardar el ejercicio del derecho de defensa constituyen presupuestos ineludibles que el acusado haya tenido ocasión de declarar sobre los hechos, que haya sido informado sobre el proceso y que haya podido oponerse eficazmente a esa apertura (art. 779.1.4ª LECrim que solo menciona expresamente al imputado). Esa triple garantía se articula mediante un régimen, igual en lo esencial pero distinto en las fórmulas procesales, en el procedimiento ordinario, en el procedimiento abreviado y en el procedimiento de jurado (procesamiento, auto de prosecución, auto de continuación del art. 26 LOTJ, combinados todos con la ulterior apertura de juicio oral).

Respecto de los terceros civiles eventualmente

¿La omisión en el auto que abre en el procedimiento abreviado la fase intermedia (auto de transformación Art 779,1. 4ª LECrim) de una parte, como eventual tercero responsable civil veda que las acusaciones y/o actores civiles pudiesen dirigir sus pretensiones contra ella? La sentencia N.º 647/2021 de la sala 2ª del Tribunal Supremo, de 19 de julio afronta la respuesta a esta cuestión- y a otras de interés-, sobre la base de que “todas las alegaciones del recurso versan sobre el objeto civil del proceso. Eso impide trasplantar sin matices, a veces de fuste, doctrinas elaboradas alrededor de la pretensión penal, por más que estemos ante una acción civil ejercitada e el proceso penal: ejercitada en el proceso penal, sí, pero pretensión civil a fin de cuentas”:

responsables, como se deriva de los arts. 615 y ss, lo necesario es que sean traídos al proceso antes del juicio oral. No es requisito indispensable para ello ni su declaración (que normalmente no se dará), ni una expresa constitución judicial anterior a la apertura del juicio oral. Siendo, desde luego, más correcto que esa expresa condición hubiese sido atribuida formalmente con anterioridad (art. 615 LECrim), nada impide que sea formalizada en al auto de apertura del juicio oral a la vista de los escritos de acusación (asimilables a la demanda a estos efectos) que incorporan también el ejercicio de la acción civil derivada de delito. Con eso quedan satisfechas las exigencias indeclinables del derecho de defensa de una parte pasiva civil.

A esa idea básica cabe adicionar otras razones -potísimas razones- para rechazarel motivo. Lanecesidad de identificar una efectiva indefensión, como explican en sus escritos de impugnación las partes recurridas, sería condición insoslayable para su prosperabilidad. No hace el más mínimo esfuerzo la recurrente en justificar qué merma de sus posibilidades de defensa ha podido sufrir. La prueba del nueve de tal aseveración consiste en intentar imaginar qué novedoso podría introducir la responsable civil en el caso de que -hipoteticemos se estimase su recurso y retrotrayésemos las actuaciones al momento del auto de transformación para que fuese ya allí oficializada su condición de tercero responsable civil. La secuencia se repetiría de forma idéntica.....Esta Sala ha tendido a interpretar el art. 120.4 de forma expansiva. No olvidemos que nos enfrentamos a una cuestión

de responsabilidad civil que consiente interpretaciones extensivas a diferencia de las materias de responsabilidad penal”

La Sentencia N.º 575/2021, de 26 de julio de la Sala 1ª del Tribunal Supremo - en ponencia del Excmo. Sr Seoane Spiegelberg- contiene precisas apreciaciones en torno al Art. 38 de la LCS:

“...la sentencia recurrida no incurre en tal infracción, en tanto en cuanto considera que, desde el punto de vista formal, el dictamen pericial, por defectos en el procedimiento, no puede ser impugnado al haber caducado la acción; sin embargo, ello no impide cuestionarlo, desde el punto de vista de la interpretación del contrato y de los ámbitos de la cobertura pactada, puesto que son éstas cuestiones estrictamente jurídicas, cuya determinación no corresponde a los peritos valoradores del daño.

...Señala la sentencia 25/2020, de 20 de enero, cuya doctrina reproduce la más reciente 28/2021, de 25 de enero, que: «El principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC, al decir: Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.

...Una sentencia es 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; 526/2020, de 14 de octubre o 37/2021, de 1 de febrero), 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 petitem), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte.

...Es cierto, que la demanda reconvenzional se fundamenta en el carácter inatacable del dictamen de peritos; mas tal cuestión es discutida por la compañía de seguros, que considera que no vincula con respecto a las cuestiones estrictamente concernientes a la interpretación del contrato de seguro, por ello postula una indemnización inferior a la reclamada en la demanda reconvenzional. La decisión llevada a efecto por la Audiencia no es, por consiguiente, incongruente, lo sería, por el contrario, si dejara de resolverla; esto es, si no se pronunciara sobre el ámbito vinculante del informe pericial circunscrito a la determinación de la valoración de las cosas y no a la decisión sobre el ámbito de la cobertura del seguro litigioso, al ser la primera una cuestión propia de la pericia, mientras que la segunda es de naturaleza jurídica reservada a los órganos jurisdiccionales con

intervención de los letrados de las partes.

...La sentencia de la Audiencia no incurre en el denunciado defecto. Motiva las razones conforme a las cuales, pese a que consideró caducada la acción de impugnación del dictamen de tercería (independientemente de que no aparece firmado ni consta en él la intervención de los tres peritos) era procedente entrar en el examen de las partidas indemnizatorias reclamadas, pues considera que el dictamen vincula en la «pura cuantificación de la indemnización», pero no en relación con la cuestión, propiamente jurídica y de valoración judicial, relativa a la determinación del ámbito de la cobertura según las condiciones particulares y generales de la póliza.

...la discrepancia de las partes en la valoración del daño convierte en preceptivo el procedimiento extrajudicial, constituyendo objeto exclusivo de la actividad pericial que se desarrolla la función liquidadora del mismo, determinando la fuerza vinculante del dictamen -conjunto siempre- emitido por unanimidad o mayoría, una vez firme, que, en buena lógica, alcanza exclusivamente a lo que es objeto de la actividad pericial, la liquidación del daño para la determinación de la indemnización a pagar por el asegurador»».

Acerca de la legitimación pasiva de la aseguradora de asistencia sanitaria resulta esclarecedora la Sentencia núm. 544/2021, de 19 de julio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo-Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas-, que revoca la precedente de la Audiencia Provincial de Alicante que había confirmado que la demandada carece de legitimación pasiva, puesto que no presta asistencia médica, sino que pone a disposición de sus asegurados un conjunto de instalaciones y medios, tanto técnicos como humanos, que conforman un listado de facultativos y centros, dentro de los que aquellos pueden elegir libremente, asumiendo la aseguradora directamente su coste a cambio de una prima:

“Entiende la parte recurrente que concurre legitimación pasiva en la aseguradora de asistencia sanitaria, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, dado que garantiza el servicio médico y hospitalario y la calidad del servicio, conforme establece el art. 105 de la LCS.

La sentencia 64/2018, de 6 de febrero, declaró: «El segundo tiene que ver con el criterio de imputación de responsabilidad a la aseguradora, que no ha sido cuestionado. La jurisprudencia de esta sala no imputa automáticamente responsabilidad a las entidades aseguradoras de la asistencia médica, como se ha sostenido por alguna doctrina. La sentencia 1242/2007, de 4 de diciembre, establece las bases o criterios doctrinales que se han ido reiterando en

posteriores sentencias y que no son más que la concreción de los criterios con que ha sido reconocida o rechazada, alternativa o combinadamente, en la jurisprudencia de esta sala, «en atención a las circunstancias de cada caso».

«Lo que se dice tiene relación con un aspecto indudablemente controvertido en la doctrina y en la solución de algunas Audiencias Provinciales sobre la delimitación del contenido de la prestación de la aseguradora: si el objeto del seguro de asistencia sanitaria se extiende a asegurar el daño cuya causa es la mala práctica profesional médica o si esa asunción directa del servicio, a que se refiere el artículo 105 de la LCS, se limita a la actividad de organización, financiación y provisión, pero no al acto médico, cumpliendo la aseguradora con contratar a profesionales con la titulación



y conocimientos necesarios para el ejercicio de la profesión médica sanitaria, y poner a cargo de estos profesionales la salud del paciente, y todo ello en atención a la forma en que se prestan estos servicios sanitarios, y el control que sobre los mismos tiene la aseguradora, teniendo en cuenta que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que «el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos».

«Se podrá discutir, como se razona en las sentencias 438/2009, de 4 de junio y 948/2011, de 16 de enero, si sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 de la LCS, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, pero lo cierto es que en su redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente

convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad».

De esta doctrina jurisprudencial se infiere que en la sentencia recurrida se ha incurrido en infracción de la doctrina jurisprudencial en la interpretación del art. 105 de la LCS, cuando en la sentencia de apelación se niega la legitimación pasiva de la aseguradora, al entender que ninguna influencia tiene la aseguradora en la prestación de los servicios médicos y hospitalarios.

Es más, del propio contrato que firma la aseguradora con el centro hospitalario consta que la ahora demandada se reserva la inspección de los niveles de calidad, implantación de protocolos o guías de práctica clínica, y el centro hospitalario se compromete a implementar los procesos de mejora implantados por S.

Es decir, la aseguradora no es una mera oferente de cuadros médicos y hospitalarios, por lo que concurre legitimación pasiva, en principio”,... En el desarrollo del motivo,”

Sentencia Nº 559/2021 de 22 de julio. de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. -Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena- M argumenta que la infracción se ha cometido al fijar el dies a quo del plazo de caducidad de la acción que se establece en tales preceptos, cuando existe un proceso penal, pues solo se vulnera el art. 24 de la Constitución cuando se declara caducada la acción de quien no ha sido notificado del archivo de las actuaciones penales cuando ha sido notificado de su inicio o existencia, lo que no habría ocurrido en el caso de la demandante.;

“De manera que si el órgano jurisdiccional no notifica el archivo de las actuaciones a las perjudicadas, no se les ha dado ocasión para conocer si el proceso penal ha finalizado y comienza a correr el plazo de prescripción para ejercitar la acción civil. Por tanto, subsistiendo la llamada acción civil derivada de delito por no haber renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose personado éste en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la resolución de archivo de las actuaciones penales; pues en otro caso, la ausencia de esta notificación es susceptible de afectar negativamente a la efectividad del derecho constitucional de las perjudicadas de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño sufrido (STC 220/1993, de 30 de junio, F. 4). Puede añadirse a ello que el desconocimiento

de la terminación del proceso penal, en cuanto obstáculo para el ejercicio separado de la acción civil por el perjudicado, no cabe atribuirlo a ningún tipo de falta de diligencia de éste respecto de una hipotética carga, a él imputable, de enterarse de la terminación de dicho proceso. Ese conocimiento se lo garantiza la Ley desde el momento en que el art. 270 LOPJ impone a los Tribunales el deber de notificar sus resoluciones no sólo a «todos los que sean parte en el pleito o causa», sino «también a quienes se refieran o puedan parar algún perjuicio».

4 [...] Importa poner de relieve que las resoluciones judiciales impugnadas han considerado que carecía de trascendencia el que no se hubiera notificado la resolución de archivo de las actuaciones penales a las perjudicadas, pues lo determinante para los órganos judiciales es la deducción de que el archivo de las actuaciones penales tuvo que ser necesariamente conocido por las recurrentes, bien través de la compañía aseguradora del vehículo de una de ellas, bien por haber depuesto las recurrentes como testigos en el pleito seguido a instancia de esa compañía aseguradora.

5 [...] d) La circunstancia de que el Juzgado de Instrucción no hubiera notificado a las perjudicadas el archivo de las actuaciones penales no ha sido apreciado como relevante, ni por el Juzgado de Primera Instancia ni por la Audiencia Provincial de Cáceres, cuyas resoluciones sostienen que las demandantes tuvieron conocimiento extraprocesal del sobreseimiento de las actuaciones penales. Fundan esa presunción en que las recurrentes intervinieron como

testigos en un procedimiento civil precedente (el promovido por la compañía aseguradora Lepanto, SA, contra la entidad Banco Vitalicio de España y el conductor del otro vehículo implicado en el accidente, en reclamación del importe satisfecho a doña Juliana . por los daños materiales causados al vehículo conducido por la misma) y en que la compañía aseguradora Lepanto, SA, se personó en las diligencias penales y lo hizo asistida del mismo Letrado que posteriormente ha firmado la demanda civil de las recurrentes que desestiman el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 y la Audiencia Provincial de Cáceres mediante las resoluciones ahora recurridas en amparo.

[...] sin que el hecho futuro de que la demanda civil presentada por las recurrentes fuera suscrita por el Letrado que lo fue también de la aseguradora permita sentar la presunción de que cualesquiera actuaciones conocidas en su momento por el Letrado de la aseguradora deban entenderse conocidas también por las personas posteriormente asistidas por tal Letrado en otros procedimientos. [...] El segundo dato en el que los órganos judiciales sustentan la presunción de que las recurrentes conocieron el sobreseimiento de las actuaciones penales es que las mismas intervinieron como testigos en el antes mencionado juicio verbal núm. 134/98 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cáceres. Al respecto hemos de convenir con el Ministerio Fiscal en que no se debe colegir que una persona tiene conciencia de que un proceso penal se ha archivado y comienza a computarse el plazo para el ejercicio de la acción civil, ni se puede tampoco exigir a

personas legas en Derecho tales conocimientos, sólo por el hecho de haber participado en otro pleito en el que ellas no son parte y que versa, para un profano, sobre el mismo accidente sufrido, para el que es difícil discriminar si se halla en un pleito nuevo o es continuación de las diligencias penales que pudieron incoarse en virtud del atestado elaborado por la Guardia Civil [...].

6 En definitiva, ha de concluirse que las Sentencias aquí impugnadas -por prescindir de la puesta en conocimiento de las perjudicadas del momento de finalización del proceso penal para que éstas pudieran iniciar el ejercicio de la acción civil en otro orden jurisdiccional, y al admitir en tales circunstancias el juego de la prescripción de la acción, pese a que no se le notificó el archivo de las actuaciones penales- están en oposición con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y, en particular, son contrarias a la plena efectividad del derecho de acceso de las perjudicadas a la jurisdicción en el orden civil».

7- Por tanto, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución la resolución judicial que considera caducada o prescrita la acción civil de exigencia de responsabilidad antes de que el perjudicado no personado tenga conocimiento de que el proceso penal ha sido archivado; y también vulnera este derecho fundamental la resolución que deduce de hechos inconcluyentes el conocimiento del archivo del proceso penal por aquel al que no ha sido notificada la resolución de archivo.”

No es infrecuente recibir una respuesta judicial análoga a la Sentencia N° 238/2020, de cuatro de junio Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Décima -Ponente: Excmo. Sr. Villafañez Gallego- :

“OCTAVO.- Corolario de todo lo razonado es que no cabe acoger la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Administración sanitaria pues, como recuerda la jurisprudencia antes citada, « si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis , no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido» ya que « la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados».

Y como el conocimiento sigue a quien lo posee y cultiva (aun cuando traslade su ámbito de ejercicio) hemos de citar la Sentencia N°. 67/2021, de 11 de marzo, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla (Sección de Apelación Penal- Granada)- Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco-:

“Pues bien, ambas decisiones, la calificación del perjuicio como medio y la puntuación asignada dentro de esa categoría, producen cierta estupefacción a la Sala, por mucho que se apoyen en el dictamen de la perito oficial, cuya objetividad e imparcialidad no equivalen a infalibilidad.

TERCERO.- En efecto, conforme a la definición escasamente técnica que proporciona la letra d) del artículo 102.2 LRCSCVM, el grado medio es el «que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior [el «importante»], como el que produce la amputación de más de un dedo de las manos o de los pies, la cojera relevante o las cicatrices especialmente visibles en la zona facial o extensas en otras zonas del cuerpo».

Teniendo en cuenta ese contenido de las categorías inmediatas superior e inferior y los ejemplos que acompañan a este dentro de la misma categoría de perjuicio medio es como puede entenderse correctamente que entiende la norma por «cicatrices extensas en otras zonas del cuerpo». Si la existencia de cicatrices visibles en la cara solo se califica como perjuicio moderado y para alcanzar el medio han de serlo «especialmente», y si el perjuicio medio es el inmediatamente inferior al que producen nada menos que la amputación de una pierna o un brazo o la paraplejía, una mínima coherencia valorativa ha de reservar la calificación de «extensas» a cicatrices que cubran un cierto porcentaje de la superficie corporal, como las que frecuentemente producen las quemaduras, los graves traumatismos múltiples o determinadas intervenciones quirúrgicas especialmente cruentas. No puede entrar en esa categoría una cicatriz lineal en el abdomen de 14 cm de longitud, o, lo que es lo mismo, bastante menos que un palmo.

Repárese, en el mismo sentido, en que los veinte puntos asignados en la sentencia de instancia a la cicatriz de autos representan el 40% de la valoración máxima posible correspondiente a un perjuicio «importantísimo», esto es, los 50 puntos reservados a supuestos de deformidad prácticamente monstruosa. La



falta de proporcionalidad de la puntuación impugnada nos parece así más que evidente.

A la misma conclusión se llega aplicando los criterios generales de valoración del perjuicio estético proporcionados por el artículo 102.1 LRCSCVM: grado de visibilidad ordinaria, atracción a la mirada de los demás, reacción emotiva que provoque y posibilidad de que ocasione una alteración en las relaciones interpersonales del afectado. La situación abdominal de la cicatriz que nos ocupa hace que solo sea visible cuando el lesionado lleve el torso desnudo, es decir, por lo general, solo en la intimidad o en la playa, y acaso en alguna práctica deportiva. Su carácter lineal y solo ligeramente pigmentado hace que la cicatriz no sea de aquellas que por su tamaño o espectacularidad atraen de modo irresistible la mirada, por más que la discreción y la compasión aconsejen apartarla. Esas mismas características, que evidencian su carácter

quirúrgico, excluyen que la visión de la cicatriz provoque temor o repugnancia o suscite una impresión negativa del sujeto, como ocurre con algunas cicatrices en la cara (chirlos, en lenguaje corriente) que dan cierto aspecto patibulario a quien las ostenta. Por último, parece evidente que las relaciones interpersonales del lesionado no han de verse afectadas negativamente por una cicatriz de las características expuestas.

Nos hemos referido solo a la cicatriz abdominal, puesto que las otras dos, por su extensión, características y localización revisten una importancia mucho menor, al borde de lo negligible (ya hemos visto que una de ellas es calificada en el informe de sanidad de «casi inestética»), y por sí solas apenas merecerían la mínima puntuación del sistema de valoración.

Por otra parte, ya que hemos criticado acerbamente la calificación y puntuación que

atribuye al perjuicio estético del lesionado el informe de sanidad, conviene ahora matizar que estamos muy lejos de sugerir que su autora, especialista como es en medicina legal, haya obrado de manera arbitraria, complaciente o poco profesional. Antes bien al contrario, creemos que, aunque no lo explicitara en su dictamen ni en su declaración en juicio, es muy posible que la médica forense haya aplicado alguno de los métodos de baremación numérica del perjuicio estético propuestos en el campo de su disciplina; incluso, de ser cierta esa hipótesis, nos atrevemos a aventurar que el escogido, por el origen profesional de sus autores, por el ámbito geográfico de la publicación y por su atención específica a la normativa española, sea uno concreto publicado en los Cuadernos de Medicina Forense, editados por la Asociación de Médicos Forenses de Andalucía (F. Rodes Lloret et al.: «Propuesta de un método para la valoración médico-legal del perjuicio estético por cicatrices», revista



citada, vol. 19, n.º 1-2, enero-junio 2013); pero este trabajo es anterior a la versión vigente del mal llamado baremo y a nuestro juicio su aplicación tiende en la práctica a atribuir una sobrevaloración a las cicatrices respecto a los criterios estrictamente legales. Más en general, es criterio de la Sala que el perjuicio estético no es tanto un concepto médico como intersubjetivo o social, a valorar con criterios jurídicos, y que no permite una medición estrictamente objetiva con factores numéricos, al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, con la limitación de los arcos de movimiento de una articulación.

En definitiva, por cuanto llevamos expuesto, consideramos que el perjuicio estético sufrido por la víctima ha de encuadrarse en la categoría de «moderado»; si bien, dada la pluralidad de las cicatrices y, sobre todo, la extensión y características no completamente normotróficas de la principal (la ligera pigmentación, la pequeña protuberancia central y las huellas puntiformes de las grapas), atribuiremos dentro de esta categoría una puntuación en la zona superior del tramo asignado en la tabla correspondiente del sistema, y en concreto la de once puntos.

No hemos llevado esa calificación y esa puntuación a los hechos probados, limitándonos a suprimir el inciso en que recogía las suyas la sentencia impugnada, por la razón arriba expuesta de estimar que la baremación del perjuicio estético no es propiamente un dato de hecho que pueda estimarse probada o no, sino una calificación jurídica.

CUARTO.- Llegados a este punto, se suscita un

problema adicional, derivado del modo algo perfunctorio con que todos los sujetos procesales han tratado la cuantificación de la responsabilidad civil, pese a que a esa cuestión se redujo a la postre la controversia procesal.

En efecto, aunque, como hemos dicho, las partes y el tribunal de instancia están de acuerdo en aplicar para fijar la cuantía resarcitoria el sistema legal de valoración de la LRCSCVM, ni uno ni otros se han molestado en desglosar las sumas que corresponden a cada concepto indemnizatorio (días hospitalarios, impeditivos y no impeditivos, algias postraumáticas y perjuicio estético), ni en precisar qué actualización anual de las cuantías del sistema han empleado en sus cálculos, ni tampoco, por último, en expresar si a las cuantías resultantes del baremo les han aplicado un factor corrector al alza por el carácter doloso de los hechos, como es práctica generalizada y convalidada por la jurisprudencia. Y esa ligereza alcanza su culminación cuando la parte recurrente propone que la baremación del perjuicio estético se sitúe dentro del tramo correspondiente al perjuicio moderado, pero no propone una puntuación concreta (hay que suponer que serán los 9 puntos que atribuye su perito) y mucho menos señala cuál es la cifra final en que, como consecuencia de esa reducción ha de quedar fijada la indemnización a favor del perjudicado, generando así un riesgo de incongruencia de la sentencia estimatoria.

Así las cosas, solo podemos proceder por aproximación, o mejor, por suposición. Daremos por sentado que el silencio al respecto implica que no se han incrementado las cuantías resultantes del baremo y que,

en aplicación del artículo 40.1 de la ley, se ha aplicado la actualización vigente para el año 2019, que es la que pudieron tener en cuenta las partes en sus escritos de conclusiones provisionales; pues aunque el juicio tuvo lugar ya en 2020 no hubo modificación de conclusiones en ese punto. Partiendo de ello, en la tabla 2.A.2 del sistema legal se observa que para un perjudicado de dieciocho años en la fecha del hecho dañoso (artículo 38 de la ley) 20 puntos se traducen en una cuantía económica de 28.491,32 euros; mientras que 11 puntos equivalen a 12.138,18 euros. De esta suerte, si a la indemnización total de 42.742,30 euros fijada en la sentencia de instancia se le restan 28.491,32 euros y se le suman 12.138,18 la operación, salvo error aritmético o de cifra que exhortamos a las partes a comprobar, arroja un resultado de 26.389,16 euros. En esa cifra debe ser fijada la indemnización, con estimación parcial del recurso de la defensa.”

Quando litigamos con la administración sanitaria, querríamos encontrar una predisposición semejante a la contenida en la Sentencia Nº 124/2021, de 3 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Coruña, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1- Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira--

“Respecto al primer extremo, no cabe duda de que el Sr. E padeció, entre los días 7 y 8 de mayo de 2014, una infección por *Pantoea*

agglomerans, que se aisló en los cultivos intraoperatorios de este paciente. Se trata -a tenor de la información que obra en el propio expediente- de un bacilo gram negativo (enterobacteria) frecuente en suelo, frutas y vegetales. Las infecciones en adultos son infrecuentes, siendo más comunes en población pediátrica. Se han descrito casos de infección a través de pinchazos accidentales de plantas. A nivel nosocomial, las infecciones se han relacionado con uso de catéteres intravenosos y contaminación de preparados parentales.

Algún estudio ha relacionado mayor riesgo de bacteriemia por este microorganismo en pacientes con reflujo gastroesofágico a tratamiento con antiácidos.

La circunstancia de que esa infección se produjo dentro de las instalaciones hospitalarias no aparece desacreditada en estos autos, y su aparición determinó decisivamente la demora en la práctica de la intervención quirúrgica que se tenía previsto realizar al paciente. Con esa finalidad había ingresado el día 4.

La innegable realidad de la infección, lo infrecuente

del resultado si se aplica una debida praxis, y la mayor probabilidad de que el origen esté en la actuación médica permite afirmar la responsabilidad sanitaria, salvo prueba en contrario. Acreditados por el actor los extremos anteriores no cabe exigirle mayor carga probatoria correspondiendo a la Administración, por el principio de disponibilidad probatoria (art. 217 LEC) acreditar que se tomaron todas las medidas para evitar el resultado, prueba que no se ha aportado

Dos son las razones por las que no cabe aminorar la indemnización que se otorga por responsabilidad patrimonial de la Administración. En primer lugar, por ser distinto el título jurídico que otorga el derecho a la indemnización, que no tienen (póliza de seguro de vida y responsabilidad patrimonial de la Administración) conexión alguna entre sí, por lo que no puede hablarse de enriquecimiento injusto. Por el contrario, tal enriquecimiento sí podría producirse, en favor de la Administración y aseguradora Adeslas, si pudieran resultar beneficiados por un hecho que les es totalmente ajeno, como es el concierto de la póliza de seguro de vida por quien ha sufrido el daño. En segundo lugar, porque en

todo caso la vulneración de la «lex artis» de la que procede la responsabilidad patrimonial que ahora se aprecia no deriva únicamente de la infección hospitalaria, sino también del inadecuado control y seguimiento, la demora en la realización de la resonancia magnética que se había solicitado con carácter urgente y el retraso en la intervención quirúrgica.”

Respondiendo al principio constitucional que aboga por la preponderancia de la oralidad en las diligencias penales, asistimos a la tendencia de que se graben audiovisualmente en Sala las declaraciones de los investigados ¿es conveniente, recomendable, exigible su transcripción judicial, antes de los escritos de acusación y defensa? De ello trata la Sentencia Nº 141/2021 de cinco de marzo, de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sección: 1, -ponente Excmo. Sr D. Secundino Alemán Almeida-:

“no solo comparte este ponente la tesis del Fiscal acerca de la necesidad de la transcripción de las diligencias de instrucción, así como que su falta puede llegar a dificultar seriamente su labor en la fase intermedia cuando estemos ante instrucciones complejas, sino que justamente por ello, cuando la pretensión del Fiscal sobre la necesidad de transcribir lo que no se extendiere por escrito se articula una vez concluida la fase de investigación, se ha de exigir cuanto menos una



potencialidad lesiva hacia la labor que ejerce el Fiscal en la fase intermedia como consecuencia de esa falta de documentación escrita de diligencias de investigación, sin llegar a exigir, que no es lo que pretende esta Sala, una cumplida acreditación del perjuicio más allá de que sea objetivamente factible su causación.

Dicho de otro modo, podemos convenir con el Fiscal que en investigaciones complejas con numerosísimas diligencias, con múltiples investigados y múltiples declaraciones, la falta de documentación escrita de todas ellas perjudicaría seriamente la crucial labor del Ministerio Fiscal en fase intermedia a la hora de calificar, pues resulta mucho más sencillo y hasta ágil analizar la constancia por escrito de la causa que tener que visualizar múltiples declaraciones que además hayan durado un tiempo apreciable, y que ni siquiera con los sistemas disponibles permite localizar un fragmento determinado, aparte de que en el momento de calificar lo lógico es tomar conocimiento del contenido íntegro de esas manifestaciones.”

¿Cuál es el criterio vigente del TS de competencia en materia de estafas? Lo recoge el Auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 10569/2021 de 19 de Julio:

“Según criterio reiterado de esta Sala «el delito de estafa se comete en todos los lugares en los que se han desarrollado las acciones del sujeto activo (engaño) o del

sujeto pasivo (desplazamiento patrimonial) y en el que se ha producido el perjuicio patrimonial (teoría de la ubicuidad)». Se complementa esa teoría de la ubicuidad con criterios de eficacia de la investigación. La competencia vendría determinada por el lugar donde la investigación puede resultar más ágil y viable.

La competencia corresponde, en principio al primer Juzgado que hubiese conocido de los hechos, conforme a los criterios de competencia establecidos en los artículos 14.2 y 15 de la LECrim, es decir el Juzgado de Lorca que es donde se iniciaron las investigaciones.”

Conforme al Auto nº 10958/2021, de 9 de septiembre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo “El recurso de revisión es un remedio extraordinario: implica un quebranto de la cosa juzgada con la consiguiente erosión de la seguridad jurídica.”:

“Pese a su denominación, no es la revisión un último o postrer recurso, sino un proceso diferente que solo cabe promover si se apoya en unas causas tasadas enumeradas en el art. 954 LECrim. Participan esas causales de un denominador común: todas se basan en hechos, datos o circunstancias aparecidos con posterioridad a la condena y no en defectos inmanentes al proceso.

Este proceso autónomo de revisión no va dirigido a

rectificar decisiones ya tomadas aduciendo circunstancias que ya constaban; o a volver a valorar la corrección de un pronunciamiento ya definitivo; sino a quebrar la firmeza de una sentencia por haber aflorado elementos nuevos que no figuraban en el proceso por ser desconocidos y que evidencian el error cometido. Exige su apertura un elemento de prueba de conocimiento sobrevenido, lo que presupone que era ignorado durante el curso del procedimiento; o sea, que debe haber aparecido o haber sido conocido después de la fecha de la Sentencia cuya revisión se pretende (ATS de 8 de febrero de 2019).

No estamos ante una nueva posibilidad de fiscalizar la corrección del enjuiciamiento, sino ante una herramienta excepcional solo utilizable si aparecen bien perfilados sus presupuestos. Interpretar de forma extensiva las causales de revisión supondría cuartear la seguridad jurídica, principio de rango constitucional (art. 9.3 CE).

La revisión no es una última posibilidad de corregir un posible error de la sentencia; ni una oportunidad para reorientar una estrategia jurídica defensiva equivocada; ni permite reaperturar la fase probatoria para introducir elementos de convicción que en el momento adecuado, por las razones que fueren, no se consideró procedente aportar; ni encierra una ocasión para aflorar versiones de los hechos no argüidas pero que ex post se consideran más convincentes y aptas para provocar un pronunciamiento exculpativo. El recurso de revisión exige antes que nada, como requisito sine qua non, que sobrevenga (lo que introduce un inexcusable factor temporal: venir después de...

del conocimiento de nuevos elementos de prueba que, por tanto, no harían podido ser aportados al ser desconocidos.

Es exigible que las pruebas no hubiesen podido proponerse en el proceso inicial, por causas razonables, lo que no aparece aquí suficientemente justificado.

Además de ello será necesario -y esto es un requisito no alternativo, sino añadido- que esos elementos sean relevantes en el sentido de que pueda afirmarse en un juicio *ex post* que, de haber sido conocidos, habría variado el sentido del fallo (art. 954.1ª LECrim).

En otro orden de cosas, cuando lo que se intenta, es mostrar la mendacidad de los testimonios que fundaban la condena, la Ley exige que esa cuestión sea ventilada previamente: será la sentencia condenatoria por falso testimonio (o acusación y denuncia falsa) la llave de la revisión (art. 954.1.a LECrim)."

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia nº. 998/2021, de nueve de Julio ha confirmado la sentencia de la Audiencia Nacional que declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios ocasionados a la viuda y a los dos hijos del cámara de televisión D. José Couso por la omisión de protección diplomática tras su fallecimiento durante la toma de Bagdad (Irak) el 8 de abril de 2003- ponencia del Excmo. Sr Olea Godoy-:

"los ciudadanos españoles tienen derecho a la protección diplomática por parte de la Administración nacional, para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un hecho ilícito, conforme al Derecho Internacional, ocasionado directamente por

otro Estado; siempre y cuando el propio perjudicado no haya podido obtener la reparación por los mecanismos de Derecho interno del Estado productor del daño, siempre que estén establecidos y sea razonable obtener un pronunciamiento expreso en tiempo razonable".

... "el mencionado derecho comprende la utilización de las vías diplomáticas que se consideren procedentes, conforme a las reglas de la actuación exterior de la Administración, o por otros medios admitidos por el Derecho Internacional, encaminada a la reparación del perjuicio ocasionado, siempre que dichos medios la hagan razonablemente admisibles"... "procederá la reclamación, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se acredite que el Estado español no ha prestado la protección diplomática, conforme a los

requisitos que le es exigido y atendiendo a la pérdida de oportunidad que comportaría dicha omisión, siempre que concurren los restantes presupuestos de dicha responsabilidad".

"Y en ese mismo sentido, precisamente por ese contenido de la protección, no puede pretender ampararse el rechazo de la Administración a su prestación en base, aducido ahora y no en su momento, de no haber agotado los originarios recurrentes los recursos internos de reclamación, es decir, no haber acudido a la defensa de sus derechos ante los Tribunales de los Estados Unidos; porque, sobre la dificultad de dicha reclamación es sumamente expresivo el razonamiento que se contienen en el informe del Consejo de Estado a que ya antes se hizo referencia, como deja constancia la sentencia de instancia y obliga a recordar los supuestos que el Proyecto exime de dicha exigencia, a lo que ya se hizo referencia anteriormente. Pero aún cabría añadir, que la necesidad de agotar los recursos internos, tiene una relevancia relativa cuando, sabido es por su notoriedad, que la protección jurisdiccional de una pretensión de esa naturaleza ante los Tribunales de los Estados Unidos comporta una importante disponibilidad económica de la que no consta pudieran asumir los recurrentes. En definitiva, si tan necesaria se consideraba por la Administración esa pretendida necesidad de haber realizado dicha reclamación, bien se pudo, no asumir esa reclamación la Administración española, que no está incluida en la protección, pero si facilitar los medios para dicha reclamación.

Pero lo que es decisivo para rechazar la argumentación del escrito de interposición es considerar que la Sala de instancia no reconoce el derecho de resarcimiento por el fallecimiento del padre y esposo de los recurrentes, menos aún, porque deba el

Estado español asumir el riesgo de un profesional nacional que fallece en el ejercicio de su actividad, sino que el título de imputación, necesario para apreciar la responsabilidad patrimonial, es el hecho de que el Estado español omitió la protección que le fue requerida y que estaba obligado, como hemos visto. Y que ello es así lo deja claro la sentencia de instancia, cuando declara que incluso se negó dar explicación alguna a la actitud silente de la Administración española ante la petición de los originarios recurrentes, que no es que no realizara actuación alguna relevante, sino que tan siquiera diera respuesta a esa petición.

“... en contra de lo que se opone por la Abogacía del Estado en el recurso, no puede entenderse que comporta la prestación diplomática las actuaciones que constan en el expediente y se invocan en el escrito de interposición, referidas a un mero canje de notas entre la Administración española y la norteamericana, que dan por bueno el relato de hecho, obviamente exculpatorio, dado por la segunda, como acertadamente concluyó la Sala de instancia. El Estado español estaba obligado, como se hace constar en la sentencia recurrida, a hacer gestiones en pro de una investigación internacional objetiva de los hechos y, en su caso, utilizar los medios que estimara procedente que pudiera dar como resultado la reparación del daño ocasionado, no a dar la callada por respuesta o limitarse a dar por buenos los argumentos dados en contra de la ilicitud del hecho por el Estado que lo ocasionó en cuanto si bien es cierto que el Estado español no puede imponer dicha declaración en el ámbito internacional, tampoco está obligado el

Estado español a dar por buenas esas explicaciones, como ya antes se dijo.

Es cierto que la protección diplomática, ya se dijo antes, no supone un servicio público de resultado, en el sentido de que deba obtenerse, en todo caso, la reparación del daño ocasionado por el Estado infractor, sino los medios para poder alcanzarlo, esto es, poner en ejercicio los medios, en todo caso pacíficos, que el Derecho Internacional habilita a esos fines. Y es en la elección de esos medios donde radica, como ya se razonó antes, la discrecionalidad de que goza el Estado y no, como parece que se pretende por la defensa de la Administración en este recurso, en el ejercicio o no del derecho de protección que es, en todo caso, imperativa. Lo que no es admisible es omitir cualquier acción que no sea la de dar por buenas las escuetas explicaciones dadas por las autoridades del Estado que ocasionó el daño, sino la búsqueda de una valoración objetiva de los hechos, con las consecuencias que resultaran procedentes.

Pero es que incluso sería de recordar el argumento a que antes se hizo referencia de que la discrecionalidad en nuestro Derecho no comporta una libertad absoluta de la Administración para adoptar una decisión que pudiera incurrir en la arbitrariedad, al apartarse de los fines para los que se confiere esa potestad. De ahí la necesidad de la motivación que, habiéndose omitido de todo punto en el caso de autos, genera el funcionamiento, y además anormal por más que sea irrelevante, de los servicios públicos, generando el daño que no es, en puridad de principios, el ocasionado por el fallecimiento del padre y es

de los recurrentes iniciales, sino la pérdida de oportunidad de que estos hubiesen obtenido la reparación del daño ocasionado. Y es esa pérdida de oportunidad la que se acoge por la Sala sentenciadora de instancia con la valoración de los perjuicios que se declaran en su sentencia, que no se cuestionan en casación.”

Respecto de la legitimación activa para reclamar por unos daños personalísimos que sólo sufrió el causante en vida y no reclamó antes de fallecer, la Sentencia nº 54/2021, de 5 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso Sección: 1(Oviedo), - Ponente: Luis Alberto Gomez Garcia:-

“SEGUNDO.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LA RECURRENTE. La actora, a tenor de los conceptos en los que sustenta la pretensión indemnizatoria, ejerce una acción para reclamar, no por los daños morales propios, sino por los daños físicos, molestias y morales ajenas, los de su padre, D. Genaro. Aun cuando no se formula por los codemandados causa de inadmisibilidad, por ausencia de legitimación, si procede hacer una serie de consideraciones en este punto. Para poder ejercer tal acción a título de heredero es preciso que la masa hereditaria se integre, bien del derecho conquistado a indemnización, bien del derecho litigioso (mediante subrogación), o bien del derecho a obtener una respuesta indemnizatoria,

que requiere, en principio, haber ejercido el interesado tal reclamación en vida. No existe un derecho genérico a reclamar que pueda actualizarse o ejercerse ex novo por los herederos, salvo en los casos en que se acredite la imposibilidad del titular de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al fallecer o quedar incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios. La STSJ Madrid de 20 de abril de 2018 (rec.795/2015) afirma que: « En cuanto a la legitimación para reclamar por los daños personales sufridos por el enfermo, esta Sala y Sección ha venido reconociendo legitimación activa a los herederos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios irrogados al causante, en los supuestos en que éste hubiera ejercitado la reclamación con antelación a su fallecimiento, momento en el que transmite ese derecho a sus herederos, por entender que el derecho ejercitado tiene naturaleza patrimonial y es plenamente transmisible (Sentencias 591/13, de 17 de julio , y 817/13, de 15 de noviembre). Junto a los anteriores, concurren asimismo otros pronunciamientos en los que se entiende que el título de heredero no es bastante para sustentar legitimación activa para reclamar por unos daños personalísimos que sólo sufrió el causante en vida y no reclamó antes de fallecer (Sentencia de la Sección 9ª, de 28 de febrero de 2013, recurso 977/2009).» En suma, lo que es «el derecho a reclamar» en formulación genérica y amparado por la legislación general administrativa podía ejercerse y actualizarse por la persona legitimada mientras vivía, pero se extingue con el fallecimiento (art.659 del Código Civil). Cosa diferente es el derecho a una

resolución sobre su reclamación administrativa, que si admite su transmisibilidad y ejercicio por los herederos. La STS de 16 de julio de 2004 (rec.7002/2000): «No se solicita por quienes ejercen esta acción que se repare el perjuicio que derivó para ellos del fallecimiento del ser querido sino que lo que se pretende que se repare es el pretium doloris que aquél experimentó durante el tiempo que transcurrió entre que se le diagnosticó la enfermedad y su muerte. No es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica, y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad que le fue transmitida. Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral, e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización, los beneficiarios de ella in iure propio, que no como herencia puesto que la indemnización no habría alcanzado a integrarse en el caudal hereditario, y, aun si así fuese, quienes tuvieran derecho a ella lo tendrían por el título de convivencia y afectividad más que por el de herederos propiamente dicho.» En esta línea la STS Civil de 2 de febrero de 2006 (rec 2181/1999), «..el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como «iure hereditatis», sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es

distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003 , que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte «iure proprio», las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en si 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». La STS, civil, de 13 de septiembre de 2012 (rec.20190/2009), hace referencia a un fallecimiento súbito por accidente que frustra la posibilidad de reclamar de manera que «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 función de la entidad e individualización del daño». En el caso de autos, cierto es que no concurre un fallecimiento inmediato, pero si acontece que desde el 27 de abril de 2017, el fallecido padre de la actora cae en una situación palmaria de invalidez, con imposibilidad de movilidad, y un proceso cancerígeno a término que justifica, sobradamente, la imposibilidad de adoptar decisiones en orden al ejercicio de una acción de responsabilidad. Por ello, en este preciso caso, dadas las excepcionales circunstancias concurrentes, la sala no se plantea la duda, trasladada a las partes, sobre la concurrencia de legitimación activa.”



Puesta al día internacional

Actualizaciones de interés en el ámbito Internacional:

por Alberto Pérez Cedillo
Abogado y Solicitor

LA SENTENCIA INGLESA TROKE & ANOR V AMGEN SEGUROS GENERALES COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SAU [2020] EWHC 2976 (QB)

Tras la sentencia inglesa Scales v MIB de 2 de julio de 2020, donde el tribunal inglés procedió a la aplicación del interés punitivo español contenido en el artículo 20 LCS, se abrió la puerta a que se empezasen a reclamar estos intereses por los demandantes en las acciones directas que han sido ejercitadas contra las aseguradoras españolas en Inglaterra. Ello en virtud de los artículos 10¹, 11² y 13.2³ del Reglamento 1215/2012 del Parlamento

1 “En materia de seguros, se determinará la competencia con arreglo a las disposiciones de la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 y en el artículo 7, punto 5”.

2 “1. El asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado:

- a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenga su domicilio;
- b) en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante, o
- c) si se trata de un coasegurador, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozcan de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro.

2. Cuando el asegurador no esté domiciliado en un Estado miembro, pero tenga sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro se le considerará, para los litigios relativos a su explotación, domiciliado en dicho Estado miembro”.

3 “2. Los artículos 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible”.

Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, por estar contemplada en el artículo 76 LCS la acción directa del perjudicado o de sus sucesores contra el asegurador, sin necesidad de ejercitar también dicha acción contra el asegurado.

El Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), establece como norma general en su artículo 4.1⁴ que, salvo disposición en contrario en el propio Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la ley del país donde se haya producido el daño. De acuerdo con este artículo, en aquellos accidentes que han tenido lugar en España y los tribunales de un Estado miembro, como por ejemplo Inglaterra hasta el 31 de diciembre de 2020, tengan jurisdicción para conocer del litigio, estos deberán aplicar ley española, excepto para la prueba y el proceso de conformidad con el artículo 1.3 de Roma II.

En la sentencia inglesa *Troke & Anor v Amgen Seguros Generales Compania De Seguros y Reaseguros SAU* [2020] EWHC 2976 (QB), se solicitó nuevamente por las partes al tribunal que decidiera si el interés por los daños derivados de un accidente de tráfico en España era una cuestión de procedimiento (y por tanto regido por la ley inglesa) o una cuestión de fondo (y por lo tanto regido por la ley española).

Los demandantes deseaban beneficiarse de las tasas de interés de conformidad con la legislación española en materia de seguros, que son significativamente más altas, y apelaron la sentencia del juez de primera instancia, que había determinado que la discreción del tribunal para otorgar intereses era una cuestión procesal regida por la ley inglesa.

El tribunal de apelación en esta ocasión concluyó que la facultad del tribunal inglés para conceder intereses es una cuestión procesal a los efectos de Roma II. Se reconoce en la sentencia de apelación que la ley española también otorga derecho a intereses. Sin embargo, dado que este derecho es discrecional y no absoluto, está debidamente caracterizado como una cuestión de procedimiento y por tanto no es una de las materias sustantivas cubiertas por el Artículo 15 de Roma II⁵.

4

5 "La ley aplicable a la obligación extracontractual con arre-



Si la ley extranjera establece un derecho absoluto (en lugar de discrecional) a los intereses, entonces la sentencia sugiere que también podrían ser invocados como parte de la *lex causae* aplicable en virtud del artículo 15 anteriormente mencionado. Concretamente, se determinó que “*si hay un derecho absoluto a los intereses bajo la lex causae, eso es parte de derecho sustantivo bajo Roma II y no estaría excluido por el Artículo 1 (3)*”. Al no ser obligatorio, sino discrecional, es un derecho procesal, a discreción del foro, y se regirá por la *lex fori*, no por la *lex causae*.

Para llegar a esta conclusión también se motivó por el tribunal de apelación que los

glo al presente Reglamento regula, en particular: a) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos; b) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad; c) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada; d) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño; e) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización; f) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente; g) la responsabilidad por actos de terceros; h) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad”.



expertos en derecho extranjero categorizaron los intereses del Artículo 20.4 LCS como “un interés de penalización”, que surge “cuando las aseguradoras no han realizado un pago relevante dentro de los 3 meses posteriores al accidente”. El tribunal inglés argumentó que: “*Una sanción es una sanción procesal (o incentivo). No es un derecho fundamental. También es de esperar que la adjudicación de una sanción quede en última instancia a discreción del tribunal (y por lo tanto procesal) en lugar de ser reclamada como un derecho absoluto (y por lo tanto parte del derecho sustantivo). Es por ello por lo que el tribunal de apelación concluyó que el Juez de Primera Instancia había acertado al calificar el interés en este caso como un asunto procesal y, por lo tanto, sujeto a la ley inglesa.*

Debe tenerse en cuenta que el Juez inglés también podría haber aplicado los tipos de interés españoles, no como una cuestión de *lex causae*, sino utilizando la discreción que le otorga la *lex fori*.

De esta forma concluyó el tribunal de apelación que: la concesión de intereses en este caso es una cuestión procesal excluida de Roma II por el artículo 1 (3); no existía un derecho sustantivo para obtener los intereses al tipo español en virtud de la *lex causae*; se podrían conceder intereses en virtud del artículo 69 de la Ley de Tribunales de 1984 de conformidad con la ley de Inglaterra y Gales como *lex fori*; y, en consecuencia, el juzgado de primera instancia tenía derecho a otorgar intereses conforme a las tasas inglesas y no las españolas.

LA SENTENCIA PANDYA V INTERSALONIKA GENERAL INSURANCE CO SA [2020] WHC 273 (QB)

El caso de Pandya contra Intersalonika General Insurance Co SA [2020] EWHC 273 (QB) ha abordado una cuestión interesante en relación con la prescripción de la acción cuando se aplica la ley extranjera de conformidad con el artículo 4.1 de Roma II. En el caso que nos ocupa el demandante, residente en Inglaterra y que sufrió un accidente en Grecia, demandó a la aseguradora griega en Inglaterra.

Bajo derecho griego, la acción por responsabilidad extracontractual prescribe a los 5 años y, para su interrupción es necesaria la interposición de la demanda y notificación de la misma en el plazo anteriormente estipulado.

La entidad demandada, tras ser notificada de la demanda inglesa, alegó la prescripción

de la acción bajo derecho griego debido a que, a pesar de que la demanda fue presentada dentro de los 5 años, la notificación se produjo transcurrido dicho plazo. Es por ello por lo que el tribunal inglés tuvo que analizar la cuestión sobre si la notificación debe estar comprendida en el artículo 1, apartado 3, de Roma II, que sería *lex fori*, o en el artículo 15, letra h), que sería *lex causae*. Conforme a Roma II la ley aplicable a la cuestión de la responsabilidad sería la ley griega y ley inglesa sería aplicable al procedimiento y la prueba.

El demandante alegó que, dado que la demanda se había presentado dentro del plazo de prescripción de Grecia, de conformidad con las normas procesales inglesas, el hecho de que no se hubiera notificado no era un problema y, por tanto, la notificación debía estar comprendida en las normas procesales inglesas.

El demandado argumentó que tanto la presentación como la notificación estaban incluidos en la ley griega sobre prescripción y,

por lo tanto, ambas cuestiones eran parte del derecho sustantivo, por lo que la notificación no podía considerarse parte del proceso en virtud de la legislación inglesa.

La prueba pericial aportada por ambas partes (abogados griegos) ante el tribunal inglés determinó que, según la ley griega sobre prescripción, la demanda tenía que ser presentada y notificada dentro del período de cinco años. El juez inglés, por tanto, concluyó que la notificación de la demanda no podía separarse de la ley griega sobre prescripción, que requería la presentación y notificación dentro del período de cinco años, argumentando que no era correcto que existiese un plazo de prescripción diferente en Inglaterra para aquellos casos en los que es aplicable la legislación griega. De forma que, en virtud de Roma II, todas las cuestiones relativas a la prescripción deben estar sujetas al derecho sustantivo aplicable, siendo la demanda desestimada.





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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Parte general
Delimitación y especies.
Elementos. Efectos o consecuencias

Mariano YZQUIERDO TOLSADA

7ª edición

CUATRECASAS

Dykinson, S.L.

NOVEDAD EDITORIAL

Un estudio detallado de los problemas generales de la responsabilidad civil extracontractual. Un libro accesible para todos, que resultará muy práctico no sólo para alumnos, sino también para juristas y todas aquellas personas, profesionales o no, que tengan interés en acercarse al mundo del Derecho y que actúan en los campos de la salud, del deporte, de la abogacía, etc.

7ª edición, 2021, 778 páginas

PVP: 62,00 €

Realice ahora su pedido a info@dykinson.com y benefíciase de un 5% de descuento

ÍNDICE

CAPÍTULO I. RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD CIVIL PURA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO: UNA INJUSTIFICADA DUALIDAD NORMATIVA

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN U OMISIÓN

CAPÍTULO V. EL DAÑO

CAPÍTULO VI. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

CAPÍTULO VII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (I). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS PROPIOS

CAPÍTULO VIII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (II). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS AJENOS

CAPÍTULO IX. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (III). EN LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS ANIMALES Y DE LAS COSAS INANIMADAS

CAPÍTULO X. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO XI. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO XII. VÍAS O CAUCES DE RECLAMACIÓN

CAPÍTULO XIII. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO XIV. LAS FORMAS DE REPARACIÓN

CAPÍTULO XV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

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

1/6

Este número es indicativo del riesgo del producto siendo 1/6 indicativo de menor riesgo y 6/6 de mayor riesgo.

Banco Santander está adscrito al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Para depósitos en dinero el importe máximo garantizado es de 100.000 euros por depositante en cada entidad de crédito.



En el Santander os tenemos en cuenta.

Por ello, tenemos una cuenta que se adapta a ti: **la Cuenta Justicia Santander, sin comisión de administración ni mantenimiento de la cuenta¹, TIN 0% y TAE 0%** cumpliendo condiciones, **sin comisión por transferencias en euros, nacionales y UE² solo por pertenecer a este Colectivo**, y con las tarjetas*:

- **Tarjeta One Débito**
Comisión de emisión y mantenimiento: 0€
- **Tarjeta de Crédito All in One³**
Comisión de emisión y mantenimiento: 0€

También tenemos una **oferta preferente de financiación** para ti.

Infórmate en el **915 123 123** o en nuestras oficinas.

1. TIN 0%. TAE 0% cumpliendo condiciones para un supuesto en el que se mantenga de forma constante durante 1 año un saldo diario de 7.000€, aplicando un tipo de interés nominal anual de 0% y una comisión de mantenimiento de 0€. 2. Exentas las transferencias en euros, nacionales y UE. No aplica a urgentes e inmediatas. *Consulta resto de condiciones en tu oficina más cercana. 3. TIN 18%. TAE: 19,56%, calculada conforme al sistema de amortización en cuotas constantes, considerando un importe dispuesto de 1.500€ y una comisión de emisión y mantenimiento de 0€. Importe total adeudado 1.650,24€ a devolver en 12 cuotas mensuales de 137,52€. Adicionalmente se cobrarán las comisiones, en su caso, asociadas a las operaciones realizadas.

XXI CONGRESO NACIONAL

GRANADA

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS
EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

11,12,13 de NOVIEMBRE de 2021 - Palacio de Congresos de Granada
www.asociacionabogadosrcs.org

Jueves día 11

12:00 h. Asamblea de la Asociación: Ilustre Colegio de Abogados de Granada Plaza de Santa Ana, 5

16:00 h. Entrega de acreditaciones – PALACIO DE CONGRESOS DE GRANADA

16:30 h. INAUGURACIÓN DEL CONGRESO
Excmo. Sr. D. Lorenzo del Río, Presidente del TSJA y
Excmo. Sr. D. Francisco Cuenca, Alcalde de Granada

17:00 h. PRIMERA PONENCIA:
«La responsabilidad civil por producto defectuoso tras la última reforma: la noción de «durabilidad» y la «ampliación del plazo de garantía» - **D. Alberto Tapia Hermida**. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

18:00 h. SEGUNDA PONENCIA:
«La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad» - **D. Esperanza Alcáin Martínez**. Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada. Patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad.

19:00 h. TERCERA PONENCIA:
«Responsabilidad civil y redes sociales: especial consideración a los daños sufridos o causados por menores de edad» - **D.ª María del Carmen García Garnica**. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada

20:30 h. Recogida por los autobuses en el Palacio de Congresos

21:00 h. Recepción y cena cóctel en el Carmen de los Martires.
Actuación del Coro del Colegio de Abogados de Granada

23:00 h. Recogida por los autobuses en el Carmen de los Martires y traslado a los hoteles recomendados o a Sala Aliatar.

23:30 h. Noche de reencuentro en Sala Aliatar
(precio especial en consumiciones).

Viernes día 12

09:30 h. CUARTA PONENCIA:
«Los daños causados por los patinetes eléctricos y otros vehículos de movilidad personal: víctimas, responsables y regímenes de responsabilidad aplicables» - **D. Fernando Peña López**. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña

10:30 h. QUINTA PONENCIA:
«Prevalencia de la regulación articulada sobre la tabular en el baremo de tráfico: el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo» - **D. Mariano Medina Crespo**. Abogado. Doctor en Derecho. Presidente de Honor de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro

11:30 h. Pausa Café

12:00 h. SEXTA PONENCIA:
«Cuestiones relevantes en la cuantificación del daño de los grandes lesionados» - **D. Javier López y García de la Serrana**. Abogado. Doctor en Derecho. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro

13:00 h. SÉPTIMA PONENCIA:
«Imputación por riesgo en el ámbito laboral: cuestiones prácticas en materia de responsabilidad civil del empresario» - **Excmo. Sr. D. Juan Martínez Moya**. Magistrado especialista en Derecho Laboral. Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

14:00 h. Almuerzo/ cóctel de trabajo. Palacio de Congresos de Granada.

16:30 h. OCTAVA PONENCIA:
«El control de transparencia en las cláusulas de los contratos de seguro» - **Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno**. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Ex Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

17:30 h. NOVENA PONENCIA:
«El seguro de defensa jurídica en la jurisprudencia reciente» - **Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile**. Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

18:30 h. DECIMA PONENCIA:
«El seguro de vida y sus distintas problemáticas» - **Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg**. Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

19:30 h. Clausura del Congreso.
Excmo. Sr. Leandro Cabrera Mercado
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada

21:00 h. Recogida por los autobuses en los hoteles recomendados por la organización para traslado a la Cena de Gala.

21:30 h. Cena de Gala con barra libre
(actuación de dos grupos musicales).
*habrá vuelta en autobús a diferentes horas desde la cena de gala hasta los hoteles recomendados.

Sábado día 13

10:00 h. Recogida en el Palacio de Congresos por los autobuses.

11:00 h. Visita a la Alhambra, Palacios Nazaries y a los Jardines del Generalife.

15:00 h. Almuerzo en Carmen Jardines de Alberto.

17:30 h. Recogida de Autobuses y traslado al Palacio de Congresos.

ORGANIZA



PATROCINA



COLABORA

