

nº 83

Tercer Trimestre. Año 2022



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Problemática del seguro de lucro cesante a raíz del cese de actividad por el Covid

RC de las residencias de la tercera edad en las que algunos de sus residentes fallecieron por covid-19

Colisión recíproca entre vehículos sin prueba de la contribución de cada conductor a la causación de los daños personales y materiales

asociacionabogadosrcs.org

Partner Académico



Colaborador Especial



Partnership



Despacho Top 1 de España en Derecho Digital

+ de 20 empresas y entidades entre las que se encuentra la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro



Máster en Digital Law and Business Tech

5 razones para decir SÍ

- Especialízate en el ejercicio y asesoramiento jurídico relacionado con el derecho digital y de las nuevas tecnologías, materia imprescindible para poder dar respuesta a una demanda en crecimiento imparable
- Las empresas tecnológicas y los principales despachos de abogados están buscando profesionales formados en esta materia y NO los encuentran
- Claustro docente conformado por directivos de ECIX Group, Microsoft, Telefónica, Garrigues, CaixaBank, Wolters Kluwer, Grupo Secuoya o T-Systems, entre otros
- Posibilidad de bonificar el máster a través de los créditos de FUNDAE con lo que el coste real del programa podría llegar a ser de 1.855 €
- Online o presencial, tú eliges. Realiza el máster desde tu despacho, tu casa o en las instalaciones de Cámara Granada

40% de descuento por ser primera edición

958 53 61 52

www.ediae.es

informacion@ediae.es

Cámara
Granada

ediae
Escuela de Dirección y Altos Estudios



nº83

Tercer Trimestre. Año 2022



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 83

EDITORIAL

- Barcelona, la ciudad de los prodigios

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

DOCTRINA

- Problemática del seguro de lucro cesante a raíz del cese de actividad por el Covid

Javier López y García de la Serrana.....11

- La posible responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad en la que algunos de sus residentes fallecieron por covid-19

Pedro Botello Hermosa.....33

- Colisión recíproca entre vehículos sin prueba de la contribución de cada conductor a la causación de los daños personales y materiales

Eliseo Sierra Noguero.....57

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 5 de julio de 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Se estima la acción subrogatoria ejercitada por la aseguradora de la comunidad de propietarios de propiedad horizontal contra el comunero causante de daños, al reclamarle aquella sólo la indemnización abonada por daños comunes.....73

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 7 de julio de 2022

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Accidente de circulación. Cuantificación de la indemnización que corresponde al demandante por el daño corporal sufrido conforme al baremo vigente el día del accidente, anterior a la entrada en vigor de la Ley 35/2015. Se concede la cantidad de 314.497,51 euros respecto a la víctima, en concepto de lesiones temporales, secuelas e incapacidad permanente absoluta en grado alto, en virtud del problema visual por el que tiene concedido un 85% de minusvalía. Se rechaza el perjuicio de ayuda de tercera persona, así como la reclamación por daños morales causados a familiares.....79

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 21 de julio de 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Establece doctrina. Sucesión de empresas. Incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual debido a una enfermedad profesional. La indemnización de daños y perjuicios debe ser abonada mancomunadamente, y no de forma solidaria, por las sucesivas empresas empleadoras, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de ellas.103

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 14 de septiembre de 2022

RESPONSABILIDAD CIVIL: La discordancia entre la cantidad que figura en el requerimiento previo de pago y la que figura en el registro de solvencia patrimonial no constituye por sí misma una vulneración del derecho al honor del afectado. Suficiencia del requerimiento de pago practicado por SMS y correo electrónico si se utiliza un servicio de entrega electrónica certificada.....113

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 19 de septiembre de 2022

RESPONSABILIDAD CIVIL: Establece doctrina. En caso de desistimiento del tomador del seguro posterior al plazo legal de 14 días, mientras que la aseguradora puede -mediante acuerdo entre las partes-, renunciar a la parte de la prima consumida, no puede ocurrir lo mismo con el Consorcio de Compensación de Seguros, por ser ésta una percepción que tiene el carácter de ingreso de derecho público y de la que la entidad aseguradora no puede disponer por más que sea ella la encargada de su recaudación.....119

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....129

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

Entorno a las recientes iniciativas comunitarias respecto de la responsabilidad civil extracontractual en materia de inteligencia artificial

Por *Jesus Pérez Morillas*.....149

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:

M^ª 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, Xavier Coca Verdaguer, 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, Pedro José Vela Torres y José Pérez Tirado.

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

Barcelona, la ciudad de los prodigios

por Javier López y García de la Serrana
Director

Sin duda el título de la novela de **EDUARDO MENDOZA** “*La Ciudad de los Prodigios*” es una acertada definición de la ciudad de Barcelona, una de las capitales más importantes de Europa, con una historia, una cultura y un vitalismo impresionantes. Una ciudad con una arquitectura única, eminentemente literaria, no en vano siempre ha sido una potencia editorial, sus calles, sus gentes, su vida, han sido retratados ininidad de veces por la literatura y el cine, Barcelona tiene una vida vibrante, siempre vanguardista, en permanente movimiento.

Con estos solos trazos, nos podemos imaginar que la ciudad atesora un grandísimo legado en todos los órdenes y como no puede ser de otra manera, esa fuerza creadora también lo ha sido en el ámbito legal del seguro, donde tantas y tan abundantes son sus contribuciones, que resultaría difícil hablar en estas breves líneas de todas ellas. La antigua *Barcino*, por donde se dice que pasaron victoriosas las legiones de **JULIO CÉSAR**, ya era una ciudad

con historia e incluso con leyenda, que estaba perfectamente articulada dentro del circuito cultural romano, conectada con la vía hercúlea y abierta al mar Mediterráneo. La impronta de Roma y su derecho, en un enclave comercial como éste, debió ser prontamente asumido, para la organización y el crecimiento comercial de la urbe. El pragmatismo del derecho romano aplicado a la actividad mercantil, ya nos deja un antecedente del seguro, que tomaría cuerpo en el préstamo a la gruesa (*nauticum foenus*) en el que los banqueros aseguraban las mercancías que se transportaban por mar, siendo devuelta esta cantidad con intereses por el armador, si la carga llegaba felizmente a puerto. También existían colegios (*collegia*) y cofradías en las que se agrupaban profesionales y artesanos, donde se fue consolidando una solidaridad que ayudara a los miembros que quedaban en situaciones de desprotección, o que cubriera los gastos del funeral que no podía asumir una familia.

La caída del Imperio Romano y los años de tumultos e invasiones supusieron una ruralización de la sociedad y una paralización de comercio que no volvería a reactivarse hasta la Edad Media, donde las asociaciones volvieron a florecer en forma de gremios, reactivándose el comercio por mar al calor de la pujanza mercantil de algunas ciudades, como las que conformaban la liga Hanseática o las

industriosas Repúblicas Italianas. Es aquí donde brilla nuevamente con luz propia la pujante ciudad de Barcelona desarrollando un intenso comercio por el Mediterráneo, que en nada tenía que envidiar a otras ciudades, gobernada por cinco concejales y el **CONSELL DE CENT**.

Para reglamentar este impresionante poderío comercial y con el antecedente de la herencia romana, se crea en el siglo XIV el Libro del Consulado del Mar, especie de código de derecho marítimo catalán, donde se plasmaron los usos y costumbres marítimos de Barcelona, cuyo contenido también se fue enriqueciendo con otros de las principales marinas comerciales del Mediterráneo. Esta magnífica obra legislativa tuvo gran aceptación y su uso fue muy extendido en todo el Mediterráneo y el levante Atlántico durante siglos, siendo considerada el germen del derecho marítimo internacional.

Todo esto por sí solo ya resulta un hito prodigioso y como es lógico también coadyuvó de manera definitiva al desarrollo y consolidación de los seguros modernos en el siglo XIV, pues como hemos citado, el seguro lucrativo tuvo su principal antecedente en el seguro marítimo y es aquí donde tenemos que señalar, que la primera vez que el contrato de seguro se regula con fuerza de ley será en las Ordenanzas de Barcelona de 1435, que conforman el primer documento de esta naturaleza que se conoce en el mundo.

Las Ordenanzas de 1435, redactadas por la propia urbe atestiguan la intensa actividad aseguradora que tuvo la Ciudad Condal, ya que fueron seguidas de una segunda codificación en 1458 y una tercera y final en 1484, siempre intentando limitar la práctica de cualquier tipo de abuso o fraude. Un ejemplo llamativo de esta regulación podemos encontrarlo en que no se permitiese asegurar la totalidad de la carga comercial para evitar que se fingiese, o fuere provocado, un naufragio con intención de cobrar el seguro, teniendo así el contratante interés en la preservación de las mercaderías.

El cambio del eje comercial del Mediterráneo al Atlántico supuso para el puerto de Barcelona una pérdida de su importancia estratégica comercial, no así el dinamismo de sus comerciantes, artesanos, industriales y banqueros. La Ciudad Condal vivió en el siglo XIX otra nueva época de esplendor, donde la confluencia de diversas fuerzas eclosionaron en una gran pujanza económica y un prodigioso despliegue cultural, Barcelona se expande y su

desarrollo urbano se racionaliza, siendo aquí donde también nace la preocupación por los incendios que se generan en la trama urbana.

El siglo XIX es igualmente la época en que se crearían las grandes compañías aseguradoras españolas, destacando la Sociedad de Seguros Mutuos contra Incendios de Barcelona de 1835, creada en sus inicios para cubrir la amenaza que suponían los incendios para los intereses de los propietarios, entidad que va camino de su bicentenario, como la más antigua de España y opera actualmente con la denominación de Mutua de Propietarios, Seguros y Reaseguros a Prima Fija.

La Ciudad Condal es una de esas capitales que atesoran tal caudal de patrimonio que es difícil no dejarse seducir por su historia, también en el campo del seguro, su nombre es una constante referencia, porque ha sido y es "*La Ciudad de los Prodigios*". Y todo ello nos obliga, a colaborar por mantener esa tradición jurídica milenaria de esta bella ciudad, teniendo para ello este año una magnífica oportunidad con la celebración en Barcelona del XXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogado Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro; un congreso 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.

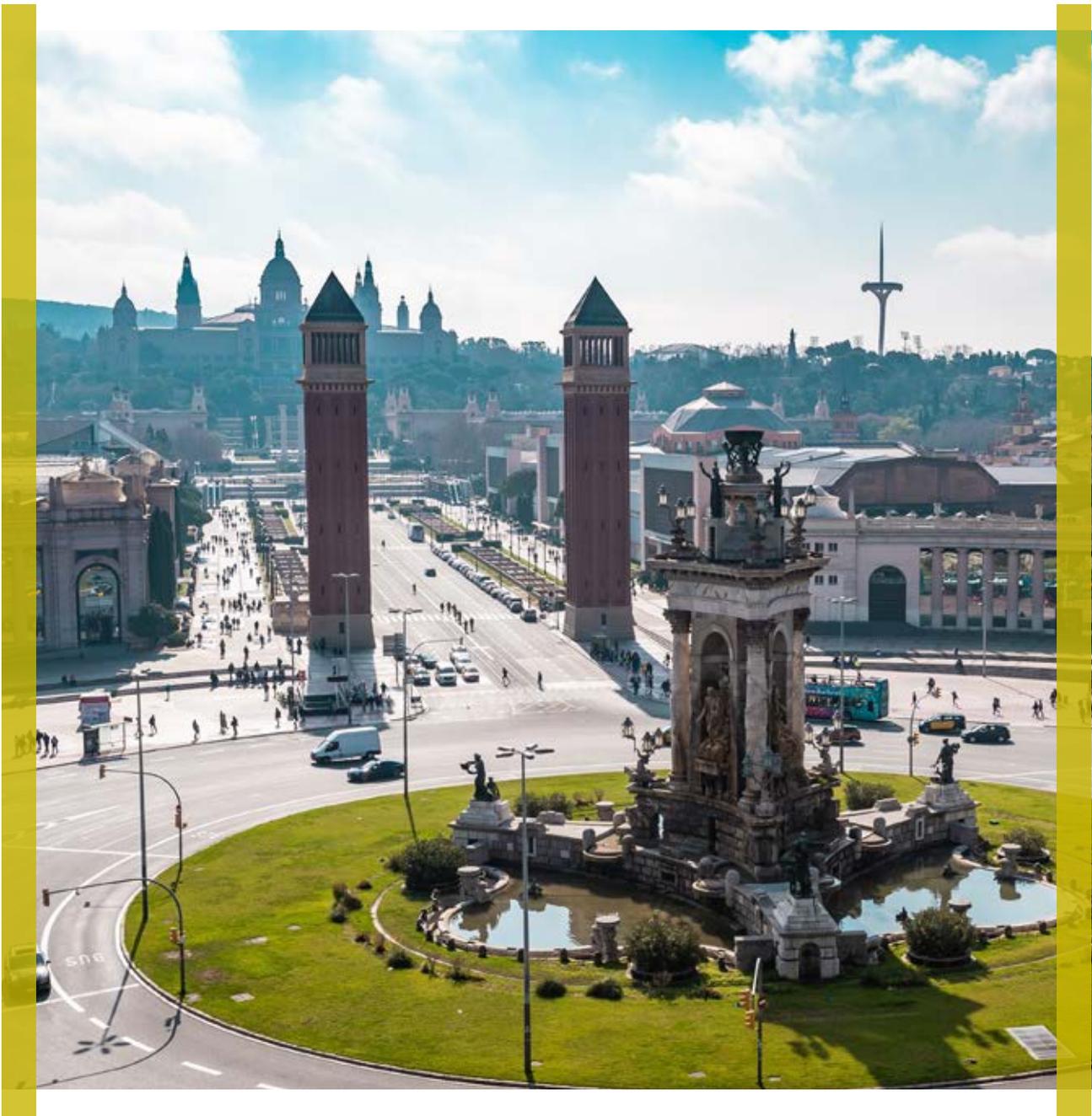
Comenzando por la primera de las ponencias que correrá a cargo de **MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, a quien estamos acostumbrados a recibir en nuestros Congresos y quien siempre nos sorprende con un tema de actualidad que llama nuestra atención sobre todos aquellos temas que aborda en sus intervenciones. En esta ocasión nos hablará sobre "**La Sentencia del caso Uralita, un compendio espléndido de cuestiones discutidas sobre responsabilidad civil**". Se trata de una magnífica ponencia donde se desmenuza la fundamentación jurídica de esta sentencia que tal y como anuncia su título, hace un repaso a algunas de las figuras más importantes que definen la responsabilidad civil, tales como la responsabilidad por riesgo, el alcance de la actuación diligente de aquel frente a quien se reclama, el nexo causal,

la compatibilidad de la indemnización por daño propio en calidad de perjudicado o por sucesión hereditaria, la jurisdicción competente o la propia valoración del daño. Una ponencia sin duda para no perderse.

En segundo lugar contaremos con la presencia de **IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**, fiscal de la Fiscalía Provincial de Madrid y ex letrado del Tribunal Constitucional, que nos trae un interesantísimo trabajo con el que nos permitirá profundizar en un tema tan recurrente como es la indemnización por vulneración del derecho al honor y a la intimidad. Su ponencia se titula **“La valoración de las consecuencias civiles de los atentados al honor y a la intimidad, 40**

años de la Ley Orgánica 1/1982.” Con este estudio podremos detenernos a pensar sobre las diferencias entre reintegración y reparación dentro del derecho de indemnización de los perjudicados ante este tipo de vulneración de derechos, y asimismo profundizaremos sobre los distintos conceptos susceptibles de indemnización en este caso, los cuales superan el mero daño moral, incluyendo otros como la pérdida de expectativa o el lucro cesante.

La tercera ponencia correrá a cargo de **LUIS MEDINA ALCOZ**, profesor titular de la UCM y ex letrado del Tribunal Constitucional, quien defiende un tema de gran actualidad analizando la **“Responsabilidad Patrimonial de**



la Administración y campañas de vacunación.”

No podemos negar que tras la pandemia que nos ha invadido y que aún sigue haciendo estragos en nuestra Sociedad, y tras habernos sometido a distintas dosis de vacunas sobre las que no teníamos una seguridad total, esta ponencia nos ayudará a conocer si realmente existe el derecho a la indemnización por parte de la Administración Sanitaria, no ya sólo por las reacciones adversas sufridas por algunos tras recibir esas vacunas, sino también por el propio daño moral que puede producir la ansiedad de verse sometido a una vacuna sobre la que no se conoce con certeza cuáles pueden ser sus efectos.

La primera mesa redonda del Congreso tendrá como participantes a **JORDI SEGUÍ PUNTAS**, magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, y a **JAVIER GÓRRIZ QUEVEDO**, médico especialista en traumatología y cirugía ortopédica. Ambos tratarán sobre **“El perjuicio personal por pérdida de calidad de vida por secuelas. Cuestiones prácticas y**

conflictos habituales”. Se trata de una perfecta combinación de los efectos jurídicos y médicos que deben ser analizados cuando se realiza el estudio de la pérdida de calidad de vida, un tema en el que aún surgen muchas dudas y diferentes criterios de interpretación. Ambos ofrecerán técnicas para la mejor valoración de este concepto y sobre todo para su aproximación a cada supuesto específico, desde una visión eminentemente práctica que nos ayudará, sin duda, para el día a día de nuestro trabajo en esta materia.

JUAN GARCÍA MARTIN, magistrado Presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, defenderá la cuarta ponencia titulada **“La valoración y la cuantificación del daño en los cárteles de vehículos”**. Es sin duda uno de los temas más novedosos de este año y de los que más interés despierta en los últimos meses. No cabe duda que los distintos pronunciamientos judiciales sobre la materia hacen preciso un análisis y estudio sobre los mismos, donde podamos sacar conclusiones e



ideas claras sobre los criterios que perfilan la resolución de estos asuntos. En esta ocasión el ponente nos ofrece el estudio sobre uno de los aspectos más esenciales de la materia cual es la cuantificación del daño, elemento sobre el que debe recaer gran parte del esfuerzo probatorio en este tipo de asuntos.

En la segunda mesa redonda prevista se abordan **“Las consecuencias de la Covid en el ámbito de la responsabilidad civil y el seguro”**, una de las materias que, tras dos años de pandemia, están suscitando mayores conflictos jurídicos, y que tendré el honor de debatir junto a un gran experto en la materia como es **JOSE ANTONIO BADILLO ARIAS**, profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares, así como gran colaborador con nuestra Asociación. Aunque han sido muchas las repercusiones que en nuestro ámbito de estudio ha tenido la pandemia provocada por la Covid-19, y que serán analizadas en esta mesa redonda, sin duda, la problemática suscitada a raíz del cese de actividad tras el decreto dictado por parte del Estado, en torno a si las consecuencias económicas derivadas de dicho cese de actividad deben o no estar cubiertas por el seguro de lucro cesante o pérdida de beneficios incluido en el seguro de negocio o multirriesgo de la actividad, están centralizando una gran parte de los procedimientos judiciales y extrajudiciales frente a las compañías de seguros. Por lo que en esta mesa redonda analizaremos, entre otras cuestiones, todas las resoluciones judiciales dictadas por las Audiencias Provinciales en esta materia, con lo que los asistentes podrán tener una imagen fiel del estado actual de la cuestión.

La quinta ponencia correrá a cargo de **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, otro asiduo ponente de nuestro Congreso y que en esta ocasión nos ofrece un estudio sobre **“La acción directa del perjudicado contra la aseguradora de la Administración sanitaria”**. Un tema sobre el que nunca acabamos de contestar a todas sus interrogantes y donde el ponente nos hablará sobre la naturaleza de esta acción, la jurisdicción competente, las alternativas del perjudicado frente a la Administración en supuestos de negligencia sanitaria y las consecuencias de índole civil. Una espléndida ocasión, sin duda, para ampliar nuestros conocimientos e intentar dar respuesta a nuestros interrogantes sobre este asunto.

En la sexta ponencia contaremos con otro ponente de prestigio que genera gran

admiración entre los miembros de esta Asociación, como es **PEDRO JOSÉ VELA TORRES**, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, quien abordará un tema de gran interés jurídico y práctico, como es el **“Análisis de la doctrina jurisprudencial sobre prescripción de las acciones de responsabilidad civil”**, donde expondrá una serie de cuestiones de una enorme relevancia respecto al instituto de la prescripción y que generan gran problemática ante los Tribunales, como es determinar el día inicial del cómputo de plazo prescriptivo, así como la forma y el término para interrumpir dicho plazo; y por último, analizará cómo la existencia de un seguro puede afectar a estas cuestiones relativas a la prescripción.

Nuestro querido **MARIANO MEDINA CRESPO**, presidente de honor de nuestra Asociación, nos ilustrará un año más acerca de los entresijos de las reformas introducidas por la Ley 35/2015, y en concreto, bajo la ponencia **“El Valorismo y los intereses en el Baremo de accidentes de tráfico. La presunta subasta de actualización del IPC en los intereses moratorios y sus efectos en el Art. 40 LRCSCVM”**, analizará todas las cuestiones relativas a la actualización de las cuantías legales y la actualización valorista de los créditos resarcitorios reconocidos, así como tratará la problemática que suscita en la práctica la aplicación de los artículos 40 y 49 de la LRCSCVM, para terminar como no podría ser de otra forma, aportando su granito de arena y ofreciendo una propuesta para la reforma del primero de esos dos artículos que en definitiva, pretende corregir los “defectos” de su regulación actual.

En octavo lugar se nos propone una apasionante ponencia bajo el título **“Responsabilidad del empresario por acoso laboral y despido nulo. Valoración del daño moral”**, que viene de la mano de un eminente jurista, gran conocedor de la materia gracias a su cargo de magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Hablamos como no podría ser de otra manera de **ANGEL BLASCO PELLICER**, quien entre otras materias, abordará cuestiones tan interesantes como la tutela del acoso laboral y los derechos fundamentales en el ámbito social, los entresijos del despido con vulneración de derechos fundamentales o una de las cuestiones que más controversia suscita en los tribunales de lo social, como es la cuantificación del daño moral derivado de estas prácticas laborales indebidas.

En la novena ponencia, titulada **“La aplicación del derecho de los consumidores**

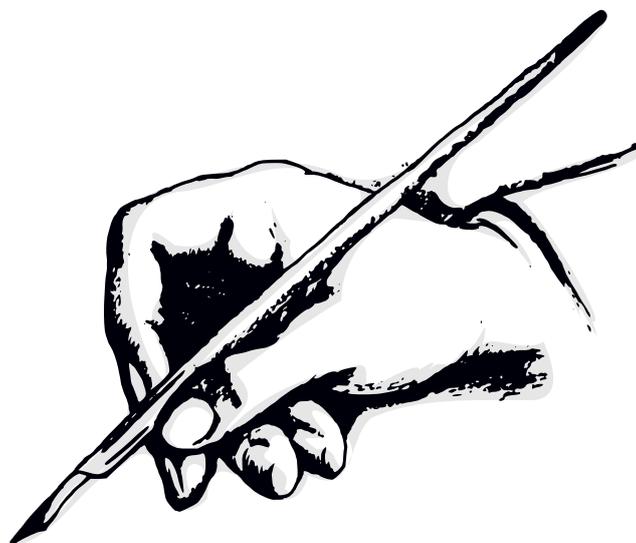
en los contratos de seguros”, se nos propone uno de los temas que no podía faltar, dada la gran evolución que están experimentando en los últimos años, entre otras cuestiones, los deberes de transparencia en los contratos de seguro, lo que está conllevando cada vez más, a apostar por la tutela específica del asegurado y tomador del seguro mediante la aplicación de la legislación de protección al consumidor. Igualmente, de una ponente de excepción como es **M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN** magistrada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, tendremos la oportunidad de conocer cómo se está realizando el control de la incorporación de las cláusulas oscuras y abusivas en las condiciones generales de contratación, así como la última jurisprudencia dictada en la materia.

El broche de oro lo pone sin duda un gran conocido y admirado por todos los miembros de esta Asociación, **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS**, magistrado que, tras dejar la presidencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo, vuelve a nuestro congreso en su condición de Vicepresidente del Tribunal Constitucional, y que sin duda nos dará una clase magistral sobre **“La evolución del derecho de daños en la doctrina del Tribunal Constitucional”**. Bajo este título el ponente expondrá algunas claves acerca de los requisitos para acceder a la protección constitucional y a la tutela judicial efectiva del derecho de daños. Aspectos tan relevantes como el derecho a una respuesta congruente, la prohibición de la arbitrariedad, el desconocimiento del carácter

vinculante del Sistema de Valoración o el error en la fijación de la indemnización, son algunas de las cuestiones que podrán ser enjuiciadas por el Tribunal Constitucional, y que gracias a esta ponencia tendremos el honor de analizar de la mano de uno de los mayores expertos en derecho de daños de los últimos tiempos, y que más ha contribuido al desarrollo de esta materia que tanto nos apasiona.

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 XXII Congreso Nacional que celebramos en Barcelona, aprendamos conviviendo y compartiendo nuestras inquietudes y experiencias profesionales de estos dos últimos años en los que tanto nos hemos echado de menos.

OCTUBRE DE 2022



doctrina

Problemática del seguro de lucro cesante a raíz del cese de actividad por el Covid



Javier López y García de la Serrana

Abogado. Profesor Contratado Doctor (Acred.)
Presidente de la Asociación Española de Abogados
Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN AL SEGURO DE LUCRO CESANTE POR PARALIZACIÓN DE ACTIVIDAD.

II.- EL SEGURO DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS, ¿SEGURO AUTÓNOMO O INDEPENDIENTE? PROBLEMÁTICA ACTUAL A RAÍZ DEL CESE DE ACTIVIDAD DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID.

- A) El cambio de paradigma que supuso la sentencia de 3 febrero de 2021 de la Audiencia Provincial de Girona a la hora de reclamar las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid-19.
- B) Otros pronunciamientos a favor de las empresas frente a sus respectivas aseguradoras.
- C) Pronunciamientos desestimando las reclamaciones de las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid.

III.- ¿QUÉ CONSIDERACIÓN DEBEN DE TENER LAS CLÁUSULAS CONTENIDAS EN EL CONTRATO DE SEGURO QUE CIRCUNSCRIBEN O LIMITAN EL ASEGURAMIENTO A QUE LAS PÉRDIDAS POR LA PARALIZACIÓN SEAN CONSECUENCIA DE UN DAÑO PREVIO CUBIERTO POR EL SEGURO?

IV.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN AL SEGURO DE LUCRO CESANTE POR PARALIZACIÓN DE ACTIVIDAD.

La cobertura de pérdida de beneficios debe analizarse bajo la perspectiva de lo establecido en el artículo 1 LCS. Dicho artículo estipula que “el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima, y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de

cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado”, y con lo dispuesto en el artículo 1.106 del Código Civil: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

Si bien, dentro del ámbito del contrato de seguro, para comprender el alcance del concepto de pérdida de beneficios indemnizable por la aseguradora, debemos de partir de lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de la LCS. Como veremos a continuación, estos preceptos exigen que el siniestro esté descrito en el contrato para que haya lugar a indemnización por lucro cesante, concretamente indica el artículo 63 de la LCS que *“en el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico, que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato”*. Añadiendo a continuación un segundo párrafo de máxima importancia: *“Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza”*.

Asimismo, el artículo 66 de la LCS establece que *“el titular de una Empresa puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando la Empresa quede paralizada total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato”*. Pero el siguiente artículo precisa que *“si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios las partes no podrán predefinir el importe de la indemnización”*.

Ahora bien, ¿qué cubre y qué queda al margen del riesgo de este seguro? A lo largo de este capítulo intentaremos dar respuesta a esta cuestión.

II.- EL SEGURO DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS, ¿SEGURO AUTÓNOMO O INDEPENDIENTE? PROBLEMÁTICA ACTUAL A RAÍZ DEL CESE DE ACTIVIDAD DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID.

Hasta la llegada de la pandemia del COVID-19, como pone manifiesto el profesor VEIGA COPO¹, eran pacíficas las causas etiológicas del evento siniestral de esta modalidad de seguro, -la interrupción y en su caso la paralización de la actividad empresarial aseguradas -estamos ante dos conceptos no miméticos pero sí íntimamente ligados y próximos- que se han anclado tradicionalmente en una noción clara de daño material, hoy, rota esa causalidad de daño material, es posible afirmar, o al menos cuestionar abiertamente, que el daño puede ser de otra índole y no

necesariamente causar un daño físico o material a la empresa, como es el daño reputacional, el daño cibernético y que acaba provocando una interrupción o paralización de la actividad empresarial.

En definitiva, lo que esta cobertura pretende asegurar es -en palabras de este autor- *“un hecho, normalmente súbito y repentino, ajeno a la intencionalidad del asegurado (cuestión distinta es si existe o no alguna intencionalidad de éste o sus dependientes en la realización del siniestro), que provoca un efecto disruptor, incluso traumático, que interrumpe todo el proceso empresarial sea momentáneamente, o con una duración más o menos prolongada en el tiempo, pudiendo conllevar hasta el cierre definitivo y disolución de esa empresa. A raíz del mismo se desencadena toda una plétora consecencial de daños, de gastos, de costes y, en último extremo y no por ello menos importante y vital, de pérdida de beneficios o ganancias”*.

Pero, la cuestión que más se está debatiendo en los dos últimos años es si estamos ante un seguro de daños o ante un seguro de pérdidas de beneficios, o lo que es lo mismo, ¿se trata de un seguro autónomo e independiente, o está causalizado?

La tendencia a la hora de interpretar este tipo de pólizas hasta la llegada de la crisis provocada por la pandemia del COVID-19, era la de pensar que en España no se garantiza un riesgo de forma independiente a un evento accidental claramente determinado en la póliza, sino que las pólizas se remitían a un evento o grupo de eventos identificados que producen un daño material concreto y atendible por la póliza. Es en ese marco, y en la medida que ese evento pueda producir, además, una reducción de la actividad, es lo que quedaría amparado por la cobertura de lucro cesante. De hecho, nos encontramos que una gran la mayoría de las Audiencias Provinciales se había pronunciado sobre la vinculación de la cobertura de pérdida de beneficios a la producción de un siniestro de daños cubierto en la póliza. En este sentido, y a modo de ejemplo, podemos destacar las siguientes sentencias:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 20 de septiembre de 2013² establece que *“La indemnización por pérdida de beneficios por la paralización de la actividad delimitada en la póliza no obligaba a la aseguradora, como pretendía el asegurado, a indemnizarle cualquiera que fuera la causa de la paralización, sino únicamente en el caso de que*

¹ VEIGA COPO, A.: *“El seguro de pérdida de beneficios e interrupción de negocio”*, nº970 - 28 de enero de 2021, en Revista Legal Today.

² SAP GIRONA Núm. 835/2013, de 20 de septiembre.

ésta se hubiera debido a daños directos en los bienes asegurables y cubiertos por la póliza, es decir, solo en el caso de que dicha interrupción fuese consecuencia de haberse producido daños directos en la Maquinaria, Ordenadores o Equipos Electrónicos como consecuencia de lo que la póliza define como fenómeno eléctrico”.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de abril de 2017³ viene a concretar que *“se trata del denominado seguro de pérdida de beneficios o de lucro cesante, previsto en el artículo 63 de la Ley del Contrato de Seguro, según el cual, la pérdida de beneficios cubre la interrupción de la actividad de la empresa provocada necesariamente por daños detallados en el contrato de seguro. A través de la misma se compensa la reducción de ingresos por cualquier circunstancia asegurada que cause daños materiales, es decir, cubre el supuesto de pérdida de rendimiento económico a causa de una interrupción temporal, ya sea total o parcial, siempre y cuando, la paralización se haya producido a consecuencia de un siniestro que esté cubierto por el seguro contratado y se vaya a reanudar la actividad después del siniestro. No se trata de una pérdida de beneficios con cobertura autónoma que cubra toda pérdida de beneficios producida por cualquier causa o siniestro, sino solo y exclusivamente por aquellos siniestros que gozan de cobertura en el contrato de seguro suscrito por las partes, siendo imprescindible que el siniestro que provoca la pérdida de los beneficios esté descrito en el contrato dentro de las coberturas. En el supuesto examinado, como consta en la sentencia antes citada, la causa del siniestro fue el hundimiento de la cubierta del local, que a su vez era la cubierta de parte del edificio, destinado a restaurante denominado Wok, sito en la Avenida de Alemania, local que era ocupado en arrendamiento y explotado por la entidad apelante Ciervo ShaLu S.L. Pues bien, como hemos visto, dentro de las coberturas contratadas no consta en ninguna relativa a hundimiento o derrumbe de la cubierta o de cualquier otro elemento del inmueble, sino a indemnización por daños causados por incendio, explosión, caída del rayo, extensión de garantías, daños por agua, eléctricos, responsabilidad civil, robo, etc. En dicha póliza de seguro se excluyen expresamente los daños producidos por o a consecuencia de hundimientos de tierras o edificios. En consecuencia, no fue objeto de cobertura en la póliza de seguro suscrito por las partes, el siniestro que provocó el hundimiento de la cubierta del local, de manera que tampoco*

procede reclamación por pérdida de beneficios derivados de un siniestro no cubierto en el contrato, porque el artículo 63 de la LCS exige que el siniestro esté descrito en el contrato para que haya lugar a indemnización por lucro cesante derivado del mismo, no habiéndose producido pérdida de beneficios por alguno de los siniestros cubiertos por la póliza.”

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de noviembre de 2020⁴: *En una póliza que cubría la pérdida de alquiler (lucro cesante), la Aud. de Madrid explica que el riesgo asegurado no es la pérdida de alquiler en sí misma, sino que el riesgo asegurado son los siniestros descritos en la póliza que, a su vez, dan lugar a esa pérdida de alquiler. (...) Pues bien, como se desprende con claridad de la cláusula cuestionada, no se asegura la simple pérdida de alquileres; ese no es el riesgo cubierto tal y como queda definido en las Condiciones Generales, sino la pérdida debida a determinadas circunstancias, que no a cualquiera”*

De dicha jurisprudencia menor anterior al 14 de marzo de 2020, se podría concluir que la cobertura del lucro cesante está causalizada, y que depende de su origen: un siniestro concreto amparado en la póliza. Si no existe un nexo causal adecuado entre la desaparición del rendimiento económico y el hecho descrito como siniestro en la póliza, no surge la obligación de indemnizar del asegurador. Por lo tanto, no resulta atendible por la póliza cualquier pérdida o cualquier reducción de actividad, sino sólo la que se produzca con ocasión de los eventos descritos en la póliza.

Por tanto, esta jurisprudencia de audiencias provinciales parecía ir en consonancia con las pólizas habitualmente comercializadas en nuestro país, que ofrecen cobertura de pérdida de beneficios por interrupción de negocio cuando el hecho que motiva dicha interrupción es un evento cubierto por la póliza. Es decir, que si una póliza cubre el riesgo de incendio cubrirá la interrupción de negocio motivada por los daños materiales causados por dicho incendio; si una póliza cubre el riesgo de inundación, cubrirá la interrupción de negocio causada por los daños materiales causados por dicha inundación; etc.

Ahora bien, aunque la doctrina de la audiencias provinciales parecía unánime en este sentido, igualmente, contábamos con alguna sentencia que parecía diferir de dicho criterio -aunque representaban un minoría-, como es la

³ SAP CÁ CERES, Sección 1ª, Núm 213/2017, de 25 de abril.

⁴ SAP MADRID, Sección 20ª, REC. APEL 572/2020, de 30 de noviembre.

sentencia de la Audiencia Provincial de Las Islas Baleares de 7 Noviembre de 2012⁵ que estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia, apreciando la demanda ejercitada frente a la aseguradora en reclamación de indemnización por la paralización de la actividad del negocio. *“En base a la póliza de seguro que cubre los riesgos del local destinado a bar, a consecuencia de la paralización por el deficiente estado del inmueble, ya que una de las garantías contratadas en este caso, fue la Pérdida de Explotación. Y ello de conformidad con el artículo 63 de la Ley de Contrato de Seguro, en el que establece que por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato.*

⁵ SAP de Las Islas Baleares, Sección 3ª, nº 511/2012 de 7 de noviembre, Rec. 394/2012.

Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza. Asimismo, en el caso de autos se destaca la ausencia de aceptación de las cláusulas invocadas por la aseguradora, no sirviendo a tal propósito la genérica mención a sus existencia y entrega al asegurado contenida en la parte final del condicionado particular, en el que además, no se encuentra destacado de ninguna forma alertadora para su conocimiento por parte del asegurado, la causas del cierre que no se encuentren amparadas por la póliza”.

Una vez analizada la jurisprudencia antes de la pandemia, y para una mayor comprensión del asunto, debemos de analizar la naturaleza de este seguro donde normalmente se recogen estas coberturas de “Perdidas de Beneficio o Lucro cesante”, que no es otro que el seguro de NEGOCIO O MULTIRRIESGO, por lo que nos encontramos en el Título II, relativo al seguro contra Daños, y deberá interpretarse de conformidad con los artículos 25 y ss. de la Ley de Contrato de Seguro.



En concreto, a priori, el seguro de lucro cesante no se configura como un seguro independiente en el que el riesgo asegurado es la pérdida del beneficio en sí misma, sino que se trata de un seguro que necesariamente está vinculado a la producción de otro siniestro que ha de venir descrito en la póliza. La controversia que debemos resolver es si existe en nuestro ordenamiento jurídico un seguro de pérdida de lucro cesante que no dependa a su vez de la producción de otro siniestro. Es decir, la consideración de un seguro de lucro cesante autónomo, que cubra la pérdida de beneficios que sufra un negocio por cualquier causa que no venga específicamente regulada en el contrato, y que no esté expresamente excluido⁶, ¿contradice expresamente los artículos 63 a 67 de la Ley 50/80 de Contrato de Seguro, de 8 de octubre, que regulan el seguro de lucro cesante?⁷

Si analizamos estos preceptos, podemos extraer que el artículo 63 de la LCS define el seguro de lucro cesante, como aquél en el que el asegurador se obliga a indemnizar la pérdida de rendimiento económico ocasionada

⁶ En aplicación como veremos a continuación de lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS y la jurisprudencia que lo interpreta.

⁷ Artículo 63: *Por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico, que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato.*

Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza.

Artículo 64: *Cuando el tomador del seguro o el asegurado realicen, respecto a un determinado objeto un contrato de seguro de lucro cesante con un asegurador y otro de seguro de daños con otro asegurador distinto, deberán comunicar sin demora alguna, a cada uno de los aseguradores, la existencia del otro seguro. En la comunicación se indicará no sólo la denominación social del asegurador con el que se ha contratado el otro seguro, sino también la suma asegurada y demás elementos esenciales. La inexistencia de esta comunicación producirá en su caso los efectos previstos en la Sección Segunda del Título Primero de la presente Ley.*

Artículo 65. *En defecto de pacto expreso, el asegurador deberá indemnizar:*

Primero.- La pérdida de beneficios que produzca el siniestro durante el período previsto en la póliza.

Segundo.- Los gastos generales que continúan gravando al asegurado después de la producción del siniestro.

Tercero.- Los gastos que sean consecuencia directa del siniestro asegurado.

Artículo 66: *El titular de una Empresa puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando la Empresa quede paralizada total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato.*

Artículo 67: *Si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización.*

por el siniestro descrito en el contrato. En este sentido, el último párrafo del artículo 63 de la LCS establece que el seguro de lucro cesante podrá celebrarse de forma autónoma o añadirse, como pacto a otro tipo de seguro (de robo, incendio, etc.). Pero, ¿quiere decir con ello, que no estará vinculado a otro siniestro, o que este otro siniestro no estará amparado por la misma póliza?

En este sentido, el artículo inmediatamente posterior, el artículo 64 LCS, regula las obligaciones del tomador en caso de que se formalicen en pólizas separadas. Sin embargo, del artículo 65 de la LCS, parece que despeja las dudas en relación a la necesaria vinculación pues establece que se indemniza la pérdida de beneficio “que produzca el siniestro”, por lo que podría deducirse que debe producirse un siniestro para que podamos hablar de pérdida de beneficio. Pero, ¿podría entenderse que en esta modalidad autónoma el “siniestro” estaría representado de forme exclusiva por la interrupción, cierre o paralización de negocio por “cualquier causa”?

También reza este artículo que se indemnizará al asegurado por los gastos generales que se produzcan después de “la producción del siniestro”. El legislador vuelve a emplear el artículo determinado “el” (“del” en este caso), para referirse a “el siniestro”. Y por si la cuestión no fuera controvertida, vuelve a reiterar este artículo 65 LCS que también se indemnizarán los gastos que sean consecuencia del siniestro asegurado, nuevamente usando el artículo determinado “el siniestro”, que no puede ser otro que “el siniestro descrito en el contrato” del que habla el artículo 63 LCS.

Por último, el artículo 66 LCS, también hace referencia al siniestro descrito en el contrato, aunque en esta ocasión, lo denomina “acontecimientos delimitados en el contrato”, de lo que cabe concluir que, el contrato debe delimitar, cuáles son esos acontecimientos (o siniestros) que dan lugar la indemnización por lucro cesante.

Por tanto, podemos concluir que el legislador configura este tipo de seguro como necesariamente vinculado a la producción de algún siniestro que, además, debe venir expresamente definido en el propio contrato, lo que quiere decir que el riesgo asegurado no es la pérdida de beneficio en sí misma, sino aquel vinculado a la existencia de un siniestro. Por tanto, lo que habrá que dilucidar es si es posible que el “siniestro” cubierto por esta contingencia sea la paralización o cese del negocio en sí, por cualquier causa. Por lo que para poder resolver esta cuestión, no quedará más remedio que acudir a la literalidad del contrato, o a la interpretación del mismo conforme a las

normas aplicables de la Ley del Contrato de Seguro, para el caso de que la redacción no sea lo suficientemente clara⁸.

- A) El cambio de paradigma que supuso la sentencia de 3 febrero de 2021 de la Audiencia Provincial de Girona a la hora de reclamar las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid-19.

Pues bien, desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, así como del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, de modificación del primero, y sus sucesivas prórrogas, se impuso la suspensión de la apertura en el ámbito de la actividad comercial de diversos sectores, siendo una gran cantidad de Juzgados y Audiencia Provinciales los que se han pronunciado sobre la cuestión, y que vamos a pasar a examinar, si bien, en primer lugar, debemos de comenzar este análisis por la **sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de febrero de 2021⁹**, pionera en esta materia, y que supone el “pistoletazo de salida”, para la interposición de este tipo de reclamaciones y demandas por parte de los negocios perjudicados por el cierre decretado por el gobierno, frente a sus respectivas aseguradoras.

Vamos a analizar con detalle lo que recoge la sentencia:

Supuesto de hecho

a) El 13 de febrero de 2020, la Sra. X concertó con SegurCaixa Adeslas S.A. una póliza denominada «SegurCaixa negocio» referida a un local de negocio destinado a pizzería, concretamente el denominado «Bella Napoli» en el que se contemplaban diversas contingencias a cubrir. Entre ellas estaba un apartado especial por «paralización de actividad» que ascendida a 200€/día durante un periodo de treinta días sin franquicia.

b) Dada la legislación emanada por el efecto notorio del COVID-19, la demandante tuvo el negocio paralizado por más de treinta días y por ello, entiende que le corresponde ser

⁸ Debemos traer a colación aquí lo que dice el artículo 2 del mismo cuerpo legal (Ley Contrato Seguro): *“Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.”*

⁹ SAP de GIRONA Sección 1ª, núm. 59/2021, de 3 de febrero.

indemnizada por la aseguradora por 30 días a razón de 200€/día.

Conflicto jurídico

a) La Sra. X interpuso demanda de juicio verbal en ejercicio de acción de reclamación de cantidad, en la suma de 6.000€, frente a la aseguradora de su negocio.

b) La aseguradora compareció y contestó la demanda oponiendo el conocimiento exacto de la asegurada de la existencia de unas condiciones generales, que ocasionaron la negativa a dar lugar a la indemnización solicitada. Explicando la aseguradora que - aparte del Condicionado Particular y del Condicionado General- cuando al asegurado se le explicó el producto, se le entregó el folleto informativo. Concluye la aseguradora demandada, que en ningún lugar de la póliza (condiciones particulares o generales) se dice que se cubran (como si se tratara de uno de los siniestros que ambas partes tuvieran la intención de asegurar) los gastos de paralización derivados de una resolución gubernativa ante una pandemia.

c) La sentencia nº 311 de 20 de noviembre de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona desestima la demanda al considerar evidente que el actor, con una simple lectura de las condiciones particulares -que reconoció haber recibido- tenía un conocimiento claro y sencillo de que la póliza suscrita llevaba aparejada unas condiciones generales; y que, en la página 5 de dichas condiciones particulares, se hace constar textualmente, en negrita y de modo resaltado, que «el tomador del seguro reconoce haber sido informado y haber recibido del asegurador, junto con estas Condiciones Particulares, las Condiciones Generales cuyo número de condicionado se identifica en estas condiciones particulares, y que, conjuntamente, todas ellas integran el contrato de seguro». Dice la sentencia que, si examinamos las condiciones generales del contrato, las páginas 61 y 62 enumeran tasadamente las exclusiones comunes a la cobertura de indemnización diaria por paralización de la actividad, y entre ellas la letra f) dispone textualmente que «no cubrimos las pérdidas producidas, causadas, derivadas o resultantes de limitaciones o restricciones impuestas por cualquier Organismo o Autoridad Pública, o por cualquier otro caso de fuerza mayor, incluso requisita o destrucción, para la reparación de los daños o para el normal desarrollo de la actividad de negocio».

Frente a lo expuesto, la sentencia núm. 59/2021 de 3 febrero, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona estima el recurso de apelación de la asegurada y condena a la aseguradora. En su fallo, el magistrado acuerda estimar el recurso presentado por la asegurada,

revocando la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2020 dictada por el Juzgado nº 2 de Girona y, en consecuencia, acordando estimar la demanda rectora y condenar a la aseguradora demandada a pagar a la demandante la suma de 6.000€, más los intereses legales del artículo 20 LCS. Y llega a este resultado mediante un razonamiento que, según el profesor TAPIA HERMIDA¹⁰, pasa por las tres fases siguientes:

a) La premisa mayor: la finalidad general del seguro en las circunstancias excepcionales derivadas del virus COVID-19 y la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. El Fundamento de Derecho Segundo parte de la infracción del artículo 3 de la LCS y, como antesala, destaca que “nos hallamos frente a una cuestión novedosa, en el marco de un contrato de seguro, que » *prima facie* «, parece alterar las coordenadas dentro de las cuales se pactaron en su momento las diferentes coberturas de los riesgos analizados”; añadiendo que “en el ámbito de los contratos de seguro, la repercusión de las circunstancias excepcionales derivadas del virus COVID-19 es especialmente significativa” y que “el contrato de seguro se configura como instrumento jurídico de protección del asegurado frente a determinados riesgos que operan como motivo determinante para su celebración por parte del tomador, que pretende de esta forma preservarse de ellos ante el temor de que llegaran a producirse, generándole un perjuicio» (STS, Sala Civil, Sección Pleno, nº 661/2019 de 12 de diciembre de 2019)”

Hace referencia después al artículo 44. 2º LCS que entendemos no es relevante al caso porque el concepto genérico de «grandes riesgos» -que excluye la aplicación imperativa de la LCS- no equivale a riesgos grandes o catastróficos sino a la condición del tomador, explícita o implícitamente, tal y como se deduce de su definición del artículo 11 de la LOSSEAR.

El Fundamento de Derecho Segundo entra a continuación al examen del artículo 3 LCS y, con él, del régimen de las cláusulas lesivas, delimitadoras del riesgo y limitativas citando, en particular, la STS Pleno nº 421/2020, de 14 de julio (Casación núm.: 4922/2017) que dice: “« (...) Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir

los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 268 /2011, de 20 de abril (RJ 2011, 3595) ; y 516/2009, de 15 de julio (RJ 2009, 4707)).» La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares”. Tal doctrina se completa con la de las expectativas razonables del asegurado. Se afirma en la sentencia citada que: “Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa (...)”.

b) La premisa menor: Examen del concreto seguro que vincula a las partes. El Fundamento de Derecho Tercero realiza este examen para concluir que la paralización de la actividad comercial por parte de la legislación estatal COVID-19, está cubierta en el supuesto analizado. Para esta estimación del recurso constata que la póliza de seguros contratada el 13 de febrero de 2020 y denominada «SegurCaixa Negocio», revela los siguientes extremos: “a) La fecha del efecto empezó a las 00:00h del día 16/02/2020. b) El negocio asegurado era la pizzería-restaurante «Bella Napoli», sita en C/ Rio Güell, 85 de Girona capital. c) Entre las coberturas de daño, figuraba el apartado: «Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad», donde se contemplaba una indemnización diaria de 200€ (periodo de indemnización: 30 días) sin franquicia. d) El pago de la primera prima se fijó el día 16/02/2020, que fue satisfecho por la aseguradora, según recibo aportado de documento nº 2 con la demanda rectora, de importe 57,39€ e) En la página nº 56

¹⁰ TAPIA HERMIDA, A.: “El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de empresa a resultas del covid 19. Estado de la cuestión y futuro de las indemnizaciones”, El Blog de Alberto J. Tapia Hermida, agosto de 2021.

del Condicionado General de la Póliza, se define la COBERTURA DE PÉRDIDA DE BENEFICIO: «2. El asegurador cubre en función de la modalidad de indemnización convenida y hasta el límite económico y temporal indicado en Condiciones Particulares, las pérdidas económicas que ocasiones la paralización temporal, total o parcial, de la actividad empresarial asegurada cuando sea consecuencia directa de un siniestro amparado por la póliza comprendido en las coberturas del capítulo III de estas Condiciones Generales «Coberturas de daños», que hayan sido expresamente contratadas. En ningún caso, la indemnización podrá exceder del tiempo estrictamente necesario para realizar la reparación de los daños causados por el siniestro». Añade la sentencia que “no consta la firma por parte de la asegurada de este condicionado general”.

c) Conclusión: condena a la aseguradora porque la paralización de un negocio de restauración, a consecuencia de la legislación estatal dictada por la pandemia de COVID-19, está cubierta en el concreto seguro litigioso. Para alcanzar esta conclusión, el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia dice: “El condicionado particular contiene una cláusula «delimitadora del riesgo cubierto», que contempla el supuesto de pérdida de beneficios por paralización de la actividad negocial, en cuyo supuesto el pacto era claro: únicamente se contemplaba un máximo de 30 días a razón de 200€/día y, por ende, sometida al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativa por no constituir una limitación de los derechos del asegurado. A partir de estos antecedentes alcanzamos el núcleo del debate. Surge la duda de si, el supuesto de paralización como consecuencia de la pandemia por COVID-19 está o no cubierto, en la medida, que por dicho motivo, ocasiona la pérdida de beneficios durante el período de indemnización, sin entrar en disquisiciones dogmáticas sobre si se debe distinguir si el negocio se interrumpe por causa del virus, o por causa de una medida gubernamental de paralización (en cuyo caso podría surgir la duda de si la aseguradora puede o no repetir al Estado), puesto que, en todo caso, el asegurado ve interrumpido su negocio y mermados sus ingresos, y precisamente por ello, cuando en el condicionado general no se contempla expresamente el apartado «paralización por resolución gubernativa ante una pandemia», y ello se opone por la aseguradora al asegurado, nos hallamos ante una clara limitación de los derechos del asegurado en un contrato de

adhesión, por lo que, su validez y oponibilidad vendría condicionada al cumplimiento de los específicos requisitos, de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, del art. 3 LCS.

Refuerza el argumento de que nos hallamos ante una cláusula limitativa, el hecho de que, el condicionado general, contiene, en su apartado III, referido a «Cobertura de daños», una expresa remisión al condicionado particular donde la indemnización por cese de negocio tiene una limitación temporal de cobertura o «claim made» (art 73.2º LCS), las cuales, recientemente fueron objeto de interpretación por las SSTs 252/2018 de 26 de abril (RJ 2018, 1693) , de pleno, 170/2019, de 20 de marzo, 185/2019, de 26 de marzo y nº 421/2020, como cláusula limitativa.

En todo caso, el hecho de que la póliza examinada no contemple expresamente, la cobertura del riesgo referido a la paralización del negocio por la pandemia, impone que su exclusión en el condicionado general por la aseguradora, reclamaba los requisitos del art. 3 LCS (estar destacada de forma especial y aceptación por escrito del asegurado) y ello, por aplicación de los principios antes mencionados, referidos al contenido natural del contrato de seguro y a las expectativas que podía tener el asegurado, cuando aceptó la póliza por ver cubierto, de manera expresa, «Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad». Aceptar lo contrario, supondría tanto como restringir la cobertura esperada por el asegurado, dejando desnaturalizada la paralización del negocio cubierto, en principio, por el seguro contratado”.

Al margen de la cuestión resuelta, el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia hace “obiter dicta” algunas consideraciones de carácter general sobre el impacto de las pandemias en el contrato de seguro, que nos parecen interesantes: “Tal vez, las aseguradoras deben contemplar expresamente en sus pólizas las situaciones de pandemia, pues como expresa la STS de fecha 19 de julio de 2012 que: «Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en

coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual».

B) Otros pronunciamientos a favor de las empresas frente a sus respectivas aseguradoras.

A continuación de la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Girona dictaba otra nueva resolución de fecha 16 de junio de 2021, dando un paso más en la línea doctrinal marcada por dicha Audiencia¹¹, en un supuesto donde el juzgado de primera instancia falló a favor de la aseguradora, sobre la base de que el asegurado no había firmado las condiciones generales del contrato y, por lo tanto, no tuvo «conocimiento de su contenido ni lo aceptó». Técnicamente no las asumió y, por lo tanto, no se puede verificar que hubiera existido un daño material.

La sentencia de instancia parte de que el contenido de las cláusulas generales se opone a la parte demandada. En la medida en que considera que la definición que el artículo 3 LCS hace, en cuanto a la extensión del ámbito de cobertura del riesgo discutido (paralización de la actividad), es una cláusula delimitadora de este ámbito de cobertura, desestima la demanda, ya que el supuesto de cierre del local por razón de la situación de pandemia no es ninguno de los supuestos establecidos en el contrato.

Sin embargo, el tribunal colegiado recuerda la obligación que las aseguradoras tienen de entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. Algo que, en la práctica, los corredores en muchas ocasiones no hacen. Precisamente, se fundamenta la reclamación sobre ese hecho: *“En la respuesta a la demanda, la aseguradora se limita a decir que en las condiciones particulares ya hay una referencia a que la póliza está compuesta por las condiciones generales, particulares y, en su caso, las especiales. En ninguna parte afirma que el asegurado se le haya entregado”* subrayan los magistrados. Esto tiene una relevancia capital para el tribunal. Porque la aseguradora tenía que haber entregado al restaurante asegurado el contrato con las condiciones generales.

¹¹ Pero este criterio -como se analizará en el siguiente apartado- será posteriormente revertido por la sentencia de la propia Audiencia Provincial de Girona de 25 de mayo de 2022, que conforme al acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de 23 de marzo desestima la reclamación frente a la aseguradora, realizando un cambio de tendencia que ha sido confirmado por las sentencias de esta Audiencia Provincial de Girona de 20 de junio de 2022 y 21 de septiembre de 2022, que igualmente desestiman las respectivas reclamaciones de los asegurados.

“Por otro lado, podemos ver cómo, incluso, las condiciones particulares ni siquiera están firmadas por el asegurado”, apuntan.

Con las premisas establecidas, la cuestión debe resolverse sobre la base, únicamente, de las condiciones particulares a las que tuvo acceso el asegurado. En la delimitación de coberturas observan los magistrados diferentes epígrafes divididos por líneas discontinuas, subrayando al respecto: *“Tenemos, por ejemplo, un epígrafe de daños materiales, con subapartados (incendio, fenómeno atmosférico, etc.), otro de robo con subapartados (dinero, transporte de fondos, etc.) y así, otros. Pues bien, si nos fijamos en la cobertura en discusión (‘Paralización de la actividad’) encontramos cómo se recoge en una sección propia, no subordinada a ninguna otra, en negrita y entre dos de las franjas discontinuas que separan el resto de secciones (también resaltadas en negrita, a diferencia de los subapartados). Bajo este epígrafe se indica ‘Indemnización diaria (3 meses) 250 €’.*

La cobertura sobre la paralización de la actividad, en opinión del tribunal, se establece de forma independiente y no condicionada por todos los supuestos de parálisis de la actividad. Y es clara a favor del asegurado, al concluir que: *«La posibilidad de que se restrinja por aplicación de lo dispuesto en las cláusulas generales es algo que, en el caso de que enjuiciamos, no puede ser tenida en cuenta, atendiendo al hecho ya expuesto de que no se puede oponer al asegurado unas cláusulas que no se le entregaron y de las que nada sabía»*, apuntan”. En consecuencia, estiman el recurso del dueño del restaurante, añadiendo la imposición de costas.

Planteado el debate con estas dos sentencias de la Audiencia Provincial de Girona que hemos analizado, veremos que sin embargo su criterio ha sido revertido, como se analizará en el siguiente apartado, por la propia audiencia en su sentencia de 25 de mayo de 2022, que -conforme al acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Girona de 23 de marzo- desestima la reclamación frente a la aseguradora. Cambio de posición que ha sido confirmado en posteriores sentencias de dicha audiencia de 20 de junio de 2022 y 21 de septiembre de 2022, que igualmente desestiman las respectivas reclamaciones.

Pero antes de llegar a la postura contraria, vamos a analizar también otros pronunciamientos a favor respecto a la cuestión planteada, sobre si las pérdidas de beneficios derivadas del cierre por pandemia, están o no cubiertas por los seguros de pérdida de beneficios integrados en los seguros de daños.

Entre las resoluciones a favor de las empresas aseguradas, dictadas por los juzgados de primera instancia en esta materia, se pueden encontrar las siguientes:

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Lorca de 22 de diciembre de 2020 (revocada por sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de febrero de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Móstoles de 6 de mayo de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera instancia nº 14 de Granada de 21 julio de 2021 (revocada por sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 21 septiembre de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pamplona de 15 de octubre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Castro Urdiales de 18 de octubre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo de fecha 21 de octubre de 2021 (revocada por sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de abril de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Sant Feliu de Guíxols de 12 de noviembre de 2021 (revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 20 de junio de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Granada de 13 de diciembre de 2021 (revocada por sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de octubre de 2022).



- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Cristóbal de La Laguna de 14 de enero de 2022.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de León de 2 de Febrero de 2022 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de julio de 2022).

A continuación, desglosaremos el contenido de la sentencia núm. 166/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Granada, de 21 julio de 2021, que -aunque haya sido revocada por la Audiencia Provincial de Granada en sentencia de 21 de septiembre de 2022- tiene una fundamentación que ha servido de base para las reclamaciones que han seguido después de dictarse la misma. En ella, se pone de manifiesto que con motivo de la declaración del Estado de Alarma el propietario de un local de restauración se ve obligado a clausurar el negocio, quedándose así paralizada la actividad sobre la que tenía contratada un seguro que incluía la cobertura de pérdida de beneficios. Dicha sentencia estima la demanda interpuesta, condenando a la aseguradora, con base, por un lado, en la infracción del artículo 3 LCS por falta de claridad y precisión en la redacción de las condiciones generales de las pólizas o contradicciones internas en ellas.

Asimismo, se invoca el artículo 1.288 del CC., según el cual, las dudas derivadas de la oscuridad de una cláusula contractual, no puede interpretarse en perjuicio del asegurado, sino que, por el contrario, debe prevalecer la interpretación que sea más favorable a sus intereses. El juez considera que la redacción de la cláusula objeto de litis es una cláusula limitativa del riesgo asumido y no delimitadora del mismo, ya que al constar que se incluye en el riesgo la pérdida de beneficios como consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentran asegurados en la póliza, determina cualquier causa de paralización de la actividad. En este caso la hostelería se encontraba amparada por la cobertura de la póliza y el asegurado debía haber aceptado expresamente cualquier causa de exclusión. La póliza establecía las exclusiones sin hacer alusión a ningún virus que pueda provocar una pandemia. Por ello, el juzgado manifestó que, de haber figurado expresamente excluido este caso, podría haberse considerado que el asegurado conocía la delimitación de la cobertura del seguro.

Para terminar este apartado, hay que hacer mención a la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de julio de 2022¹², que confirma la sentencia del Juzgado

de Primera Instancia nº 3 de León de 2 de febrero de 2022 y estima dicha reclamación frente a la aseguradora, de las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid, argumentando que *“no es que el Juez de Instancia haga una incorrecta interpretación de las cláusulas limitativas o delimitadoras del riesgo como parece señalar la parte apelante en su recurso, sino que tiene en cuenta únicamente la póliza y las cláusulas concretas vigentes al momento del siniestro (DOCs. 2 y 3 demanda), criterio que comparte esta Sala. Invoca el apelante una actualización de póliza (DOC. 4 demanda) en la que se señala expresamente como cláusula limitativa del seguro los “Perjuicios ocasionados por la interrupción de la actividad comercial agravada notablemente por hechos extraordinarios acaecidos durante la interrupción, limitaciones oficiales relativas a la reconstrucción o restricciones del negocio fijadas por las Autoridades” y en la que quiere subsumir los perjuicios derivados de la pandemia COVID-19 para eludir la pretensión indemnizatoria que fundamenta el procedimiento. Sin embargo, tal cláusula limitativa no aparecía en la póliza suscrita por las partes en el año 2019. Tal y como expresamente se señaló en el último párrafo del fundamento jurídico de la sentencia “Hay que destacar que, en este caso, se debe tener en cuenta el contrato de seguro vigente en el año 2019, pues fue el aplicable durante el tiempo en el que el siniestro tuvo lugar, sin perjuicio, de las variaciones que a posteriori se han introducido como consecuencia de la renovación anual de este y a las que posteriormente se hará referencia”. La fecha de emisión de la actualización de póliza que alega la parte apelante data del 16 de septiembre de 2020, por lo que no estaría vigente en el momento de paralización del establecimiento comercial -14 de marzo de 2020- ni en el lapso temporal cuya reclamación se reclama. Ningún efecto retroactivo parece que pueda dársele al documento invocado a tal efecto, máxime cuando la entidad aseguradora no ha podido acreditar que dicho pliego haya sido remitido ni recibido por la asegurada, siendo a quien compete dicha prueba, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se pretende hacer valer la aplicabilidad de esa actualización de póliza y vigencia de las cláusulas limitativas por renovación anual de contrato tal y como parece apuntar la parte apelante, a ella correspondería la carga de la prueba en cuanto a que dicha póliza hubiera sido oportunamente remitida a la demandante y firmada por la misma. Cuestión que ya fue asimismo valorada en instancia, donde se concluyó que no se habría acreditado que el sobre hubiera sido remitido ni en el año*

¹²SAP de León, Sección 1ª, de 12 de julio de 2022, nº 550/2022.

2019 ni con la renovación en el año 2020, siendo consecuencia de lo anterior que no podrían estar vigentes las cláusulas limitativas que pretendió hacer valer la entidad aseguradora en Primera Instancia y que reproduce en esta alzada”

Se trata en definitiva de una póliza muy particular, donde al parecer la cobertura particular, decía que la pérdida de beneficios estaba dentro del apartado “riesgos extensivos”, y hacía referencia a “pérdida de beneficios durante la paralización de actividad comercial”, lo que es bastante anómalo tal y como la propia sentencia pone de manifiesto, pues incluirlo dentro de los “riesgos extensivos” ofrece serias dudas sobre qué es lo que realmente se cubre, así que no puede extrapolarse a los demás supuestos analizados en el resto de sentencias. En este sentido, lo único que parece plantear conflicto en el presente procedimiento es la interpretación que pueda realizarse sobre la expresión “riesgo extensivo” en la cláusula definitoria del contrato para valorar si la paralización por pandemia puede o no incluirse en tal término. El juez de instancia, en base a la interpretación pro asegurado que ha de realizarse a tenor del artículo 1.288 del Código Civil en el caso de cláusulas ambiguas, incluye la pérdida de beneficios derivada de la crisis sanitaria en el término “riesgos extensivos” de la delimitación del riesgo, lo que motiva la estimación de demanda y la procedencia de la indemnización reclamada.

En este punto, la sentencia de la Audiencia Provincial de León pone de manifiesto la necesidad de considerar que la delimitación de la cobertura es un prius lógico, un antecedente necesario para la perfección del contrato de seguro, sin la cual no habría riesgo y, por ende, no habría contrato. Si bien, y al tratarse el contrato de seguro de naturaleza adhesiva, puede haber cláusulas perfectamente redactadas que no admitan ningún tipo de interpretación, aunque por el contrario, puede haber expresiones delimitadoras del riesgo que, por la propia redacción de su tenor literal, ofrezcan dudas sobre qué riesgos están incluidos en la cobertura, tal y como acontece en el presente procedimiento respecto del término “riesgos extensivos”. En este punto, dicha Audiencia recuerda que *“es responsabilidad de la compañía aseguradora predisponente del clausulado general de las pólizas de seguro redactar sus cláusulas de manera que puedan los tomadores y asegurados entender la cobertura exacta de las garantías incluidas en el contrato, evitando redacciones imprecisas, ambiguas u oscuras que puedan llevar a confusión sobre el alcance de dicha cobertura. Cuando la cláusula contenga ambigüedades/ interpretaciones, la interpretación de su sentido y alcance debe hacerse del modo más favorable*

para el asegurado, perjudicando a la compañía aseguradora en cuanto predisponente de la misma y atendiendo a su superior deber de diligencia en cuanto perfecta conocedora del mercado asegurador, criterio que aplica el Juez de Instancia y que reitera esta Sala. De acuerdo con esa interpretación, y teniendo en cuenta que la póliza que hay que valorar para la procedencia de la indemnización es la vigente en el periodo de clausura del establecimiento (marzo a septiembre de 2020), la interpretación favorable de ese riesgo extensivo, ha de incluir la paralización por la pandemia”.

Correlativamente con lo anteriormente expuesto, y habida cuenta de que no fue controvertida la paralización de actividad durante esos tres meses, la sentencia afirma que *“con independencia de que no se hayan concretado de forma objetiva las pérdidas concretas sufridas (lo cual igualmente sería notorio y evidente en un cierre completo de local con estancamiento de actividad comercial durante 98 días), la única limitación que ha de establecerse en la concesión de indemnización es la que realiza el Juez de Instancia, esto es, la que resulta de aplicar las cláusulas limitativas de póliza: temporal y cuantitativa. Motivo por el cual, y haciendo nuestros los razonamientos contenidos en la resolución de instancia, que damos por reproducidos a fin de evitar inútiles repeticiones, la resolución de instancia debe ser mantenida, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora demandada”.*

C) Pronunciamientos desestimando las reclamaciones de las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid.

En concreto, hemos de indicar que hasta el momento han sido mucho más numerosos los pronunciamientos de los juzgados de primera instancia desestimando las reclamaciones las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid, destacando las siguientes:

- Sentencia núm. 76/2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº3 de Huesca de 26 de abril de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Molina de Segura de 26 de abril de 2021 (firme por la cuantía).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Ciudadella

- de Menorca de 9 de junio de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Jaén de 29 de junio de 2021 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de junio de 2022).
 - Sentencia núm. 218/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Sevilla, de 5 de julio de 2021.
 - Sentencia núm. 329/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Gerona, de 6 de julio de 2021.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Gijón, de 14 de julio de 2021.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Ferrol de 7 de septiembre de 2021.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Valencia de 7 de septiembre de 2021.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón, de 16 de septiembre de 2021 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 8 de junio de 2022).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares de 23 de septiembre de 2021.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander de 8 de octubre de 2021.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Zaragoza de 18 de octubre del 2021 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de julio de 2022).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Palma de Mallorca de 27 de octubre de 2021 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 30 de septiembre de 2022).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Gijón de 29 de octubre de 2021 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de abril de 2022).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badajoz de fecha 9 de noviembre de 2021 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 20 de junio de 2022).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 15 de diciembre de 2021.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Móstoles de 15 de diciembre de 2021.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Mieres de 20 de enero de 2022.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Salamanca de 28 de enero de 2022.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Tafalla de 16 de febrero de 2022.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palencia, de 28 de febrero de 2022 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 16 de mayo de 2022).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de la Bisbal d' Emporda de 14 de marzo de 2022 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 25 de mayo de 2022).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Utrera de 22 de abril de 2022.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lleida de 4 de mayo de 2022.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santander de 5 de mayo de 2022 (confirmada por la

- sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de septiembre de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona de 11 de mayo de 2022 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 21 de septiembre de 2022).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Granada de 6 de julio 2022¹³ (firme por no ser recurrida).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba de 11 de julio 2022¹⁴ (firme por no ser recurrida).
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Reinosa de 25 de julio de 2022.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Granada de 27 de septiembre de 2022.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén de 30 de septiembre de 2022¹⁵.
 - Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vigo de 4 de octubre de 2022 (firme por la cuantía).
 - Asimismo, al menos son ya dieciséis las sentencias de audiencias provinciales que hasta el momento han resuelto casos desestimando dicha reclamación frente a la aseguradora, de las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid:
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de febrero de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de abril de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. Gijón) de 6 de abril de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 16 de mayo de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 25 de mayo de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. Gijón) de 8 de junio de 2022
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 9 de junio de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 20 de junio de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 20 de junio de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de julio de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 25 de julio de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de septiembre de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 21 de septiembre de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 21 de septiembre de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 30 de septiembre de 2022.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de octubre de 2022¹⁶.

Tras el dictado de estas sentencias, podemos decir que la jurisprudencia menor se está pronunciando de manera unánime sobre la materia, entendiéndose que las garantías de pérdidas de beneficios incluidos en estos seguros de negocio no cubren las pérdidas derivadas del cierre como consecuencia del decreto de estado de alarma tras la COVID-19. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de abril de 2022, referida en la anterior relación, establece a este respecto que: *“No nos encontramos ante un contrato de seguro autónomo de lucro cesante que tan solo exigiría el cese de la actividad cualquiera que fuera la causa, y sí ante una contrato de seguro*

¹³Asunto propio representando a la aseguradora demandada.

¹⁴Asunto propio representando a la aseguradora demandada.

¹⁵Asunto propio representando a la aseguradora demandada.

¹⁶SAP de Granada, Sección 3ª, nº 368/2022 de 7 de octubre, Rollo nº 365/2022, que revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Granada de 13 de diciembre de 2021. Asunto propio representando en la segunda instancia a la aseguradora demandada.

de daños con una garantía específica que regula las posibles pérdidas que pudiera sufrir la parte apelada en sus establecimientos, siempre y cuando se diera alguno de los riesgos de daños contratados por la parte apelada, diferenciación clave y que no fue tenida en cuenta en la sentencia de instancia. En conclusión, no se trata de una pérdida de beneficios con cobertura autónoma que cubra toda pérdida de beneficios producida por cualquier causa o siniestro, sino sólo y exclusivamente por aquellos siniestros que gozan de cobertura en el contrato de seguro suscrito entre las partes, siendo pues imprescindible y condición <<sine qua non>> que el siniestro que provoca las pérdidas en la parte apelada, esté cubierto y descrito en la póliza multiriesgo, lo que no ocurre en el caso enjuiciado tal y como se puede observar con solo leer las coberturas del mismo”.

Igualmente, resultan muy ilustrativas las conclusiones recogidas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 25 de mayo de 2022¹⁷, por la que se cambia el criterio adoptado hasta el momento por dicha Audiencia conforme al acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de 23 de marzo, y que establece lo siguiente: *“En cuanto a la posible cobertura de los seguros de daños firmados por comercios y empresas, de los cierres o pérdidas de beneficios producidos a raíz de la aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus prórrogas, decidimos lo siguiente: Las coberturas de los contratos de seguros de daños que incluyan en sus condiciones particulares cláusulas de indemnización por paralización de actividad o por pérdida de beneficios no son aplicables al cierre total o parcial del negocio derivado de la declaración de estado de alarma.*

En tales contratos, el riesgo asegurado es la producción de daños en el local de negocio (continente) o en los objetos asegurados que se encuentren en su interior (contenido) por las causas que prevén. La paralización de la actividad o la pérdida de beneficios sólo producirán el derecho de a la indemnización cuando hayan sido una consecuencia de los daños en los bienes asegurados, situación que no se ha producido en el caso de la declaración del estado de alarma.”

Y en el mismo sentido se pronuncian el resto de sentencias mencionadas, por lo que vemos parece que el criterio de la jurisprudencia menor sobre la materia que nos ocupa comienza

¹⁷ Conclusiones de nuevo recogidas por esta Audiencia Provincial de Girona en sus sentencias de 20 de junio de 2022 y 21 de septiembre de 2022, confirmando de esta forma su cambio de criterio.

a ser unánime, en el sentido de considerar que la garantía de pérdida de explotación contratada en un seguro de negocio como el que nos ocupa, no cubre las pérdidas derivadas de un hecho tan excepcional como es el cierre decretado por el Estado de Alarma, a consecuencia de la COVID-19, al no ser consecuencia de un siniestro de daños cubierto por la póliza.

En este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Reinosa, que se fundamenta en dos sentencias firmes dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias de 5 y 6 de abril de 2022, va un paso más, y no sólo da por válidas las cláusulas contenidas en el condicionado general, que no se encontraba firmado, al considerar que vienen a delimitar la cobertura, sino que además, impone las costas a la empresa reclamante al considerar que la cuestión debatida no ofrece ya en el momento actual dudas de hecho o de derecho: *“Si atendemos a las condiciones generales aportadas por la parte demandada (doc. núm. 1) a las que se remiten las condiciones particulares aportadas y reconocidas por la actora, encontramos que el art. 8 al que se hace remisión dispone lo siguiente: “8. PÉRDIDA DE EXPLOTACIÓN ¿Qué cubre? Hasta el límite de la suma pactada como indemnización diaria, y por el periodo máximo indicado en las Condiciones Particulares, las pérdidas que usted sufra con motivo de la paralización parcial o total de la actividad del negocio asegurado, a consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentren amparados por esta Póliza.”. Conforme a esta condición, se hace indiscutible que la cobertura relativa a la pérdida de explotación es exclusivamente aplicable cuando dicha pérdida se deriva de un siniestro cuyos daños materiales estén incluidos en la póliza, tal y como defiende la parte demandada. Si bien la parte actora considera que dichas condiciones generales no le son aplicables al no haber sido firmadas por el consumidor, lo cierto es que en las propias condiciones particulares aportadas por la actora ya se especificaba que el tomador recibía una copia de las mismas y se daba por enterado de cada una de sus cláusulas, haciendo expresa remisión al referido art. 8. Conforme a la reciente jurisprudencia antes referida, que valora un supuesto idéntico, deberá entenderse que el tomador quedó vinculado a dichas condiciones generales una vez firmó las condiciones particulares aportadas.*

(...) SEXTO.- Costas Dispone el art. 394 de la LEC que “En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone,

que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". Ha alegado la parte actora que procedería, en su caso, a la no condena en costas al existir claras dudas de hecho y derecho. En este caso, efectivamente la demanda se interpuso en fecha 13 de octubre de 2021, momento en que la jurisprudencia en esta materia no era clara y contundente como lo es ahora, sino que se partía de la inicial sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona ya referida, tratándose de una cuestión todavía muy debatida al ser todavía reciente la salida del confinamiento por la pandemia (considerando la pendencia actual

de los juzgados y tribunales). No obstante, cabe destacar que la audiencia previa se ha celebrado a fecha 20 de julio de 2022, momento en que la jurisprudencia era clara sobre este tipo de cuestiones, habiendo continuado la parte el procedimiento hasta que ha quedado visto para sentencia. En consecuencia, se concluye que en el momento actual no existen ya serias dudas de hecho o de derecho, por lo que procederá condenar en costas a la parte demandada en la cuantía inicialmente reclamada, que es la fijada como cuantía del procedimiento, sin que se haya producido un expreso desistimiento parcial de la pretensión y sin que dicha modificación pueda considerarse una alegación complementaria o aclaratoria en los términos del art. 426 de la LEC".

Más reciente aún, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 21 de septiembre del 2022¹⁸, que revoca la sentencia núm. 166/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Granada de 21 julio de 2021, comentada en el apartado anterior sobre pronunciamientos a favor de las empresas frente a sus respectivas aseguradoras, analiza y justifica claramente las razones por las que esta Audiencia entiende que no estamos en este supuesto ante un seguro autónomo de lucro cesante. En este sentido expone: "Sostiene el demandante que el seguro por lucro cesante por el que se reclama es un seguro autónomo, no vinculado a otros riesgos objeto de cobertura y que amparaba la pérdida de la explotación del negocio producida por cualquier causa. Sin embargo, la citada cobertura fue contratada de forma opcional dentro de las coberturas básicas por incendio, fenómenos meteorológicos, daños por agua, roturas, robo y vandalismo, y la indemnización convenida se encontraba predeterminada, con límite máximo temporal de 90 días y una indemnización diaria de 500 €, sujeta al cálculo de la pérdida real y efectiva. Por consiguiente, la garantía por pérdida de explotación, tanto por formar parte de un contrato multirriesgo del negocio asegurado, como por la predeterminación de la indemnización, se trata de una garantía vinculada a las coberturas por daños contenidos en la póliza, y no una garantía autónoma e independiente de los demás riesgos contemplados en la póliza.

Prueba de ello, según la Audiencia de Granada es la definición que se hace de la misma en el Artículo 6 de las Condiciones Generales analizadas en este supuesto, por cuanto que cubre "las pérdidas que usted sufra con motivo de la paralización parcial o

¹⁸ SAP de Granada, Sección 4ª, de 21 de septiembre de 2022, nº 251/2022, rollo 566/2021.



total de la actividad del negocio asegurado, a consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentren amparados por esta póliza”. Es decir, la cobertura es por cualquier siniestro, pero “cuyos daños materiales se encuentren amparados por esta póliza”. La vinculación o dependencia de la efectividad de la cobertura por pérdidas de explotación a los daños materiales amparados por la póliza, resulta claramente. Asimismo, en las causas de exclusión contempladas en el Artículo 6 se recoge en el apartado h) “los hechos que no hayan originado daño material directo alguno en los bienes asegurados”, citando a continuación algunos ejemplos y con las salvedades reconocidas de imposibilidad total de acceso al local de negocio o daños materiales ocurridos en locales o instalaciones de proveedores de agua, gas y electricidad. Esta causa de exclusión, termina diciendo la sentencia, además de ser innecesaria vista la definición de la garantía, es “claramente delimitadora del riesgo y no limitativa. En todo caso aceptada expresamente en las condicionales particulares, cuya firma no ha sido controvertida”.

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de octubre de 2022¹⁹, hace un análisis de lo que es un seguro en general y de este en particular: “En este seguro, como en cualquier otro, el asegurador sólo resulta obligado cuando se materializa el riesgo asegurado, debiendo entenderse por riesgo la posibilidad de un evento dañoso. El riesgo tiene carácter esencial en el contrato de seguro, hasta el punto que, según el artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro, “El contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro”. Así pues, el riesgo asegurado está constituido por la paralización total o parcial de la actividad desarrollada en el local asegurado, y más concretamente por la paralización que derive de incendio y complementarios, riesgos extensivos, daños por agua o robo, “siempre que estas hayan sido contratadas.” Lo cual es lógico porque el riesgo que interesa al régimen del contrato de seguro es el que está determinado en él, ya que el contrato ha de fijar los límites y las modalidades de ese riesgo que asume el asegurador”.

Pero lo llamativo y novedoso de esta sentencia es que entiende que no cabe considerar como siniestro que sea objeto de

cobertura la prohibición legal de ejercer la actividad de restauración, impuesta por la declaración del estado de alarma, ya que dicha prohibición se trata de un acto emitido por el gobierno de España en forma del Real decreto-ley. En este sentido la resolución alude a la sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016 de 26 de abril, al establecer que: “debe entenderse que la declaración del estado de alarma queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango valor de ley. Y en consecuencia queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido



¹⁹ SAP de Granada, Sección 3ª, nº 368/2022, de 7 de octubre de 2022, rollo nº 365/2022, que revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Granada de 13 de diciembre de 2021. Asunto propio representando en la segunda instancia a la aseguradora demandada.

y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcional, suspender o modificar durante el estado de alarma". Lo que lleva en conclusión a la audiencia a acoger la tesis de la entidad demandada, en el sentido de que "la previsión del ejercicio de la actividad económica en el sector de la hostelería viene amparada por una norma con rango de ley y por lo tanto la suspensión de dicha actividad no puede encuadrarse dentro del concepto de siniestro".

III.- ¿QUÉ CONSIDERACIÓN DEBEN DE TENER LAS CLÁUSULAS CONTENIDAS EN EL CONTRATO DE SEGURO QUE CIRCUNSCRIBEN O LIMITAN EL ASEGURAMIENTO A QUE LAS PÉRDIDAS POR LA PARALIZACIÓN SEAN CONSECUENCIA DE UN DAÑO PREVIO CUBIERTO POR EL SEGURO?

Para resolver a esta cuestión, debemos acudir al artículo 1.281 del C.C. en conjunción con el artículo 3 de la LCS, de los que se desprende que, si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. En este sentido, habrá que analizar si la cláusula opuesta por la aseguradora donde se excluya el supuesto en cuestión, se trata de una cláusula limitativa de los derechos de asegurado, y por tanto, tuviera que cumplir con lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS, o si se trata de una cláusula delimitadora de los derechos del asegurado.

A este respecto, se refiere la sentencia 399/2020, de 6 de julio del Tribunal Supremo, que concreta que: "En principio, una condición delimitadora define el objeto del contrato, perfila el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que, si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura. Las cláusulas limitativas, por el contrario, desempeñan distinto papel, en tanto en cuanto producido el riesgo actúan para restringir, condicionar o modificar el derecho de resarcimiento del asegurado".

Por lo expuesto, habrá que determinar si la cláusula del condicionado general que resulta controvertida, define el alcance de la cobertura y es clara en cuanto a su redacción, sin que en ningún caso pueda ser considerada como limitativa de los derechos del asegurado, pues precisamente, concreta qué riesgo constituye el objeto de la cobertura²⁰.

²⁰ "STS 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de este tribunal, como las SSTS 1051/2007 de 17 de octubre; 676/2008, de 15 de julio; 738/2009, de 12 de noviembre;

Sobre este aspecto en particular, resulta esclarecedora la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021²¹, respecto al alcance de la cobertura por la paralización de un vehículo, donde se resuelve que dicho alcance no se extiende al depósito del vehículo en un taller y a los gastos de tasación, pues la cláusula que concreta los daños causados al vehículo y extiende la cobertura únicamente a otros elementos relativos a accesorios y equipos industriales del propio vehículo, sin contemplar otros daños y perjuicios o el lucro cesante, es delimitadora del riesgo y no limitativa de los derechos del asegurado. En concreto, la sentencia recoge lo siguiente:

"La cuestión litigiosa se reconduce a si, en la cobertura de daños propios, que se define en el art. 5 de las condiciones generales de la póliza, al que remite expresamente las condiciones particulares indicativas del riesgo asegurado ["daños a vehículos (art. 5 CG)"], se extiende al lucro cesante por la paralización del vehículo, al depósito del mismo en un taller y a los gastos de tasación.

Pues bien, la precitada condición general 5, señala, literalmente, bajo el epígrafe „Garantía A - Daños Accidentales“, que: „La Compañía indemnizará al Asegurado los daños causados al vehículo asegurado como consecuencia de impacto con un objeto fijo o móvil o el vuelco del vehículo. La garantía comprende además: Los daños causados a repuestos, accesorios y a equipos profesionales instalados en el vehículo tales como grupos frigoríficos, mecanismos de izar, elevadores o similares en la medida en que estén expresamente descritos en las condiciones particulares. Los daños causados a neumáticos, teniendo en cuenta su estado y antigüedad siempre que tales daños vayan acompañados de otros daños cubiertos bajo esta garantía ...”.

Esta cláusula delimita el riesgo a los daños

598/2011, de 20 de julio; 402/2015, de 14 de julio, 541/2016, de 14 de septiembre; 147/2017, de 2 de marzo; 590/2017, de 7 de noviembre, según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal o espacial. El papel que, por el contrario, se reserva a las cláusulas limitativas radica en restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido (SSTS de 16 de mayo y 16 octubre de 2000, 273/2016, de 22 de abril, 520/2017, de 27 de septiembre, 590/2017, de 7 de noviembre). En palabras de la STS 953/2006, de 9 de octubre, serían "las que empeoran la situación negocial del asegurado".

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 563/2021, ponente Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelber.

causados al vehículo, como resulta no sólo de la redacción literal de la precitada cláusula, que así expresamente lo establece, sino también de la especificación de los límites de la cobertura a otros elementos relativos a accesorios y equipos industriales del propio vehículo, sin que, por el contrario, se extienda a otros riesgos, no contemplados por las partes, como una cobertura de lucro cesante por los daños y perjuicios sufridos, no en el vehículo asegurado, sino ocasionados a la empresa titular del mismo por su paralización como elemento productivo, o los de depósito en taller o elaboración de un presupuesto de reparación, que discurren al margen de la cobertura descrita, que ostenta la condición de delimitadora del riesgo.

Todo ello, sin perjuicio de las acciones que correspondan a la demandante contra la persona que conducía el vehículo, que colisionó con la cabeza tractora, y su contra su compañía aseguradora que, al amparo del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, deberá resarcir, en su caso, la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por la actora, siempre que le sean jurídicamente imputables.

No apreciamos contradicción alguna entre las condiciones particulares que remiten expresamente a las generales, ni se puede considerar sorpresa la exclusión de los otros gastos reclamados”.

Se aduce en la mayoría de las reclamaciones y demandas formuladas por este concepto a que la exclusión de la cobertura por el cierre obligado por el Estado, es una clara limitación de los derechos del asegurado en un contrato de adhesión, por lo que su validez y oponibilidad vendría condicionada al cumplimiento de los requisitos del artículo 3 de la LCS. Si bien, hemos de indicar que la pandemia no está excluida expresamente en la generalidad de los contratos que están siendo objeto de controversia hasta el momento, sino que la exclusión a las que se alude por las aseguradoras, precisamente es a la consideración de que la pérdida de beneficios debe ser a consecuencia de un siniestro de daños cubiertos por la póliza.

Como ya hemos apuntado anteriormente, la propia Audiencia Provincial de Girona, mediante Acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles, de 23 de marzo de 2022, ha cambiado radicalmente el criterio que mantenía hasta ese momento, y tal y como se recoge en la sentencia de 25 de mayo de 2022, entiendo ahora que: “Las cláusulas incluidas en las condiciones generales

del contrato de seguro de daños que determinan que las indemnizaciones por la paralización de la actividad o por pérdida de beneficios sólo se aplican a los riesgos previstos en las condiciones particulares, o que excluyen la cobertura si el cierre ha sido ordenado administrativamente u otros similares, no son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, sino delimitadoras del riesgo cubierto”.

En este sentido, cabe mencionar que la Audiencia Provincial de Murcia, de 28 de febrero de 2022, que resulta esclarecedora en la materia que nos ocupa, pues estima el recurso de la aseguradora, y por tanto, desestima la demanda interpuesta por el asegurado, bajo los siguientes fundamentos: “Según se desprende de la propia póliza en su página 42 al fijar la garantía sobre el particular referido, estableciendo que se garantiza el pago de una indemnización diaria (...) cuando se produzca la paralización temporal, total o parcial de la actividad del establecimiento asegurado por daño directo como consecuencia de: un siniestro de daños propios cubierto por las garantías contratadas, (...), desprendiendo del tenor literal de lo expuesto que el seguro por lucro cesante contratado entre la parte no se activa por cualquier siniestro, sino por los previstos en la propia póliza y que son objeto del seguro (...) sin que estimemos factible enmarcar las mismas en el ámbito de limitaciones de derechos del asegurado, razón por la que no procede entrar a examinar dicha definición bajo los parámetros de lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS, al igual que tampoco cabe entrar a conocer si se trata de algún tipo de exclusión de la cobertura, la cual, desde luego, no aparece explícitamente como tal al enumerarse las mismas, sino, sencillamente, que dicho supuesto en ningún caso es objeto de cobertura en cuanto que no se ha producido ninguno de los riesgos cubiertos por el seguro contratado que se encuentran esencialmente en el ámbito propio del seguro de daños, (...)”.

Concluye esta sentencia que no es preciso entrar a valorar si esa cláusula es limitativa o no, pues sencillamente el hecho por el que se reclama no es objeto de cobertura, al exponer que: “(...) en ningún caso consideramos que deba incluirse en tal expresión, de una manera indefinida y expansiva, todo tipo de sucesos accidentales, súbitos e independientes a la voluntad del asegurado, incluidos aquellos en que la autoridad gubernamental establezca su cierre como consecuencia de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia, pues de ser así se cubriría prácticamente cualquier pérdida procedente de cualquier cierre con independencia de la causa, y eso no se encuentra

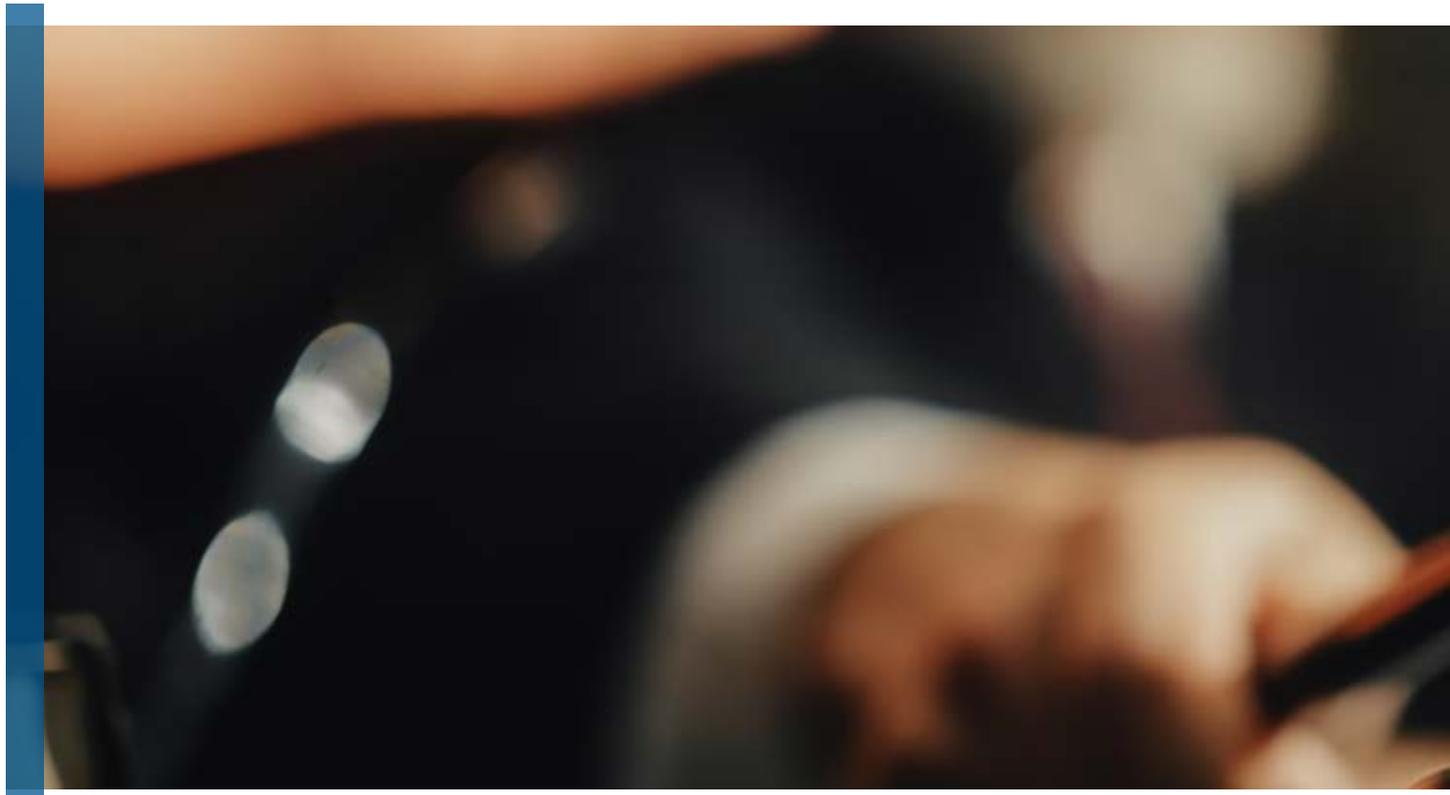
en la razón de ser de la ley ni resulta del contrato que nos ocupa, (...) no considerando que nos encontremos ante una controversia sobre la falta de claridad en la redacción, que desde luego favorecería al asegurado, sino ante la necesidad de interpretar la delimitación de la cobertura pactada por las partes”.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de fecha 16 de mayo de 2022: *“Pues bien, en el presente caso nos encontramos ante una cláusula delimitadora del riesgo, toda vez que la misma sirve para determinar cuál es el riesgo que se cubre (la paralización del negocio como consecuencia de alguno de los acontecimientos descritos en las propias condiciones generales) y, a su vez, para configurar uno de los elementos esenciales del contrato, cual es el precio del seguro, en tanto el mismo se fija, entre otras variables, teniendo en cuenta cuales son los riesgos que se aseguran.”*

Por último y en igual sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de octubre del 2022, determina que *“debe entenderse que la cláusula controvertida es una cláusula delimitadora del riesgo, en tanto que define cuáles son los hechos objeto de cobertura”*. Pasando a exponer más adelante el contenido de las condiciones generales que se detallan bajo el epígrafe “garantías de pérdida de explotación” que establece que cubre “hasta la cantidad y por el periodo máximo indicado en las condiciones particulares, las

pérdidas que usted sufra con motivo de la paralización parcial o total de la actividad del negocio asegurado a consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentren amparados en esta póliza”. La sentencia añade expresamente que *“la garantía de pérdida de beneficios contratada en la póliza se encuentra contratada adicionalmente dentro de una póliza multirriesgo en la que se da cobertura a la pérdida de beneficios si esta es provocada por un siniestro que tiene cobertura por otra garantía contratada en la póliza. Así, a modo de ejemplo, si la póliza cubre el robo, la pérdida de beneficios estará cubierta si es derivada de un robo”*.

Frente a esta doctrina de la mayoría de los tribunales que han enjuiciado este tema, entendiendo que estamos ante seguros cuyas cláusulas contenidas en el contrato de seguro circunscriben o limitan claramente el aseguramiento a que las pérdidas por la paralización sean consecuencia de un daño previo cubierto, tan solo cabría contraponer la ya comentada sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de julio de 2022, que como se ha dicho, analiza una póliza muy particular donde la cobertura particular fijaba la pérdida de beneficios dentro del apartado “riesgos extensivos”, y hacía referencia a “pérdida de beneficios durante la paralización de actividad comercial”, lo que no puede extrapolarse a los demás supuestos analizados en el resto de sentencias. En todo caso, si conviene tener presente lo que dicha audiencia recuerda: “Es



responsabilidad de la compañía aseguradora predisponente del clausulado general de las pólizas de seguro redactar sus cláusulas de manera que puedan los tomadores y asegurados entender la cobertura exacta de las garantías incluidas en el contrato, evitando redacciones imprecisas, ambiguas u oscuras que puedan llevar a confusión sobre el alcance de dicha cobertura. Cuando la cláusula contenga ambigüedades/interpretaciones, la interpretación de su sentido y alcance debe hacerse del modo más favorable para el asegurado, perjudicando a la compañía aseguradora en cuanto predisponente de la misma y atendiendo a su superior deber de diligencia en cuanto perfecta conocedora del mercado asegurador”.

Por su parte, la STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14), estableció que las cláusulas de los contratos de seguro deben estar redactadas de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulten inteligibles para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente, tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas. De forma que el asegurado de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Y es que el control de transparencia, como principio jurídico para determinar la validez de la cláusula predispuesta, resulta de “aplicación

directa” al sector de la contratación seriada propia del contrato de seguro bajo condiciones generales. La aplicación material del principio de transparencia comprende el control tanto de las cláusulas limitativas como de las delimitadoras, como también la comprensibilidad y claridad de su interrelación en la interpretación sistemática y completa del contrato. Asimismo, las cláusulas sorprendivas o insólitas que restrinjan o limiten los derechos o intereses legítimos de los asegurados, deben calificarse de forma directa como cláusulas abusivas por falta de transparencia; con su correspondiente sanción de nulidad de pleno derecho.

Asimismo, la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2015, reafirmó expresamente que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por la propia Sala de lo Civil, resulta aplicable a la contratación seriada propia del contrato de seguro, particularmente en cuanto a la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad; las cuales deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza. Y en similar sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016, que cierra la cuestión al decir que «*Dado que toda la normativa de seguros está enfocada a su protección [del asegurado], resolviéndose a su favor las dudas interpretativas derivadas de una redacción del contrato o sus cláusulas oscuras o confusas, la exigencia de transparencia*



contractual, al menos cuando la perfección del contrato está subordinada, como es el caso de los de adhesión, a un acto de voluntad por parte de solicitante, impone que el asegurador cumpla con el deber de poner en conocimiento del asegurado aquello que configura el objeto del seguro sobre el que va a prestar su consentimiento».

Pero entiendo que el control de transparencia del clausulado de estas pólizas solo será posible -como dice la referida jurisprudencia- en supuestos en los que este clausulado siembre dudas interpretativas, derivadas de una redacción del contrato confusa o de una clasificación de riesgos cubiertos que pueda llevar a engaño, que aunque no es el caso de la mayoría de las pólizas existentes en el mercado español, si hay algunos supuestos de condicionados que pudieran calificarse de tal forma, pues por la estructura y contenido del condicionado particular, pudiera desprenderse que estaríamos ante una cobertura independiente. Esto es debido a que al contrario que en la mayoría de las pólizas multirriesgo, donde se incluyen las coberturas de daños junto con otras complementarias como la pérdida de beneficios vinculadas a los mismos, hay otras pólizas de seguro combinado industrial, en las que se contratan coberturas o seguros independientes, perfectamente diferenciados en bloques bien separados, lo que podría inducir a entender que no sólo se están asegurando los daños materiales y los complementarios a estos como la pérdida de beneficios, sino también los perjuicios económicos puros, pues -tal y como regula el párrafo segundo del artículo 63 de la LCS- están permitidas ambas formas de contratación, lo que no ayuda de por sí a despejar dudas salvo que estuviera predeterminado el importe de la indemnización, en cuyo caso siempre estaríamos ante un seguro combinado con uno de daños, pues conforme al artículo 67 de la LCS *“si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios las partes no podrán predeterminar no podrán predeterminar el importe de la indemnización”.*

En definitiva, será nuestro Alto Tribunal quien probablemente llegue a pronunciarse en algún momento sobre esta cuestión, escribiendo otro capítulo más sobre la diferencia entre cláusulas delimitadoras y limitativas, que ponga fin a la discusión sobre la consideración que deben de tener las cláusulas contenidas en el contrato de seguro que circunscriben o limitan el aseguramiento a que las pérdidas por la paralización sean consecuencia de un daño previo cubierto por el seguro, y, lo más importante, en qué supuestos y bajo qué condiciones podrían ser declaradas como “cláusulas sorprendentes” -aquellas cláusulas ya predisuestas en el contrato

que restringen de manera sorprendente la cobertura del asegurado, y que se hallan dentro de las delimitadoras de cobertura de riesgo, considerándolas como cláusulas limitativas de derechos del asegurado-, lo que obliga a que hayan de estar redactadas en el contrato cumpliendo los requisitos del artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro.

IV.-BIBLIOGRAFÍA

BADILLO ARIAS, J.A (2020): “Las Responsabilidades derivadas de la Covid-19” Aranzadi, 1ª Edición, 2020.

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

GOIZUETA J. y PONCE I. (2021): “Covid, cierre de negocios y pérdida de beneficios”, en BCR Boletín de RC y Seguro (Número 111 - marzo 2021). Este documento puede ser inspeccionado en el siguiente enlace: <https://www.inese.es/wp-content/uploads/2021/03/brc111-6.html>.

GONZALEZ BARRIOS, I. Y ALEMÁN SÁNCHEZ, J. (2021): “El seguro de pérdida de beneficios y la Covid-19”, Publicado en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguro. Año 57. Nº 4, abril 2021

LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2021): “Responsabilidad civil y derecho de seguros. Estudio doctrinal de supuestos especiales en ambas materias”, Editorial Comares, enero 2021.

PAGADOR LÓPEZ, J. (2012): “La protección del consumidor en el contrato de seguro”. En “Derecho (privado) de los consumidores”, Miranda Serrano, L., y Pagador López, J., (coords.). Marcial Pons, Madrid, 2012.

TAPIA HERMIDA, A.: “El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de empresa a resultas del covid 19. Estado de la cuestión y futuro de las indemnizaciones”, El Blog de Alberto J. Tapia Hermida, agosto de 2021.

VEIGA COPO, A.: “Contrato de Seguro y Pandemia”, Civitas, 1ª Edición, 2020.

VEIGA COPO, A.: “El seguro de pérdida de beneficios e interrupción de negocio”, nº970 - enero de 2021, en Revista Legal Today.



doctrina

La posible responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad en las que algunos de sus residentes fallecieron por covid-19*



Pedro Botello Hermosa

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Facultad de Derecho - Universidad de Málaga

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- ARGUMENTOS PARA APOSTAR POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA

2.1.- EL CARÁCTER ANORMALMENTE PELIGROSO DE LA GESTIÓN DE UNA RESIDENCIA DE MAYORES EN ÉPOCA DE COVID.

2.2.- LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 148 TRLGDCU POR PARTE DE LAS RESIDENCIAS DE MAYORES RESPECTO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A SUS USUARIOS VULNERABLES EN ÉPOCA DE COVID.

2.3.- LA CONDICIÓN DE INFECCIÓN NOSOCOMIAL DEL COVID QUE DESCARTA LA CAUSA DE FUERZA MAYOR PARA EXONERAR DE RESPONSABILIDAD A LAS RESIDENCIAS, Y SUPONE IGUALMENTE LA INFRACCIÓN DEL 148 TRLGDCU.

III.- DE LA POSIBLE CULPA DE LA RESIDENCIA, AUNQUE SE APUESTE POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

IV.- CONCLUSIONES

V.- BIBLIOGRAFÍA

*Artículo realizado en el marco del Grupo de investigación PAIDI SEJ617 “Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado”, así como en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: “VULNERABILIDAD PATRIMONIAL Y PERSONAL: RETOS JURÍDICOS”, IIPP. M.^ª VICTORIA MAYOR DEL HOYO Y SOFÍA DE SALAS MURILLO; Y EN LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO I+D+I “DISCRIMINACIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LAS SITUACIONES INTERNACIONALES E INTERREGIONALES (CÓDIGO: PID2021-127361NB-I00). AYUDAS A «PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO» EN EL MARCO DEL PROGRAMA ESTATAL PARA IMPULSAR LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICO-TÉCNICA Y SU TRANSFERENCIA, DEL PLAN ESTATAL DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, TÉCNICA Y DE INNOVACIÓN 2021-2023. IP: NATIVIDAD GOÑI URRIZA.

I.- INTRODUCCIÓN

En octubre de 2022 podemos afirmar que, en España, a causa del covid, han fallecido en las residencias privadas¹ de la tercera edad más de 34.000 personas², las cuales, todas y cada una de ellas, pertenecían a un colectivo vulnerable como es el de las personas mayores, y necesitaban, con independencia de ello, una especial protección frente al virus dado que era precisamente en este colectivo de personas donde el coronavirus presentaba en enorme índice de mortalidad.

Aunque a día de hoy siguen produciéndose muertes y contagios³, la mayoría de dichas muertes ocurrieron en la primera ola de la pandemia, cuando, según Amnistía Internacional⁴, “el virus se esparció con mucha rapidez en las residencias porque el personal cuidador está en continuo contacto con las personas residentes y no contaban con protección. Esa falta de protección asimismo supuso un gran número de bajas de personal, que han impactado en el cuidado de las personas mayores en residencias y la gestión de la atención sanitaria”.

Desde el principio de este trabajo es muy importante destacar que mientras en algunas residencias de la tercera edad hubo más de 80 fallecimientos por los brotes incontrolados de covid, en otras, sin embargo, debido a su correcta gestión a la hora de adoptar medidas organizativas de prevención, el virus no llegó a propagarse, y por tanto, no hubo casos de muertes por coronavirus entre sus residentes vulnerables.

1 Representan el 72% de las plazas ofertadas en España según ABELLÁN GARCÍA, ANTONIO y ACEITUNO NIETO, MARÍA DEL PILAR, «Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de abril de 2019», *Informes Envejecimiento en red*, nº27, 2020, Madrid, pág. 24.

2 Datos actualizados que ofrece <https://www.rtve.es/noticias/20220429/radiografia-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.shtml>

3 En la última semana de agosto de 2022 se han contabilizado 27 fallecimientos y 971 contagios, las cifras más bajas en lo que llevamos de 2022, según la información recopilada hasta el 21 de agosto por el IMSERSO, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES) del Ministerio de Sanidad y el Instituto de Salud Carlos III (ISCIII) del Ministerio de Ciencia e Innovación

4 <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/madrid-cataluna-las-personas-mayores-en-residencias-han-sufrido-desde-marzo-cinco-violaciones-de-derechos-humanos-y-ahora-podrian-volver-a-sufrir-algunas-de-ellas/>.

Así lo afirma ELIZARI URTASUN⁵ cuando cuenta que “en relación con el COVID-19 podrá alegarse que ciertas medidas, que previsiblemente hubieran podido prevenir el contagio, no estaban a disposición de los centros residenciales, al menos durante los primeros momentos de la pandemia, fundamentalmente equipos de protección individual (mascarillas, guantes, pantallas de protección) y pruebas diagnósticas, que hubieran sido necesarias para una correcta clasificación y separación de los residentes. Pero la imposibilidad de adoptar ciertas medidas no puede servir para justificar un alto nivel de contagios como evitables. Se ha de recordar las diferentes cifras de contagios aludidas al principio, que no pueden atribuirse al azar y que demuestran, como declaraba el Tribunal Supremo, que es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La existencia de centros en los que, en plena primera ola, existieron uno o dos contagios, que suponían un porcentaje pequeño de los usuarios (1-2%) demuestra que era previsible que el virus entrara en la residencia. Incluso puede aceptarse que dicha entrada fuera inevitable. Pero estos mismos supuestos demuestran, que (incluso con idéntica escasez de tests o mascarillas) los contagios que afectaban a un amplio grupo de residentes (más del 50% en algunos casos) sí eran evitables con la adopción de medidas organizativas de prevención, tal y como afirmaba el Tribunal Supremo en relación a las infecciones nosocomiales”.

¿A qué se debe esta diferencia de contagios entre una u otra residencia?

La respuesta parece evidente: algunas residencias de mayores, siendo conscientes de la importancia del virus que ya había atacado a los mayores en China y empezaba a hacerlo en Italia, adoptaron todas las medidas preventivas necesarias para evitar que el covid entrase en sus instalaciones, mientras que otras no actuaron de la misma forma.

O, dicho de otra forma, algunas residencias fueron gestionadas correctamente ante el peligro de la pandemia frente a los residentes mayores vulnerables, y otras no.

En tal sentido podemos destacar lo que

5 ELIZARI URTASUN, LEYRE, «La responsabilidad civil de las residencias privadas para personas mayores por los contagios de covid-19 de sus usuarios: títulos de imputación», *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del Derecho español y comparado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2021, págs. 114 y 115.

ocurrió en la residencia Premiá de Mar de Mataró, entre marzo y mayo de 2020, donde llegaron a fallecer por covid hasta 87 de sus residentes vulnerables, y todo ello, según el Ministerio Fiscal que acusa a los directores de la residencia de homicidio imprudente, de lesiones por imprudencia profesional y de trato degradante, por una «negligente gestión» y un «caos generalizado». O, también, lo que ocurrió en la residencia de la tercera edad *Fiella de Tremp, en Lérida, donde el Ministerio Fiscal apreció* «gravísimas disfunciones y déficits organizativos», que pudieron tener una «influencia decisiva» en el contagio por covid de 42 trabajadores de la plantilla sobre un total de 65, y, lo que es peor, en el fallecimiento, entre el 22 de noviembre y el 25 de diciembre del 2020, de 64 de los 142 residentes del centro geriátrico.

¿Alguien puede dudar que la gestión de estas residencias de la tercera edad ha sido causa directa del fallecimiento de sus residentes vulnerables por covid?

En octubre de 2022 sabemos que hasta el momento casi todas las denuncias contra las residencias de la tercera edad por la muerte de sus residentes vulnerables han acabado siendo archivadas dado que el Ministerio Fiscal no considera como posible delito la actuación de los responsables de las residencias a la hora de su gestión en época de covid⁶, pero tras el archivo penal toca plantearse:

¿Qué pasará con la responsabilidad civil? ¿Tienen derecho los familiares de las víctimas que fallecieron por covid en una residencia de mayores a ser indemnizados por sus responsables o por sus aseguradoras? ¿Tendrán que probar las víctimas que la culpa de la infección de covid se debió a la falta de diligencia en la gestión de la residencia a la hora de prevenir los brotes en su interior, o, por el contrario, les bastará con acreditar que sus familiares murieron por covid dentro de una residencia para ser indemnizados?

⁶ Desde Amnistía Internacional se afirmaba en enero de 2022 que *“el propio Ministerio Fiscal ha reconocido que se produjo una situación objetiva de vulneración de derechos fundamentales en las residencias, de las diligencias de investigación penal llevadas a término por la propia institución, casi el 90% han sido archivadas sin llevar el caso a los tribunales.*

Amnistía Internacional considera que la mayoría de las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal no cumplen con los estándares de derechos humanos sobre exhaustividad y eficacia que permitan el esclarecimiento de las circunstancias de las miles de muertes en residencias”.

Eso sí, hace tan solo una semana⁷ la Fiscalía General del Estado emitió una orden a todas las fiscalías de España, para garantizar que los familiares de los fallecidos por Coronavirus en las residencias de ancianos sean escuchados, y que su punto de vista y declaraciones sean tenidos en cuenta en todos los procedimientos penales puestos en marcha, y todo ello porque desde el Ministerio Público se considera que *«es preciso adquirir un conocimiento detallado y analizar con exhaustividad la situación actual y el devenir de los procedimientos penales puestos en marcha, en relación con los fallecimientos acaecidos en las residencias de la tercera edad como consecuencia de la enfermedad del Covid-19»*, lo cual puede acabar terminando con la obtención de nuevas pruebas que respalden aún más los argumentos jurídicos que a continuación expongo en relación con la responsabilidad civil de las residencias de mayores por el fallecimiento por covid de sus residentes vulnerables.

Y en relación con la posible responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad por las muertes o lesiones que el covid haya producido en su interior a sus residentes vulnerables hay que destacar, que entre ambas partes existía un contrato que obligaba a la residencia en base a los artículos 1101 y 1104 del Código civil⁸, a actuar con la diligencia que exigía en ese momento la naturaleza de la obligación, teniéndose en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

¿Cumplieron las residencias con la obligación adoptar todas las medidas preventivas necesarias para que el covid no entrase en sus instalaciones, así como con su obligación de asistencia y cuidado de sus mayores?

Pues bien, haciendo un spoiler de lo que nos vamos a encontrar en las próximas páginas del artículo, adelanto que, al menos en mi opinión (y seguramente en contra de la opinión de la mayoría de autores que apostarán por la entrada del covid en las residencias como causa de fuerza mayor⁹) existen motivos jurisprudenciales

⁷ Concretamente fue el 6 de octubre de 2022, cuando el teniente fiscal de la Secretaría Técnica, Diego Villafañe, mediante la firma de un oficio propuesto por el fiscal general, Álvaro García Ortiz, en el cual se da un plazo de un mes a todas las Fiscalías para que ofrezcan información sobre el número de diligencias de cada comunidad, así como de denuncias, querellas y procedimientos judiciales en proceso de trámite.

⁸ En adelante C.c.

⁹ Con lo cual no coincido, ya que si fuese causa de fuerza mayor hubiesen existido brotes en todas las residencias y no fue así (las que actuaron de forma correcta no los su-

para al menos argumentar por qué podemos hablar de una responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, en los casos en los que un mayor dentro de una residencia de mayores haya muerto o sufrido lesiones por covid, y todo ello, aun siendo consciente que en los últimos tiempos el Tribunal Supremo tiende justo a lo contrario, es decir, que apuesta por el retorno a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, lo cual implica que pone fin a la objetivación de la responsabilidad civil en aras de proteger a la víctima.

Por último, intentaré argumentar que incluso si los Tribunales consideran que la responsabilidad civil objetiva no tiene cabida en los supuestos que venimos exponiendo, o lo que es lo mismo, que rige la responsabilidad civil subjetiva, existen motivos para entender que las víctimas podrán probar que lo que ha ocasionado el daño, en este caso la pérdida del

frieron), a lo que hay que sumar la condición de infección nosocomial que tiene el covid y una reciente sentencia del Tribunal Supremo que citaré en el artículo, en la que se establece que *«Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. (...) Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto»*.

familiar, fue la no observancia de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación contractual por parte de la residencia, o lo que es lo mismo, que la residencia ha infringido el 1104 del C.c., lo cual no solo resulta evidente cuando hablemos de las residencias catalanas expuestas anteriormente, sino que también podrá apreciarse con mucha probabilidad en la mayoría de las residencias que han recibido denuncias por su gestión durante la pandemia.

II.- POSIBLES ARGUMENTOS PARA APOSTAR POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA

2.1.-El carácter anormalmente peligroso de la gestión de una residencia de mayores en época de covid

Como sabemos, si se aplica el sistema de responsabilidad civil subjetiva o por culpa, la carga de la prueba recaerá sobre la víctima¹⁰, o sus familiares, lo cual, en principio, colocaría a las personas que han sufrido el daño en una clara desventaja frente a la residencia, dado que difícilmente podrán probar qué ocurrió y cómo durante la época de confinamiento.

¹⁰ Será la víctima la que deberá probar que efectivamente el daño se le ha producido por culpa (intencionalidad o simple negligencia) del que agente causante del daño (demandado), y si no consigue probarlo, la víctima no será indemnizada.



Sin embargo, si los Tribunales apuestan por el sistema de responsabilidad objetiva, o por riesgo, se invertirá la carga de la prueba (recaerá sobre la residencia y no sobre la víctima), lo cual, aunque no supone de forma automática que la residencia sea la responsable del fallecimiento, sí que colocaría en una gran posición a los demandantes para ser indemnizados ya que entonces solo deberán probar que existió nexo causal entre el hecho de vivir en la residencia¹¹ y el fallecimiento, sin necesidad de probar que la culpa fue de la residencia. Es más, de considerarse responsabilidad civil objetiva, será la residencia la que para exonerarse de responsabilidad tendrá que acreditar que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima (si existe culpa parcial de la víctima se habla de concurrencia de culpas) o por causa de fuerza mayor.

Pues bien, parte de este trabajo consiste precisamente en intentar argumentar jurídicamente algunos motivos que nos hagan plantearnos si en los supuestos de fallecimiento de personas mayores en residencias de la tercera edad en época de covid podemos hablar de responsabilidad civil objetiva, y para ello me sirvo principalmente de la interpretación a *sensu contrario* de dos sentencias del Tribunal Supremo de las que es ponente el magistrado Excmo. Sr. Seoane Spiegelberg.

La primera de ellas sería la sentencia 171/2020, de 11 de marzo de 2020, en la que, por un lado, nuestro Alto Tribunal afirma el indiscutible retorno a la constatación de la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, como fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, mientras que, por otro lado, sigue remarcando que la responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, sólo se aplicará cuando así lo establezcan las leyes, o cuando hablemos de una actividad anormalmente peligrosa que justifique la inversión de la carga de la prueba.

Así, establece literalmente en el fundamento de Derecho segundo de la sentencia que:

«Al fundamentar el recurso, la actora parte de una consideración que no podemos aceptar, cual es que, en los últimos tiempos, la responsabilidad civil camina hacia soluciones que prescinden, en mayor o menor grado, del componente subjetivo de la culpa, ante la

exigencia social de dar satisfacción a la víctima, acercándose así al establecimiento de una responsabilidad cuasi-objetiva, que se aparta de los condicionantes de una responsabilidad civil subjetivista con exigencia de una probanza clara y directa de un nexo de causalidad entre la actuación u omisión del agente y la producción del daño.

En modo alguno podemos aceptar tal argumento. Si hay algo que caracteriza la jurisprudencia de este tribunal en los últimos tiempos es el indiscutible retorno, por elementales exigencias de lo normado en los arts. 1902 y 1101 del CC, a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual.

Podemos en este sentido sostener que la jurisprudencia de este tribunal se fundamenta en los postulados siguientes:

1.- La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se excepciona por ley.

2.- El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa.

3.- Para el resto de actividades, en aplicación del art. 217 LEC, es al perjudicado que reclame a quien compete la carga de la demostración de la culpa del demandado».

Centrándonos en el punto 2 de la sentencia, parece evidente que si gestionar una residencia de mayores en época de covid se considera una actividad anormalmente peligrosa se invertiría la carga de la prueba en contra de la residencia, correspondiendo entonces a la residencia justificar la culpa exclusiva de la víctima o el caso fortuito para exonerarse de responsabilidad.

¿Es o no es una actividad anormalmente peligrosa gestionar una residencia de mayores en época de covid, y más cuando todavía no existía ni la vacuna?

El lamentable hecho de que dentro de este tipo de residencias se contabilicen ya más de 34.000 fallecimientos habla por sí solo de la peligrosidad de tal gestión.

Por ello, al menos en mi opinión, cuidar-asistir-protector a las personas más vulnerables frente al covid, así como tomar las medidas preventivas adecuadas para evitar su propagación, deben ser consideradas como

¹¹ Por ejemplo, entró hace unos meses sin ningún problema de salud, y ha fallecido por covid-19 que ha cogido en la residencia de donde nunca salió a la calle ni entró nadie a verlo.

actividades anormalmente peligrosas, lo cual daría cabida a la responsabilidad civil objetiva.

Y puede entenderse algo “anormalmente” peligroso, precisamente porque esta misma gestión antes de la pandemia no se consideró peligrosa por el Tribunal Supremo en la misma sentencia antes referida 171/2020, donde se fijó literalmente que «*la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa*».

Por tanto, antes de la pandemia la gestión de una residencia de la tercera edad estaba dentro de los parámetros de normalidad en cuanto a peligrosidad, pero la “normalidad” se terminó con la pandemia y empezaron a surgir en nuestras vidas tantas cosas anormales (como no poder salir de casa, no poder ir a trabajar, etc), dentro de las cuales podemos considerar que la gestión de una residencia de la tercera edad dejó de ser normal desde el punto de vista de su peligrosidad, para pasar a convertirse en una actividad anormalmente peligrosa, ya que era notorio que si el virus entraba en sus instalaciones el caos y la propagación de la muerte estaban garantizados.

De hecho, durante la pandemia, los familiares de las personas mayores que vivían con ellos empezaron a cuidarlos de forma anormal, con una sobreprotección excesiva, aislándolos el tiempo que fuese necesario, sin verlos, etc. Y eso que entre ellos no existía un contrato que les obligaba a hacerlo, como sí que existía entre las residencias de mayores y los residentes más vulnerables al covid.

Tal vez la pregunta correcta es si los directores de muchas residencias de mayores eran o no conscientes de que con la llegada

del covid gestionar las residencias se había convertido en una actividad anormalmente peligrosa, pero el hecho de que algunos de los encargados de gestionar las residencias no fueran conscientes de la peligrosidad que suponían todas sus decisiones a la hora de adoptar una u otra medida preventiva de protección no debe ir en perjuicio de las víctimas ni de sus familiares, a lo que hay que sumar que también existieron encargados de muchas residencias que sí fueron conscientes desde el principio del carácter anormalmente peligroso que había adquirido su gestión con la aparición del coronavirus, motivo por el cual adoptaron todas las medidas necesarias para evitar su propagación.

2.2.- La posible vulneración del artículo 148 TRLGDCU por parte de las residencias de mayores respecto a la prestación de servicios a sus usuarios vulnerables en época de covid

Mientras el punto 2 de los postulados que menciona la sentencia 171/2020 del Supremo invierte la carga de la prueba cuando exista una actividad anormalmente peligrosa que la justifique, en el punto 1 recoge que «1.- *La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se excepciona por ley*».

Pues bien, en este apartado me centro en la posibilidad de que la responsabilidad civil objetiva tenga lugar en los casos de fallecimientos de mayores por covid en las residencias de la tercera edad precisamente porque se ha podido vulnerar una de las leyes¹²

¹² En nuestro Ordenamiento jurídico existen diversas leyes que apuestan por la responsabilidad civil objetiva frente a la subjetiva, siendo normalmente leyes que regulan una actividad que implican un riesgo, como por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el texto



que específicamente apuestan por este tipo de responsabilidad civil para las actividades que regulan, dado el riesgo que ellas implican, como es el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU).

Dentro de los diversos artículos¹³ del TRLGDCU que apuestan por la responsabilidad civil objetiva al invertir la carga de la prueba, el que nos interesa para este trabajo es el artículo 148, cuando, siempre dentro de la responsabilidad por los daños causados por bienes y servicios, impone un régimen especial de responsabilidad civil al recoger:

«Régimen especial de responsabilidad: 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.

refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; o, la Ley 48/1960, de navegación aérea; o, la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza; o la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear; o, por último, algunos supuestos concretos del C.c., como la responsabilidad del poseedor de un animal, o la de los propietarios por daños causados por humos excesivos, por la caída de árboles, o las cosas que se tiran o arrojan desde una casa.

13 Así se desprende, por ejemplo, cuando apuesta por la inversión de la carga de la prueba que se recoge en el artículo 145 respecto a los daños causados por productos defectuosos, al establecer que *«Culpa del perjudicado: La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente.»*

O, respecto a los daños causados por otros bienes y servicios con el contenido del 147: *«Régimen general de responsabilidad: 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.»*

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

A esto hay que sumar el contenido del artículo 11.1 del TRLGDCU cuando norma que *«Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros»*, y el art. 27 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, igualmente aplicable a los centros privados, donde se regulan las garantías de seguridad.

Pues bien, dentro de los usos incorrectos de ciertos servicios prestados a sus usuarios que hacen nacer la responsabilidad civil objetiva la jurisprudencia del Tribunal Supremo incluye los “servicios sanitarios” prestados por los centros hospitalarios a sus usuarios, los cuales deben ser prestados con las garantías de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, debiendo dejar muy claro desde el principio que la referencia a “servicios sanitarios” se circunscribe exclusivamente a los efectos funcionales de los centros hospitalarios (los de organización, coordinación, etc.), pero no alcanzan a los daños imputables directamente a los actos médicos (sometidos a la infracción de la *lex artis ad hoc*).

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 604/1997, de 1 de julio, al estudiar un caso en el cual, tras la práctica de una artroplastia de rodilla el paciente sufrió una infección por pseudomona aeruginosa que determinó la amputación de la extremidad lesionada, establece lo siguiente: *«Se apoyan ambos en el artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncian infracción por inaplicación de los artículos 1º y 28 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (actual artículo 148 TRLGDCU). Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1º de la expresada ley, que el recurrente en cuanto «persona física» que utiliza unos «servicios», reúne la condición de «usuario» «cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». Conforme al sistema de «garantías y responsabilidad» que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroge salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva». Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil*

incluye entre los «sometidos su régimen» los «servicios sanitarios», conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el Insalud. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, «hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por *pseudomonas aeruginosa*, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos».

También lo recoge así la STS 225/2004, de 18 de marzo cuando establece que «A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios (actual art. 148 TRLGDCU) y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: «...demandante es

consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad».

O, la sentencia 336/2012, en la que el objeto del proceso radicaba en la deficiente organización de un centro hospitalario y de los servicios de guardia de los profesionales sanitarios, lo que determinó que en un parto de riesgo, el médico se tuviera que ausentar para atender de forma teóricamente simultánea una emergencia, con un desenlace fatal para el bebé, y fija el alto tribunal que «De conformidad con lo expuesto, debe entenderse que no concurre incongruencia alguna en la sentencia recurrida, ya que lo que realmente declara y acoge es que hubo una deficiente organización por dicho centro del sistema de guardias, que facilitó la producción del resultado. Todo ello, en clara respuesta al suplico de la demanda y a las argumentaciones que la contienen en la que, al amparo de las acciones ejercitadas (extracontractual y legal, derivada esta última de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios) se recogen los reproches fácticos que se formulan a la recurrente, entre otros, la falta de medios humanos y materiales adecuados y el de una inadecuada organización de los servicios».

Y como última de las sentencias de la corriente jurisprudencial remarcada traigo a colación la segunda sentencia antes mencionada de la que también es ponente el Excmo. Sr. Magistrado Seoane Spiegelberg, como es la sentencia 446/2019, de 18 de julio, del Tribunal Supremo, que tenía como único motivo del recurso de casación el siguiente:

«Único .- Infracción del art. 148 TRLCU (anterior art. 28 LCU), al resolver la sentencia recurrida de modo opuesto a la reiterada jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva

del art. 28 LCU en materia de infecciones hospitalarias, expresada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 1377/2007, de 5 de enero ; nº 225/2004, de 18 de marzo , y la nº 604/1997 de 1 de julio ; alegadas como fundamento del interés casacional del presente recurso, que establece la responsabilidad objetiva de los centros hospitalarios en relación con las infección nosocomiales o intrahospitalarias; y se solicita de la Sala que declare que la sentencia recurrida desconoce e infringe la doctrina jurisprudencial alegada».

El referido motivo fue estimado por el Supremo, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial, y basándose para ello en afirmaciones como las siguientes:

«El art. 43 de la CE garantiza el derecho a la protección de la salud. No ofrece duda que los pacientes son usuarios de los servicios sanitarios, como tales protegidos por el RDL 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, cuyo art. 11.1 establece el deber genérico de seguridad, cuando norma que «los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros. (...).

Pues bien, consideramos infringido el art. 148 del TRLGDCU. (...) Al margen de que ello constituyó, como señala el Juzgado, un fallo de coordinación o comunicación, incluíble como tal en el art. 148 del TRLGDCU, lo cierto es que la causa de la muerte, según los hechos probados, fue una infección nosocomial adquirida en UCI, en donde permaneció durante un largo periodo de tiempo, hasta su fallecimiento, siendo conocida que la estancia prolongada en dichos servicios incrementa la posibilidad de la infección nosocomial.

El enfermo es evidente que tenía una legítima expectativa de seguridad de no contraer en el centro hospitalario una patología adicional a la que sufría y que precisamente desencadenó su muerte, como también a no ser expuesto a un tratamiento inadecuado que aumentase los riesgos de contraer una complicación como la reseñada. La prestación de los servicios sanitarios, en las debidas y exigidas condiciones de garantía y seguridad, tienen como finalidad prevenir esta tipología de complicaciones enjuiciando la responsabilidad individual de los facultativos tratantes, ni del personal adscrito al servicio de medicina preventiva por infracción de la lex artis ad hoc. (...).

La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad. No estamos tampoco enjuiciando la responsabilidad individual de los facultativos tratantes, ni del personal adscrito al servicio de medicina preventiva por infracción de la lex artis ad hoc».

Una vez acreditado que el Supremo considera vulnerado el 148 del TRLGDCU por los centros hospitalarios, públicos o privados, por el defectuoso funcionamiento de sus servicios sanitarios, podemos cuestionarnos:

¿Podrá considerarse infringido el 148 del TRLGDCU por las residencias de mayores que no hayan adoptado todas las medidas preventivas de seguridad necesarias para proteger a sus usuarios-residentes vulnerables? ¿Debe dicha omisión considerarse un cumplimiento defectuoso de los servicios sanitarios de las residencias de la tercera edad? ¿Prestan asistencia sanitaria dichos centros?

Parte de la doctrina¹⁴ entiende que las residencias de personas mayores no son centros sanitarios y que por ello debe descartarse la posible aplicación del régimen de responsabilidad objetiva del artículo 148 del TRLGDCU.

Sin embargo, el propio Ministerio de Sanidad sí otorga a este tipo de residencias la condición de centros sociosanitarios en la «Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», cuando durante todo su articulado otorga la consideración de centros sanitarios a las residencias de mayores al referirse a «las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios».

Y es que, atendiendo a los contratos que firman los residentes se observa que, en la

¹⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a CARMEN, «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: nexos causal y criterios de imputación», en Derecho y Salud, 2020V. 30, extraordinario, 2020, pág. 25; ELIZARI URTASUN, LEYRE, «La responsabilidad de las residencias...», Op. cit., pág. 105.

inmensa mayoría de los casos, las residencias adquieren compromisos sobre la asistencia de los usuarios a través de fórmulas poco concretas como «atención médica, rehabilitadora y social», o «seguimiento médico sanitario y farmacéutico».

Como ejemplo práctico de que cuando las residencias de mayores tengan que prestar asistencia sanitaria se les debe considerar residencias sanitarias, la STS de 11 de marzo de 2020 a la que antes hicimos referencia, recoge lo siguiente:

«1.- Con fecha 31 de diciembre de 2006, D.ª Elsa ingresó en la residencia, que gestiona la entidad demandada Residencias Familiares para Mayores S.L., en la ciudad de Marbella. Voluntariamente la Sra. Elsa dejó dicha residencia el 31 de marzo de 2007, retornando a la misma el día 4 de julio de dicho año.

*2.- El contrato abarcaba el régimen de pensión completa, alojamiento y **atención sanitaria**.*

*En el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la **residencia sanitaria**, sino por una causa natural, que la sentencia de la Audiencia considera motivada por un infarto de miocardio».*

Pero, ¿qué se entiende exactamente por la asistencia sanitaria que una residencia de mayores debe darle a su usuario vulnerable?

La SAP Madrid de 17 de noviembre de 2017 consideró que la relación contractual entre residencia y residente comprende

«entre otros, la asistencia médica, asistencial y farmacológica», obligándose los profesionales a una obligación de medios, consistente en “el cuidado y la salud del paciente, sin obligarse en este último caso al resultado de su curación, que no siempre está dentro de sus posibilidades».

Por su parte, la literalidad de la STS de 18 de julio de 2019 tantas veces expuesta, recoge que *«En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial ha circunscrito la referencia a «servicios sanitarios» a los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos».*

Por todo lo anterior, considero que dentro de la referencia “servicios sanitarios” que engloban los aspectos organizativos o de prestación del centro de personas mayores se incluyen la planificación y prevención para evitar la entrada de un virus tan mortífero entre sus usuarios como el covid-19.

Además, la interpretación *a sensu contrario* de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020, ya mencionada en el punto anterior, así lo permite, ya que en ella se juzgó la prestación de servicios de “Residencias para Mayores S.L.” a Doña Elsa en base a un contrato en el que se suscribió un régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria, y aunque desestimó la demanda interpuesta por los familiares de la fallecida porque el fallecimiento se debió a muerte natural por un infarto de miocardio, sí que contempló nuestro Alto Tribunal la posibilidad de que las residencias de mayores vulneren el artículo 148 del TRLGDCU cuando no presten sus servicios con la garantía y seguridad que estos requieren, equiparándose por tanto a lo que ocurre con los centros hospitalarios y sus usuarios.



Es concretamente en su fundamento de Derecho Tercero cuando la sentencia estudia la posible vulneración del artículo 148 del TRLGDCU (antiguo artículo 28) por las residencias de mayores respecto a sus residentes, y expone lo siguiente:

«El segundo de los motivos de casación se construye sobre la base de la vulneración de los arts. 26.2 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios (hoy artículos 147 y 148 del Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007).

En cualquier caso, la aplicación de tales preceptos requiere la constatación de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado producido. (...).

Por otra parte, no basta simplemente con que se haya producido un resultado lesivo, sino que es preciso la constatación de una relación de causalidad entre la prestación realizada y el daño, y que no se hayan dispensado los servicios sanitarios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. (...).

En el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, sino por una causa natural, que la sentencia de la Audiencia considera motivada por un infarto de miocardio, señalando además que no puede afirmarse, como hace la actora, que si la Sra. Elsa hubiese estado acompañada al sobrevenirle el infarto se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. El hecho de que D^a. Elsa pudiera pasar una hora o dos sola en el jardín del centro o en otra dependencia del mismo, no conforma una conducta negligente causalmente vinculada a una muerte natural, de manera tal que el desenlace de la vida de la Sra. Elsa se la podamos imputar jurídicamente a la entidad demandada, haciéndole responsable del mismo por un incumplimiento contractual culposo».

Se desprende de la sentencia que el Supremo entiende que cuando se acredite la relación de causalidad entre el servicio prestado por la residencia de mayores y el daño originado a su usuario, tendrá cabida la responsabilidad civil objetiva considerándose

infringido el artículo 148 del TRLGDCU.

Coincido completamente con GONZÁLEZ CARRASCO¹⁵ cuando al estudiar la sentencia afirma que *«El TS descarta la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva del art. 148 TRLCU al considerar que no hay relación de causalidad entre la prestación del servicio sanitario que la residencia en este caso ofertaba y el daño producido, porque el fallecimiento se produjo por una causa natural y no como consecuencia de una indebida prestación de los servicios sanitarios de los que disponía la residencia. Y, por otra parte, rechazó que el deber de vigilancia continua formase parte de las obligaciones asumidas contractualmente por el centro asistencial.*

Ahora bien, una interpretación a sensu contrario de esta doctrina, podría justificar un pronunciamiento de condena si se considerase que un mayor residente se encuentra en una situación de peligro por contagio de COVID-19, de forma que dicha situación exija vigilancia continuada o la adopción de especiales medidas de cuidado”.

También PÉREZ ANDREU¹⁶ se centra en el contenido de la sentencia y manifiesta que *«Además de analizar los preceptos del Código Civil que hemos citado previamente, esta sentencia también analiza la posible infracción de los arts. 148 y 149 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, relativos a la responsabilidad por los daños y perjuicios en la prestación de servicios. Para aplicar este régimen jurídico, debemos partir de una premisa básica, que es la prestación del servicio con los niveles exigibles de eficacia y seguridad para el usuario.*

Resulta muy interesante aquí el aspecto relativo a la carga de la prueba, que se invierte como medio de protección al consumidor o usuario, correspondiendo a la residencia acreditar que ha cumplido con el cuidado y diligencia que exige la naturaleza del servicio. Dicho esto, en el caso que venimos analizando, el Supremo descarta la aplicación de este régimen jurídico al considerar que no hay relación de

¹⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a CARMEN, «Responsabilidad patrimonial...», Op. cit., pág. 31.

¹⁶ PÉREZ ANDREU, «La responsabilidad de las residencias de ancianos», en Hay Derecho, 11 de mayo de 2020, disponible en <https://www.hayderecho.com/2020/05/11/responsabilidad-residencias-ancianos/>

causalidad entre la prestación del servicio y el daño irrogado, porque el fallecimiento se produjo por una causa natural y no como consecuencia de una indebida prestación de los servicios sanitarios de los que disponía la residencia, rechazando así la existencia de un incumplimiento contractual culposo.

En definitiva, las residencias tienen la obligación de proveer el cuidado y atención que el anciano requiera en cada momento, según sus circunstancias, para impedir que se vea expuesto a peligros o situaciones perjudiciales que sean evitables, así como la obligación de utilizar los medios humanos y materiales necesarios para ello. Si no se lleva a cabo este deber de cuidado o no se hace con la diligencia debida, estaríamos ante un incumplimiento contractual o un cumplimiento defectuoso que desembocaría en la obligación de indemnizar.

Y, siempre en la misma línea, GUILABERT VIDAL¹⁷ entiende vulnerado el 148 del TRLGDCU por las residencias privadas de mayores cuando expresa que «La doctrina considera que el listado de los servicios que aparecen enumerados en el segundo párrafo del precepto, sometidos necesariamente al régimen objetivo contenido en el mismo, no se ha configurado con carácter taxativo. Con ello queremos indicar que el régimen de responsabilidad objetivo que contiene puede extenderse a otros servicios. La cuestión capital será determinar cuáles son los que han de quedar circunscritos.

En este sentido, parece razonable pensar que la mera existencia de reglamentos de seguridad de la actividad en cuestión no justificaría por sí sola la adopción de este régimen, sino que habría que constatar que la misma debe incluir necesariamente la garantía de determinados niveles de seguridad. Éstos vendrán fundamentados, en última instancia, por el riesgo inherente del servicio, el cual se multiplica tantas veces como el mismo se preste a los usuarios.

Así las cosas, a continuación, nos disponemos a dilucidar si los servicios esencialmente asistenciales prestados por las residencias mayores, son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma que comentamos.

A estos efectos debemos indicar que la

¹⁷ GUILABERT VIDAL, MARÍA REMEDIOS, *Responsabilidad de las residencias privadas por los fallecimientos por COVID-19*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2021, págs. 103 y 104.

reiteración exponencial de estos servicios sobre un cuantioso número de usuarios en nuestro país y la eventual afectación a valores fundamentalísimos como la vida, la integridad física y moral, la intimidad, etc. De los residentes (siendo personas especialmente vulnerables y dependientes en innumerables ocasiones de la institución residencial), justifican a todas luces, la necesidad de la existencia de estándares mínimos de seguridad en la prestación del servicio, estableciéndose para su debido mantenimiento los preceptivos controles de calidad. Con estos procedimientos de fiscalización se intentaría afianzar la seguridad que legítimamente cabe esperar del servicio en cuestión, tanto en su diseño como en la ejecución de su prestación».

Concluye la autora afirmando que «A dichas premisas debemos añadir que estos riesgos deben desarrollarse, para ser imputables, en el concreto ámbito de control de la actividad de la residencia, dado que la misma, por ejemplo, es la encargada de velar, por ejemplo, de la adopción de las preceptivas medidas de asepsia. Con la verificación de esta premisa quedaría debidamente acreditada la exigencia causal en el seno del sistema de responsabilidad objetiva configurado legalmente.

Ello significa que, ante el mero incumplimiento de la normativa de calidad y seguridad antes apuntada, no deberá proclamarse automáticamente la responsabilidad del centro. Antes bien, se deberá verificar cumplidamente la concurrencia del preceptivo nexo causal. Esta argumentación implica que habrá responsabilidad de las residencias de mayores por las muertes acaecidas por el nuevo coronavirus, siempre que, de existir una infracción de la normativa de calidad y seguridad, ésta haya supuesto un incremento de riesgo respecto de la producción del resultado lesivo acaecido y que la norma conculcada persiga la protección de la vida del usuario».

Llegados a este punto podemos cuestionarnos:

¿Acaso los miles de personas fallecidas por covid-19 en residencias privadas sin patologías médicas previas no tenían la legítima expectativa de que desde dichos centros se actuase con las medidas de seguridad necesarias para protegerles?

¿No resulta lógico que, en un tipo de centro especializado en ofrecer la residencia y

protección del colectivo vulnerable de personas mayores, éstas se encuentren más seguras y protegidas que en ningún otro sitio?

¿Cuántos de estos residentes vulnerables no hubiesen fallecido de encontrarse en su propia casa, o en casa de unos familiares que, siendo conscientes de lo contagioso que era el covid-19, hubiesen aislado por completo a sus mayores?

¿Habrán cumplido con la seguridad necesaria en la prestación de servicios que por contrato las residencias debían otorgar a sus usuarios vulnerables para cumplir con el 148 del TRLGDCU?

¿Cómo es posible que en algunas residencias de mayores no hubiese brotes de covid, y en otras hubo varios de ellos que acabaron con la vida de decenas de residentes vulnerables?

¿Podrá alguien defender que no existieron fallos de coordinación o comunicación en la residencia Premiá de Mar de Mataró, cuyos directores son acusados por el Ministerio Fiscal por homicidio imprudente, lesiones por imprudencia profesional y trato degradante, todo ello por una «negligente gestión» y un «caos generalizado» que derivó en brotes de covid que acabaron con la vida de 87 de sus residentes vulnerables; o, en la residencia de la tercera edad Fiella de Tremp, en Lérida, donde el Ministerio Fiscal apreció «gravísimas disfunciones y déficits organizativos», que pudieron tener una «influencia decisiva» en el contagio por covid de 42 trabajadores de la plantilla sobre un total de 65, y, lo que es peor, en el fallecimiento, entre el 22 de noviembre y el 25 de diciembre del 2020, de 64 de los 142 residentes del centro?

¿Y con el resto de cientos de residencias que a día de hoy su negligente gestión está siendo investigada en fase de instrucción porque parece evidente que la misma ha sido causa directa de la muerte de sus residentes?

Lo que parece incontestable a día de hoy es que las residencias privadas de mayores pudieron y tuvieron que adoptar preventivamente medidas más drásticas desde antes incluso de que el virus llegase a España, porque éramos conscientes de que el famoso coronavirus chino que tenía una enorme mortalidad entre mayores ya estaba a Italia, así que era cuestión de muy poco tiempo su entrada en nuestro país.

Así lo denuncia Amnistía Internacional¹⁸ cuando cuestiona por qué no se activaron por parte de las residencias privadas de mayores los Protocolos de prevención contra otros virus respiratorios como el de la gripe, lo cual, no cabe duda, habría salvado un gran número de vidas: *“Según la legislación aplicable, las residencias deben contar no solo con un reglamento de régimen interior, sino con diferentes protocolos de gestión de situaciones de crisis. Las recomendaciones a residencias de mayores del Ministerio de Sanidad establecían que “como norma general, las estrategias que se recomiendan para prevenir la propagación de COVID-19 en los centros sociosanitarios no difieren de las estrategias que estos centros usan para detectar y prevenir la propagación de otros virus respiratorios como la gripe”.*

En la misma línea, Médicos Sin Fronteras¹⁹ habla de falta de anticipación por parte de las residencias privadas con consecuencias fatales para sus residentes, cuando afirma que debieron proceder al cierre de las residencias tal y como finalmente se acabó imponiendo por el Gobierno cuando argumenta que *“Observamos, por ejemplo, falta de criterio y de agilidad para determinar el cierre de las residencias a visitas y a proveedores, como mecanismo de aislamiento frente al virus mientras no se tuviesen materiales de protección, recursos y protocolos adecuados, y esto ocurrió tanto en residencias de gestión pública como privada. A pesar de que ya a finales de febrero algunas residencias proponían esta medida, no fueron capaces de hacer suyo este sentido de anticipación”.*

A todo esto se suma que, como bien afirma la profesora ELIZARI URTASUN²⁰, *«la población susceptible de ingresar en una residencia es especialmente vulnerable, al tratarse de personas de edad avanzada, enfermos crónicos, con facultades cognitivas a menudo deterioradas. Esta vulnerabilidad hace que se deban extremar las precauciones para al respeto*

18 En un informe titulado *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*, publicado en diciembre 2020, pág. 33.

19 Médicos Sin Fronteras: “Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de los mayores en las residencias durante la COVID-19 en España” (agosto 2020), pág. 37.

<https://www.msf.es/sites/default/files/documents/medicossinfronteras-informe-covid19-residencias.pdf>

20 ELIZARI URTASUN, LEYRE, «Ingresos de personas mayores en centros residenciales. Marco regulador y pronunciamientos constitucionales recientes», Indret, 1/2018, pág. 38.

y salvaguarda de sus derechos fundamentales».

Por todo lo anterior, considero que, en base a las sentencias del Tribunal Supremo expuestas, es perfectamente posible considerar vulnerado el artículo 148 del TRLGDCU por algunas residencias de mayores en la época del covid, ya que, reiterando un párrafo de la sentencia 446/2019, «La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad».

2. 3.- La condición de infección nosocomial del covid que descarta la causa de fuerza mayor para exonerar de responsabilidad a las residencias, y supone igualmente la infracción del 148 TRLGDCU

La sentencia 446/2019 del Tribunal Supremo entendió aplicable el régimen de responsabilidad objetiva del prestador de servicios por vulneración del artículo 148 TRLGDCU, al encontramos frente a una muerte de una persona mayor, debida a una infección nosocomial adquirida en la UCI de un Hospital.

ARCOS VIEIRA²¹ resume perfectamente el contenido de la sentencia cuando expone que «la STS 446/2019 de 18 de julio ha venido a impulsar la consolidación de la opción por el régimen de la responsabilidad objetiva de los centros sanitarios recogido en el art. 148 TRLGDCU, hasta hace poco tiempo apenas objeto de interés en el ámbito de la sanidad privada -y siempre ignorado en la pública- en reclamaciones por IRAS, frente a los regímenes clásicos de las responsabilidades contractual (art. 1101 ss CC) o aquiliana (art. 1902 CC). Diversas sentencias de apelación se han hecho eco ya de los razonamientos de esta resolución, que favorece la posición del demandante reforzando su legítima expectativa de seguridad, insiste en la irrelevancia de los argumentos sobre la corrección del servicio, y atribuye al centro demandado la responsabilidad por caso fortuito, esto es, por el evento dañoso accidental e inevitable que se considera interno

a la actividad sanitaria. Todo ello sobre la base de un daño por una infección nosocomial, carácter que queda probado si el demandante justifica su adquisición en el centro. La prueba de otro régimen de la infección, así como de la imprevisibilidad del evento dañoso o de la culpa exclusiva de la víctima, deben corresponder al demandado».

Entonces me pregunto: Si para el Tribunal Supremo rige la responsabilidad civil objetiva por vulneración del artículo 148 del TRLGDCU cuando una persona de edad avanzada muere en la UCI por una infección nosocomial debido a la inadecuada atención prestada por el Hospital, ¿por qué no va a llegar a la misma conclusión nuestro Alto Tribunal cuando una persona de avanzada edad muera por una infección nosocomial debido a la inadecuada atención prestada por la residencia de mayores?

Por tanto, la primera pregunta de enorme importancia que debemos resolver es: ¿Es el covid-19 una infección nosocomial?

Cuando hablamos de infecciones nosocomiales hacemos referencia a infecciones que se pueden coger dentro del Hospital (o en otros centros, como veremos), las cuales se suelen producir por no prestarse la atención sanitaria como se debe, extremos que se acreditan con la literalidad de la STS de 18 de julio de 2019 cuando expone:

«Las infecciones intrahospitalarias, también denominadas nosocomiales, son aquellas que el paciente adquiere en el propio centro hospitalario (...).

La literatura científica describe diferentes procesos causales de producción; así pueden responder a factores tales como la falta de asepsia en las manos, descuidos en medidas profilácticas básicas, dejar las puertas abiertas del quirófano, aplicación de técnicas invasivas, prácticas deficientes en el control de infecciones, incorrección en la colocación y limpieza del catéter entre otras muchas.

La prevención de las infecciones nosocomiales forma parte de la obligación de seguridad, o si se quiere, como señala la STS de 5 de enero de 2007, «de las legítimas expectativas de seguridad del servicio» que, frente a los usuarios del sistema sanitario, asumen las entidades asistenciales, garantes como son de la prestación de sus servicios con los niveles requeridos de asepsia, esterilización

²¹ ARCOS VIEIRA, MARÍA LUISA, «Infecciones nosocomiales: ni imprevisibles ni inevitables. Alcance del artículo 148 TRLGDCU», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 115, Enero-abril 2021, pág. 44.

y desinfección; de manera tal que los pacientes, que son tratados en sus establecimientos, no sufran una dolencia distinta y adicional a la que provocó la propia asistencia requerida».

Pues bien, el artículo publicado hace escasos meses por ESCOLÁ-VERGÉ²² y otros autores en la revista Médica Clínica resuelve la duda recién planteada, desde el título de su trabajo: “Covid-19 nosocomiales. Estudio prospectivo en un hospital de referencia”.

El artículo, que tiene por objeto el de “describir las características clínicas y el pronóstico de los pacientes con infección nosocomial por SARS-CoV-2”, expone en su introducción que “Otro posible factor de riesgo fueron las visitas de familiares de los pacientes, que se prohibieron de manera general a mediados de octubre por el aumento de episodios de COVID-19 nosocomial. Numerosos estudios previos han analizado las características clínicas y el pronóstico tras el ingreso hospitalario de los pacientes con infección por SARS-CoV-2 adquirida en la comunidad² y también se han descrito brotes en trabajadores sanitarios³, pero se disponen de pocos estudios que describan la evolución de los pacientes con infección nosocomial por este

virus⁴⁻⁸. El objetivo de este estudio fue describir las características clínicas y el pronóstico de los pacientes con infección nosocomial por SARS-CoV-2”.

En la misma línea existen diversos artículos en inglés de cuyo título se desprende que el covid 19 es una infección nosocomial, como el de CARTER B²³, “Nosocomial COVID-19 infection: examining the risk of mortality. The COPE-Nosocomial Study (COVID in Older People)”.

Pero es más, el propio Ministerio de Sanidad, en su documento técnico denominado “Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19”, de fecha 5 de marzo de 2020, ya recogía en su página 3 cuando intentaba justificar la enfermedad del coronavirus estableció: “Con la información disponible hasta el momento, el mecanismo principal de transmisión es por gotas respiratorias mayores de 5 micras (Pflügge), que no permanecen suspendidas en el aire y se depositan a menos de 1 o 2 metros, y por contacto directo de las mucosas con secreciones, o con material contaminado por éstas, que pueden transportarse en manos u objetos (similar a la gripe). Es probable una transmisión por superficies infectadas y se ha descrito la transmisión nosocomial,

22 ESCOLÁ-VERGÉ, LAURA; BORRÁS-BERMEJO, BLANCA; LOS-ARCOS, IBAI; ESPERALBA, JULIANA; FERRER, CARMEN y FERNÁNDEZ-HIDALGO, NURIA, «Covid-19 nosocomiales. Estudio prospectivo en un hospital de referencia», Médica Clínica, Volumen 158, Núm. 8, 22 de abril de 2022, pág. 1.

23 CARTER, B et al., «Nosocomial COVID-19 infection: examining the risk of mortality. The COPE-Nosocomial Study (COVID in Older People)», Journal of Hospital Infection, 106, 2020, págs. 376 y ss.



especialmente a los trabajadores sanitarios. Es en este último entorno donde cobra importancia las medidas de prevención y control encaminadas a prevenir la infección en los centros sociosanitarios”.

Desde marzo de 2020 el Ministerio habla de infección nosocomial y de la enorme importancia de las medidas de prevención y control encaminadas a prevenir la infección, ¿y cuántas muertes se han producido desde entonces en las residencias de mayores en España?

ARCOS VIEIRA²⁴ ya le otorgaba la condición de nosocomial al covid-19 cuando anunciaba que “*cuestión aparte será valorar si dichas claves servirán para inspirar la respuesta que deban darse a las posibles demandas civiles de indemnización que puedan derivarse de las infecciones nosocomiales de COVID-19 (HA-CONVID-19)”.*

Por tanto, podemos afirmar que el primer requisito por el que el Tribunal Supremo condenó al Hospital por vulneración del 148 del TRLGDCU en la sentencia que venimos estudiando coincide con los casos en los que los residentes mayores hayan muerto por covid-19 en residencias privadas de mayores: el contagio de una enfermedad nosocomial.

Esta afirmación tiene unas consecuencias jurídicas de enorme calado, ya que, la STS de 18 de julio de 2019 literalmente recoge que las infecciones nosocomiales no son ni imprevisibles ni inevitables, o lo que es lo mismo, que se pueden, y deben, prever y evitar, así que, el covid-19 como infección nosocomial se pudo prever y debió evitar tal y como sí que consiguieron hacer algunas residencias de la tercera edad, y más teniendo en cuenta que la neumonía nosocomial es precisamente una de las infecciones nosocomiales más frecuentes y conocidas.

Así expresa la STS de 18 de julio de 2019 que «*Pues bien, consideramos infringido el art. 148 del TRLGDCU.*

En efecto, no se discute el carácter nosocomial de la infección padecida y la relación de causalidad con la muerte del marido y padre de los demandantes acaecida en la UCI donde fue ingresado, tras la intervención quirúrgica practicada.

Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. (...) La minimización del riesgo deviene fundamental y conforma una elemental obligación del centro hospitalario, que se encuentra en una posición de dominio y exclusividad para instrumentar las medidas adecuadas para evitar la proliferación de agentes patógenos (...).

Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto».

Además, con la afirmación de que «*Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles*» y la condición de infección nosocomial del covid estamos afirmando que no se puede alegar causa de fuerza mayor por parte de las residencias que quieran exonerarse de responsabilidad, ya que la propagación del covid como enfermedad nosocomial no era imprevisible tal y como lo acredita el hecho de que muchas residencias, previendo lo contagioso de la infección nosocomial a la que se enfrentaban según el Gobierno, actuaron con las medidas preventivas necesarias para que no se produjesen brotes en su interior, y más teniendo en cuenta que precisamente sus residentes, los mayores, era el colectivo con mayor índice de mortalidad en caso de infectarse.

Tal y como expone la STS de 18 de julio de 2019 «*La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad (...)*

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, no podemos achacar al paciente ningún comportamiento imputable a su persona generador de la infección nosocomial contraída, siempre respetó las indicaciones médicas pautadas sin mostrar oposición a las mismas. No figura en ningún momento la existencia de una patología clínica previa, que pudiera complicar su cuadro clínico asistencial».

²⁴ ARCOS VIEIRA, MARÍA LUISA, Op. cit., pág. 30.

Es decir, que en el supuesto que nos ocupa, podemos afirmar que la falta de constancia de que la residencia no adoptó las medidas preventivas para no sufrir brotes de covid en sus instalaciones no puede perjudicar a las víctimas, las cuales constará acreditado que entraron sin covid a la residencia y allí dentro lo cogieron.

Es más, la carga de la prueba recae sobre las residencias de mayores si extrapolamos esta sentencia del Supremo, la cual además confirma que las víctimas serían acreedoras de que la residencia actuase con las debidas garantías de seguridad.

Por último, dado que la STS solo hace referencia a los supuestos que hayan adquirido una enfermedad nosocomial en un Hospital, otro punto que hemos de cuestionarnos es si el Supremo también protegería a los infectados por infecciones nosocomiales que se hayan producido en otro centro diferente a un Hospital, como puede ser en una residencia de mayores, que al fin y al cabo es una residencia asistencial.

Si la prevención de las infecciones nosocomiales forma parte de la obligación de seguridad de cualquier centro en el que se puedan originar, ¿qué sentido tendría que el Tribunal Supremo a una infección nosocomial le otorgase una condición diferente por haberse adquirido en una residencia de personas mayores que en un Hospital?

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en concreto su Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, elaboró en 2015 un «Documento marco del sistema nacional de vigilancia de las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria», en cuyo primer punto se recoge que *«A pesar del progreso alcanzado en la asistencia hospitalaria y en salud pública, las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria (IRAS) continúan siendo un importante problema en España. Son causa de elevada morbi-mortalidad, de aumento de las estancias hospitalarias y suponen un gran coste tanto para el propio paciente como para el sistema sanitario. (...)*

El concepto de IRAS ha traspasado claramente el marco hospitalario. Actualmente, siguiendo el concepto introducido por Friedman en el año 2002, se consideran IRAS todas las infecciones que puede desarrollar el paciente como consecuencia de la asistencia o

atención recibida en el hospital, en centros de especialidades, centros de diálisis, centros de media o larga estancia, rehabilitación, hospital de día o en asistencia domiciliaria. Esto nos lleva a un planteamiento de modelo de vigilancia epidemiológica de las IRAS similar a otras enfermedades transmisibles y a la necesidad de generar nuevas formas de trabajo y coordinación entre el mundo de la salud pública y el asistencial».

Por tanto, si las infecciones nosocomiales pueden desarrollarse en todos los centros expuestos anteriormente, los cuales tienen conocimiento de ello, parece lógico que también se proteja a aquellas víctimas que adquieran la infección en las residencias de la tercera edad.

Por su parte, desde la entidad Fundación de Ciencias de la Salud²⁵ se afirmó hace meses que *«Las residencias de mayores tratan de reproducir, lógicamente, condiciones de vida para sus habitantes lo más parecidas a las del hogar. Sin embargo, no dejan de ser lugares donde conviven en proximidad personas con frecuentes e importantes enfermedades de base que comparten cuidadores en un hábitat común.*

En ese sentido, las residencias de mayores son también un nosocomio, es decir un lugar donde se cuida y trata a enfermos y donde la transmisión de microorganismos patógenos es posible y frecuente. Conocemos mucho sobre las medidas de prevención de infección en otros nosocomios, como es el caso de los hospitales, pero sabemos menos sobre esta prevención en instituciones más pequeñas, con dotaciones menores de recursos para este fin como es el caso de las residencias de mayores».

En definitiva, al menos bajo mi punto de vista, los residentes mayores vulnerables que viven en las residencias de la tercera edad, que son nosocomios, deben quedar protegidos mediante la responsabilidad civil objetiva de las infecciones nosocomiales que se produjesen en su interior debido al incumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exigía la prestación de sus servicios en época de covid a sus usuarios mayores, tal y como se benefician de ello las personas infectadas en los Hospitales.

En otras palabras, al encontrarnos ante un caso de responsabilidad objetiva, será la

²⁵ Estudio titulado «La opinión del experto. El control de la infección en residencias de ancianos: Un documento de reflexión», EIDON, nº56, diciembre 2021.

residencia privada de mayores la que tenga que acreditar que la infección de covid-19 del residente no se produjo dentro de la residencia si quiere exonerarse de responsabilidad, o, que se produjo por un comportamiento imputable a la víctima, ya que de lo contrario, las residencias de mayores y sus seguros deberán ser condenadas a indemnizar los daños ocasionados a las víctimas y sus familias por la infección nosocomial que cogieron dentro del centro y les produjo la muerte, infección que era previsible y evitable al ser considerada una infección nosocomial.

III.- DE LA POSIBLE CULPA DE LA RESIDENCIA, AUNQUE SE APUESTE POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

En este último epígrafe del artículo expondré mis argumentos para defender que, incluso si los Tribunales consideran que la responsabilidad civil objetiva no tiene cabida en los supuestos que venimos exponiendo, o lo que es lo mismo, que rige la responsabilidad civil subjetiva en los casos de fallecimientos por covid de residentes vulnerables en las residencias de la tercera edad,

existen motivos para entender que las víctimas podrán acreditar la culpa de las residencias por vulnerar éstas el artículo 1104 del C.c., ya que en muchas ocasiones el desencadenante del fatal desenlace habrá sido la actuación u omisión negligente de la residencia que puede vincularse a su gestión.

Lo primero que hemos de tener claro es que no cabe duda que cuando hablamos de la relación que une a la residencia de mayores con el residente mayor hacemos referencia a una relación contractual, normalmente escrita, aunque a veces también puede ser oral, por lo que le son de aplicación los artículos 1101 y siguientes del C.c.

En concreto hablamos de un contrato atípico e innominado, que no encuentra regulación específica en el C.c. ni en ninguna ley concreta, y dado el diferente alcance y condiciones específicas de cada uno, podemos definirlo como un contrato complejo formado por la suma de diferentes prestaciones de servicios, que, si bien es similar al contrato de hospedaje, tiene con éste importantes



diferencias.

En este sentido GARCÍA CANTERO²⁶, ya lo definía como “*El contrato en virtud del cual se realiza el ingreso de un anciano en una Residencia Geriátrica es uno de los atípicos, cuyo régimen resulta de combinar elementos de otros contratos. Tiene relación con el contrato de hospedaje, aunque con importantes diferencias (...). En el contrato realizado por una Residencia hay elementos mínimos del contrato de hospedaje (según su categoría), pero, sobre todo, se incluyen otras prestaciones en atención a las características personales del acogido (...). Si resumimos lo que hasta aquí hemos dicho, fácilmente comprobamos que mientras el contrato de hospedaje es idéntico para todos los viajeros, en cambio, por su propia naturaleza el de ingreso en una Residencia puede adoptar múltiples modalidades, sin perjuicio del régimen general*”.

²⁶ GARCÍA CANTERO, GABRIEL, «Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas», *Proyecto Social. Revista de relaciones laborales*, nº 7, 1999, pág. 48.

Pues bien, existen autores que apuestan decididamente por la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, para los supuestos que estudiamos en este trabajo. Así, por ejemplo, PRADO BERNABÉU y GUTIÉRREZ ESCOBEDO²⁷, quienes consideran que «*los legitimados, es decir en el caso del fatal desenlace de la muerte, los parientes de la persona fallecida, podrán accionar en virtud del art. 1101 y 1104 del Código Civil para exigir responsabilidad contractual al titular de la Residencia, alegando que el daño sufrido es consecuencia de un cumplimiento negligente de sus obligaciones contractuales para con el residente, al haber omitido la diligencia exigida por la naturaleza de la obligación que le constriñe, al no haber empleado los medios humanos y/o materiales necesarios, y/o al no haber otorgado una atención adecuada a las circunstancias de las personas y del momento, todo ello para evitar que la misma se vea expuesto a un peligro, en este caso al contagio del COVID-19; diligencia debida que en este tipo de contratos y ante el hecho previsible de que la misma no haya sido expresada en el título obligacional, será la correspondiente a un buen padre de familia, y que teniendo en cuenta las circunstancias y naturaleza de la obligación contractual que sujeta a la Residencia, y la afectación directa a personas que en muchas ocasiones, aunque no siempre, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, debe entenderse reforzada*».

Eso sí, concluyen los autores afirmando que “*Siendo conveniente precisar que recae sobre la parte actora, de conformidad con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba sobre el hecho de que ha sido la no observancia de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación contractual del demandado el que ha ocasionado el resultado dañoso*».

Lo primero que se nos viene a la cabeza si afirmamos que es una responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, la que rige en los supuestos de las residencias de mayores y las muertes por covid producidas en su interior, es cómo va a acreditar la víctima o sus familiares que la culpa del brote de covid fue de la residencia si las víctimas en la mayoría de casos están muertas, y sus familiares no habrán podido obtener ningún tipo de prueba en aquella época en la que no se les dejaba ni

²⁷ PRADO BERNABÉU, RAIMUNDO, y GUTIÉRREZ ESCOBEDO, PATRICIA, “Responsabilidad en residencias”, *Editorial Tirant Tech, Tecnología e Innovación Jurídica*, 2021, pág. 21



siquiera ver a sus familiares en las residencias.

Pues bien, lo cierto es que la víctima o sus familiares para ser indemnizados por la residencia de mayores (o su seguro) lo que deberán probar es que ésta no cumplió con los deberes de diligencia y cuidado que exige la obligación contractual suscrita entre ambos, ya que mientras que el artículo 1101 del C.c. fija que *«Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas»*, el artículo 1104 por su parte establece que: *«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.*

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

Por ello, la primera pregunta que hemos de resolver es: ¿Cuál es la diligencia que se debe exigir a una residencia de la tercera edad teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que le vincula con el residente vulnerable y sus circunstancias en época de covid?

Parece evidente que la naturaleza de la obligación con la que debían cumplir las residencias teniendo en cuenta las circunstancias de las personas (personas mayores, los más vulnerables frente al covid), el tiempo y lugar (España en época de covid antes de existir la vacuna), era la de tomar todas las medidas de prevención y cuidado necesarias para evitar que el virus entrase en la residencia, tal y como consiguieron muchas residencias españolas en las que no hubo covid.

Incluso, si consideramos que debe aplicarse el segundo párrafo del 1104 del C.c. por no expresar la obligación concreta la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se le debería exigir a las residencias si se invierte la carga de la prueba, acreditar que actuó como lo haría un buen padre de familia, o, mejor dicho, que actuó como un buen “hijo o nieto de familia” respecto a su progenitor mayor vulnerable, lo cual, parece improbable que pueda acreditar una residencia de mayores en la que hubo brotes de covid²⁸.

²⁸ Aunque siempre será difícil de saber, parece más que

¿Adoptaron las medidas preventivas de cuidado y protección para proteger a sus residentes las residencias en las que fallecieron tantas personas mayores vulnerables?

En este sentido considero muy importante volver a traer a colación un extracto de la sentencia del Supremo 171 de 2020, cuando en su Fundamento de Derecho Segundo al estudiar la posible infracción del 1104 del C.c. establece que:

«Por otra parte, la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, sin que ello signifique, claro está, el cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de tales servicios.

Ahora bien, dentro de ellos no nace la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día cuando no se encuentran en una situación de peligro, que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado».

Es decir, que nuestro Tribunal Supremo confirma en esta sentencia los siguientes extremos:

1º.- Que con independencia de que no se considere una actividad anormalmente peligrosa (a lo que ya la dedicamos otro apartado anterior), la residencia siempre está obligada en base a su contrato, al cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de sus servicios respecto a las personas mayores que cuida.

2º.- Que cuando el residente mayor se encuentre en una situación de peligro que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado, las residencias tendrán la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día.

¿Alguien duda de que los residentes mayores vulnerables que se encontraban en las residencias de mayores durante la época del covid se encontraban en una situación de peligro, y más aún cuando no estaban vacunados?

probable que muchos de los fallecidos en residencias, tal vez de encontrarse en el inmueble de otro familiar no se hubiesen contagiado de covid porque se hubiese actuado con mucha más prevención para evitarlo.

¿Cumplieron las residencias dada la situación de peligro de covid con la obligación de control, vigilancia y adopción de medidas especiales de cuidado las 24 horas del día?

En tal sentido coincido plenamente con ELIZARI URTASUN²⁹ cuando afirma que *“trasladadas las anteriores cuestiones al contagio COVID-19 en el centro residencial, la negligencia de este consistiría en la omisión de las medidas de prevención necesaria para evitar el contagio de los residentes en el centro, sin que el cumplimiento de las medidas normativas, como ya se ha indicado, equivalga automáticamente a un actuar diligente (...)”*.

“Sí estaban en manos de la residencia, además de extremar las precauciones a la hora de separar y aislar a los residentes, las medidas a adoptar en cuanto a su persona, en orden a minimizar su exposición al virus (aumentando las medidas de desinfección, creando grupos burbuja o reduciendo a la interacción con los residentes) y la organización de los medios disponibles para posibilitar que se respetaran las cuarentenas de sus trabajadores, minimizando así el riesgo, aun a falta de confirmación del diagnóstico. La posibilidad de que el personal que tuviera contacto estrecho con un caso posible o confirmado continuara trabajando evidentemente supone un riesgo para los residentes (también para los trabajadores y sus familias), solo explicable si se tiene en cuenta el grave problema de personal al que se enfrentaron algunos centros, bien por la alta incidencia del virus también entre sus trabajadores, bien por escasez con anterioridad a la pandemia”.

Por su parte, tras comentar este mismo extracto de la sentencia, LÓPEZ VALVERDE³⁰ afirma que *“si se ha creado esa situación de peligro, se exigiría la adopción de medidas especiales, pudiendo dar lugar a una responsabilidad en caso de que no se siguieron estas, en la medida de los medios disponibles, y estableciendo su relación de causalidad con el contagio y fallecimiento”*.

En la misma línea PÉREZ ANDREU³¹

²⁹ ELIZARI URTASUN, LEYRE, «La responsabilidad civil...», Op. cit., pág. 110 y ss.

³⁰ LÓPEZ VALVERDE, MARTA, «Responsabilidad civil en residencias por fallecimientos de ancianos», Editorial Jurídica SEPIN, disponible en <https://blog.sepin.es/2020/04/responsabilidad-civil-fallecimiento-residencia-ancianos/>.

³¹ PÉREZ ANDREU, MARÍA, «La responsabilidad de las residencias de ancianos», en Hay Derecho, 11 de mayo de 2020,

manifiesta que *“la interpretación a sensu contrario puede suponer una alta fuente de litigiosidad sobre la base de este pronunciamiento, si se considera que un anciano residente se encuentra en una situación de peligro por contagio de COVID-19, que exija una vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado”*.

Personalmente considero que lo ocurrido con las personas mayores en ciertas residencias de mayores en época de covid puede asimilarse mucho a los hechos de la STS de 168/2006, de 23 de febrero, en la que aun considerándose responsabilidad civil subjetiva, se condena a la residencia de mayores porque su personal no cumplió con su obligación de cuidado y vigilancia respecto al mayor, y de haberse cumplido el deber de diligencia al que le obligaba el contrato la desgracia nunca se hubiese producido.

Se trataba de un residente que, por la especial patología que sufría diagnosticada, requería una vigilancia adecuada a su estado psíquico, que no fue prestada, cuando saliendo de la estancia en que se hallaba, deambuló por el establecimiento hasta la planta alta, sin que su recorrido fuese advertido por personal de la residencia, arrojándose por una ventana, lo que le provocó lesiones tan graves que le ocasionaron la muerte, y por todo ello establece el Supremo que *«Se trata de una residencia para personas de la llamada tercera edad, cuya finalidad es la guarda y atención de las personas allí instaladas, adecuada esa atención y guarda a las circunstancias personales de cada interno (...). La obligación de guarda y asistencia de las personas internas en el centro, que debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquéllas imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en que lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico (...). Hubo, por tanto, una conducta negligente por parte del personal de la residencia en cuanto a su obligación de cuidado y vigilancia del interno, afectado, se repite, por la enfermedad de Alzheimer, deber de diligencia que de haber sido cumplido teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y lugar (art. 1104 del C.c.) habría evitado el luctuoso resultado producido»*.

Atendiendo a la literalidad de las sentencias expuestas, las residencias de mayores debieron

disponible en <https://www.hayderecho.com/2020/05/11/responsabilidad-residencias-ancianos/>.

adoptar especiales medidas de cuidado, control y vigilancia, incluso durante las 24 horas del día para evitar que el coronavirus se propagase entre sus instalaciones, tal y como los millones de españoles que tenían familiares mayores viviendo con ellos lo hacían para que el virus no entrase en sus hogares, con la salvedad que entre dichos familiares no existía una relación contractual que le obligaba a ello.

A todo ello, debemos recordar que el artículo 1258 del C.c. que *«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».*

Precisamente por ello, la sentencia 149/2003 de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 17 de julio de 2003, en la que se demanda a un Centro de Mayores por parte de los hijos de una persona con alzheimer que murió en el centro al arrojarlo al vacío desde una terraza, afirma que *«Continuando con esta temática es obligado decir que el centro estaba obligado a cuidar adecuada y debidamente a los residentes del mismo, primero, porque los había acogido allí, había convenido contractualmente esa acogida; segundo, porque se había estipulado un pago económico por esas atenciones, de lo que da muestra la documentación acompañada a la demanda, contrato de admisión y reglamento de régimen anterior; tercero, porque las personas acogidas se encontraban en unas condiciones especiales de salud, lo que motiva su ingreso en un centro como el ahora demandado; y cuarto y último, porque esa obligación de cuidado y atención de los residentes, a más de ser algo pactado y asumido por la entidad demandada, se deduce y colige de la naturaleza del contrato, artículo 1258 del Código Civil, ya que hablamos de seres humanos que son llevados o acuden a esos centros a fin de ser atendidos adecuadamente dentro de lo que su estado permita y requiera (...).*

A tal fin el centro debe de contar con los medios materiales y humanos necesarios para ello, cumpliendo a tal fin lo que administrativamente se le exija. Pero no se trata únicamente de que se cumpla con lo especificado. En casos como el presente se trata de que el funcionamiento interno del centro sea el adecuado a cada momento y a cada circunstancia. No se trata de tener el personal que normativamente se exija. Lo que cuenta es que ese personal esté donde debe estar en el

momento adecuado y que siga las pautas que el caso requiera, para lo cual es obligada una coordinación interna entre los diversos servicios del centro. No puede ampararse una entidad como la ahora demandada en que cumple con lo que la Ley le exige si cuándo es necesaria la presencia de su personal en un momento y en un lugar concreto éste no está, tal como ha ocurrido en nuestro caso».

¿Por qué no extrapolar el contenido de la sentencia que acaba condenando a esta residencia de la tercera edad, a aquellas otras residencias que acogían, asistían y cuidaban a persona de extrema vulnerabilidad frente al covid, infección nosocomial peligrosísima, con la idea de que no le sirva para exonerarse de responsabilidad simplemente el argumento de que cumplió con ciertos protocolos, y que aún así la entrada del virus en sus instalaciones fue causa de fuerza mayor?

V.- CONCLUSIONES

El hecho de que, al menos por el momento, no se esté condenando penalmente a las residencias de mayores por su “negligente gestión” y “caos organizativo” (como lo define a veces el Ministerio Fiscal) durante la pandemia, no implica que dichos centros queden igualmente exonerados de responder civilmente de las indemnizaciones que puedan corresponder a los familiares de los fallecidos por los daños que le hayan ocasionado su pérdida.

En este punto puede ser de gran importancia práctica para los familiares de las víctimas fallecidas en el interior de las residencias por covid, si nuestros Tribunales consideran que el tipo de responsabilidad civil que debe regir en estos supuestos es el de la responsabilidad objetiva, o por riesgo, mientras que le sería muy desfavorable que apostasen por la contraria, la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, lo cual favorecería enormemente a las residencias y sus seguros.

Aunque soy consciente de que la jurisprudencia más reciente del Supremo apuesta por el retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, considero que existen argumentos jurisprudenciales para, al menos, plantear la posibilidad de que nos encontremos ante una responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, cuando hablemos de la muerte de personas mayores vulnerables que suscribieron un contrato con una residencia de

la tercera edad para que le prestasen cuidado, protección y asistencia, y una vez en su interior, se infectó de un virus que no tenía al entrar y que terminó con su vida.

Y no debemos entender que si finalmente se apuesta por la responsabilidad civil objetiva se estará condenando automáticamente a las residencias, y sus seguros, a indemnizar a los familiares de las víctimas, sino que la carga de la prueba recaerá sobre ellas, lo cual le obligaría a acreditar que la muerte no fue por su culpa, sino que se debió a la culpa exclusiva de la víctima, o a causa de fuerza mayor.

Los motivos en los que me baso para defender tal posibilidad son:

1º.- La sentencia 171/2020 confirma que el carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa.

¿Se puede dudar de que gestionar una residencia de la tercera edad es una actividad anormalmente peligrosa?

2º.- Esta misma sentencia del Supremo, junto a la 446/2019, de 18 de julio, siempre de nuestro Alto Tribunal, consideran que se vulnera el artículo 148 del TRLGDCU (que es una de las leyes que apuesta por la responsabilidad civil objetiva frente a la subjetiva) cuando los centros sanitarios, públicos o privados, prestan un defectuoso funcionamiento de sus servicios sanitarios, entendiéndose por servicios sanitarios los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos.

Pues bien, la STS 11 de marzo de 2020 interpretada *a sensu contrario* permite afirmar que cuando la residencia de mayores no se haya gestionado con la garantía y seguridad que la prestación de sus servicios requiere, se podrá entender vulnerado el artículo 148 del TRLGDCU (lo cual implica responsabilidad civil objetiva), ya que en esta sentencia se juzgó precisamente dicha posibilidad por parte de “Residencias para Mayores S.L.” respecto a los servicios que había prestado a una señora mayor en base a un contrato en el que se suscribió un régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria, y aunque desestimó la demanda interpuesta por los familiares de la fallecida porque el fallecimiento se debió a muerte natural por un infarto de miocardio, sí que

contempló nuestro Alto Tribunal la posibilidad de que se considere infringido dicho artículo por la residencia de mayores que no haya prestado sus servicios sanitarios como debía, los cuales engloban la planificación y prevención para evitar la entrada de un virus tan mortífero entre sus usuarios como el covid-19.

3º.- El último motivo que esgrimo es que la STS 446/2019, de 18 de julio, considera que las infecciones nosocomiales nunca permiten que el centro en el que se haya cogido la infección esgrima para exonerarse de responsabilidad causa de fuerza mayor, ya que las infecciones nosocomiales son, según el Supremo, perfectamente previsibles y evitables, y dado que el covid es una infección nosocomial las residencias de la tercera edad deberían despedirse de la causa de fuerza mayor como defensa, al igual que el hecho de que existan muchas residencias en nuestro país en las que debido a su gestión, no se han producido brotes de covid ni fallecimientos entre sus residentes, también excluye la causa de fuerza mayor para aquellas cuya forma de actuar poco diligente propinó la propagación del virus en su interior con las correspondientes muertes.

Por último, si los Tribunales consideran que en los casos de las residencias de mayores cuya gestión ha conllevado a la muerte de algunos residentes implicase un supuesto de responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, igualmente existen motivos para entender que las víctimas podrán probar que lo que ha ocasionado el daño, en este caso la pérdida del familiar, fue la no observancia de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación contractual por parte de la residencia, o lo que es lo mismo, que la residencia ha infringido el 1104 del C.c.

En este sentido, cuando nuevamente la sentencia del Supremo 171/2020 estudia la posible infracción del 1104 del C.c. por la residencia de mayores demandada respecto a su residente recoge que:

«Por otra parte, la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, sin que ello signifique, claro está, el cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de tales servicios.

Ahora bien, dentro de ellos no nace la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día cuando no se encuentran en una

situación de peligro, que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado».

Es decir, que interpretando dicha afirmación en sentido contrario, si el residente mayor vulnerable se encontrase en una situación de peligro, dentro de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de sus servicios se incluye la obligación, o exorbitante obligación en palabras del Supremo, para la residencia de observar a su residente, adoptando incluso especiales medidas de cuidado.

¿Se encontraban en situación de peligro las personas mayores vulnerables que vivían en la residencia si en sus instalaciones se producía un brote de covid?

¿Cumplieron las residencias de mayores con los deberes de diligencia y cuidado que exigía dicho peligro?

En mi opinión, ellas, y sus compañías de seguro, deberían de probarlo, y no los familiares de los mayores residentes que tenían un contrato con la residencia para ser atendidos, cuidados y asistidos en su interior, y que debido a la forma de gestionarse la residencia acabaron cogiendo una infección nosocomial que acabó con sus vidas y que no tenían cuando entraron a vivir allí (y que en mucho de los casos probablemente no hubiesen cogido de vivir en otro sitio).

V.- BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN GARCÍA, ANTONIO y ACEITUNO NIETO, MARÍA DEL PILAR, «Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de abril de 2019», Informes Envejecimiento en red, nº27, 2020, Madrid.

ARCOS VIERA, MARÍA LUISA, «Infecciones nosocomiales: ni imprevisibles ni inevitables. Alcance del artículo 148 TRLGDCU», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 115, Enero-abril 2021.

CARTER, B et al., «Nosocomial COVID-19 infection: examining the risk of mortality. The COPE-Nosocomial Study (COVID in Older People)», *Journal of Hospital Infection*, 106, 2020.

ELIZARI URTASUN, LEYRE, «Ingresos de personas mayores en centros residenciales. Marco regulador y pronunciamientos

constitucionales recientes», *Indret*, 1/2018.

ELIZARI URTASUN, LEYRE, «La responsabilidad civil de las residencias privadas para personas mayores por los contagios de covid-19 de sus usuarios: títulos de imputación», Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del Derecho español y comparado, Editorial Tecnos, Madrid, 2021.

ESCOLÁ-VERGÉ, LAURA; BORRÁS-BERMEJO, BLANCA; LOS-ARCOS, IBAI; ESPERALBA, JULIANA; FERRER, CARMEN y FERNÁNDEZ-HIDALGO, NURIA, «Covid-19 nosocomiales. Estudio prospectivo en un hospital de referencia», *Médica Clínica*, Volumen 158, Núm. 8, 22 de abril de 2022.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL, «Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas», Proyecto Social. Revista de relaciones laborales, nº 7, 1999.

GUILABERT VIDAL, MARÍA REMEDIOS, Responsabilidad de las residencias privadas por los fallecimientos por COVID-19, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2021.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a CARMEN, «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: nexos causal y criterios de imputación», en *Derecho y Salud*, 2020V. 30, extraordinario, 2020.

LÓPEZ VALVERDE, MARTA, «Responsabilidad civil en residencias por fallecimientos de ancianos», Editorial Jurídica SEPIN, disponible en <https://blog.sepin.es/2020/04/responsabilidad-civil-fallecimiento-residencia-ancianos/>.

PÉREZ ANDREU, MARÍA, «La responsabilidad de las residencias de ancianos», *Hay Derecho*, 11 de mayo de 2020, disponible en <https://www.hayderecho.com/2020/05/11/responsabilidad-residencias-ancianos/>

PRADO BERNABÉU, RAIMUNDO, y GUTIÉRREZ ESCOBEDO, PATRICIA, «Responsabilidad en residencias», Editorial Tirant Tech, Tecnología e Innovación Jurídica, 2021.



Colisión recíproca entre vehículos sin prueba de la contribución de cada conductor a la causación de los daños personales y materiales

Eliseo Sierra Noguero

Presidente de SEAIDA-Catalunya y Profesor Agregado de Derecho Mercantil de la Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.- JURISPRUDENCIA ANTERIOR: LA NEUTRALIZACIÓN DE LAS PRESUNCIONES DE CULPA EN COLISIONES RECÍPROCAS

III.- RÉGIMEN VIGENTE DE PRESUNCIÓN DE CULPA O CONTRIBUCIÓN CAUSAL A LA COLISIÓN RECÍPROCA ENTRE VEHÍCULOS

IV.- DAÑOS PERSONALES: SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012 Y OTRAS

- 1.- Responsabilidad por riesgo en las colisiones recíprocas con resultado de daños personales
- 2.- Causas limitadas de exoneración del conductor agente del daño
- 3.- La intervención de un tercero en las colisiones en cadena.
- 4.- Indemnización integral de los daños personales si no se prueba el grado de contribución de cada conductor a la causación de los daños
- 5.- Inaplicación de la indemnización integral cuando resulte acreditada la contribución de cada conductor a la causación de los daños

V. - DAÑOS MATERIALES: SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 27 DE MAYO DE 2019

- 1.- Responsabilidad por riesgo en las colisiones recíprocas con resultado de daños materiales
- 2.- Prueba de haber actuado con diligencia para quedar exonerado de responsabilidad
- 3.- Inaplicación de la indemnización de la mitad de los daños materiales cuando resulte acreditado el grado de culpa de cada conductor

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCIÓN

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, LRCSCVM), no regula la colisión recíproca de vehículos sin prueba de la contribución de cada conductor a la causación de los daños. Esta laguna legal contrasta con algunos países de nuestro entorno, como Portugal e Italia¹. Una razón de esta laguna es que el régimen español de responsabilidad civil por accidentes de la circulación de vehículos está ideado para la protección de los peatones, no para los daños personales y materiales

¹ En cambio, BADILLO ARIAS, José Antonio, *La responsabilidad civil automovilística. El hecho de la circulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 159 y SÁINZ-CANTERO, M^a Belén y PÉREZ, Fátima, *Imputación, valoración y reclamación de los daños derivados de la circulación de vehículos a motor (Conforme al nuevo texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, RDLEG 8/2004, de 29 de octubre)*, 2^a, ed., Comares, Granada, 2006, p. 133, recuerdan que el art. 506.2 del Código Civil Portugués dispone que, en caso de duda, se considerará igual la contribución de cada uno de los vehículos en relación a los daños. Asimismo, el art. 2054, párrafo segundo, del Código Civil italiano presume, salvo prueba en contrario, que en caso de colisión de vehículos cada conductor ha concurrido igualmente a la producción de los daños.

resultantes de colisiones recíprocas², un concepto que ni siquiera menciona.

La laguna legal también sorprende vista nuestra práctica forense, donde esta hipótesis es muy habitual. Sintetizando a efectos ilustrativos, el litigio usual es planteado por el conductor u ocupante de un vehículo que, tras colisionar con otro, exige judicialmente ser indemnizado por las lesiones y/o por los daños materiales sufridos. La demanda se dirige contra el otro conductor y, en ejercicio de la acción directa del art. 7 LRCSCVM, contra la aseguradora de responsabilidad civil del otro vehículo³. Los autos incorporan la declaración amistosa de accidente, las fotografías de los daños en el vehículo, los informes de valoración de daños del vehículo, el atestado policial y otro material probatorio. También se practica

² REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro. Estudio del texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio*, 2^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, p. 256

³ SAP Pontevedra, Sección 1^a, 27 de mayo de 2021 (La Ley 111125/2021), exonera de responsabilidad al asegurador de responsabilidad civil del vehículo en que viajaba la ocupante que sufre daños personales, pues conforme al criterio jurisprudencial de colisiones recíprocas, debía dirigir la reclamación a la aseguradora de responsabilidad civil del otro vehículo implicado.



en juicio la declaración de los conductores y ocupantes, la declaración de los testigos, prueba pericial, etc. Sin embargo, en la sentencia, el juez considera que no se ha probado de forma suficiente “cómo ocurrió”⁴, “cuál fue la dinámica”⁵ del accidente, y, especialmente, “el grado o porcentaje de culpa” o de “eficiencia o contribución causal” de cada conductor a la causación de los daños personales y/o materiales que se reclaman. Hay, pues, una incertidumbre sobre la medida o porcentaje en que el demandado es responsable de los daños personales y materiales acreditados. Si su culpa fuese exclusiva o compartida en un porcentaje cierto, el juez podría condenarle al pago de la indemnización integral o al pago del porcentaje cierto. En cambio, dicha decisión no puede adoptarse en Derecho, pues no hay material probatorio para justificarlo sin incurrir en arbitrariedad.

En auxilio del juzgador, complementando el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), es aplicable un régimen *especialísimo* para esta hipótesis, plenamente consolidado, surgido de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa del art. 1 LRCSCVM (que recordemos, no menciona los daños por colisiones recíprocas). Según esta jurisprudencia, el juez debe reconocer al perjudicado la indemnización íntegra, del 100%, de las lesiones probadas. Se crea una ficción: *como si* hubiera sido probado que el conductor agente del daño fuese el responsable exclusivo de los daños personales ocasionados al conductor u ocupante del otro vehículo. En cambio, el juez reconocerá la indemnización a mitad, al 50%, de los daños materiales probados; *como si* hubiera sido probado en autos que ambos conductores contribuyeron en la misma proporción a los daños materiales que se reclaman.

Tanto la valoración probatoria, como la aplicación del criterio jurisprudencial citado corresponde inicialmente al Juzgado y, en caso de apelación, a la Audiencia Provincial. La práctica forense evidencia que es común la revocación de la sentencia del Juzgado. Primero, por error en la valoración de la prueba⁶, llegando los tres Magistrados a una

interpretación diferente del Juzgador de instancia. El caso habitual es por aplicar este criterio jurisprudencial cuando no era procedente, pues se podía determinar el grado de contribución de cada conductor en la causación de los daños⁷. Segundo, por no haber aplicado del criterio jurisprudencial sobre colisiones recíprocas sin prueba de la contribución causal al accidente⁸.

El Tribunal Supremo no es una tercera instancia que proceda a valorar la prueba de nuevo. Según su propia doctrina jurisprudencial, por exigencias derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, el canon de la racionalidad en la fundamentación de las decisiones judiciales debe ser respetado. Significa que el Tribunal Supremo, puede controlar la motivación fáctica de las sentencias dictadas por las Audiencia Provinciales cuando puedan ser arbitrarias, absurdas, ilógicas o patentemente erróneas⁹. En algunos casos en que el Tribunal Supremo ha aceptado el recurso de casación, ha optado por hacerlo en el Pleno de la Sala de lo Civil y son estas sentencias el fundamento esencial del criterio jurisprudencial. Nos referimos a las sentencias de 10 de septiembre de 2012 (para daños personales) y de 27 de mayo de 2019 (para daños materiales).

No es necesario para que se aplique este régimen especialísimo de creación jurisprudencial que se hayan producido daños bilaterales personales y materiales. Cada daño es independiente para determinar si hay o no imputación de responsabilidad civil o, incluso, penal al causante. Así ocurre en la práctica forense, donde es usualmente un afectado por daños personales y/o materiales quien reclama judicialmente a la aseguradora del otro vehículo

julio de 2014 (cit.).

7 Por ejemplo, SAP Cantabria, Sección 2ª, 27 de febrero de 2013 (La Ley 176421/2013), pues queda acreditado que el responsable de los daños personales se saltó un Stop.

8 Por ejemplo, SSAP Guipúzcoa, Sección 2ª, 24 de octubre de 2019 (La Ley 218336/2019) (daños materiales); Tenerife, Sección 4ª, 14 de octubre de 2019 (La Ley 246439/2019) (daños materiales); Ciudad Real, Sección 1ª, 30 de mayo de 2019 (La Ley 97240/2019) (daños materiales); Valencia, Sección 11ª, 11 de marzo de 2019 (cit.) (colisión múltiple y solidaridad de conductores frente a otro y responsabilidad interna entre conductores responsables); Barcelona, Sección 4ª, 28 de febrero de 2017 (La Ley 29712/2017) (daños personales); e, Islas Baleares, Sección 5ª, 2 de julio de 2014 (cit.) (daños personales).

9 Entre otras, SSTS 7 de julio de 2022 (La Ley 142499/2022) y 19 de octubre de 2021 (La Ley 184629/2021), entre muchas otras.

4 SAP Zamora, 7 de marzo de 2022 (La Ley 9197/2022).

5 SSAP Islas Baleares, Sección 5ª, 2 de julio de 2014 (La Ley 91735/2014); Sevilla, Sección 6ª, 10 de septiembre de 2013 (La Ley 166678/2013); y, Pontevedra, Sección 1ª, 4 de julio de 2013 (La Ley 107793/2013).

6 Por ejemplo, SSAP Valencia, Sección 11ª, 11 de marzo de 2019 (La Ley 76948/2019) e Islas Baleares, Sección 5ª, 2 de

por impago de la indemnización. No hay una suerte de compensación de daños recíprocos en Derecho español.

El objeto del presente comentario es analizar las normas jurídicas aplicables, las sentencias del Tribunal Supremo que han formado jurisprudencia, el contenido de las soluciones jurídicas y de las resoluciones actuales de Audiencias Provinciales que la aplican, con los supuestos prácticos que analizan las mismas, a modo de revisión y actualización del tema. También se pone al día la doctrina que, con anterioridad, ha abordado esta cuestión del Derecho de daños de tanta relevancia social y personal¹⁰.

II.- JURISPRUDENCIA ANTERIOR: LA NEUTRALIZACIÓN DE LAS PRESUNCIONES DE CULPA EN COLISIONES RECÍPROCAS

El Derecho derogado es el anterior no vigente y tampoco regulaba la hipótesis objeto del presente comentario: la colisión recíproca sin prueba de la culpa o contribución causal de cada conductor implicado. El art. 39 de la derogada Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos a motor, hacía responsable al conductor de los daños personales y materiales ocasionados, con inversión de la carga de la prueba de la culpa exclusiva del perjudicado o de una fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo. El posterior Decreto 632/1968, de 21 de marzo, aprobó el Texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos a motor. Luego, el Real Decreto-Ley 1301/1986, de 28 de

junio, adaptó el Texto refundido de la Ley de uso y circulación de vehículos a motor al ordenamiento comunitario y su art. 1 mantenía la presunción de culpa del conductor por los daños personales, salvo prueba de la culpa del perjudicado o fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo. Para los daños materiales, en cambio, no se preveía la presunción de culpa y el art. 1 Real Decreto-Ley 1301/1986 remitía al régimen general del art. 1902 Código Civil. En concreto, la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, modificó sustancialmente el título I del Texto refundido, que pasó a denominarse “Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”. Entre las reformas de importancia para el tema analizado, se dio una nueva redacción del art. 1.1, párrafos primero, segundo y tercero, que se incorporó literalmente a la vigente LRCSCMV.

Conforme al Derecho positivo derogado, los lesionados por la circulación viaria, como los peatones, se beneficiaban de la presunción legal de la culpa del conductor del vehículo por los daños causados, por razón de realizar la actividad de riesgo de circulación de vehículos a motor. Esta culpa la presumía la Ley *iuris tantum*, y correspondía al propio conductor causante del daño personal la carga de probar alguna de las causas tasadas que podían exonerarle: culpa exclusiva del perjudicado o fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo. En defecto de prueba de una causa de exoneración, se presumía la culpa procedía la imputación de responsabilidad civil por los daños personales causados al peatón.

Sin embargo, esta presunción de culpabilidad del conductor agente del daño era judicialmente aplicada a los peatones afectados, pero no a los conductores y ocupantes que sufrían daños personales y materiales resultantes de “colisiones recíprocas” entre vehículos a motor. El Tribunal Supremo era tajante en la exclusión. Declaraba reiteradamente que “en los supuestos de colisión entre vehículos del motor no es aplicable el principio de la inversión de la carga de la prueba ni de la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo”¹¹. Se afirmaba que tratándose de una colisión recíproca, las presunciones de culpa quedaban neutralizadas y no eran aplicables. Como resultado, si el conductor u ocupante de

10 Entre otros autores, *vid* MEDINA CRESPO, Mariano, “Los daños recíprocos sin culpas probadas en la jurisprudencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo”, en *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, núm. 5, mayo 2010, pp. 27-41 y, del mismo autor, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Comares, Granada, 1996, especialmente, pp. 183-187; MONTEROSO CASADO, Esther, *Responsabilidad por accidentes de la circulación. La concurrencia de causas*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 176-189 y “Responsabilidad civil derivada de los daños en los bienes causados por colisión recíproca de vehículos”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, 2020, pp. 3195-3202; ARIÑO FUERTES, Joaquín, “Los daños recíprocos sin culpas probadas. El tratamiento de esta materia por la jurisprudencia provincial”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 33, primer trimestre 2010, págs. 45-62, y, por nuestra parte, “Doctrina jurisprudencial sobre colisiones recíprocas entre vehículos sin prueba de la causa del accidente”, en *Revista Española de Seguros*, núm. 178, abril-junio 2019, pp. 111-129.

11 Por todas, *vid* STS 29 de abril de 1994 (La Ley 27283-JF/0000).

un vehículo colisionado no lograba acreditar el grado de culpa del conductor del otro vehículo, no había responsabilidad civil, ni resarcimiento de los daños ocasionados¹². Se absolvía al conductor demandado o, incluso, se condenaba a cada perjudicado al pago de los daños que hubiera experimentado¹³. En conclusión, el conductor y los ocupantes perjudicados en una colisión recíproca sin prueba del grado de culpa de cada conductor quedaban sin indemnización¹⁴.

Los autores criticaron esta solución jurídica por ser injusta¹⁵, pero los cambios no se apreciaron hasta que una nueva corriente jurisprudencial se abrió paso, como analizamos a continuación.

III.- RÉGIMEN VIGENTE DE PRESUNCIÓN DE CULPA O CONTRIBUCIÓN CAUSAL A LA COLISIÓN RECÍPROCA ENTRE VEHÍCULOS

El Derecho positivo español vigente tampoco da una respuesta jurídica a la hipótesis de colisiones recíprocas sin prueba del grado de contribución a la causación de los daños personales y materiales resultantes del siniestro. No obstante, a diferencia del Derecho anterior, el Tribunal Supremo ha terminado con la doctrina de la neutralización de las presunciones de culpas y la ha sustituido por otras reglas más tuitivas del conductor y ocupantes en colisiones recíprocas.

12 Por ejemplo, la STS de 17 de julio de 1996 (La Ley 7835/1996) no reconoció ningún tipo de indemnización al conductor de un ciclomotor que sufrió un gran daño al no constar probada la culpa del vehículo con el que chocó. El Tribunal Supremo dispuso, de conformidad con su doctrina entonces vigente, que en el supuesto de un conductor de ciclomotor embestido por un coche y a resultados del cual el actor sufrió amputación de pierna izquierda, además de otros daños de tipo económico, psíquicos, etc., *“incumbe al actor demostrar (...) que se hallaba reparando la moto en el arcén y en sitio visible para el conductor del automóvil, y destruir la impresión de que el motorista aparece como creador de la situación que provocó el siniestro”*.

13 SÁINZ-CANTERO, M^a Belén y PÉREZ, Fátima, *Imputación...*, *op. cit.*, p. 133.

14 MONTERROSO CASADO, Esther, *Responsabilidad por accidentes...*, *op. cit.*, p. 155, juzga como gran desacierto esta interpretación.

15 Por todos, *vid* MEDINA CRESPO, Mariano, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las ino-cencias condenadas*, Comares, Granada, 1996, p. 119 y GARNICA MARTÍN, Juan F., “Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil (Crítica a una jurisprudencia equivocada)”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-308, tomo 6.

La sentencia pionera del Tribunal Supremo es la de 16 de diciembre de 2008¹⁶. Supone un cambio sustantivo, pues deja sin efecto la anterior doctrina de neutralización de presunciones de culpabilidad en colisiones entre vehículos, en base a la entrada en vigor de la LRCSVM resultante de la reforma operada por la Ley 30/1995, que, según el Tribunal, introduce de manera franca el principio de responsabilidad objetiva por los daños corporales (art. 1).

La justificación del cambio de criterio jurisprudencial es, como afirma el Tribunal Supremo, primero, que *“la particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos a motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre carga de la prueba”*. Segundo, *“La circunstancia de haberse producido la colisión entre dos vehículos es insuficiente, en estas circunstancias, para enervar la negligencia que cabe presumir en el conductor demandado”*. Peatón, conductor y ocupante dañados se sitúan así con igualdad de armas para la reclamación de los daños corporales sufridos con ocasión de un accidente de vehículo a motor.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008 tuvo inicialmente un efecto judicial limitado, quizás porque no había formado jurisprudencia al no ser ratificada por otra sentencia en el mismo sentido. En efecto, la posición mayoritaria de las Audiencias Provinciales¹⁷ mantenía la neutralización de las presunciones de culpabilidad en colisiones recíprocas con daños personales y materiales, conforme a la jurisprudencia tradicional. Así, cuando el demandante no lograba probar la culpa o negligencia del conductor causante del daño, la Audiencia desestimaba la demanda de resarcimiento.

Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales sí presumían la culpa del conductor agente del daño e invertían la carga de la prueba en favor del conductor u ocupante del vehículo siniestrado. Al hacerlo, se enfrentaban a un problema adicional que no había sido necesario resolver en la sentencia del Tribunal

16 La Ley 257239/2008.

17 MEDINA CRESPO, Mariano, “Los daños recíprocos...”, *op. cit.*, pp. 29 y 39, alude a la vulneración flagrante del art. 1.1 segundo párrafo LRCSVM y a la “anarquía indeseable” de la jurisprudencia mayoritaria provincial. También ARIÑO FUERTES, Joaquín, “Los daños recíprocos...”, *op. cit.*, pp. 51-54, lleva a cabo una enumeración de las sentencias de las Audiencias Provinciales que mantenían la doctrina de la neutralización de presunciones para seguir negando indemnización de daños corporales, pese a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008.

Supremo de 16 de diciembre de 2008, en donde el grado de culpa del conductor sí se había estimado probado¹⁸. En concreto, qué decidir cuándo se invierte la carga de la prueba en favor del perjudicado, pero no se prueba el grado de culpa del demandado en la colisión recíproca. Se presumía la culpabilidad de ambos conductores, pero siendo una colisión recíproca, había que decidir el porcentaje de responsabilidad civil de cada uno. Las soluciones judiciales eran diversas: unas sentencias declaraban la responsabilidad plena del conductor agente del daño y reconocían a la víctima el 100% de la indemnización. Otras reducían proporcionalmente la indemnización al 50%, al tratarse de una colisión recíproca¹⁹. Estas innovadoras sentencias, inicialmente minoritarias en las Audiencias, contrastaban con la posición mayoritaria y hacían necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo, que se trata en los siguientes apartados.

IV.- DAÑOS PERSONALES: Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, de 10 de septiembre de 2012 Y OTRAS

1.- Responsabilidad por riesgo en las colisiones recíprocas con resultado de daños personales

La sentencia esencial sobre daños personales es la del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, de 10 de septiembre de 2012²⁰. Se enmarca en la presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba de los daños personales a cargo del conductor causante. La sentencia de 10 de septiembre de 2012 sigue así lo dispuesto en la sentencia de 16 de diciembre de 2008, pero tiene cuatro importantes especialidades con respecto a ésta:

- 1) Aborda específicamente el régimen de daños personales por colisión entre vehículos;
- 2) Sustituye la presunción de la prueba de la "culpa" por la presunción de "causalidad entre la conducción y el daño" que le es característica

¹⁸ Se estimó probado que el conductor efectuó una maniobra de adelantamiento sucesivo de varios vehículos, necesitada de una especial prudencia, y al realizar la maniobra evasiva con un tercer vehículo perdió el control del que conducía, acometiendo de esta forma al que circulaba correctamente.

¹⁹ *Vid* un comentario de dichas sentencias en MEDINA CRESPO, Mariano, "Los daños recíprocos...", *op. cit.*, pp. 29 y ss.

²⁰ La Ley 172776/2012.

en atención a la responsabilidad por riesgo del art. 1.1 párrafo primero LRCSCVM²¹.

3) Condena como responsable civil al conductor causante del daño, aunque no se ha logrado probar su grado o porcentaje de contribución en la producción del siniestro; y,

4) Declara su responsabilidad civil por la totalidad (100%) de los daños personales ocasionados a los ocupantes del otro vehículo.

La inversión de la carga de la prueba se justifica, indica la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012, en el principio de responsabilidad objetiva del art. 1.1 LRCSCVM. Éste "*comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y las consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas*"²². A resultas de la cual, el conductor agente del daño ha de probar que se ha roto el nexo de causalidad entre su conducción de un vehículo a motor y el daño producido por el siniestro automovilístico. Si no rompe esta relación mediante una prueba de unos hechos tasados legalmente, será responsable íntegramente por los daños personales sufridos por el conductor y los ocupantes del otro vehículo. Es innecesario acreditar su culpa o negligencia. Es la principal manifestación de la responsabilidad por riesgo²³.

Sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, hay división doctrinal. Algunos autores consideran que, con este sistema, el

²¹ En cambio, para los daños materiales, se sigue exigiendo la falta de la prueba del grado de la "culpa". Aunque se trata de una responsabilidad por riesgo, el tratamiento de los daños personales y materiales sigue un régimen jurídico diferenciado.

²² Críticamente con la existencia de tal presunción, *vid* PEÑA LÓPEZ, Fernando, "Causalidad, eficiencia causal, imputación objetiva y reparto de responsabilidades aplicando el régimen de la LRCSCVM: notas a la STS de 10 de septiembre de 2012", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 46, 2013, pp. 9-22.

²³ Sobre la responsabilidad por riesgo en la circulación de vehículos a motor, la jurisprudencia está plenamente consolidada, así *vid* SSTs 22 de junio de 2020 (La Ley 63060/2020), Pleno, 27 de mayo de 2019 (La Ley 59153/2019), Pleno, 10 de septiembre de 2012 (cit.) y 16 de diciembre de 2008 (cit.). HURTADO YELO, Juan José, "El resarcimiento proporcional en la colisión recíproca (Análisis de la STS Sala 1ª, Sección 1ª, 312/2017, de 18 de mayo)", en *tráfico y seguridad vial*, núm. 220, Septiembre de 2107, ap. 5. Concluye que, de acuerdo con esta sentencia y otra relacionada, con la doctrina del riesgo se responde de los daños producidos con un vehículo, al considerar que es un instrumento de riesgo, estableciéndose un principio de responsabilidad objetiva.

Tribunal Supremo estima también probada la culpa o negligencia del conductor causante del daño personal en la colisión recíproca entre vehículos²⁴. Otros autores²⁵ consideran que la responsabilidad por riesgo no es una imputación de responsabilidad civil objetiva, sino de responsabilidad sin culpa²⁶, pues el propio art. 1 LRCSCVM prevé excepciones en el caso de culpa del perjudicado y casos de fuerza mayor.

En lo que hay acuerdo es que se trata de un régimen tuitivo de la víctima, en contraste con el régimen general de responsabilidad civil.

24 ARIÑO FUERTES, Joaquín, “Los daños recíprocos...”, *op. cit.*, p. 47, estima que se presume la culpa del agente dañoso. MAGRO SERVET, Vicente, “Colisión recíproca de vehículos sin prueba eficaz sobre incidencia causal de algunos de los conductores. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de Septiembre de 2012”, *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 173, Sección Doctrina, Mayo 2013, pp. 7-12, indica también que el Tribunal Supremo admite una “presunción de culpa fundada en el riesgo de la conducción”.

25 BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, “Determinación de la responsabilidad civil en supuestos de colisión recíproca de vehículos”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 72, 2019, p. 87.

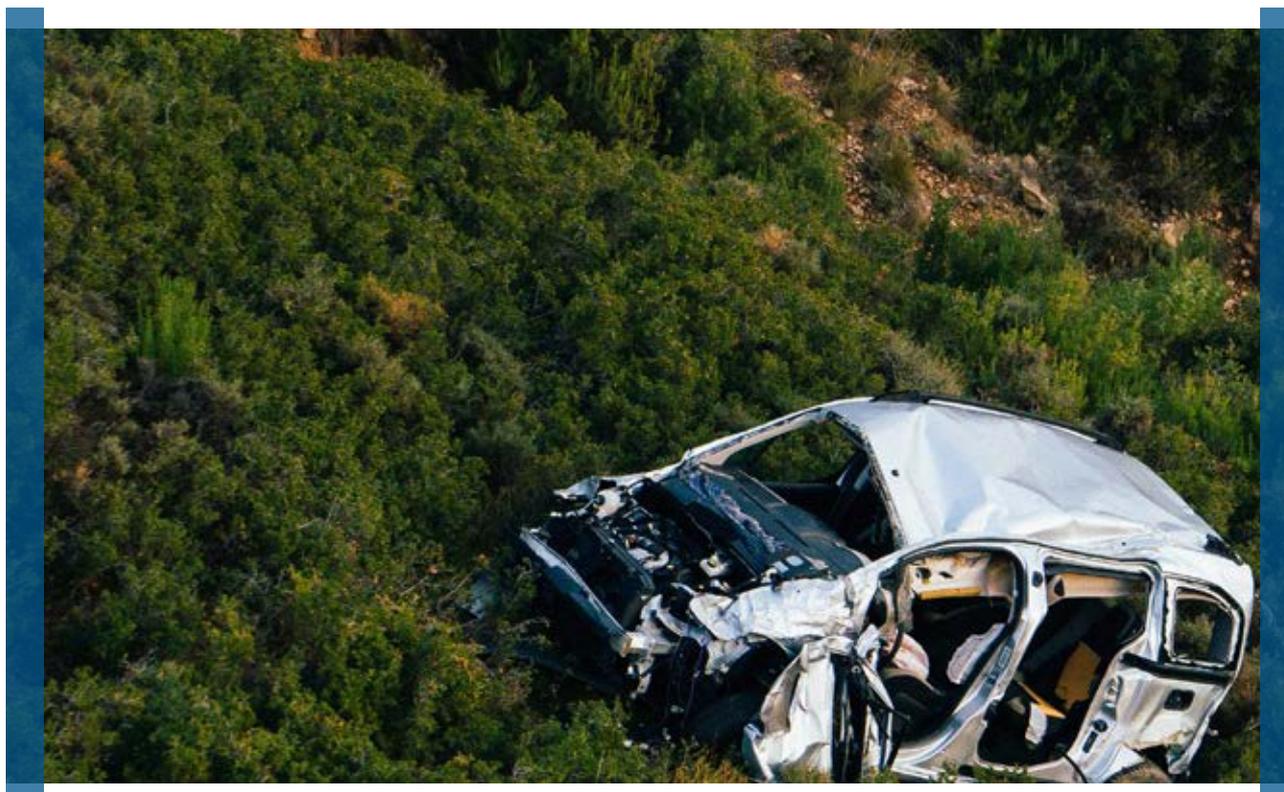
26 También SAP Salamanca, Sección 1ª, 28 de julio de 2022 (La Ley 221676/2022) y SAP Madrid, Sección 19ª, 26 de julio de 2022 (La Ley 212549/2022).

El Tribunal Constitucional²⁷ vincula la LRCSCVM con aquellos “daños de tanta importancia social que se ha tendido a atenuar la idea originaria de culpabilidad, mediante su progresiva objetivación, para adaptarse a un principio de resarcimiento del daño (*pro damnato*)”. Visto este interés público, el legislador establece en el ámbito de la responsabilidad civil automovilística fórmulas como el seguro obligatorio, los fondos de garantía, o la supervisión de actividades, “mucho más próximas en sus fines a los principios de responsabilidad compartida y solidaridad con los dañados que a la lógica inherente al principio clásico de *naeminem laedere*, inseparable de la noción de culpa o negligencia”.

2.- Causas limitadas de exoneración del conductor agente del daño

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 subraya que el legislador admite únicamente dos causas de exoneración del conductor por el daño personal provocado por el riesgo vinculado a la conducción (art. 1.1 párrafo segundo LRCSCVM) En concreto, las

27 El Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/2000, de 29 de junio (Boletín Oficial del Estado, núm. 180, de 28 de julio de 2000), de resolución de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el baremo del art. 1.2 LRCSCVM, tal y como quedó redactado tras la Ley 30/1995.



causas de exoneración del conductor agente del daño son *numerus clausus*²⁸:

1º) Que los daños personales sufridos fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado. La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma de la LRCSCVM, ha sustituido la expresión “conducta o negligencia del perjudicado” por “culpa exclusiva del perjudicado”²⁹.

Los supuestos de culpa no exclusiva del perjudicado están específicamente regulados en el art. 1.2 LRCSCVM.

En la práctica forense, se han puesto como ejemplos, entre otros, la falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores u otro incumplimiento de la normativa de seguridad³⁰.

2º) O que los daños personales sufridos fueron debidos a una 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.

La doctrina³¹ estima supuestos de fuerza mayor propia del riesgo circulatorio, y no eximentes, por ejemplo, la presencia de un pedrusco en la calzada, la lluvia torrencial, el fuerte viento, como causas de no exención de responsabilidad³².

El Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que la colisión resultante de la presencia de algún animal en la calzada no es suceso extraño al riesgo específico de circulación de vehículos al encontrarse en el seno, círculo o concreta esfera de actividad del

riesgo desplegado³³.

Una sentencia de Audiencia Provincial ha considerado que la existencia en la calzada de una sustancia deslizante que ocupaba ambos carriles sin que existiera señalización de su presencia ni fuera perceptible dada la lluvia caída en ese momento es una fuerza mayor extraña a la circulación³⁴.

3.- La intervención de un tercero en las colisiones en cadena

La intervención de tercero, como un peatón u otro vehículo, en la producción del daño tampoco constituye en principio causa de exención de responsabilidad³⁵. Son supuestos que encajan dentro del hecho de la circulación, y no tienen efectos exoneradores, sin perjuicio de posibles repeticiones frente a un eventual tercero responsable.

No obstante, en las colisiones en cadena, se observa una línea judicial de las Audiencias Provinciales, que opta por exonerar al conductor que causa el daño corporal por haber sido previamente golpeado por un tercer vehículo. Se declara su falta de responsabilidad y, por ende, no ha de satisfacer indemnización alguna a la víctima, al ser otro vehículo el causante del daño³⁶.

En nuestra opinión, la colisión en cadena es un hecho de la circulación que no tiene por sí sólo efectos exoneradores. Sin embargo, por economía procesal, el conductor causante puede ser juzgado y condenado a satisfacer los daños personales causados, al tiempo que se exonera a los demás conductores involucrados. En cambio, si no se imputa la responsabilidad a otro conductor, creemos que el conductor

28 ARIÑO FUERTES, Joaquín, “Los daños recíprocos...”, *op. cit.*, p. 46, identifica el régimen con un sistema de “responsabilidad objetiva atenuada”.

29 BADILLO ARIAS, José Antonio, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 152, opina que se podría haber sustituido el término “perjudicado” por víctima, pues en caso de fallecimiento no coinciden.

30 SAP Badajoz, Sección 3ª, 21 de julio de 2022 (La Ley 217196/2022).

31 MEDINA CRESPO, Mariano, “Responsabilidad civil automovilística por daños corporales: la fuerza mayor liberadora como manifestación concreta de la atenuación de la objetividad atributiva”, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 1, enero 2013, p. 23.

32 Por ejemplo, SAP Murcia, Sección 1ª, 15 de noviembre de 2021 (La Ley 286395/2021), en una colisión en cadena, causada por fuertes vientos, se declara la falta de responsabilidad civil de los conductores implicados.

33 En STS 4 de febrero de 2015 (La Ley 21174/2015), el cruce de una piara de jabalíes provocó la maniobra evasiva de un vehículo que invadió el otro carril, colisionando con otro vehículo que circulaba en sentido contrario, ocasionando la muerte y graves heridas personales a los ocupantes de cada vehículo. El Tribunal Supremo lo considera un caso fortuito y no una fuerza mayor a efectos de exoneración. En el mismo sentido, también STS 14 de mayo de 2014 (La Ley 57413/2014).

34 SAP Asturias, Sección 6ª, 11 de mayo de 2009 (La Ley 137966/2009).

35 AAP Zaragoza, Sección 2ª, 14 de octubre de 2002 (La Ley 169390/2002).

36 SSAP Barcelona, Sección 11ª, 5 de abril de 2002 (La Ley 110465/2022) (daños personales); Sevilla, Sección 6ª, 10 de diciembre de 2015 (La Ley 22676/2015). Para daños materiales, de idéntico planteamiento, también SAP Valencia, Sección 11ª, 7 de junio de 2017 (La Ley 138598/2017).

causante del daño ha de pechar con la responsabilidad civil frente a la víctima por daños personales. Otra solución puede dejar sin indemnización a la víctima, en detrimento de las causas tasadas de exoneración de la LRCSCVM para daños personales.

4.- Indemnización integral de los daños personales si no se prueba el grado de contribución de cada conductor a la causación de los daños

Al no quedar probado el grado de contribución de los conductores a los daños personales resultantes de la colisión recíproca, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 opta por el resarcimiento pleno de los daños personales, al 100%. Significa que ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la llamada doctrina de las indemnizaciones o condenas cruzadas³⁷.

El Tribunal Supremo explica, en la misma sentencia, que algunas Audiencias Provinciales ya habían seguido esta solución anteriormente³⁸. Asimismo, el Tribunal Supremo no omite que algunas Audiencias Provinciales habían acogido en varias ocasiones la tesis del resarcimiento proporcional y no íntegro de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, pero la descarta.

La doctrina del resarcimiento pleno de los daños personales en situaciones de incertidumbre de contribución causal ha sido confirmada posteriormente por las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2013³⁹ y de 18 de mayo de 2017⁴⁰, entre otras. Así

37 Vid otra aplicación de esta doctrina en SAP Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 17 de octubre de 2017, en Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro, núm. 11, diciembre 2017, p. 50.

38 ARIÑO FUERTES, Joaquín, "Los daños recíprocos...", *op. cit.*, pp. 54-60, destaca especialmente la labor de las Audiencias Provinciales de Asturias y Baleares que, antes de la STS de 10 de septiembre de 2012, habían reconocido la doctrina del resarcimiento pleno de los daños personales y también materiales sin culpas probadas. Aporta también una explicación de los argumentos empleados.

39 La Ley 1519/2013. Se trata de un accidente de circulación ocurrido por la colisión de dos turismos en un cruce de vías urbanas, regulado por semáforos, sin que se haya acreditado si fue el demandante, el que rebasó en fase roja su semáforo o si, por el contrario, quien no lo respetó fue el vehículo asegurado por la demandada.

40 La Ley 48333/2017. Trata sobre una demanda de indemnización por las lesiones sufridas con motivo del accidente

como en numerosas sentencias de Audiencias Provinciales que las citan como precedente a seguir⁴¹.

Posteriormente, la sentencia de la Sala de lo Civil, Pleno, del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2019 añade que la doctrina jurisprudencial de las indemnizaciones o condenas cruzadas responde al principio de solidaridad social con las víctimas de accidentes de tráfico, más que a los principios tradicionales de la responsabilidad extracontractual. Si se siguiera otro criterio como el de la indemnización proporcional, *"la consecuencia sería que, en los casos de muerte de uno de los conductores, o de los dos, la indemnización de los perjudicados sufriría una reducción muy considerable, pese a no haberse probado la concurrencia de las únicas causas de exoneración legalmente admisibles, y la efectividad del seguro obligatorio del vehículo causante de la muerte del conductor del otro vehículo quedaría injustificadamente mermada"*.

5.- Inaplicación de la indemnización integral cuando resulte acreditada la contribución de cada conductor a la causación de los daños

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 excepciona la aplicación de su solución jurídica de resarcimiento pleno de los daños personales a los casos en que desaparece la incertidumbre sobre cuál ha sido la eficiencia causal de cada conductor en la colisión.

El Alto Tribunal indica que *"ha de afirmarse la recíproca responsabilidad civil por el accidente en la proporción en que cada conductor haya contribuido a causarlo"*⁴². Significa que, si el juez considera probado que un conductor ha contribuido en exclusiva a la causación del daño, deberá condenarle a abonar la totalidad de los daños personales ocasionados.

Si ambos conductores han contribuido al

de circulación ocurrido al colisionar frontalmente en una curva con el demandado, que circulaba en sentido contrario. Los tribunales de instancia no consideraron probado el lugar de la colisión, ni la contribución de cada conductor al siniestro.

41 Por ejemplo, SSAP A Coruña, Sección 6ª, 8 de abril de 2022 (La Ley 121982/2022) y Pontevedra, Sección 1ª, 21 de mayo de 2020 (La Ley 53999/2020)

42 LÓPEZ y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier y CALDERÓN PLAZA, Óscar, "Recíproca colisión entre dos vehículos de motor sin prueba de la contribución causal de cada uno de ellos", en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 2, 2013, pp. 30-36.

accidente en un grado cierto y se pueden fijar porcentajes de contribución causal, procede la condena al pago de la indemnización en tal proporción. Por ejemplo, una sentencia de Audiencia Provincial aprecia la concurrencia de contribución causal a la colisión recíproca en un 75% del conductor de una motocicleta por conducción indebida, pues prevalece sobre la conducción no adecuada a las circunstancias ex art. 45 Reglamento General de Circulación del conductor del turismo, pero no cabe apreciar culpa exclusiva de la víctima⁴³.

Este régimen especialísimo tampoco es aplicable cuando falta la prueba de los daños que se reclaman judicialmente⁴⁴ o falta la prueba

43 SAP Barcelona, Sección 4ª, 19 de julio de 2022 (La Ley 205226/2022). El art. 1.2 LRCSCVM ya prevé la reducción de la indemnización del perjudicado que haya intervenido en la producción de su propio daño, sin que se trate de una culpa exclusiva del mismo. Por ejemplo, la STS de 29 de octubre de 2014 (La Ley 158714/2014) aborda un accidente donde tampoco quedó probada su causa. Sí se estimó probado que el ciclomotor del demandante y el automóvil del demandado colisionaron entre ellos, pero no cuál fue el causante de la colisión. No quedó probado, en consecuencia, que hubiera culpa exclusiva del lesionado, como es exigible para que el recurrente quedara libre de toda responsabilidad. No obstante, el Tribunal Supremo admite la decisión de la Audiencia Provincial de moderar la indemnización, pues el demandante había actuado con una cierta conducta negligente, que influyó en el accidente, pues circulaba llevando a dos personas en el ciclomotor. El Alto Tribunal desestima que no proceda la imputación de responsabilidad, pues esta negligencia no es equivalente a una actuación con culpa exclusiva.

44 SAP Ciudad Real, Sección 1ª, 30 de mayo de 2019 (La Ley

del nexo de causalidad entre la colisión y el empeoramiento de salud del ocupante⁴⁵.

V.- DAÑOS MATERIALES: SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 27 DE MAYO DE 2019, Y OTRAS

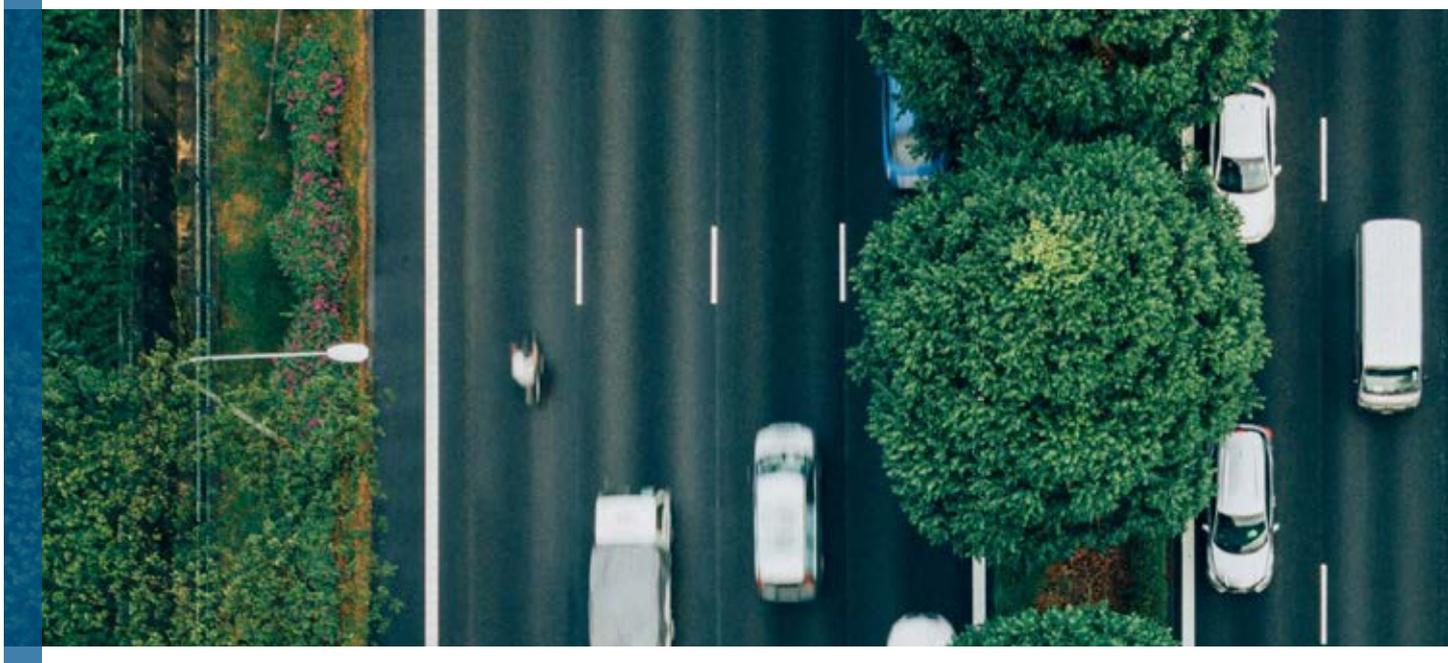
1.- Responsabilidad por riesgo en las colisiones recíprocas con resultado de daños materiales.

La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019, ya citada, constituye la piedra angular del resarcimiento de los daños materiales en colisiones recíprocas sin prueba del grado de culpa de cada conductor. No ha sido confirmada aún por otra sentencia posterior, pero se trata de una sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, que viene siendo aplicada con regularidad por las Audiencias Provinciales.

En primer lugar, la existencia de un régimen específico de responsabilidad civil derivado de daños causados con motivo de la circulación es compatible con el tratamiento jurídico diferenciado según la naturaleza de los daños que realiza el art. 1 LRCSCVM. No es lo mismo, de acuerdo con el legislador y como interpreta el Tribunal Supremo, la lesión que

97240/2019), en este caso, daños personales.

45 SAP Ciudad Real, Sección 1ª, 16 de diciembre de 2021 (La Ley 321032/2021)



sufre el ocupante de un vehículo o un peaton que los daños materiales en los vehículos o en otros bienes. Este régimen también se aplica a daños materiales resultantes de las colisiones recíprocas entre vehículos.

En particular, para los daños materiales, el art. 1.1 párrafo tercero LRCSCVM añade que *“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”*.

El cambio fue sustancial. La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008 mantuvo la anterior doctrina jurisprudencial sobre la neutralización de presunciones de culpabilidad en las colisiones recíprocas de vehículos con resultado de daños materiales. De manera, que la inversión de la carga de la prueba no operaba en los accidentes de circulación por colisión de vehículos y resultado de daños materiales⁴⁶. No se presumía la culpa del conductor del otro vehículo, por lo que quedaba exonerado si la parte perjudicada no logra probar la culpa o negligencia del otro conductor. También las Audiencias Provinciales, de forma mayoritaria, desestimaban las pretensiones resarcitorias de daños materiales por colisiones recíprocas deducidas cuando la

⁴⁶ Así, la STS de 20 de diciembre de 1997 (*La Ley 590/1998*), con cita otras sentencias previas.

culpa del conductor de la contraparte quedaba sin probar⁴⁷.

2.- Prueba de haber actuado con diligencia para quedar exonerado de responsabilidad

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012 cambió esta interpretación y desautorizó la aplicación de la neutralización de presunciones de culpabilidad en las colisiones recíprocas, también para determinar la responsabilidad civil por daños materiales o en los bienes. En concreto, indica que: *“la exigencia, que también establece la LRCSCVM, de que se cumplan los requisitos del art. 1902 CC (art. 1.1 párrafo tercero LRCSCVM) comporta que la responsabilidad por riesgo queda sujeta al principio, clásico en la jurisprudencia anterior a la LRCSCVM sobre daños en accidentes de circulación, de inversión de la carga de la prueba, la cual recae sobre el conductor causante del daño y exige de éste, para ser exonerado, que demuestre que actuó con plena diligencia en la conducción”*⁴⁸.

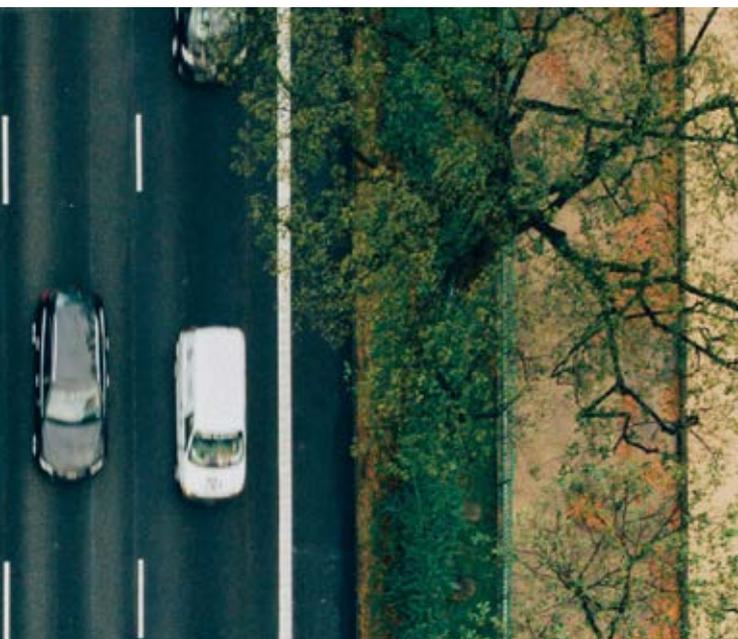
Obsérvese como el Tribunal Supremo, respetando la aplicación del art. 1902 CC por el llamamiento que al mismo hace el art. 1.1 párrafo tercero LRCSCVM, dispone la inversión de la carga de la prueba.

Se reconoce así en los casos de colisiones a vehículos con daños materiales la aplicación de la tradicional presunción de culpabilidad del conductor causante del daño y la inversión de la carga de la prueba en su contra, de forma que habrá que probar que actuó con plena diligencia. Si el conductor demandado acredita en forma suficiente para el tribunal que actuó con diligencia, el daño material ocasionado en la colisión recíproca entre vehículos no le será imputable. Tampoco cuando acredite la culpa exclusiva del perjudicado⁴⁹.

⁴⁷ MEDINA CRESPO, Mariano, “Los daños recíprocos...”, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁸ ARIÑO FUERTES, Joaquín, “Los daños recíprocos...”, *op. cit.*, p. 47, identifica este régimen con un “sistema de responsabilidad subjetiva objetivada”.

⁴⁹ DE DIOS DIOS, Miguel Ángel, “Aspectos jurídicos de la culpa exclusiva de la víctima en los accidentes de circulación”, en *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, núm. 10, noviembre 2012, p. 24, analiza en detalle los dos criterios que de forma reiterada se aplican para exonerar de responsabilidad por la jurisprudencia: que la conducta culpable de la víctima sea la única y exclusiva generadora del daño y que la conducta de la persona, a quien se reclama la indemnización, sea enteramente irreprochable. Vista la falta de definición objetiva de la conducta diligente, habrá de examinarse en atención a las circunstancias del caso.



3.- Indemnización de la mitad de los daños materiales si no hay prueba del grado de culpa de cada conductor

La analizada sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019 aborda específicamente el tema del importe de la indemnización debida por daños materiales causados en una colisión entre vehículos sin culpas probadas.

En particular, un taxi y un vehículo de emergencias del Servicio de Urgencia Médica de la Comunidad de Madrid (Summa-112) colisionaron frontalmente en Madrid, en un cruce regulado por semáforos. El taxi era conducido por un empleado y estaba asegurado por MMT. El vehículo del Summa-112 llevaba al conductor y a una doctora como ocupantes; era propiedad de una empresa de *renting* y estaba asegurado por Reale Seguros Generales S.A.

El conductor y la ocupante del vehículo Summa-112 sufrieron lesiones personales, a resultas de los cuales se siguió contra el conductor del taxi un juicio de faltas, recayendo sentencia absolutoria. En sus hechos probados, se indicó que no quedaba acreditada la fase semafórica. En la fundamentación jurídica, se estimó que no se había podido destruir la presunción de inocencia por falta de prueba de que el conductor del taxi incurriera en negligencia por no respetar la preferencia de paso. A continuación, se dictó acto ejecutivo fijando la cuantía máxima que podían reclamar los lesionados.

Posteriormente, el propietario del taxi y su aseguradora MMT demandaron al conductor del vehículo Summa-112, a la empresa de propietaria del vehículo y a su aseguradora Reale. Reclamaban una indemnización de 17.655,32 euros por los daños y perjuicios materiales sufridos, desglosados en 6.914,92 euros a la aseguradora por la reparación del vehículo y 10.740,4 euros al propietario del taxi por el lucro cesante derivado de su paralización, más intereses (que en el caso de la aseguradora Reale debían ser los del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, LCS) y costas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid dictó sentencia de 13 de mayo de 2015, por la que estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar solidariamente: a) al propietario del taxi el importe de 6.444,024 euros, con un interés a cargo de la aseguradora Reale conforme

al art. 20 LCS; b) a la aseguradora MMT, la cantidad de 6.914,92 euros más el interés legal de esa suma desde la fecha de la interpelación judicial; y, c) sin expresa condena en costas. El Tribunal Supremo sintetiza las razones de esta condena en primera instancia de la siguiente forma. En primer lugar, no quedó probada la fase semafórica y si el vehículo Summa-112 llevaba encendidos o no los dispositivos acústicos y luminosos. En segundo lugar, el Juzgado entiende que la responsabilidad civil automovilística se funda en el principio objetivo de la creación del riesgo, de modo que opera una inversión de la carga de la prueba, que comporta que conductor del vehículo causante del daño material responde si no puede acreditar que actuó con plena diligencia. En tercer lugar, la falta de acreditación por parte del conductor demandado de que actuó con plena diligencia permite declarar la responsabilidad solidaria de los demandados.

Los tres codemandados (el conductor del vehículo Summa-112, el propietario del mismo y la aseguradora Reale), que hasta entonces había litigado por separado, presentaron conjuntamente recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 17 de junio de 2016, por el que estima el recurso de apelación, desestima la demanda interpuesta y absuelve a los demandados de los pedimentos de los actores. Impone las costas de primera instancia a los demandantes y no hace expresa imposición de costas de la alzada. El Tribunal Supremo expone las razones de esta absolución por parte de la Audiencia Provincial de Madrid. En primer lugar, el presente caso es de responsabilidad civil extracontractual, regida por el art. 1902 CC, que exige la concurrencia del daño, culpa y relación causal. En segundo lugar, no se aprecia la relación de causalidad entre los daños sufridos y la mecánica de los hechos, ni puede concretarse la imputación de conducta alguna al conductor del vehículo de la demandada, tampoco puede haber reproche culpabilístico de la conductora ante las diversas versiones contradictorias sobre los mismos hechos.

El propietario del taxi y su aseguradora presentaron recurso de casación por interés casacional y recurso extraordinario por infracción procesal. En relación a este último, el Tribunal Supremo lo desestima por pretender una nueva valoración de la prueba y plantear cuestiones no estrictamente procesales. El Alto Tribunal considera que de la prueba del tribunal sentenciador se desprende que la colisión se debió a la culpa de alguno de los conductores

por no haber respetado el semáforo en rojo que le imponía detenerse, o tal vez por la culpa de los dos por no haber respetado ambos su correspondiente semáforo.

Respecto al recurso de casación, el Tribunal Supremo justifica el interés casacional en la oposición de la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Madrid a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por la sentencia de 10 de septiembre de 2012, de Pleno, y de 4 de febrero de 2013, aplicable a casos como el presente de colisión entre vehículos sin prueba de la contribución causal de los respectivos conductores a la causación del daño. Admitida por el Tribunal Supremo la incertidumbre sobre la causa del accidente, el Alto Tribunal recuerda que no puede proceder a valorar nuevamente las pruebas.

En primer lugar, la STS de 27 de mayo de 2019 justifica la condena al causante del daño en base a la inversión de la carga de la prueba. Indica que la remisión que hace el art. 1.1, párrafo tercero, LRCSVM, a “*lo dispuesto en esta Ley*” y el principio de responsabilidad objetiva fijado en el art. 1.1 de la misma Ley, “*justifican la inversión de la carga de la prueba, como declaró la citada sentencia de pleno de 2012, solución coherente a su vez con la ampliación de la cobertura del seguro obligatorio a los daños en los bienes desde el Real Decreto Legislativo 1301/1986*”.

Por consiguiente, 1º La carga de la prueba de su falta de culpa pesa sobre el demandado; y, 2º Queda acreditado que los tribunales de instancia declaran que no se ha probado la causa del accidente, ni las culpas respectivas de los intervinientes, sin que quepa al Tribunal Supremo llevar a cabo una nueva valoración de la prueba.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Supremo contempla tres escenarios o soluciones jurídicas posibles:

1) *Que cada conductor indemnice íntegramente los daños del otro vehículo.* Recordemos que esta opción es la vigente en materia de daños personales por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la citada sentencia de 10 de septiembre de 2012, con arreglo a la doctrina de las indemnizaciones o condenas cruzadas⁵⁰.

⁵⁰ En la doctrina, a favor de esta opción, MONTERROSO CASADO, Esther, *Responsabilidad por accidentes...*, op. cit., pp. 188-189, mantiene que, cuando no exista prueba de haber actuado sin culpa, debería resarcir íntegramente los da-

2) *Que las culpas se neutralicen y entonces ninguno deba indemnizar los daños del otro vehículo.* Esta opción no es realmente valorada por el Tribunal Supremo, sólo mencionada. Es contraria a la interpretación jurisprudencial a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008. Volver a la doctrina de la neutralización de responsabilidades, propia de la interpretación jurisprudencial anterior, sería contrario al principio de responsabilidad por riesgo en la circulación de vehículos a motor, conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal.

3) *Que cada uno asuma la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50%*⁵¹. Ésta es, por confrontación con la del resarcimiento pleno (al 100%), por la que se decanta el Tribunal Supremo⁵². La considera la más coherente con la efectividad de la cobertura de los daños en los bienes por el seguro obligatorio de vehículos a motor, pues cualquiera de las otras dos o bien podría privar por completo de la indemnización, injustificadamente, al propietario del vehículo cuyo conductor no hubiera sido causante de la colisión pero no hubiese podido probar su falta de culpa, o bien podría dar lugar a que se indemnice por completo al propietario del vehículo cuyo conductor hubiera sido el causante de la colisión, pero sin que exista prueba al respecto⁵³.

En base a lo anterior, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. También revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, en el sentido de: 1º Reducir en un 50% el importe de las indemnizaciones acordadas por daños al vehículo y por lucro cesante); y, 2º Sustituir

ños personales y materiales causados al contrario. Ello es consecuencia del principio de inversión de la carga de la prueba que rige en el principio de responsabilidad objetiva. No es lo mismo, afirma, que exista culpa demostrada que no exista prueba de la misma, pues si no consta la culpa, sería sancionar a un inocente no reconociéndole la indemnización íntegra.

⁵¹ MEDINA CRESPO, Mariano, *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 187, considera esta opción la más adecuada tanto para daños personales como materiales. BADILLO ARIAS, José Antonio, *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 164, considera el reparto al 50% como la solución más proporcional y justa, encajando su argumentación en el art. 1 LRCSVM y pareciendo razonable presumir la concurrencia de cada uno de los dos conductores en un 50% de los daños del otro.

⁵² Posteriormente, en el mismo sentido, SSAP Badajoz, Sección 3ª, 21 de julio de 2022 (cit.), Barcelona, Sección 1ª, 18 de julio de 2022 (La Ley 186100/2022)

⁵³ También SAP Madrid, Sección 25ª, 15 de julio de 2022 (La Ley 209395/2022).

el interés del art. 20 LCS por el interés legal desde la interpelación judicial, ya que la falta de satisfacción de indemnizaciones se considera justificada en este caso a falta de un criterio jurisprudencial consolidado.

En la práctica forense, son muy numerosas las aplicaciones por las Audiencias Provinciales de la doctrina del resarcimiento de la mitad de los daños materiales resultantes de colisiones recíprocas sin prueba de la culpa de cada conductor. Una sentencia, por ejemplo, indica que el deber de indemnizar surgirá, recíprocamente siempre que no se haya acreditado que la conductora causante del daño obró con total diligencia en la conducción. Señala que como dicha prueba no se ha producido, y al no poderse individualizar ni repartir proporcionalmente la participación causal, deberá indemnizar al perjudicado, junto con su aseguradora ex artículo 76 de la LCS, en la cuantía del daño reconocida, “y con aplicación de un porcentaje del 50% de la diferencia”⁵⁴.

Otras sentencias donde se reclaman conjuntamente daños personales y materiales al mismo tiempo, reconocen la indemnización del 50% de los daños materiales y el 100% de las lesiones personales, con arreglo a las doctrina de las condenas cruzadas⁵⁵.

En conclusión, en colisiones recíprocas con daños materiales, ambos conductores están sujetos a la presunción de culpa. Si no quedan enervadas, se trata de un supuesto de concurrencia de presunciones de culpa, que se traduce en que nos encontremos ante un supuesto de culpas concurrentes, de suerte

54 SAP Barcelona, Sección 19ª, de 12 de junio de 2019 (La Ley 81028/2019),

55 SAP Barcelona, Sección 13ª, 13 de mayo de 2022 (La Ley 129111/2022). Una aplicación de daños materiales resarcidos al 50% al perjudicado cuando la prueba practicada no confirma culpa de cada conductor, en SAP Córdoba, Sección 1ª, 29 de junio de 2022 (La Ley 193796/2022). También SAP Cádiz, Sección 2ª, 6 de junio de 2022 (La Ley 203602/2022), que además exime a la aseguradora del pago de los intereses moratorios del art. 20 LCS, pues había dudas sobre la forma de ocurrir el siniestro y la propia responsabilidad civil de su asegurado. En SAP Jaén, Sección 1ª, 18 de mayo de 2022 (La Ley 189498/2022) “el demandado debe asumir la indemnización de los daños del vehículo del actor en un 50%”. También en SAP Santander, Sección 2ª, 9 de mayo de 2022 (La Ley 104795/2022). SAP Tarragona, Sección 3ª, 28 de abril de 2022 (La Ley 128410/2022), reconoce el 100% de las lesiones pero deja sin efecto la sentencia de instancia para sólo reconocer la responsabilidad por el 50%. SAP Vizcaya, Sección 5, 7 de marzo de 2022 (La Ley 173015/2022), determina no la desestimación de la demanda sino que la parte demandada deba responder del 50% de los daños causados,

que, según la doctrina jurisprudencial, cada conductor ha de indemnizar al otro en la mitad de los daños materiales producidos⁵⁶.

4.- Inaplicación de la indemnización de la mitad de los daños materiales cuando resulte acreditado el grado de culpa de cada conductor

Las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 y de 27 de mayo de 2019, ambas de Pleno, indican que cuando hay “*concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados*”, cada uno es artífice del riesgo creado por la conducción de su vehículo. Corresponde al juzgador determinar a cuál de los dos conductores corresponde la eficiencia causal en la producción del daño o si ésta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente.

En la práctica, va a suponer una compensación incompleta de los daños materiales sufridos, por haber entendido que el causante no es el único responsable de los mismos. Por ejemplo, si el tribunal fija en un porcentaje del 80% la responsabilidad del conductor demandado, esta deberá aplicarse al fijar las cuantías indemnizatorias⁵⁷ y, por ende, supondrá una indemnización no completa del perjudicado.

Asimismo, si la culpa corresponde en exclusiva a un conductor, éste debe pechar con la responsabilidad íntegra. Es el caso de las sentencias que desestiman la demanda de indemnización, por entender que fue el demandante el único culpable de la colisión y nada debe resarcir el demandado⁵⁸.

VI.- CONCLUSIONES

56 VELA TORRES, Pedro-José, “Reclamación de daños materiales producidos en accidente de circulación”, en *Diario La Ley*, Nº 9470, Sección Comentarios de jurisprudencia, 4 de Septiembre de 2019, ap. VI.

57 Por ejemplo, SAP Madrid, Sección 8ª, 15 de julio de 2022 (La Ley 209612/2022), que fija en un porcentaje del 80% de responsabilidad del conductor demandado, que deberá aplicarse al fijar las cuantías indemnizatorias

58 STS de 10 de marzo de 2020 (La Ley 80110/2020), que desestima responsabilidad por daños personales y materiales del conductor que no frenó a tiempo y sufrió daños al impactar con el vehículo de delante. También SAP Barcelona, Sección 13, 6 de mayo de 2022 (La Ley 127606/2022), por ejemplo, desestima la demanda de indemnización, por entender que fue el demandante el único culpable de la colisión y nada debe resarcir el demandado.

1ª El análisis del Derecho positivo español aplicable a la colisión recíproca de vehículos a motor sin prueba del grado de contribución causal o de la culpa de cada conductor revela importantes lagunas, que lo hacen ineficiente para aportar seguridad jurídica en un tema de tanta transcendencia social y humana como es la circulación viaria. El legislador no ha querido o podido regular con normas escritas y han sido los tribunales los que han debido suplir la laguna, a través de sentencias de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 1.6 Código Civil). Los criterios jurisprudenciales no pueden suplir las preceptivas normas de Derecho positivo, resultantes del debate parlamentario y democrático. Asimismo, aún siendo criterios jurisprudenciales estables en el tiempo (desde 2012, para daños personales; y desde 2019, para daños materiales), se observa su inaplicación en algunas instancias inferiores. En conclusión, el peatón no es el único dañado en la circulación viaria, pues también lo son los conductores y ocupantes en colisiones recíprocas y merecen una solución legislativa. En caso de duda sobre el porcentaje de contribución de cada conductor al siniestro, que sean las normas jurídicas escritas (art. 1.1 Código Civil) las que convaliden o cambien los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

Dado que la mayor parte de estos daños están cubiertos por seguros obligatorios de responsabilidad civil, así como seguros voluntarios de accidentes personales y del vehículo, los consumidores de seguros y los aseguradores están en la mejor posición para participar en este proceso legislativo de reforma de la LRCSCVM para que incluya normas específicas sobre la colisión recíproca entre vehículos cuando falta la prueba de cómo ocurrió el accidente.

2ª La vigente jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue entre los daños personales y los daños materiales resultantes de colisiones recíprocas entre vehículos a motor sin prueba de la culpa o de la contribución causal de cada vehículo al accidente. Para la indemnización de los daños personales, si no hay prueba de la contribución causal de cada conductor implicado, se impone el resarcimiento integral, al 100%, de los daños personales acreditados. Para los daños materiales, si falta la prueba del grado de culpa de cada conductor, procede la indemnización a mitad, al 50%, de los daños materiales, lo que en la práctica supone una reducción y, por ende, una satisfacción incompleta de los daños sufridos.

3ª. Igualmente de interés es identificar los supuestos en que NO se aplica este régimen especialísimo de la falta de prueba del grado de contribución causal o culpa del conductor a la colisión recíproca.

Primero, cuando sí sea posible para el juzgador fijar un grado o porcentaje de eficiencia causal o culpa del conductor agente del daño, tal régimen es inaplicable.

Segundo, tampoco es de aplicación cuando el mismo conductor no sea en absoluto responsable civil de dichos daños, por haber probado la diligencia en caso de hipótesis de daños materiales o por haber probado una de las causas legales de exoneración por daños personales: culpa exclusiva del perjudicado o fuerza mayor externa a la circulación o funcionamiento del vehículo, conforme a la LRCSCVM. O por haber probado la culpa de un tercero en las colisiones en cadena, conforme a una línea interpretativa judicial.

Sobre esta última interpretación judicial, manifestamos nuestras reservas. La colisión en cadena sirve para exonerar al conductor causante del daño material que prueba su falta de culpa. Sin embargo, no cabe en el tenor literal de la Ley para los daños personales. Es arriesgada, pues puede dejar sin indemnización a los lesionados. El riesgo de que el auténtico responsable no compadezca o sea insolvente ha de recaer sobre el conductor causante del daño, por ser la colisión en cadena un hecho de la circulación. En conclusión, la culpa del tercero no nos parece oponible a la víctima de daños personales, salvo que en el mismo juicio se declare la responsabilidad del causante último del daño personal. Si es así, no hay inconveniente en exonerar por economía procesal al causante del daño personal, pero no responsable de la colisión en cadena.

Tercero, cuando no queden acreditados los daños materiales o personales o el nexo de causalidad entre la colisión recíproca y los daños invocados, este régimen especialísimo no es aplicable.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO FUERTES, Joaquín, “Los daños recíprocos sin culpas probadas. El tratamiento de esta materia por la jurisprudencia provincial”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 33, primer trimestre 2010, págs. 45-62.

BADILLO ARIAS, José Antonio, *La responsabilidad civil automovilística. El hecho de la circulación*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, "Determinación de la responsabilidad civil en supuestos de colisión recíproca de vehículos", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 72, 2019, págs. 79-92.

DE DIOS DIOS, Miguel Ángel, "Aspectos jurídicos de la culpa exclusiva de la víctima en los accidentes de circulación", en *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, núm. 10, noviembre 2012, pp. 6-28.

GARNICA MARTÍN, Juan F., "Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil (Crítica a una jurisprudencia equivocada)", en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-308, tomo 6.

HURTADO YELO, Juan José, "El resarcimiento proporcional en la colisión recíproca (Análisis de la STS Sala 1ª, Sección 1ª, 312/2017, de 18 de mayo)", EN *TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL*, NÚM. 220, SEPTIEMBRE DE 2107.

MAGRO SERVET, Vicente, "Colisión recíproca de vehículos sin prueba eficaz sobre incidencia causal de algunos de los conductores. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de septiembre de 2012", *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 173, mayo 2013, pp. 7-12.

LÓPEZ y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier y CALDERÓN PLAZA, Óscar, "Recíproca colisión entre dos vehículos de motor sin prueba de la contribución causal de cada uno de ellos", en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 2, 2013, pp. 30-36.

MEDINA CRESPO, Mariano, "Los daños recíprocos sin culpas probadas en la jurisprudencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo", en *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, núm. 5, mayo 2010, pp. 27-41.

MEDINA CRESPO, Mariano, "Responsabilidad civil automovilística por daños corporales: la fuerza mayor liberadora como manifestación concreta de la atenuación de la objetividad atributiva", en *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, núm. 1, enero 2013, pp. 6-29.

MEDINA CRESPO, Mariano, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Comares, Granada, 1996.

MONTERROSO CASADO, Esther, *Responsabilidad por accidentes de la circulación. La concurrencia de causas*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

MONTERROSO CASADO, Esther, "Responsabilidad civil derivada de los daños en los bienes causados por colisión recíproca de vehículos", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, 2020, pp. 3188-3205.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, Causalidad, eficiencia causal, imputación objetiva y reparto de responsabilidades aplicando el régimen de la LRCSCVM: notas a la STS de 10 de septiembre de 2012", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 46, 2013, pp. 9-22.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro. Estudio del texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, 2ª ed.*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007.

SÁINZ-CANTERO, Mª Belén y PÉREZ, Fátima, *Imputación, valoración y reclamación de los daños derivados de la circulación de vehículos a motor (Conforme al nuevo texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, RDLEG 8/2004, de 29 de octubre)*, 2ª, ed., Comares, Granada, 2006.

SIERRA NOGUERO, Eliseo, "Doctrina jurisprudencial sobre colisiones recíprocas entre vehículos sin prueba de la causa del accidente", en *Revista Española de Seguros*, núm. 178, abril-junio 2019, pp. 111-129.

VELA TORRES, Pedro-José, "Reclamación de daños materiales producidos en accidente de circulación", en *Diario La Ley*, Nº 9470, Sección Comentarios de jurisprudencia, 4 de Septiembre de 2019.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

El derecho de subrogación de la aseguradora de la comunidad de propietarios por daños al inmueble provocados por incendio de uno de los vehículos

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 5 de julio de 2022
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Sobre las 7 horas del 23 de noviembre de 2014 se produjo un incendio en el garaje de la comunidad de propietarios del edificio sito en la CALLE000 NUM000, de Badalona.

El origen del incendio fue un cortocircuito en la parte posterior eléctrica de la motocicleta BMW 1200 RT, matrícula ...-WPV, estacionada en la plaza núm. NUM001; propiedad de D. Mauricio y asegurada con un seguro de responsabilidad civil de vehículos de motor con la compañía Seguros FIATC.

2.-El incendio produjo daños en las instalaciones del inmueble y en varios vehículos estacionados en el garaje, lo que dio lugar a cinco reclamaciones judiciales que acabaron acumuladas en el procedimiento en que se interpone el recurso de casación. En concreto:

(i) La compañía de seguros Ocaso S.A., aseguradora de la comunidad de propietarios del edificio, reclamó al Sr. Mauricio y a FIATC la cantidad de 29.110,33 € por los trabajos de urgencia sobre la instalación eléctrica del garaje para retomar el suministro, más los intereses legales y costas.

(ii) La compañía de seguros L'Équité Compagnie d'Assurances sur les risques de toute nature, aseguradora de la motocicleta Honda Scoopy 125, matrícula-FHK, propiedad de D. Jose Daniel, que resultó siniestro total, y que indemnizó a su asegurado en la cantidad de 2.200 €, que reclamó al Sr. Mauricio y a FIATC, más intereses y costas.

(iii) D. Jose Daniel, propietario de la motocicleta reseñada en el apartado anterior, reclamó al Sr. Mauricio y a FIATC la suma de 446 €, como importe de un casco y un impermeable.

(iv) La compañía de seguros Pelayo S.A., aseguradora del vehículo matrícula-PSP, propiedad de D. Jose Daniel, reclamó a FIATC los daños sufridos en el incendio en dicho vehículo, que fueron indemnizados por Pelayo a su asegurado, por importe de 8.505 €, intereses legales y costas.

(v) Línea Directa Aseguradora S.A. y D. Severiano, aseguradora y propietario del vehículo Renault Megane matrícula-RVB, que resultó siniestro total, reclamaron al Sr. Mauricio y a FIATC 7.020 €, más intereses y costas.

3.- Los demandados se opusieron a todas las demandas, con carácter general, porque, aunque no negaban el incendio y sus consecuencias, consideraban que se trató de un incendio fortuito de la motocicleta, por un fallo eléctrico y no por un mal uso o defecto de utilización, ya que se encontraba estacionada desde hacía días, sin que se tratara de un hecho de la circulación susceptible de ser cubierto por un seguro de responsabilidad civil del automóvil. Respecto de la reclamación de Ocaso, alegaron falta de legitimación activa para accionar contra el Sr. Mauricio, al no concurrir el requisito de la alteridad, por ser el demandado miembro de la comunidad asegurada (que carece de personalidad jurídica propia), puesto que el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS) exige que el daño se cause por un sujeto ajeno a la cobertura del contrato de seguro concertado. Por último, alegaron que el resto de perjudicados debían ser indemnizados por Ocaso, en tanto que aseguradora de la comunidad de propietarios del garaje, con

cobertura del riesgo de incendio y daños, tanto de los vehículos como del inmueble.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó todas las demandas acumuladas. Resumidamente, consideró que el incendio constituyó un caso fortuito, del que el propietario de la motocicleta no debía responder, y que tampoco era un hecho de la circulación, lo que exoneraba a su aseguradora.

5.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. En lo que ahora importa, consideró resumidamente que: (i) el estacionamiento o aparcamiento de un vehículo es un hecho de la circulación y no concurren los requisitos para entender que el incendio de la motocicleta fuera un caso fortuito; (ii) en cuanto a la legitimación activa de Ocaso, debe reconocérsele, porque en tanto que aseguradora de la comunidad no aseguraba la responsabilidad civil de los comuneros. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y estimó íntegramente las demandas acumuladas.

6.- El Sr. Mauricio y FIATC han interpuesto un recurso de casación basado en dos motivos, del que únicamente ha sido admitido el segundo.

SEGUNDO.- Único motivo de casación admitido. Planteamiento

1.- El único motivo de casación admitido denuncia la infracción del art. 43 LCS, en cuanto al ejercicio de la acción subrogatoria de la aseguradora de una comunidad de propietarios frente a un comunero.

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes alegan, resumidamente, que la acción esgrimida por Ocaso frente al Sr. Mauricio no puede prosperar, en tanto que el demandado es uno de los integrantes de la comunidad de propietarios y no un tercero ajeno a ella, por lo que falta el requisito de la alteridad.

Al carecer la comunidad de propietarios de personalidad jurídica, no es autónoma respecto de la de sus integrantes, por lo que la prima del contrato de seguro se paga con la parte alícuota que aporta cada comunero, de manera que cada uno de ellos no es tercero, sino asegurado.

TERCERO.- La acción subrogatoria de la aseguradora de la comunidad contra el

copropietario causante del incendio

1.- El art. 43 LCS establece:

"El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización.

"El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse.

"El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

"En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés".

2.- Tal y como se han planteado el litigio y el recurso de casación, la cuestión jurídica a resolver estriba en decidir si la aseguradora de una comunidad de propietarios puede ejercitar la acción subrogatoria del art. 43 LCS contra el copropietario (comunero) responsable de un incendio, por los daños producidos en los elementos asegurados en la póliza comunitaria e indemnizados por la aseguradora. Es decir, lo relevante será determinar si el comunero causante de los daños es asegurado en la póliza comunitaria, puesto que, como hemos transcrito, el art. 43.2 LCS dispone que "el asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado".

3.- Sobre esta cuestión han recaído dos sentencias recientes de la sala:

(i) La sentencia 557/2021, de 21 de julio, en la que se enjuició un asunto en que la compañía de seguros no solo reclamaba lo indemnizado por los daños en los elementos comunes del inmueble, sino también la cantidad abonada en la propia vivienda del comunero causante del incendio. En atención a esta última circunstancia, consideró que el comunero era asegurado, a los efectos del art. 43.2 LCS, en tanto que tenía interés económico [propio] en la póliza.

(ii) La sentencia 860/2021, de 13 de diciembre, en la que se juzgó un caso en que la aseguradora sólo reclamaba por la indemnización que había satisfecho a la comunidad de propietarios por los daños en los elementos comunes. Esta sentencia declaró:

"[a] efectos de la responsabilidad por daños ejercida por vía de subrogación el copropietario no es asegurado sino tercero responsable, salvo que otra cosa resulte de la propia póliza concertada por la comunidad (como sucedía en el caso de la sentencia 557/2021, de 21 de julio). En el caso que juzgamos, según la póliza, la asegurada de Mutua es la comunidad de propietarios, comunidad cuyos intereses, a efectos del seguro contratado, no siempre son idénticos a los de todos y cada uno de los copropietarios individualmente considerados. Así se explica que en el seguro concertado por la Mutua se considere a los copropietarios como terceros a efectos de la responsabilidad civil con el fin de que queden cubiertos frente a siniestros que se originen en instalaciones de la comunidad y de cuyo mantenimiento la comunidad es responsable; de la misma manera que, por el contrario, Mutua no cubre la responsabilidad civil individual de cada copropietario".

(iii) En la segunda de las sentencias indicadas, el comunero causante del incendio tenía contratado un seguro del hogar que le cubrió los daños producidos en su vivienda, por lo que la sala consideró que, dada la ausencia de coincidencia de interés entre la comunidad y el copropietario, no podía considerarse a éste como asegurado a efectos de la acción subrogatoria ejercida por la compañía de seguros de la comunidad.

4.- En resumen, las dos sentencias citadas ofrecen soluciones diferentes en función de las distintas circunstancias contractuales de las pólizas en cuyo fundamento reclamaba la aseguradora. A la vista de las respectivas pólizas, en la sentencia 557/2021 concluimos

que el comunero tenía la condición de asegurado, puesto que tenía interés en el objeto del seguro, según la propia definición del contrato; mientras que en la sentencia 860/2021, llegamos a la conclusión contraria, puesto que el comunero, en ese caso, no tenía tal interés, por no estar cubierta la responsabilidad civil entre comuneros.

5.- Sin perjuicio de que posteriormente examinemos la póliza que regulaba el contrato litigioso, podemos hacer una serie de consideraciones generales en orden a centrar el problema que plantea el recurso de casación:

(i) El art. 14 LCS establece que el pago de prima le corresponde al tomador, por lo que en un seguro de comunidad la paga la comunidad de propietarios (que, aunque no tenga personalidad jurídica, tiene fondos propios, según reconoce la Ley) y no los copropietarios. Así se desprende, siquiera indirectamente, del art. 22 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) cuando dispone que:

"La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor. Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho".

(ii) En tanto que la cualidad de tomador del seguro le corresponde a la comunidad de propietarios, ésta tiene también la condición de asegurada respecto de los elementos comunes del inmueble; mientras que los copropietarios únicamente serían asegurados respecto de sus elementos privativos si los mismos fueran objeto de cobertura en la póliza (en aquellos contratos que cubran tanto los daños en elementos comunes como en elementos privativos), según se desprende de los arts. 396 CC y 3 LPH.

(iii) En consecuencia, como regla general y como concluyó la sentencia 860/2021, de 13 de diciembre, "a efectos de la responsabilidad por daños ejercida por vía de subrogación, el copropietario no es asegurado sino tercero responsable, salvo que otra cosa resulte de la propia póliza concertada por la comunidad (como sucedía en el caso de la sentencia 557/2021, de 21 de julio)".

6.-En el caso que nos ocupa, examinada la póliza resulta que se trataba de un seguro multirriesgo (que incluía el riesgo de incendio)

en el que la tomadora era la comunidad de propietarios y que el objeto asegurado era el garaje del edificio (de hecho, como situación del riesgo se describe "CI Pau Rodó Garajes").

Sobre esa base, debemos tener en cuenta que la demanda de Ocaso solo reclamaba la indemnización de los daños en elementos comunes y nada referente a la plaza de aparcamiento propiedad del Sr. Mauricio. En particular, Ocaso indemnizó a la comunidad por daños constructivos en el edificio afectantes a la instalación eléctrica, el sistema de emergencias, la puerta basculante de acceso, la pintura de los techos y paramentos de la totalidad del garaje y el forjado del techo en la zona superior a la plaza núm. NUM001. Y es en esa indemnización en la que se subroga, conforme al art. 43 LCS.

7.- En consecuencia, no cabe considerar que la compañía de seguros haya ejercitado su acción de subrogación contra un asegurado, por lo que el recurso de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva que se impongan las costas causadas por él a la parte recurrente, según ordena el art. 398.1 LEC.

2.- Asimismo, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por FIATC Mutua de Seguros y D. Mauricio contra la sentencia núm. 836/2018, de 22 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), en el recurso de apelación núm. 458/2018.

2.º- Imponer a los recurrentes las costas de dicho recurso y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

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 **Jose Manuel Villar Calabuig**
Abogado

Tras los recientes pronunciamientos del Alto Tribunal sobre supuestos similares, incendio de vehículo en garaje que causa daños a otros vehículos y al inmueble, nos encontramos en este caso ante el supuesto concreto del derecho de subrogación de la aseguradora de la Comunidad, que había asumido los gastos de reparación del inmueble, contra el propietario del vehículo incendiado (moto) y su aseguradora de responsabilidad civil. El pleito, inicialmente, tuvo también otro motivo de oposición en relación con el tratamiento como hecho de la circulación del siniestro y la demanda se planteó no solo por el seguro de la Comunidad sino también por el resto de perjudicados (otros vehículos estacionados). Sin embargo, este motivo no ha sido tratado por la sentencia que analizamos.

El Tribunal Supremo, en sentencia del pleno de la Sala 1ª, de 17 de diciembre de 2020, tras la contestación del TJUE a la pregunta planteada por la propia Sala, confirmó la corriente jurisprudencial de considerar como «hecho de la circulación» el incendio producido por un vehículo estacionado de forma no permanente por su propietario en

"(...) La póliza de la aseguradora de la Comunidad era una póliza multirriesgo, con cobertura de incendio (motivo por el que pagó los daños causados al inmueble) y en el que la tomadora era la comunidad y el objeto asegurado el garaje del edificio. ... (...)"

la plaza de garaje, dando, por tanto, una interpretación amplia del concepto. Y, en el caso analizado, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, en sentencia de 22 de noviembre de 2018 (dos años antes de la mencionada del Alto Tribunal), revocó la sentencia de primera instancia, que había desestimado la demanda por entender que el incendio era fortuito y no podía considerarse hecho de la circulación, siguiendo esa corriente jurisprudencial anterior que venía considerando los incendios de vehículos como hecho de la circulación cuando estuvieran en parada.

Dado que, finalmente, el Alto Tribunal solo ha admitido a trámite el recurso de casación por infracción del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, en cuanto al ejercicio de la acción subrogatoria de la aseguradora de una comunidad de propietarios contra un comunero (y su seguro obligatorio), será este el objeto de comentario y queda confirmado que un supuesto de incendio de un vehículo aparcado en garaje es un hecho de la circulación, y el propietario y su seguro deben responder frente a terceros de los daños y perjuicios causado.

Supuesto de hecho (corregido): incendio de un vehículo estacionado en su plaza de garaje que causa daños a instalaciones comunes del inmueble que son atendidas por el seguro de la Comunidad de Propietarios. En primera instancia, dado que se desestima la demanda por no ser hecho de la circulación, no se cuestiona la legitimación del seguro de la comunidad, por daños en elementos comunes, contra el propietario y su aseguradora. La Audiencia Provincial revoca la sentencia considerando, en primer lugar, que es un hecho de la circulación y, en segundo lugar, estima la demanda de la aseguradora por entender que existe legitimación para reclamar al propietario con base en su derecho de subrogación frente a terceros causantes. El Alto Tribunal lo confirma.

COMENTARIO

Siguiendo el criterio de la sentencia para analizar el supuesto, en su caso con base en el tipo de contrato suscrito por la comunidad con su seguro, podemos hacer un ejercicio de valoración del sentido de dicha reclamación. Por ello, ¿tendría sentido que una aseguradora que repara los daños en elementos comunes de un inmueble pueda repercutir contra el causante del daño el importe pagado? La respuesta debe ser claramente SI. Por otro lado, ¿tendría sentido que el seguro de la comunidad no pudiera reclamar al causante del daño si este fuera asegurado del riesgo y por lo tanto tuviera cobertura en esa misma póliza de su responsabilidad civil?. La respuesta también debe ser SI. Y este es el debate jurídico que se plantea en el caso enjuiciado. ¿Era el propietario del vehículo incendiado asegurado en la póliza suscrita por la Comunidad?. La respuesta que dan tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo es que NO, por no estar cubierta la responsabilidad civil entre comuneros (supuesto ya resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de diciembre de 2021 (sentencia 860/2021) que señala: *«a efectos de la responsabilidad por daños ejercida por vía de subrogación, el copropietario no es asegurado sino tercero responsable, salvo que otra cosa resulte de la propia póliza concertada por la comunidad (como sucedía en el caso de la sentencia 557/2021, de 21 de julio)»*).

La póliza de la aseguradora de la Comunidad era una póliza multirriesgo, con cobertura de incendio (motivo por el que pagó los daños causados al inmueble) y en el que la tomadora era la comunidad y el objeto asegurado el garaje del edificio. Siendo así, la póliza de la Comunidad no cubría la responsabilidad civil personal de los propietarios/usuarios del garaje, solo cubría los daños sufridos en el garaje, en este caso por incendio. Desconocemos, por no constar en la sentencia, si el mismo seguro cubría la responsabilidad civil de la Comunidad por incendio de elementos comunes que causaran daños a terceros o a los propios comuneros. "Circunstancia, esta, sin mayor relevancia para el caso concreto, puesto que nos encontramos ante el incendio de un vehículo, no de alguno de los elementos comunes del garaje, que causa daños al inmueble, y el seguro de la comunidad lo cubre con independencia de cual sea el origen del incendio. Distinto que si hay un tercero responsable, como es el caso, se lo pueda repercutir."

Como señala JAVIER LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA en su comentario a esta misma sentencia, publicado por INESE en el nº 8/Año 58 de la Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, las pautas que el Alto Tribunal nos da para interpretar estas pólizas son:

a) El seguro de la comunidad de propietarios lo abona ésta y no los comuneros, pues aunque no tiene personalidad jurídica propia sí tiene fondos propios.

b) El primer requisito para que prospere la acción de subrogación, es que por la aseguradora de la Comunidad únicamente se reclame el importe abonado por daños que afecten a los elementos comunes del edificio.

c) Los aspectos claves que debemos analizar de la póliza son tanto el concepto de asegurado como el objeto asegurado -si se incluyen también elementos privativos o sólo comunes-, y por último, si se cubre la responsabilidad civil de los comuneros o sólo la de la Comunidad frente a éstos

Retomando, en conclusión, las preguntas lanzadas anteriormente para encontrar sentido a estas reclamaciones, no debemos basarlo en la lógica material de que la aseguradora que paga unos daños pueda repercutir por la vía de subrogación contra cualquier causante del daño, sino que dicho causante sea, o no, asegurado del riesgo y, por ello, debemos estar al contenido concreto de la póliza, que va a primar sobre la lógica material. Así, como ocurre en el caso enjuiciado, si el causante no es asegurado del riesgo, pues no cubre la póliza su responsabilidad civil individual, y el objeto asegurado, reclamado, son exclusivamente elementos comunes del inmueble, la aseguradora tiene derecho de subrogación y procede recuperar el importe abonado a su asegurado (la Comunidad).



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Accidente de circulación. Cuantificación de la indemnización que corresponde al demandante por el daño corporal sufrido conforme al baremo vigente el día del accidente, anterior a la entrada en vigor de la Ley 35/2015. Se concede la cantidad de 314.497,51 euros respecto a la víctima, en concepto de lesiones temporales, secuelas e incapacidad permanente absoluta en grado alto, en virtud del problema visual por el que tiene concedido un 85% de minusvalía. Se rechaza el perjuicio de ayuda de tercera persona, así como la reclamación por daños morales causados a familiares.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 7 de Julio de 2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

Versa el procedimiento sobre la indemnización que corresponde al demandante por el daño corporal sufrido como consecuencia de la circulación de un vehículo de motor en el que iba de ocupante y que se salió de la calzada dando varias vueltas de campana. Por los precitados hechos, acaecidos el 31 de diciembre de 2000, se siguió juicio de faltas tramitado con el número 109/2001 en el Juzgado de Instrucción n.º 4 de DIRECCION000 (Alicante), que concluyó por auto de archivo de 3 de marzo de 2004, al apreciarse la prescripción de la falta. Concluido el proceso penal se presentó demanda ante el orden jurisdiccional civil, que dio lugar al juicio ordinario n.º 330/2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de dicha localidad.

Son antecedentes relevantes a los efectos decisorios de los presentes recursos los siguientes:

1º.- D. Luis Antonio, su padre, madre y hermanos interpusieron demanda de reclamación de los daños sufridos como consecuencia del precitado hecho de la circulación contra la compañía DIRECCION001. de Seguros y Reaseguros, en solicitud del resarcimiento de los daños sufridos. No se discute la responsabilidad civil derivada del siniestro, ni la existencia del aseguramiento obligatorio. No obstante, la compañía demandada se opone a la realidad y entidad de las lesiones, así como niega la legitimación activa de los familiares del lesionado por los perjuicios morales reclamados, en función de la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada prestados a D. Luis Antonio.

2º.- Seguido el procedimiento judicial, en todos sus trámites, se dictó sentencia

por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000, en la cual se determinó correspondía al lesionado D. Luis Antonio, las indemnizaciones siguientes:

(i) Por incapacidad temporal de la Tabla V:

Días improductivos 455, de los cuales 17 son de estancia hospitalaria, más 5% factor de corrección, en total 20.686,70 euros.

(ii) Por lesiones permanentes de la Tabla II:

Lesión ocular sufrida con escotoma central y conservación de visión periférica, que se valora en 65 puntos.

Rigidez cervical: 13 puntos; material de osteosíntesis en columna cervical: 10 puntos; síndrome neurótico de base ansioso depresiva: 10 puntos; y perjuicio estético: 7 puntos.

Por aplicación de la fórmula de secuelas concurrentes: 77 puntos, más 7 puntos adicionales de perjuicio estético, que unidos al 5% de factor de corrección y en atención a la edad de la víctima, alcanza la cantidad de 176.291,51 euros.

(iii) Por factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes de la Tabla IV:

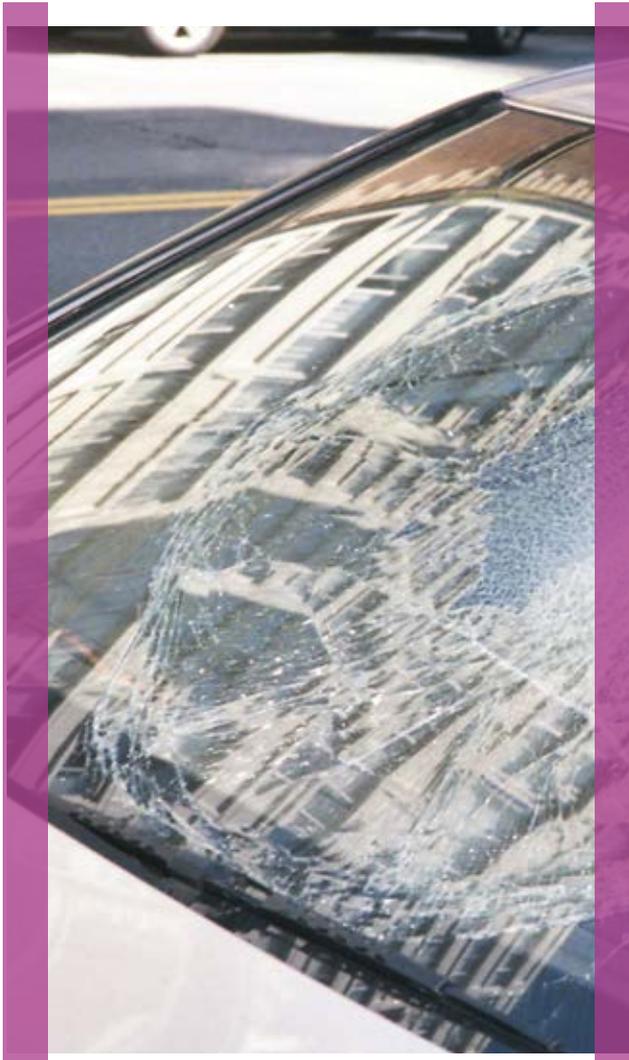
Se descarta la indemnización por daños morales complementarios, pues ninguna secuela alcanza los 75 puntos, ni sumadas 90 puntos.

Se establece una indemnización por incapacidad permanente absoluta en su cuantía máxima de 141.010,09 euros. Igualmente, por el concepto de grandes inválidos y ayudas de terceras personas 200.000 euros.

(iv) Gastos de asistencia médica de 1.891,03 euros.

Todo ello hace un total de 539.879,33 euros. Al tiempo de interponerse la demanda el actor había recibido de la compañía demandada la suma de 244.540,99 euros y, tras la interposición de la demanda civil, el 21 de septiembre de 2005, se consignaron para pago otros 50.000 euros. Por todo ello, quedaba por abonar la suma de 245.338,34 euros.

Por último, se condenó a la demandada al abono del interés del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro de la manera precisada en



su fallo, con descuento de las cantidades que fueron consignadas para pago y recibidas por el actor.

3.º- Con respecto a la secuela consistente en la lesión ocular la sentencia del Juzgado contiene la argumentación siguiente, en su fundamento jurídico séptimo:

"Como ya se adelantó en su momento, una de las cuestiones fundamentales que salieron a la luz en el acto del juicio, y sobre la que sin embargo no se incidió de igual manera que en otros temas, es la relativa a la determinación de la capacidad visual de una persona.

Todos los peritos que fueron preguntados al respecto, desde la Médico Forense hasta el oftalmólogo Sr. Octavio, pasando por la doctora Sra. Milagros y los peritos Sr. Héctor y Sra. Paloma, exponen que no existe ninguna forma objetiva de determinar la capacidad visual de una persona, pues la única prueba que al efecto de (sic) practica es la utilización de escalas u ortotipos que requieren ineludiblemente la colaboración del paciente y en la que los resultados obtenidos se obtienen de las manifestaciones de éste. La agudeza visual, dice el doctor Sr. Octavio, se mide "poniendo al paciente a cinco metros y colocándole delante de una pantalla con letras, o dibujos, y según lo que dice que vea tiene una visión u otra".

Hemos de partir, por tanto, de esa realidad, que supone que desgraciadamente no es posible medir de manera fiable la capacidad visual de una persona.

De ahí la importancia, se repite, de conjugar el dato de la existencia objetiva de una lesión óptica (lo que no se discute) con la forma, también acreditada, en que el que la sufre se desenvuelve en la vida cotidiana.

En consecuencia, la dificultad estriba es (sic) valorar numéricamente esa capacidad de visión.

Para ello, no obstante, contamos al menos con un dato que sí podemos considerar como objetivo, y es el que nos proporciona el perito Sr. Octavio: el lesionado tiene un escotoma central, por lo que por esa parte tiene abolida la visión y solo conserva la visión periférica.

La cuestión es, por tanto, valorar qué agudeza visual le proporciona esta visión periférica.

Siguiendo las valoraciones de este perito, pues en definitiva es el que ha sido designado judicialmente a instancia de la propia parte demandada, hemos de descartar que esa agudeza sea, como propone el perito de la aseguradora, de un 30%, algo que fue rotundamente rechazado por el Sr. Octavio a preguntas precisamente del Tribunal, pues ciertamente se consideró que su opinión sobre este particular tenía suma importancia y no podía quedar sin contestación.

Señaló por tanto que con un escotoma central no se puede tener una agudeza del 30%, pues está afectado el nervio óptico en cuanto a esa zona central, que es la que da la visión de colores y detalles, mientras que la visión periférica, que es la que el paciente conserva, ofrece una panorámica visual más borrosa y más centrada en las formas que en los detalles.

En consecuencia, considerando que la capacidad visual del Sr. Jesús Luis, por lo expuesto en el anterior fundamento, ha de ser necesariamente superior a la situación de práctica ceguera completa que se alega (agudeza visual inferior a 1/20), y al mismo tiempo, siguiendo las explicaciones del perito judicial oftalmólogo, ha de ser superior a una capacidad visual del 30% (3/10 en ambos ojos según el baremo), se estima prudente y razonable valorarla en la medida de 1/10 en ambos ojos, lo que supone de por sí una pérdida visual importante del 90%, que era lo que en los informes de la doctora Sra. Milagros se valoró en su momento como pérdida aproximada de la visión en ambos ojos (informe de 10 de mayo de 2001), pero al mismo tiempo se aleja de la situación de ceguera completa que, a efectos prácticos, supondría valor esa capacidad en menos de 1/20, y representa en definitiva un déficit visual ciertamente importante pero susceptible de hacerlo compatible, en cierta medida, con la forma en que el Sr. Jesús Luis ha demostrado desenvolverse, aunque sea valorado de forma superlativa las capacidades de éste para adaptarse a esa importante deficiencia visual. Por otra parte, la propia perito de la demanda admitió en el acto del Juicio la posibilidad de que la reducción global de la visión del demandante llegara hasta un 80%, por lo que tampoco se aprecia gran desproporción entre esta valoración y la que el Tribunal acoge.

Esta capacidad visual de 1/10 supone, conforme al Real Decreto Legislativo 8/2004, supone una valoración de la secuela de 65 puntos, que es por tanto la que debe ser

indemnizada. Como señaló el perito Sr. Porfirio, la combinación de las Tablas de visión de cerca y visión de lejos que se contienen en el baremo no supondría alteración en cuanto a la valoración que se deriva de la aplicación de la primera de ellas".

4º.- Contra dicha sentencia se interpuso por las partes recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante. El tribunal dictó sentencia por la cual ratificó la valoración llevada a efecto por el juzgado relativa a la lesión ocular y su puntuación. Igualmente, confirmó la resolución del juzgado con respecto a las otras lesiones permanentes apreciadas y gastos médicos acreditados.

No obstante, discrepa de la resolución de instancia con respecto a los factores de corrección de la Tabla IV. Así, en relación a la incapacidad permanente absoluta, por la que el juzgado concede la indemnización máxima tabular de 141.010,09 euros, la reduce al mínimo posible de 70.505,05 euros; toda vez que "el actor no está incapacitado de forma total para la realización de cualquier ocupación o actividad, pues el mismo regenta un bar en la localidad de DIRECCION004 denominado DIRECCION002 en el que atiende a la clientela, atiende a los proveedores" y añade que:

"[...] no es una persona totalmente incapacitada pues el mismo dentro de sus posibilidades desarrolla una vida cotidiana que pudiera calificarse de normal dentro de sus posibilidades, es capaz, según los últimos seguimientos realizados que el mismo puede desenvolverse de manera independiente por las calles de Alicante, puede ir solo en autobús, subir y bajar del mismo, acudir al despacho del letrado, caminar solo por las calles, acceder a un centro comercial, lo que determina que deban ser valoradas estas circunstancias en el factor de corrección en relación con la incapacidad permanente absoluta que en base a las mismas debe ser valorada en su grado mínimo y no máximo como hace la sentencia de instancia".

Se desestima también el factor de corrección de ayuda de terceras personas para las actividades más esenciales de la vida, con el argumento de que puede el actor realizar por sí mismo muchas más actividades que la mera deambulación por lugares conocidos o desconocidos, teniendo en la actualidad una vida normal, está casado y tiene dos hijos, puede ayudar con los niños, no tiene dependencia alguna respecto de sus padres y hermanos. Y

concluye señalando:

"Está acreditado que el actor no es un ciego total como ya se ha analizado en esta resolución tiene una visión reducida a consecuencia del accidente que le limita para determinadas actividades, pero no hasta el punto de que se le deba considerar en situación de gran invalidez con ayuda de terceras personas para los actos esenciales de la vida, pues como ha quedado acreditado puede trabajar con las limitaciones que tenga en cuanto a su visión como ya se ha expuesto, no tiene visión central pero si periférica puede comer, deambular de manera independiente, desplazarse por una ciudad sin ayuda de terceros, lo que determina que la indemnización por este concepto, deba ser rechazada como propugna la parte apelante".

Por último, desestima igualmente la indemnización postulada por adecuación de vivienda, ratifica la falta de legitimación activa de los padres y hermanos del actor en reclamación de los daños morales sufridos, y considera que concurre causa justificada para la no imposición de los intereses del art. 20 de la LCS, extremo sobre el que habían recurrido ambas partes, con el argumento siguiente:

"En base a la doctrina expuesta y si bien es cierto que el primer abono realizado por la compañía aseguradora no se realiza hasta el día 1 de agosto de 2001, por la suma de 1.600.000 pts en concepto de pensión provisional, tampoco consigna cantidad tras el informe del médico forense emitido en fecha 17 de octubre, sino hasta que transcurren dos meses y se ingresa la cantidad de 70.369,70 €, continuando con las consignaciones siendo las cantidades entregadas hasta este momento la de 294.540,99€.

Debe señalarse que en fecha 2 de julio de 2004 se dictó por el Juzgado auto de cantidad máxima en la que se fijaba como suma máxima que se podía reclamar por días de incapacidad, lesiones y secuelas la suma de 234.150,99€ y a esa fecha la Compañía Aseguradora ya había abonado la suma de 244.540,99, pues desde el día 25 de marzo de 2003 con anterioridad al dictado del auto de cantidad máxima ya había consignado y con exceso la cantidad máxima que el perjudicado podía reclamar, cantidades que han sido entregadas al actor, por lo que existe una causa justificada de oposición a la indemnización que reclama el actor que es evidentemente desmesurada en base al estado que presenta y al que se ha hecho referencia en esta resolución, cuando además

ha reclamado cantidades incluso por conceptos no justificados en ningún momento como son la adaptación de vivienda, incluso sus familiares plantean reclamación como perjudicados por el siniestro, ante esta conducta del demandante, se considera que a pesar de que no se realizó consignación alguna dentro de los tres meses de haber ocurrido el siniestro, el pago realizado en exceso con más de un año de anterioridad al dictado del auto de cantidad máxima determina que deba ser admitida la impugnación de la parte demandada en cuanto a la exoneración de intereses, y desestimada la impugnación en relación a los mismos realizada por la parte actora”.

5º.- Contra dicha sentencia se interpuso por los demandantes recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

6º.- La tramitación de los presentes recursos se suspendió por auto de esta Sala de 17 de junio de 2015, por acogerse la petición formulada por la demandada de la existencia de prejudicialidad penal, al haber presentado la compañía de aseguradora querrela criminal contra el actor y sus familiares por considerar pretendían engañarla, con el fingimiento de las secuelas padecidas por el demandante D. Luis Antonio.

En las diligencias previas penales incoadas por tales hechos se justifica, mediante la aportación de las correspondientes sentencias penales, como el actor fue condenado, por hechos acaecidos en el año 2006, como autor de un delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas. Si bien es cierto que negó ser quien conducía el vehículo para atribuir tal conducción a su acompañante, fue identificado por el conductor y ocupante del turismo contra el que colisionó.

En lo que ahora nos interesa, la sección primera de la Audiencia Provincial de Alicante dictó auto n.º 884/2022, por el que sobresee provisionalmente el procedimiento abreviado n.º 1010/2014, del Juzgado de Instrucción n.º 3 de DIRECCION000, por los delitos de falso testimonio y estafa procesal, tras hacer referencia a los muy pormenorizados argumentos del auto recurrido dictado por el referido juzgado, con el argumento siguiente:

“Como destaca el Ministerio Fiscal y las partes apeladas en relación con los delitos de estafa procesal y falso testimonio, lo que la parte querellante considera un ilícito penal es una cuestión de valoración de la prueba que se

practicó en la vía civil, de hecho la Sentencia 204/13 de 16 de mayo de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante revocó la Sentencia de instancia en el sentido de reducir la cantidad a abonar por la Aseguradora al perjudicado, llegando a dicha conclusión tras un nuevo estudio de las actuaciones y de las pruebas aportadas por las partes, de hecho en sus fundamentos jurídicos recoge que la lesión ocular del actor es una lesión objetivada pero cosa distinta es la incidencia que la misma haya podido tener en la (sic) objeto del proceso no son constitutivos de infracción penal, no es en sí misma lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que éste no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que le ponga término anticipadamente, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (por todas, STC 203/1989, fundamento jurídico 3)”.

No obstante, continúa el proceso criminal por delito de insolvencia punible por posible ocultación de bienes, que impide la ejecución provisional de la sentencia de la sección sexta de la Audiencia Provincial de dicha localidad, que implicaba a la devolución de parte de las cantidades fijadas en primera instancia y que habían sido percibidas por el demandante.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión prejudicial penal

Esta Sala acordó dejar para el trámite de deliberación, tras dar audiencia a las partes, la decisión sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, una vez que fue sobreseída la causa criminal incoada por auto de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, por los delitos de estafa y falso testimonio.

Pues bien, una vez que se archivó la causa penal abierta por los mismos hechos objeto de este proceso, no tiene sentido continuar con la suspensión del procedimiento en su día decretada. En consecuencia, procede abordar la decisión de los recursos extraordinarios de infracción procesal y casación interpuestos, sin que obste para ello que continúe la causa abierta por delito de insolvencia punible por presunta ocultación de las cantidades percibidas por el actor D. Luis Antonio y que deben ser devueltas en ejecución provisional de la sentencia de la

Audiencia, que revocó parcialmente la dictada por el juzgado. Esta causa abierta no influye en la valoración de las lesiones y secuelas, que constituyen el objeto de los precitados recursos, con lo que carece de sentido continuar en la situación de suspensión procedimental hace años decretada.

TERCERO.- Examen de los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal

3.1 Fundamentación y desarrollo de los motivos

Los dos primeros motivos se interponen al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que comprende obtener una resolución fundada en derecho sobre una pretensión legítima.

En su desarrollo, se sostiene que la sentencia de la Audiencia vulneró tal derecho fundamental de naturaleza procesal, al prescindir de las conclusiones de los informes de los doctores D. Octavio y D. Porfirio, peritos insaculados por el Juzgado, así como del dictamen de la médica forense, todo ello con su correlativa consecuencia con respecto a la valoración de la lesión ocular del actor, que es más grave y de mayor entidad que la reseñada en la sentencia del tribunal provincial.

Al coincidir los motivos del recurso con argumentos similares se tratarán conjuntamente. No sin antes hacer referencia a que la sentencia del tribunal provincial acepta y ratifica la valoración probatoria llevada a efecto con respecto a tal secuela por el juzgado de primera instancia, lo que explica en su fundamento de derecho segundo.

3.2 Interpretación jurisprudencial del art. 24 CE sobre el control de la valoración probatoria

El error en la valoración de la prueba no es fiscalizable por parte de este Sala a través de los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal. El primero de ellos, ya que se construye sobre el respeto a los hechos probados fijados por la Audiencia, puesto que su función es de creación de jurisprudencia estableciendo criterios uniformes y seguros sobre la interpretación y aplicación de las normas de derecho material o sustantivo; mientras que el segundo de ellos - infracción procesal- no contempla, dentro de los supuestos tasados en que cabe interponer dicho recurso (art. 469.1 LEC), el error valorativo de la prueba.

No obstante, este tribunal, por exigencias derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, que impone sea respetado el canon de la racionalidad en la fundamentación de las decisiones judiciales, vedando las que sean arbitrarias, absurdas, ilógicas o patentemente erróneas, puede controlar la motivación fáctica de las sentencias dictadas por los tribunales provinciales cuando incurran en los precitados defectos.

En este sentido, nos manifestamos en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre, cuya doctrina reproducen las sentencias ulteriores 59/2022, de 31 de enero y 391/2022, de 10 de mayo, entre otras muchas, al señalar que:

"[...] de forma excepcional, se admite el control del material fáctico del proceso en los específicos supuestos de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la apreciación probatoria, o por la concreta infracción de una norma legal tasada de valoración de la prueba, siempre que, por resultar manifiestamente



arbitraria o ilógica, no se supere el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución (sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo; 7/2020, de 8 de enero, 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 141/2021, de 15 de marzo y 456/2021, de 28 de junio, entre otras muchas)".

En consonancia con lo expuesto, también constituye doctrina jurisprudencial la que sostiene que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a los efectos del art. 469.1.4.º LEC, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error 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 la circunstancia de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero y 391/2022, de 10 de mayo, entre otras).

Ahora bien, la doctrina anteriormente expuesta hay que delimitarla en justos términos, y, por consiguiente, precisar que no tolera incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos lógicos (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre; 141/2021, de 15 de marzo y 391/2022, de 10 de mayo); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción.

De esta manera, defender una versión discrepante sobre los hechos, objeto del proceso, no encuentra amparo en el art. 469.1.4.º de la LEC, salvo que los considerados acreditados por la Audiencia, como venimos insistiendo hasta la saciedad, sean resultado de una valoración irracional o arbitraria de la prueba, no meramente distinta o discordante de la sustentada por la parte recurrente.

Por otra parte, es jurisprudencia de esta sala expresada, en esta ocasión, por las sentencias 330/2013, de 25 de junio de 2014; 208/2019, de 5 de abril o más recientemente 391/2022, de 10 de mayo, la que sostiene:

"(i) que no es posible atacar la valoración conjunta de la prueba, o lo que es igual, que la parte no puede pretender una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia a quien corresponde esta función soberana (SSTS de 13 de noviembre de 2013, rec. n.º 2123/2011; 8 de octubre de 2013, rec. 778/2011; 30 de junio de 2009, rec. 1889/2006 y 29 de septiembre de 2009, rec. 1417/2005); (ii) que tampoco puede atacar esa valoración conjunta mediante la impugnación de pruebas concretas ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional (SSTS de 11 de diciembre de 2013, rec. 1853/201114 de noviembre de 2013, rec. 1770/2010; 13 de noviembre de 2013, rec. 2123/2011 y 15 de noviembre de 2010, rec. 610/2007, que cita las de 17 de diciembre de 1994, rec. 1618/199216 de mayo de 1995, rec. 696/1992; 31 de mayo de 1994, rec. n.º 2840/1991; 22 de julio de 2003, rec. 32845/1997; 25 de noviembre de 2005, rec. 1560/1999) pues "el hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio (STS de 8 de julio de 2009, rec. n.º 13/ 2004) a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto" (SSTS de 15 de noviembre de 2010, rec. n.º 610/2007 y 26 de marzo de 2012, rec. n.º 1185/2009)".

Cuestión distinta, que no es el caso, sería que, bajo la invocación de la valoración conjunta de la prueba, no se llevara a efecto la misma, como exige el art. 218.2 de la LEC, cuando norma que la motivación "[...] deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón".

Por último, citar la sentencia de 5 de enero de 2007 (en recurso 161/2000), ratificada por la más reciente 391/2022, de 10 de mayo, en la que advertimos que:

"Como doctrina general, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la

valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando concurre la vulneración de alguna de las normas que integran el régimen de este medio probatorio o cuando la valoración efectuada arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTS, entre las más recientes, de 27 de julio de 2005, 23 de mayo de 2006, 18 de mayo de 2006, 15 de junio de 2006, 21 de julio de 2006 y 15 de diciembre de 2006)".

3.3 Desestimación de los dos primeros motivos del recurso

El recurso parece más bien, tal y como ha sido formulado, un escrito de alegaciones propio de un recurso de apelación que extraordinario por infracción procesal de estructura necesariamente distinta. En cualquier caso, no puede ser estimado.

En efecto, no es cierto que no se hayan valorado los informes periciales indicados en el recurso. Basta para obtener tal conclusión, tener en cuenta los fundamentos jurídicos quinto y sexto de la sentencia del juzgado, aceptados por la Audiencia, que contienen referencia expresa a los informes que se consideran no apreciados por la parte recurrente, los cuales sí han sido, por lo tanto, ponderados por las resoluciones de instancia. Lo que no puede pretender la parte recurrente es una incondicionada adhesión a las conclusiones de dichos especialistas, pues la valoración probatoria compete, de forma exclusiva, a los titulares de la jurisdicción.

La valoración probatoria, llevada a efecto en las instancias, parte de la realidad de la lesión ocular constatada, objetivamente, a través de las pruebas diagnósticas propias de la ciencia médica, que acreditan la realidad de la precitada secuela. Para obtener dicha conclusión se citan las distintas pruebas a las que fue sometido el demandante, entre ellas la de potenciales evocados, practicadas en hospitales de la red de la sanidad pública, así como en centros de notoria solvencia como la CLINICA000 de Barcelona o por parte de acreditados especialistas en oftalmología, las cuales demuestran indiscutiblemente la existencia de una atrofia óptica bilateral, lo que explica ampliamente la resolución de primera instancia en una encomiable motivación, siendo

apreciada la existencia de un escotoma que impide la visión central, conservándose, no obstante, la periférica.

Razonatambién la sentencia que, confirmada la grave lesión óptica, a la hora de determinar la agudeza visual periférica conservada, es preciso contar con la colaboración del paciente, al no existir una prueba de medición objetiva que determine la entidad de la limitación ocular, y, en este sentido, es conforme con los postulados de la lógica y la razón, no rechazar sino ponderar, en una necesaria valoración conjunta de la prueba, los informes elaborados por detectives privados (art. 265.1.5.º LEC), con aportación de fotografías y vídeos, en tanto en cuanto facilitan información relevante sobre la manera de desenvolverse el recurrente en la vida diaria con las limitaciones visuales sufridas, lo que es un indicativo, no despreciable, sobre su agudeza visual, y las limitaciones que genera en los ámbitos a los que se circunscribieron tales informes.

La conjunta apreciación de tales elementos probatorios conducen al juzgado, en juicio que ratifica el tribunal provincial, a considerar procedente una puntuación tabular de 65 puntos, como proporcionada a las circunstancias personales del demandante, la cual no constituye, en modo alguno, un error patente, manifiesto, arbitrario o fruto de una apreciación meramente voluntarista de las periciales practicadas, que deba ser corregido por esta Sala por vulneración del canon de racionalidad que impone el art. 24 CE; lejos de ello es coherente y racional, únicos aspectos que podemos apreciar por mor del motivo del recurso por infracción procesal interpuesto.

Por todo ello, este motivo no puede ser estimado.

CUARTO.- Examen del motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal

4.1 Interposición y desarrollo del recurso

Se interpone, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, por error judicial e infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en su manifestación de obtener una resolución fundada en derecho.

En su desarrollo, se señala existe una incongruencia interna en la sentencia por no considerar al demandante como ciego completo, y reputarlo, no obstante, como ciego legal.

4.2 La mal llamada incongruencia interna

Esta Sala se ha referido a la denominada incongruencia interna, que no es tanto y propiamente un caso de incongruencia -pues no constituye una alteración de los términos del debate en la forma en que fue planteado por las partes-, sino de supuesta incoherencia, desajuste o falta de correspondencia entre lo razonado y lo resuelto (sentencias 9/2020, de 8 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 438/2020, de 17 de julio; 263/2021, de 6 de mayo; 575/2021, de 26 de julio; 141/2022, de 22 de febrero y 364/2022, de 4 de mayo).

Estos casos han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que desembocan en un defecto de motivación, al resultar ésta irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 127/2008, de 27 de octubre, en su FJ 2, señala:

“Como este Tribunal ha declarado, teniendo en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye entre sus variados contenidos el que se dicte una resolución fundada en Derecho, resulta evidente que no puede reputarse como tal una Sentencia cuya fundamentación discurre por una senda diametralmente opuesta a la del fallo y en la que se motiva lo contrario de lo que se falla (SSTC 138/1985, de 18 de octubre, FJ 8; 16/1993, de 18 de enero, FJ 2; y 25/2006, de 30 de enero, FJ 4). De ahí que sólo una motivación razonada y suficiente permita satisfacer el ejercicio del derecho a la tutela judicial, porque una motivación radicalmente contradictoria no satisface los requerimientos constitucionales (STC 54/2000, de 28 de febrero, FJ 3)”.

4.3 Desestimación del motivo

En este caso, la sentencia recurrida dice que es cierto que “[...] el demandante es un ciego legal (así lo determina su lesión según las tablas y porcentajes establecidos para esta lesión legalmente) pues su lesión ocular es de gravedad y efectivamente la visión del Señor Luis Antonio está afectada de modo importante con una gran repercusión en su vida habitual y cotidiana así como en su actividad laboral, pero no implica como pretende la parte demandante

que sea ciego total, pues a pesar de padecer un escotoma que afecta a su visión central y determina que en general su visión sea muy baja, al estar afectado el nervio óptico y por tanto afecta a los colores y detalles el actor conserva la visión periférica que determina que su panorámica visual sea más borrosa y que esté más centrada en las formas y detalles”; pero a continuación valora sus capacidades reales. Y, en este sentido, ratifica la llevada a efecto por el juzgado, que considera que el lesionado conserva una agudeza visual, no susceptible de constatación mediante pruebas diagnósticas sin su personal colaboración, correspondiente a una puntuación tabular de 65 puntos, que lleva al fallo y razona en una valoración conjunta de la prueba.

La expresión utilizada de “ciego legal” no es muy afortunada, pero ello no implica que exista una discordancia manifiesta entre la fundamentación explícita de la sentencia y su fallo. No ostenta, por lo tanto, la entidad necesaria para reputarla constitutiva de una infracción del art. 24 CE. No nos hallamos ante una disconformidad que genere una situación de incompatibilidad inconciliable, entre la decisión definitivamente adoptada y la argumentación que conduce a la resolución tomada, con respecto a la secuela ocular. Ambas -fundamentación y decisión- pueden convivir en el específico escenario de las circunstancias expuestas.

Todo lo cual conduce también a la desestimación de este motivo de infracción procesal.

QUINTO.- Examen del cuarto motivo por infracción procesal

Su fundamentación es la misma que la expresada en los anteriores motivos. Se considera, en esta ocasión, como irracional la conclusión fáctica de la sentencia de que el actor regenta el bar DIRECCION002 y atiende a los proveedores y clientela.

Pues bien, la indicada se trata de una valoración probatoria, que no atenta al canon de racionalidad impuesto por el art. 24 CE, en los términos antes examinados, en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, al que expresamente nos remitimos. Dicha conclusión fáctica se encuentra fundada en prueba personal como es la testifical de los detectives, con aportación de reportajes gráfico y visual, cuya valoración compete exclusivamente a la instancia, sin que se incurra en los inadmisibles

vicios de arbitrariedad o irracionalidad en tal apreciación.

SEXTO.- Examen del quinto motivo por infracción procesal

6.1 Planteamiento y desarrollo del recurso

Con el mismo apoyo jurídico, se señala ahora que el error probatorio deriva de de que la apreciación de la prueba pericial se llevó a efecto en contra de las reglas de la sana crítica con vulneración del art. 348 de la LEC. En su desarrollo, se cita el contenido de los informes periciales que se consideran no han sido valorados correctamente por la sentencia recurrida, lo que supone atentar contra las reglas de la lógica y la razón.

6.2 Las reglas de la sana crítica y la valoración de la prueba pericial

Como hemos señalado en la sentencia del pleno de esta Sala 141/2021, de 15 de marzo:

“Las reglas de la sana crítica no son normas que se encuentren codificadas, sino que están conformadas por las más elementales directrices de la lógica humana. Comprenden las máximas o principios derivados de la experiencia, obtenidos de las circunstancias y situaciones vividas a través de la observación de hechos, conductas y acontecimientos. Implican un sistema de valoración racional y razonable de la

actividad probatoria desplegada en el proceso, que permite efectuar un juicio prudente, objetivo y motivado, de corroboración de las afirmaciones fácticas efectuadas por las partes mediante el examen de las pruebas propuestas y practicadas, todo ello con la finalidad de huir de los riesgos derivados del acogimiento de meras hipótesis intuitivas o conclusiones valorativas absurdas, y prevenir, de esta forma, decisiones arbitrarias.

La sana crítica se concibe pues como un sistema integrado por las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, entendida la primera de ellas como sistema que permite verificar la corrección de los razonamientos humanos, con sometimiento a las pautas por las que debe discurrir el pensamiento condigno al ejercicio de la función jurisdiccional. La valoración probatoria llevada a efecto por medio de tales reglas exige que no conduzca al absurdo como límite infranqueable de la lógica jurídica. En definitiva, lo que se pretende es la consagración de una concepción racionalista de la valoración de la prueba, que permita dictar una sentencia motivada que adopte una decisión justificada conforme a los postulados de la razón”.

Desde la perspectiva expuesta, en las sentencias 320/2016, de 17 de mayo; 615/2016, de 10 de octubre; 471/2018, de 19 de julio y 141/2021, de 15 de marzo, hemos referenciado algunos de los elementos de juicio a ponderar por los tribunales a los efectos de valorar las pruebas periciales conforme a los postulados de la sana crítica, tales como el análisis de los razonamientos que contengan los dictámenes, las conclusiones conformes y mayoritarias, el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten los informes, la competencia profesional de los peritos, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad.

6.3 Desestimación del motivo

Pues bien, los tribunales de instancia no incurren en errores de tal naturaleza. Tienen en cuenta los informes periciales. Distinguen en ellos, los que conforman pruebas diagnósticas de constatación objetiva, científicamente avaladas, que aceptan, y aquellas otras que vienen condicionadas a la colaboración del lesionado, como son las relativas a la determinación de la agudeza visual en la visión periférica, que la conjugan con el resto de la prueba practicada en el proceso, como



son los informes de los detectives privados con aportación de fotografías y vídeos, en una valoración necesariamente conjunta de la prueba impuesta por el art. 218.2 de la LEC, y fundada en la máxima de experiencia derivada de los actos que una persona puede realizar dependiente de su capacidad de ver.

Hemos indicado, por ejemplo, en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre, a los efectos de delimitar el ámbito de la función jurisdiccional en la apreciación de los informes periciales que:

"[...] Los dictámenes de tal clase aportan la información oportuna para que los tribunales de justicia adopten la decisión correspondiente, ya que son éstos y no aquellos equipos, a los que compete, de forma exclusiva, el ejercicio de la jurisdicción.

La sentencia de esta Sala de 5 de enero de 2007 (rec. 121/2000), delimita los recíprocos ámbitos de actuación de juez y perito, sentando como pautas: a) que la función del perito es la de auxiliar al Juez, sin privar a éste de su facultad, dimanante de la potestad judicial de valorar el dictamen presentado; b) que, en tal función, el juzgador está sujeto al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica y a la obligación de motivar las sentencias".

La sentencia del tribunal provincial no infringió las precitadas pautas de actuación legítima por mor del conjunto argumental expuesto. El motivo, en consecuencia, se desestima.

SÉPTIMO.- Motivo sexto del recurso de infracción procesal

De nuevo, bajo la misma fundamentación, se sostiene la existencia de un error en la valoración de la prueba con respecto a la cuantificación de la incapacidad permanente absoluta.

La Audiencia no niega la existencia de la misma, sino que la aprecia en su extensión mínima posible de 70.505,05 euros. La parte recurrente cuestiona los elementos que deben ser ponderados para la aplicación de un factor de corrección de tal naturaleza de la Tabla IV del baremo, lo que implica un juicio de naturaleza jurídica propio de un recurso de casación, que exige el respeto al hecho probado del tribunal provincial, pero que no implica, sin embargo, compartir idéntico criterio normativo de

subsunción.

Por otra parte, la sentencia n.º 471/2009, de 22 de junio, con cita de la sentencia de 6 de noviembre de 2008, señala que es posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse la oportuna indemnización, en este caso el Baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuando se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta.

Las afirmaciones fácticas de la sentencia tienen apoyo en una racional valoración de la prueba, cuestión distinta es su apreciación jurídica.

OCTAVO.- Motivo séptimo del recurso de infracción procesal

De nuevo, bajo la misma fundamentación, se sostiene ahora la existencia de un error en la valoración de la prueba con respecto a la desestimación del factor de corrección de la tabla IV, relativo a la ayuda de tercera persona.

La sentencia recurrida lo desestima con la correspondiente motivación. El juicio llevado a efecto es de naturaleza jurídica más que estrictamente fáctica. La sentencia no estima concurrente dicho elemento corrector de la indemnización procedente por las actividades susceptibles de llevar a efecto el demandante, que exterioriza en su fundamentación y que apoya en una valoración racional de la prueba practicada. Examinaremos tal cuestión al abordar este motivo de casación.

En este sentido, señalamos en la sentencia 813/2018, de 19 de diciembre, que "[...] el concepto de gran invalidez del baremo es un concepto jurídico que permite una revisión en el recurso de casación a efectos de examinar la corrección del juicio jurídico sobre la aplicación e interpretación de la norma sustantiva".

NOVENO.- Motivos del recurso de casación

El recurso de casación se interpone por razón de la cuantía de la pretensión ejercitada, que supera el límite cuantitativo de los 600.000 euros, al amparo del art. 477.2.2.º de la LEC y se apoya en seis motivos, de los cuales no se admitieron el primero y el quinto, por ser de naturaleza procesal y no de derecho sustantivo civil o mercantil, por medio de auto de 23 de diciembre de 2014 dictado por esta sala.

DÉCIMO.- Examen del segundo de los motivos de casación

Se formula de esta manera: infracción de la Tabla 4 del Baremo incluido como anexo en el Real Decreto 8/2004, actualización del año 2002, incapacidad permanente y absoluta. Criterios normativos. Infracción de los criterios del Primero 7 de dicho Baremo. Edad y gravedad de las lesiones. Daños morales. STS 25 de marzo de 2010.

En primer lugar, es necesario señalar que difícilmente cabe considerar infringida una disposición legal como es el Real Decreto Legislativo 8/2004, que no estaba en vigor al producirse el hecho de la circulación causante de las lesiones, y, además, con referencia a una actualización de las indemnizaciones tabulares de fecha anterior a su vigencia.

En definitiva, el texto a aplicar es el correspondiente a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, cuya disposición adicional octava incorporó a la Ley de Uso y Circulación de Vehículo de Motor, a la que dio la denominación de Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante LRCSCVM), un anexo con el título de "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", en el que se recoge una norma legal de delimitación cuantitativa del importe de las indemnizaciones exigibles como consecuencia de la responsabilidad civil dimanante de la circulación de vehículos a motor.

Conforme a reiterada doctrina de esta Sala, el momento del accidente es el que determina el régimen legal aplicable y la cuantificación de la indemnización debe atenerse al valor del punto en el momento del alta definitiva (sentencia 122/2010, de 9 de marzo, con cita de otras muchas). En consecuencia, con ello y respecto a la Tabla IV del Anexo de la LRCSCVM, ha de aplicarse en la redacción que estuviera vigente el día de producción del accidente, por ser determinante del régimen legal aplicable, sin que afecten al perjudicado los cambios normativos posteriores (sentencia 874/2010, de 29 de diciembre).

Como factor de corrección de la Tabla IV figura la incapacidad permanente absoluta, con secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad.

Es cierto que la sentencia de 25 de marzo de 2010, en recurso 1741/2004, señaló que el factor

de corrección de la Tabla IV permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero, 7, y debe aplicarse siempre que:

"1) Se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.

2) Este no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos, ya que la falta de vertebración de la indemnización por este concepto de que adolece la LRCSCVM no impide que este se tenga en cuenta.

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

3) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos.

4) La aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.

5) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

6) El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV".

No obstante, el recurso plantea, por primera vez, la existencia de una compensación económica por lucro cesante, con fundamento en verse privado el actor de su capacidad de trabajo como conductor de una excavadora, y correlativa disminución de ingresos con respecto a la pensión de jubilación de 787,75 euros y su última nómina cobrada de 164.300 ptas. brutas de 31 de diciembre de 2000.

Ahora bien, no podemos dar por justificada dicha reclamación, no formulada en la demanda, lo que impidió la contradicción de la compañía aseguradora; y máxime cuando se pretende justificar el lucro cesante mediante la presentación una sola nómina de 31 de diciembre de 2000, sin las retenciones correspondientes y además de una empresa familiar.

La sentencia del juzgado concedió por tal factor de corrección de la Tabla IV la suma máxima prevista de 141.010,09 euros, según el baremo vigente a la fecha de la sanidad de las lesiones. Razona, para ello, que no cabe identificar dicha incapacidad con la laboral, sino que se trata de un concepto resarcitorio de naturaleza civil. Se señala que el actor conserva una capacidad visual de un 10%, el cual no puede leer (tiene un escotoma central por lo que solo tiene visión periférica), ni evidentemente puede realizar deportes, ni acceder a actividades de ocio o cultura que requieran el uso del sentido de la visión, que son prácticamente todas, no puede conducir, etc.

La Audiencia señala, por su parte, que la visión del Sr. Jesús Luis "está afectada de modo importante con una gran repercusión en su vida habitual y cotidiana así como en su actividad laboral, pero ello no implica como pretende el demandante que sea un ciego total", y añade:

"[...] el demandante es una persona que con anterioridad al accidente trabajaba en la empresa familiar conduciendo una máquina, actualmente no puede desempeñar esta actividad necesitando de ayuda en determinadas actividades cotidianas, como

puede ser la preparación de alimentos o determinadas actividades de aseo personal, ayudas en ocasiones puntuales, pero no para los actos más esenciales de la vida como pueden ser comer, vestirse o desplazarse".

La Tabla IV no se refiere específicamente a la incapacidad laboral, sino a las secuelas que inhabiliten al lesionado para la realización de cualquier ocupación y actividad. Comprende dicha secuela el denominado perjuicio d'agrément para desenvolverse con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social, así como impedimentos para practicar deportes o para disfrutar otras actividades culturales o recreativas.

El demandante no puede leer, con las importantes limitaciones que ello supone para la vida de una persona, ni practicar la mayoría de los deportes en tanto en cuanto exigen una capacidad visual de la que carece, y su capacidad de ocio sufre graves restricciones. Consta que la Consejería de Bienestar Social le fijó un grado de minusvalía revisable del 82%. Contaba con la edad de 21 años al producirse el siniestro. El conjunto de las circunstancias expuestas determinan fijar la indemnización correspondiente a dicho factor de corrección dentro de un margen superior de la horquilla indemnizatoria prevista. En tal función delimitadora, consideramos coherente el porcentaje del 82%, lo que supone la suma de 115.628,27 euros frente a la cantidad mínima aplicada por el tribunal provincial.

DECIMOPRIMERO.- Examen del tercero de los motivos de casación

Se construye sobre la base de la infracción de la Tabla IV del baremo incorporado al Real Decreto 8/2004 e infracción del Real Decreto 1971/1999, relativo a la necesidad de ayuda de tercera persona. Situación de gran invalidez.

En el sistema tabular introducido por la Ley 30/1995, se hace referencia, a la hora de delimitar este factor de corrección de las lesiones permanentes, bajo el epígrafe de grandes inválidos de la Tabla IV, a personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.).

Señalamos, en la sentencia 813/2018, de 19 de diciembre, con respecto a este factor de corrección que:

"[...] la clave para apreciar la concurrencia de gran invalidez para la aplicación del factor de corrección en la norma aplicable al presente caso era, como resultaba de su tenor literal, la necesidad de ayuda de otra persona para realizar actividades esenciales de la vida. Así lo reconoció la jurisprudencia en sentencias de 30 de marzo de 2012 (rc. 1050/2009) y 24 de abril de 2014 (rc. 675/2012)".

En la sentencia 173/2012, de 30 de marzo, también hemos dicho, en un caso en el que se declaró no haber lugar a aplicar el factor corrector por necesidad de ayuda de otra persona que, según doctrina de esta Sala, "[...] la concesión de cualquier factor corrector depende de la concurrencia del supuesto fáctico que contempla la norma reguladora de cada factor (SSTS de 9 de marzo de 2010, 20 de julio de 2009, 19 de septiembre de 2011, 23 de noviembre de 2011, y 30 de noviembre de 2011)".

Al hallarnos ante un recurso de casación debemos respetar los hechos probados fijados por el tribunal provincial (sentencias 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio; 476/2020, de 21 de septiembre; 83/2021, de 16 de febrero; 326/2022, de 25 de abril y 403/2022, de 18 de mayo, entre otras muchas), sin que podamos abordar una nueva valoración de la prueba para justificar la condición del actor de gran inválido, y como tal tributario de ayuda para atender a las necesidades elementales de la vida.

La sentencia del tribunal provincial estima que el actor, pese a sus secuelas, puede llevar una vida autónoma sin necesidad de la ayuda de otras personas, sin que quepa reputarlo, en consecuencia, como gran inválido dependiente; y razona, para ello, que, pese a su grave disfunción visual, tiene capacidad de deambulación autónoma por lugares tantos conocidos como desconocidos, utiliza el transporte público, puede atender a los clientes en un bar, que regenta, así como a los proveedores del establecimiento, sin que tenga dependencia alguna con respecto a sus padres y hermanos. Una persona que puede atender a los clientes de un bar, servirlos en sus peticiones y cobrarles, es razonable concluir que tiene un nivel de autonomía que contrasta con la forma en que se define el factor de corrección tabular.

En definitiva, no podemos considerar que la sentencia de la audiencia provincial haya incurrido en error iuris, al descartar la existencia de una situación de gran invalidez en los términos definidos por el sistema indemnizatorio del baremo.

DÉCIMOSEGUNDO.- Examen del cuarto de los motivos de casación

Interpuesto por el padre, madre y hermanos del lesionado, en esta ocasión, se construye sobre la base de la infracción de la tabla IV del Baremo, por daños morales a familiares, al considerar que los demandantes contaban con legitimación activa para reclamar tal partida indemnizatoria.

La sentencia del juzgado, confirmada por la Audiencia, les niega dicha legitimación, con base en la sentencia de esta Sala 321/2010, de 31 de mayo, según la cual:

"El sistema no contempla como perjudicados a personas cercanas a la víctima del accidente de circulación, como ha señalado la sentencia de esta Sala de 20 de abril de 2004, citando la del Tribunal Constitucional de 15/2004 de 23 de febrero de 2004, en atención a lo dispuesto en el punto 4 del Anexo, fuera del supuesto de fallecimiento de la víctima, en el que sí puede ser considerada perjudicada lo que no sucede en este caso".

En la sentencia 273/2021, de 10 de mayo, señalamos que:

" Esta sala en sentencias 262/2015, de 27 de mayo y 227/2014, de 22 de mayo, declaró:

"En la tabla IV del Baremo todos los factores de corrección se recogen bajo la rúbrica de "Grandes inválidos", que son los auténticos perjudicados (apartado 1.4 del anexo), por lo que no se les puede negar legitimación para recurrir incluso los perjuicios morales a familiares, pues como todas es una partida que pretende redundar en beneficio del lesionado, solución que garantiza la indemnidad del perjudicado ante variaciones en el nivel de atención de los familiares (Sentencia, Tribunal Constitucional Sala Primera, 15/2004, de 23 de febrero de 2004 . Recurso de amparo 4068/1998)".

Ahora bien, en este caso, al hallarse presente en el procedimiento bajo la misma defensa y representación, con unidad de actuación, tanto el lesionado como sus familiares, que formulan la misma petición resarcitoria, difícilmente cabe

negar una falta de legitimación activa, que impida analizar dicha pretensión en una racional interpretación del art. 24 CE.

Pues bien, al adentrarnos en la aplicación de este factor de corrección de la Tabla IV, resulta que no concurre su supuesto de hecho tabularmente denominado como: "perjuicios morales de familiares", que comprende la indemnización que según la norma está destinada "a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias".

La fijación de una indemnización de esta naturaleza, que alcanza hasta 105.757,56 euros, en la actualización aplicable de 2002, requiere la concurrencia de sendos requisitos: uno subjetivo, en tanto en cuanto es una indemnización destinada a quienes reúnan la condición de familiares próximos al lesionado, situación que, en este caso, es indiscutible que concurre pues los recurrentes son el padre, la madre y hermanos del lesionado; y otro objetivo, consistente en que los cuidados y atención continuada, que han de prestar dichos familiares, suponga para ellos una trascendente alteración de su vida y convivencia, sin que quepa duda que corresponde a la parte actora acreditar la concurrencia de dichos presupuestos jurídicos para la aplicación del invocado factor de corrección.

Al asumir la instancia, y proceder a examinar la prueba practicada, obra en autos, debidamente testimoniadas, las declaraciones de los padres y hermanos del actor, rendidas en el proceso penal seguido por estos hechos. De ellas, resulta que el hermano Luis Enrique no vivía con Luis Antonio, que iba a verlo a casa de sus padres, y que su ayuda expresada se limitaba a subirle el volumen de la televisión. Jesús Luis, que tampoco vivía con sus padres, señala que no tuvo que volver al domicilio familiar para atender a Luis Antonio, y que, incluso, desconocía la reclamación civil formulada en su nombre. El padre, Carlos Francisco, tras señalar que eran él y su mujer quienes cuidaban a Luis Antonio, no explica otras afectaciones de sus formas de vida que no sean que la madre le pusiera la comida a su hijo y le ayudara a vestirse, además de que piensa no han pedido ningún dinero por tal concepto, y añade que, al poco tiempo del accidente, su hijo bajaba y se entretenía por ahí, sin alejarse mucho de la casa. Por último, la madre tampoco recuerda la compensación económica, y señala que le prestaba ayuda para vestirse y que lo

acompañó al médico.

Obviamente, los expuestos, no son los cuidados y atención continuada, que requiere la víctima y que constituyen una alteración sustancial de la vida de los familiares del lesionado, como exige dicho factor de corrección, que, por consiguiente, no puede ser concedido,

Se desestima pues este motivo de casación.

DECIMOTERCERO.- Asunción de la instancia e indemnización total por el daños corporal sufrido

En definitiva, la cantidad total que por daño corporal corresponde al actor D. Luis Antonio se eleva a la suma de 314.497,51 (20.686,70 euros por incapacidad temporal de la Tabla V + 176.291,51 euros por las lesiones permanentes de la Tabla III + 115.628,27 euros del factor de corrección de la Tabla IV de incapacidad permanente absoluta + 1.891,03 euros de gastos de asistencia médica).

DECIMOCUARTO.- Examen del motivo sexto del recurso de casación interpuesto

14.1 Formulación, oposición al recurso y circunstancias fácticas concurrentes

En este último motivo, se alega la infracción



del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro y arts. 7 y 9 del Real Decreto 8/2004, relativo a la mora de la compañía aseguradora. La entidad demandada se opone al mismo alegando la falta de colaboración del asegurado en la determinación del daño corporal sufrido, la discordancia entre las verificaciones sobre su capacidad visual real que resultan de los informes de los detectives privados con respecto a las secuelas reclamadas, así como la disposición de la compañía de liquidar el siniestro mediante las correspondientes cantidades consignadas como pensión provisional y auto de suficiencia decretado, de manera que, al dictarse auto ejecutivo el 2 de julio de 2014, por importe de 234.150,99 euros, ya se habían entregado al demandante 244.540,99 euros. Incluso, al presentarse la demanda civil, se consignaron para pago otros 50.000 euros más. Incluso la sentencia fijó una indemnización total de 269.374,29 euros, cuando la entregada fue de 294.540,99 euros, con lo cual el actor ya había percibido las cantidades indemnizatorias correspondientes fijadas por el Juzgado.

La norma que regulaba la mora de la compañía era la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, que añadió a la rebautizada Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor una disposición adicional relativa a la mora del asegurador.

Pues bien, en el presente caso, no ofrecía duda la existencia del siniestro, así como la cobertura del seguro obligatorio y la responsabilidad del asegurado en la compañía demandada, aunque se discrepaba de la entidad de las secuelas padecidas, especialmente de la lesión ocular. No obstante, tal circunstancia no liberaba a la compañía de seguros de consignar la cantidad que estimase procedente en el plazo de tres meses al que se refiere el art. 20 de la LCS, y comoquiera que la duración de las lesiones superaba los tres meses solicitar la suficiencia. Sin embargo, no fue el expuesto el comportamiento de la compañía, que optó por una evidente pasividad y reticencia para la liquidación del daño corporal sufrido por la víctima que, sin base para ello, cuestionó desde el primer momento como ficticio.

En efecto, el daño se produce el 31 de diciembre de 2000. La compañía nada consigna, ni justifica con respecto a no tener puntual conocimiento del siniestro acaecido. Es el demandante el que presenta petición de pensión provisional mediante escrito datado el 11 de abril de 2001, transcurridos los tres

meses desde los hechos, al cual se acompañan documentos que hacen referencia a las graves lesiones que padecía el demandante tales como retinopatía de Purtscher post-traumática (doc. 2); neuropatía óptica traumática con edema macular-haz papilomacular severo bilateral (doc. 4) y otras.

Por medio de auto de fecha 5 de julio de 2001, dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de DIRECCION000, se fijó una pensión provisional, al amparo de los arts. 785 de la LECR y 6.3 de la LRCSCVM, con oposición de la compañía de seguros (hecho segundo del auto), que mantenía su postura de absoluta pasividad cuando ya habían transcurrido más de seis meses desde el siniestro.

En dicha resolución, se fija una pensión de 200.000 ptas. mensuales, con efectos desde el uno de enero de 2001 al 1 de junio de 2002. A consecuencia de ello, se ingresa por la compañía 1.600.000 ptas., el uno de agosto de 2001, primer pago siete meses después del siniestro e impuesto por una resolución judicial, que se vio obligada a cumplir.

Por auto de 25 de julio de 2002, se prorroga la cantidad equivalente a 200.000 ptas., en concepto de pensión provisional, con efectos desde el 1 de julio de 2002 hasta el 1 de diciembre de 2002, ambos inclusive, o hasta que se resuelva definitivamente sobre la indemnización a satisfacer al perjudicado, y se acuerda que la médica forense emita informe de sanidad o estado de previsión de fecha del alta médica, así como se determine el alcance de las secuelas del lesionado a la vista de la documentación y pruebas médico-quirúrgicas, llevadas a efecto al lesionado, así como nuevo reconocimiento del mismo.

En las diligencias penales se aporta, por el demandante, un informe de valoración de daño corporal elaborado por el Dr. Joaquín de 8 de abril de 2012, que aporta la exploración de oftalmología de Urgencias del día 1 de enero de 2001 del HOSPITAL000 de DIRECCION003 y última exploración llevada a efecto el 15 de enero de 2001. Otro informe del Instituto Oftalmológico de Alicante de 24 de enero de 2001 del Dr. Obdulio, informe de la Dra. Milagros del Hospital DIRECCION003 de 10 de mayo de 2001, con juicio diagnóstico de atrofia bilateral traumática.

El 17 de octubre de 2002, se emite informe médico forense, con diagnóstico atrofia óptica bilateral traumática, que ocasiona ceguera

bilateral con agudeza visual inferior a 1/20 (80). Señala, no obstante, que no se ha especificado si se han agotados todas las posibilidades diagnósticas para clarificar la pérdida de visión en ambos ojos, por ello, se informa, que la realización de potenciales evocados visuales podría ser de utilidad para confirmar diagnóstico.

A consecuencia de dicho informe, la compañía de seguros, concretamente el 20 de diciembre de 2002, ingresa la cantidad de 70.639,70 euros, casi dos años después del siniestro. Es el actor el que solicita entonces que se declare la insuficiencia de dicha cantidad, petición que corresponde a la compañía aseguradora (sentencia 755/2010, de 17 de noviembre). El Juzgado dicta auto de 17 de marzo de 2003, en el que considera que la cantidad abonada hasta entonces por la compañía era insuficiente, señalando que debía ser ampliada en 146.525,09 euros, lo que hacía un total, hasta entonces consignado en virtud de las correspondientes órdenes judiciales, ante el comportamiento pasivo de la compañía, de 244.540,99 euros que, con los otros 50.000 euros consignados, tras la interposición de la demanda, suponen 294.540,99 euros.

14.2 Estimación del recurso

Como señalamos en la sentencia 563/2021, de 26 de julio:

“Es reiterada jurisprudencia de la sala la que viene proclamando sin fisuras que los intereses del art. 20 de la LCS ostentan un carácter marcadamente sancionador, imponiéndose una interpretación restrictiva de las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (sentencias 743/2012, de 4 de diciembre; 206/2016, de 5 de abril; 514/2016, de 21 de julio; 456/2016, de 5 de julio; 36/2017, de 20 de enero; 73/2017, de 8 de febrero; 26/2018, de 18 de enero; 56/2019, de 25 de enero; 556/2019, de 22 de octubre; 419/2020, de 13 de julio y 503/2020, de 5 de octubre).

En congruencia con ello, se ha proclamado que sólo concurre la causa justificada del art. 20.8 de la LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar; esto es, cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar

las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (sentencias 252/2018, de 10 de octubre; 56/2019, de 25 de enero, 556/2019, de 22 de octubre; 570/2019, de 4 de noviembre, 47/2020, de 22 de enero y 419/2020, de 13 de julio, entre otras muchas).

Ahora bien, como es natural, la mera circunstancia de judicializarse la reclamación, ante la negativa de la aseguradora de hacerse cargo del siniestro, no puede dejar sin efecto la aplicación del art. 20 de la LCS, pues en tal caso su juego normativo quedaría desvirtuado y su aplicación subordinada a la oposición de las compañías de seguro. Es decir, la judicialización, excluyente de la mora, habrá de hallarse fundada en razones convincentes que avalen la reticencia de la compañía a liquidar puntualmente el siniestro; dado que no ha de ofrecer duda que acudir al proceso no permite presumir la racionalidad de la oposición a indemnizar, puesto que no se da un enlace preciso y directo, conforme a las directrices de la lógica, entre ambos comportamientos con trascendencia jurídica (sentencia 503/2020, de 5 de octubre).

En definitiva, como señala la sentencia del Tribunal Supremo 317/2018, de 30 de mayo, citada por la más reciente 419/2020, de 13 de julio: “[...] solamente cuando la intervención judicial sea necesaria para fijar el derecho a la indemnización y razonable la oposición de la compañía, ante la situación de incertidumbre concurrente, podrá nacer la causa justificada a la que se refiere el art. 20.8 LCS”. De esta manera, se expresan igualmente las recientes sentencias 56/2019, de 25 de enero; 556/2019, de 22 de octubre; 116/2020, de 19 de febrero o 503/2020, de 5 de octubre”.

La demandada superó, con creces, el plazo de tres meses para liquidar el siniestro o consignar alguna cantidad a cuenta. Se vio forzada, para ello, mediante la petición de pensión provisional instada por el demandante a la que se opuso. Sólo consignó cuando las sucesivas resoluciones judiciales le obligaron a ello y no pidió la declaración de suficiencia. Exclusivamente consignó, de forma voluntaria, 50.000 euros, tras la interposición de la demanda civil. Contaba en los autos con documentación clínica suficiente e informe médico forense para conocer las lesiones sufridas por el demandante. Las discrepancias sobre la cuantía de la indemnización procedente no conforman causa justificada para obviar la imposición de los intereses. No se discutía la realidad del siniestro, la cobertura del seguro,

ni, por consiguiente, la correlativa obligación de la compañía de resarcir el daño sufrido. Desde el primer momento, no obstante, su comportamiento fue de absoluta oposición.

Es por ello que la compañía incurrió en mora, por aplicación del art. 20 de la LCS y precitada disposición adicional de la Ley 30/1995, sin perjuicio claro está que, a los efectos de cálculo de los intereses moratorios a contar desde la fecha del siniestro sobre la indemnización total de euros correspondiente a la integridad del daño corporal sufrido 314.497,51 euros, se tengan en cuenta las sucesivas consignaciones que fueron llevadas a efecto por la compañía (sentencia 755/2010, de 17 de noviembre), las cuales se irán descontando sobre la indemnización total para el cálculo de intereses a medida que fueron abonadas hasta que se produjo su completo pago, tras la sentencia dictada en primera instancia.

Dichos intereses se calcularán, durante los dos primeros años, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20% si aquel no resulta superior (sentencia de pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras, por las sentencias 632/2011, de 20 de septiembre; 165/2012, de 12 de marzo; 736/2016, de 21 de diciembre; 222/2017, de 5 de abril; 562/2018, de 10 de octubre; 140/2020, de 2 de marzo; 419/2020, de 13 de julio; 503/2020, de 5 de octubre y 234/2021, de 29 de abril entre otras muchas).

DECIMOQUINTO.- Costas y depósito

La estimación parcial del recurso de casación interpuesto por D. Luis Antonio conduce a que no se haga especial pronunciamiento sobre las costas procesales (art. 398 de la LEC) y que proceda la devolución de los depósitos constituidos para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 8 LOPJ).

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto conduce a que se le impongan las costas y pérdida del depósito constituido para recurrir (art. 398 LEC y Disposición Adicional 15, apartado 9 LOPJ).

La desestimación del recurso de casación interpuesto por D. Carlos Francisco; D.ª Paulina, D. Luis Enrique y D. Jesús Luis, conduce a la imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir (art. 398 LEC y Disposición Adicional 15, apartado 9 LOPJ).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Luis Antonio, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Carlos Francisco; D.ª Paulina, D. Luis Enrique y D. Jesús Luis, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

3.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D. Luis Antonio, casar la sentencia recurrida dictada por la sección sexta de la Audiencia Provincial de Alicante n.º 204/2013, de 16 de mayo, en el rollo de apelación 600/2012, todo ello sin imposición de las costas del recurso y devolución del depósito constituido para recurrir.

4.º- Se estima en parte los recursos de apelación interpuestos por D. Luis Antonio y la compañía de seguros DIRECCION001., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Vicente del Raspeig, en los autos de juicio ordinario 330/2005, la cual se revoca, en el sentido de fijar la indemnización que corresponde al actor D. Luis Antonio en la suma total de 314.497,51 euros, por el daño corporal sufrido, con los intereses del art. 20 de la LCS que se devengan, desde la fecha del siniestro el 31 de diciembre de 2000, de la manera precedentemente indicada, hasta su completo pago, sin imposición de las costas de ambas instancias y devolución de los depósitos constituidos para recurrir. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Carlos Francisco; D.ª Paulina, D. Luis Enrique y D. Jesús Luis, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Por **José Pérez Tirado**
Abogado

Para el estudio de esta interesante sentencia, debemos remontarnos al 31 de diciembre del año 2000, como fecha de ocurrencia del accidente enjuiciado, y al 7 de junio de 2005, como fecha de presentación de demanda, lo que supone enfrentarnos al comentario de una sentencia que todavía aplica el Baremo del año 1995, no estando ni siquiera pensada la reforma llevada a término en 2015. Pero no dejaremos pasar la oportunidad, por su interés general, de confrontarlo con el actual baremo introducido por la Ley 35/2015.

Supuesto: Accidente de tráfico por salida de vía con vueltas de campana. *Víctima ocupante del vehículo*. Se inician los tramites judiciales en vía penal, que apreciada la prescripción de la falta, fue archivado. Ante la falta de acuerdo entre aseguradora y víctima, y algo más, se plantea demanda civil ante los juzgados de primera instancia de San Vicente del Raspeig. Dictada sentencia de primera instancia, 28 de julio de 2011, ambas partes, demandantes y demandada, formulan recurso de apelación. El 16 de mayo de 2013 se dicta sentencia por la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante. Conviene avanzar ya que los actores en el procedimiento civil fueron la víctima del accidente (Luis Antonio), por un lado, reclamando

“La sentencia de la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de la aseguradora, rebajando la condena contra la aseguradora a 269.374,29€ respecto de la reclamación de la víctima (Luis Antonio), y desestima el recurso de los familiares confirmando la de instancia y condenándoles en costas de segunda instancia.”

sus daños y perjuicios, y sus familiares (padres y hermanos), por otro, reclamando el perjuicio de daños morales de familiares (como si fueran propios). Ambas partes, víctima y familiares, formulan recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda de la víctima (Luis Antonio), concediéndole 539.879,33€, de los 655.810,39€ reclamados, más intereses del artículo 20 de la LCS, y desestimó la pretensión de los familiares.

La sentencia de la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de la aseguradora, rebajando la condena contra la aseguradora a 269.374,29€ respecto de la reclamación de la víctima (Luis Antonio), y desestima el recurso de los familiares confirmando la de instancia y condenándoles en costas de segunda instancia.

El Tribunal Supremo, aunque lo detallaremos mas adelante, mantiene la desestimación de la demanda de los familiares, y estima en parte el recurso de casación de la víctima (Luis Antonio) y estima en parte los recursos de apelación de la víctima (Luis Antonio) y de la aseguradora responsable, estableciendo una indemnización final en favor de la víctima (Luis Antonio) de 314.497,51€ más intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (dos primeros años interés legal + 50% y siguientes al 20%) desde la fecha del siniestro el 31 de diciembre de 2000, teniendo en cuenta las distintas consignaciones.

Así, la evolución de las cuantías concedidas es la siguiente: reclamaba 655.810,39€, en primera instancia se le conceden 539.879,33€, en segunda instancia baja a 269.374,29€ y en casación sube a 314.497,51€. En primera instancia se conceden intereses del art. 20 de la LCS, en segunda se niegan y en casación se vuelven a conceder.

COMENTARIO

Por límite de extensión de un comentario como este no podremos entrar en dos circunstancias que se me antojan de gran interés jurídico. La primera, el auto de aclaración de sentencia de primera instancia, relativo a la no condena en costas a los familiares por desestimar su pretensión (transcrito en los folios 3 y 4 de la sentencia). El segundo, el proceso penal paralelo instado por la aseguradora, pero archivado, que formula querrela contra la víctima (Luis Antonio) y que supuso la suspensión de la tramitación en vía casacional por prejudicialidad penal. El motivo de dicho procedimiento fue que la víctima (Luis Antonio) había sido condenado como autor de un delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas por hechos acaecidos en el año 2006. Es decir, reclamando ser ciego legalmente, había conducido un vehículo a motor y, además, bajo los efectos del alcohol. No llegó a mayores en la causa civil, pero puede que haya influido en el resultado final en cuanto a la valoración de los daños y perjuicios de la víctima (Luis Antonio).

Lesiones temporales y secuelas. Volviendo a lo que me ocupa, valorar el resultado final de los daños y perjuicios estimados en favor de la víctima (Luis Antonio), las lesiones temporales apreciadas fueron 455 días improductivos, de los cuales 17 son de estancia hospitalaria. Como primer acercamiento a la regulación actual introducida por la Ley 35/2015, no cuesta mucho encontrar una primera mejora del nuevo sistema en la valoración de lesiones temporales, con el criterio de pérdida de calidad de vida, que le haría merecedor de un perjuicio particular de pérdida de calidad de vida grave de todo el periodo (desconociéndose si de ellos alguno debió ser muy grave) ante las graves lesiones sufridas y secuelas.

Respecto de las secuelas, se le reconocen 77 puntos tras fórmula de secuelas concurrentes, mas 7 puntos de perjuicio estético, y la que ha provocado mayor debate es la lesión ocular sufrida con escotoma central y conservación de visión periférica, a la que se le asignan 65 puntos, no generando mayor problema el resto (Rigidez cervical: 13 puntos, Material de osteosíntesis en columna cervical: 10 puntos, Síndrome neurótico de base ansioso-depresiva: 10 puntos).

Decía antes que ese proceso penal, donde la aseguradora denunció al actor al haberse conocido una condena por delito contra la seguridad vial por conducir bajo efectos del alcohol, podía haber influido en la valoración, pese a que no se hace referencia al mismo en los fundamentos de las sentencias de instancia, pero a la vista de como se ha valorado la pérdida de visión, sobre todo en cuanto a los efectos en la incapacidad permanente y la ayuda de tercera persona, realmente muestra que la lesión padecida, de por sí grave, ha sido valorada teniendo en cuenta las actividades que la víctima pudo realizar con los años y, sobre todo, la dificultad de su medición que señala la sentencia de primera instancia recogida en la sentencia casacional: *“Hemos de partir, por tanto, de esa realidad, que supone que desgraciadamente no es posible medir de manera fiable la capacidad visual de una persona. De ahí la importancia, se repite, de conjugar el dato de la existencia objetiva de una lesión óptica (lo que no se discute) con la forma, también acreditada, en que el*



que la sufre se desenvuelve en la vida cotidiana. En consecuencia, la dificultad estriba es (sic) valorar numéricamente esa capacidad de visión.”

Pues bien, volviendo a la comparación con el sistema de valoración actual, Ley 35/2015, en el sistema anterior teníamos la secuela de Escotoma Central valorado con 15-20 puntos, cuando en el nuevo sistema la secuela de Escotoma Central se diferencia entre unilateral y bilateral, por lo que al ser bilateral en el caso enjuiciado hubiera aplicado el código 02007, con una puntuación entre 21-60 puntos, que a efectos de campo visual añade la siguiente nota: *“La afectación de la visión central en las lesiones que afectan al campo visual debe priorizarse respecto de aquellas que afectan a la visión periférica”*. A su vez, ambos sistemas, respecto de la agudeza visual de lejos coinciden al asignar 65 puntos si en ambos ojos tenemos una pérdida de 1/10, que es la reconocida en primera instancia frente al 1/20 reclamado (TABLA A. Agudeza visual: Visión de lejos), siendo la secuela reconocida y no la secuela de escotoma central.

“. Si se produce, disminución de la visión, en mi opinión, se tiene que valorar de una forma diferenciada, pero este es un tema que puede dar lugar a mucha discusión, pues existen algunas secuelas como por ejemplo 02021, donde de una forma muy específica se señala “añadir pérdida de agudeza visual” y en esta secuela del código 02007, no se señala esa indicación, por lo cual, se podría llegar a la conclusión que ese margen de valoración entre 21-60

El escotoma es una alteración de la vista que genera zonas de ceguera o disminución en el campo visual; también se les llama puntos ciegos o “agujeros oscuros” y que, en la mayoría de los casos, los escotomas son resultado de lesiones en el nervio óptico. Si se produce, disminución de la visión, en mi opinión, se tiene que valorar de una forma diferenciada, pero este es un tema que puede dar lugar a mucha discusión, pues existen algunas secuelas como por ejemplo 02021, donde de una forma muy específica se señala “añadir pérdida de agudeza visual” y en esta secuela del código 02007, no se señala esa indicación, por lo cual, se podría llegar a la conclusión que ese margen de valoración entre 21-60, está precisamente señalado por el grado de afectación de la visión, que es lo que produce el «punto ciego», pero en realidad, una cosa es la afectación de la visión y otra cosa es la pérdida agudeza visual, aunque se trata de una diferencia tan difícil de determinar que la convierte en una secuela complicada. Lo que es evidente es que el perito oftalmológico tiene que diferenciar cuál es la intensidad del escotoma central, y diferenciar la pérdida de agudeza visual, pues si existe más pérdida de agudeza visual tendremos que ir a coger la mayor. Las secuelas del sistema ocular son, precisamente, uno de los “agujeros negros” del sistema de valoración.

Valorada por tanto solo la agudeza visual de lejos, no se ha tenido en cuenta la afectación de visión de cerca en base a que *“Como señaló el perito Sr. Porfirio, la combinación de las Tablas de visión de cerca y visión de lejos que se contienen en el baremo no supondría alteración en cuanto a la valoración que se deriva de la aplicación de la primera de ellas”*. Me parece, en conjunto, que se ha tomado una puntuación máxima como referencia, la de agudeza visual de lejos, y ha englobado el escotoma central, la agudeza visual de lejos y la agudeza de cerca, y no dejo de sospechar que ha influido ver como se desenvuelve en su vida diaria, pese a que se trataba de un joven de 21 años a la fecha del accidente, que se ha adaptado a su situación clínica como ha podido, y a las dificultades para medir de forma fiable las consecuencias de la lesión, tomado un camino valorativo la sentencia de primera instancia no muy ortodoxo.

Valoración de la incapacidad permanente derivada de las secuelas. La sentencia de la Audiencia Provincial ratificó la valoración llevada a efecto por el juzgado relativa a la lesión

COMENTARIO

ocular y su puntuación, así como las otras lesiones permanentes apreciadas y gastos médicos acreditados, discrepando de la cuantificación económica de instancia respecto de la incapacidad permanente absoluta, que no del concepto valorado, y modificó la cuantía concedida (141.010,09€, máximo de la tabla) por una mucho menor (70.505,05€, mínimo de la tabla), con el argumento de que *“el actor no está incapacitado de forma total para la realización de cualquier ocupación o actividad, pues el mismo regenta un bar (...) en el que atiende a la clientela, atiende a los proveedores (...)”* pues el mismo dentro de sus posibilidades desarrolla una vida cotidiana que pudiera calificarse de normal dentro de sus posibilidades, es capaz, según los últimos seguimientos realizados (seguimientos por detectives debe decir) que *el mismo puede desenvolverse de manera independiente por las calles de Alicante, puede ir solo en autobús, subir y bajar del mismo, acudir al despacho del letrado, caminar solo por las calles, acceder a un centro comercial, lo que determina que deban ser valoradas estas circunstancias en el factor de corrección en relación con la incapacidad permanente absoluta que en base a las mismas debe ser valorada en su grado mínimo y no máximo como hace la sentencia de instancia”*. Destaco que todo lo hace dentro de sus posibilidades, no como cualquier persona no afectada por esta secuela.

En este punto el Alto Tribunal si modifica el fallo de la Audiencia, y casa la sentencia para otorgar un valor mayor económico a este perjuicio que mantiene como incapacidad permanente absoluta, no admitiendo previamente el recurso de infracción procesal, al considerar que *las afirmaciones fácticas de la sentencia tienen apoyo en una racional valoración de la prueba, cuestión distinta de su apreciación jurídica*. Se modifica la cuantía para fijarla definitivamente en 115.628,27€. Este es su argumento: *“La Tabla IV no se refiere específicamente a la incapacidad laboral, sino a las secuelas que inhabiliten al lesionado para la realización de cualquier ocupación y actividad. Comprende dicha secuela el denominado prejucio dagréement para desenvolverse con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social, así como impedimentos para practicar deportes o para disfrutar otras actividades culturales o recreativas*.

El demandante no puede leer, con las importantes limitaciones que ello supone para la vida de una persona, ni practicar la mayoría de los deportes en tanto en cuanto exigen una capacidad visual de la que carece, y su capacidad de ocio sufre graves restricciones. Consta que la Consejería de Bienestar Social le fijó un grado de minusvalía revisable del 82%. Contaba con la edad de 21 años al producirse el siniestro. El conjunto de las circunstancias expuestas determina fijar la indemnización correspondiente a dicho factor de corrección dentro de un margen superior de la horquilla indemnizatoria prevista. En tal función delimitadora, consideramos coherente el porcentaje del 82%, lo que supone la suma de 115.628,27 euros frente a la cantidad mínima aplicada por el tribunal provincial.”



Bien parece que si este accidente se hubiera producido a partir del 2016 nos encontraríamos ante un perjuicio de pérdida de calidad de vida grave derivado de secuelas, y esto contradice claramente alguno de los argumentos de la sentencia de apelación, que rebajaba el perjuicio al límite mínimo, y que bien podía ser beneficiario, con la nueva Ley, de perjuicio por lucro cesante de un menor de 30 años pendiente de acceder al mercado laboral. Erróneamente, se tuvo en cuenta para rebajar el importe en la apelación a que, con los años (y dentro de sus posibilidades) el lesionado pudo regentar un negocio, pero no podemos olvidar que con esas secuelas habría una gran cantidad de actividades laborales que no podría hacer, y eso, por fin, ha sido reconocido en la Ley 35/2015, bien como total o absoluta. Por la fecha del accidente no se podía reclamar, ni se reclamó, ese perjuicio patrimonial, mas allá del factor corrector de perjuicios patrimoniales, salvo como hizo el Alto Tribunal en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 25 de marzo de 2010 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios), concediendo *como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje intermedio de un 40% de incremento sobre la indemnización básica*. Y además, en ese caso también el lesionado había rehecho su vida laboral y tenía un negocio parecido al de nuestro actor.

“...Con una pérdida de visión probada del 90%, con un grado del 82% de minusvalía, ¿estamos realmente en disposición de decir que la víctima es totalmente autónoma para todas las actividades esenciales de la vida diaria?

Perjuicio no concedido de Ayuda de Tercera persona - Gran invalidez. No me extenderé mucho en este apartado y tan solo hago un llamamiento a la lógica. Con una pérdida de visión probada del 90%, con un grado del 82% de minusvalía, ¿estamos realmente en disposición de decir que la víctima es totalmente autónoma para todas las actividades esenciales de la vida diaria? O, como ya reconoce la Audiencia, dentro de sus posibilidades es autónomo para algunas actividades, pero no puede leer ni realizar por si solo aquellas que requieren una capacidad visual de la que carece, y debería haberle hecho merecedor de esa ayuda de tercera persona. Así se ha recogido en la ley 35/2015 y la TABLA 2.C.2 “Horas diarias de necesidad de ayuda de tercera persona según secuela del artículo 123” le reconoce a la secuela escotoma central bilateral (código A 02007) una ayuda de 5-6 horas. Como señalé al iniciar el comentario, esta Ley no estaba ni pensada cuando se presentó la demanda, pero bien podía haberse valorado la necesidad de ayuda tal y como se valoró al modificar el sistema. Antes no había tabla de horas de ayuda asociadas a las secuelas, pero los criterios para haberla incluido en el nuevo sistema son los mismos que, entiendo, debieron aplicarse.

Intereses Moratorios. Se conceden en primera instancia, se quitan en apelación y, con el mejor de los criterios, se le vuelven a conceder en casación. La aseguradora lo hizo mal: *La demandada superó, con creces, el plazo de tres meses para liquidar el siniestro o consignar alguna cantidad a cuenta. Se vio forzada, para ello, mediante la petición de pensión provisional instada por el demandante a la que se opuso. Sólo consignó cuando las sucesivas resoluciones judiciales le obligaron a ello y no pidió la declaración de suficiencia. Exclusivamente consignó, de forma voluntaria, 50.000 euros, tras la interposición de la demanda civil. Contaba en los autos con documentación clínica suficiente e informe médico*

forense para conocer las lesiones sufridas por el demandante. Las discrepancias sobre la cuantía de la indemnización procedente no conforman causa justificada para obviar la imposición de los intereses. No se discutía la realidad del siniestro, la cobertura del seguro, ni, por consiguiente, la correlativa obligación de la compañía de resarcir el daño sufrido. Desde el primer momento, no obstante, su comportamiento fue de absoluta oposición. Y añadió, y denunció al actor por delito de insolvencia punible por posible ocultación de bienes, para garantizar que devolviera el importe en exceso pagado tras sentencia de la Audiencia, que ahora se ha corregido parcialmente, y habrá que estar a la liquidación final de intereses para saber si debe o no devolver cantidades.

Perjuicios morales de familiares. Dejo para el final este apartado para separarlo del núcleo central del procedimiento que fue la reclamación de la víctima (Luis Antonio). Reclamaron conjuntamente los padres y hermanos un total de 116.810,39 por entender que era un perjuicio propio, y les fue denegado en primera y segunda instancia, con base en la sentencia de la Sala Primera 321/2010, de 31 de mayo, que no contempla como perjudicados a personas cercanas a la víctima del accidente de circulación, citando la del Tribunal Constitucional de 15/2004 de 23 de febrero, y otras, donde se le otorga legitimación al propio perjudicado para reclamar este perjuicio, como la sentencia 273/2021, de 10 de mayo, sentencia 262/2015, de 27 de mayo y sentencia 227/2014, de 22 de mayo.

Y hemos de agradecer al Alto Tribunal, que hayan entrado a valorar el recurso planteado por entender que: *“en este caso, al hallarse presente en el procedimiento bajo la misma defensa y representación, con unidad de actuación, tanto el lesionado como sus familiares, que formulan la misma petición resarcitoria, difícilmente cabe negar una falta de legitimación activa, que impida analizar dicha pretensión en una racional interpretación del art. 24 CE.”*, fijando los requisitos fija los requisitos de este perjuicio:

Subjetivo, *en tanto en cuanto es una indemnización destinada a quienes reúnan la condición de familiares próximos al lesionado, situación que, en este caso, es indiscutible que concurre pues los recurrentes son el padre, la madre y hermanos del lesionado*

Objetivo, *consistente en que los cuidados y atención continuada, que han de prestar dichos familiares, suponga para ellos una trascendente alteración de su vida y convivencia, sin que quepa duda que corresponde a la parte actora acreditar la concurrencia de dichos presupuestos jurídicos para la aplicación del invocado factor de corrección.*

Y se desestima el motivo, tras examinar el Alto Tribunal la prueba practicada, porque no se ha acreditado el criterio objetivo. Ni los hermanos vivían con la víctima, ni los padres mostraron una alteración de su vida salvo el normal apoyo a un lesionado, que mas parece se limitó al periodo inicial del tratamiento o los primeros años tras el accidente. Incluso, algunos ni sabían que habían reclamado en su nombre.

Cuando se presentó la demanda ya se conocía la sentencia del Tribunal Constitucional 15/2004 de 23 de febrero y la de 20 de abril del Tribunal Supremo, aunque no ha sido hasta 2015 cuando el sistema ha recogido que es un perjuicio propio del lesionado, no de los familiares.

Igual no se les debería haber condenado en costas, por unidad de actuación, teniendo en cuenta que se estima en parte la casación de la víctima. Si la hubiera reclamado él no se habría estimado y no se hubiera condenado en costas por ser unidad de cuantía reclamada.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Establece doctrina. Sucesión de empresas. Incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual debido a una enfermedad profesional. La indemnización de daños y perjuicios debe ser abonada mancomunadamente, y no de forma solidaria, por las sucesivas empresas empleadoras, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de ellas.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª)
de 21 de Julio de 2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín

PRIMERO.- Cuestión planteada y la sentencia recurrida

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si la condena a las empresas a indemnizar los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, debe ser mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de ellas, o, por el contrario, solidaria.

2. Al actor -parte recurrida en el actual recurso- le fue reconocida una incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual debido a una enfermedad profesional.

El actor demandó a las empresas para las que había prestado servicios reclamando una indemnización por daños y perjuicios.

La demanda fue parcialmente estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo de 22 de diciembre de 2017 (autos 48/2015).

La sentencia condenó a abonar unas determinadas cantidades a varias de las empresas demandadas, absolviendo a otras, declarando que la responsabilidad debía ser mancomunada atendiendo al tiempo de prestación de servicios del actor para cada una de ellas.

3. Tanto el actor, como una de las empresas condenadas (Apolonio, S.L.), interpusieron recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social.

La sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia de 28 de septiembre de 2018 (rec. 1349/2018), estimó el recurso de suplicación de la empresa Apolonio, S.L., que quedó absuelta, y estimó en parte el recurso del actor.

La sentencia del TSJ consideró adecuada para la indemnización la cuantía de 52.000 euros y declaró que la responsabilidad debía ser solidaria (no mancomunada), "al no ser posible determinar frente al demandante el grado de imputación de responsabilidad que pudiera

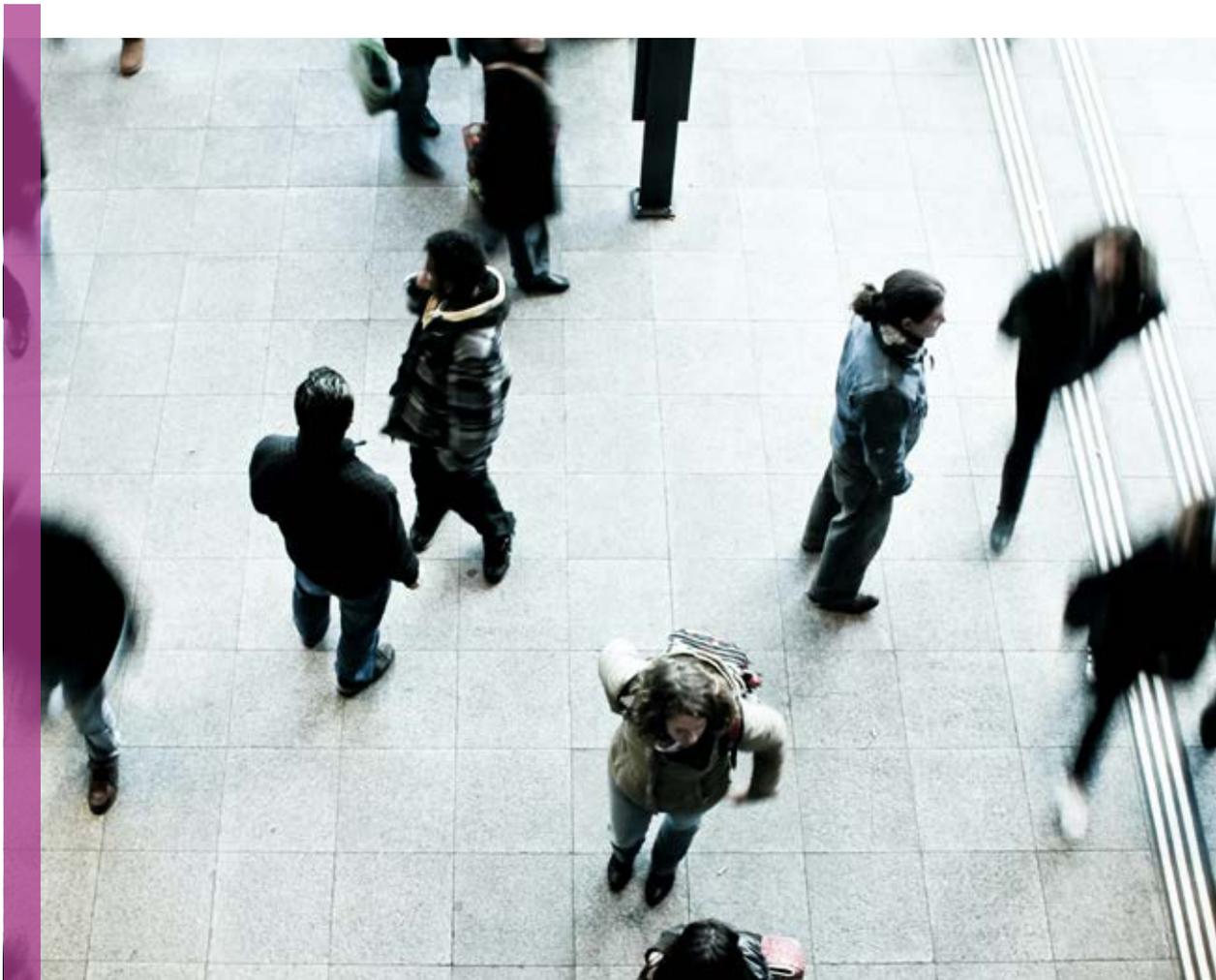
corresponder a cada una de ellas, sin perjuicio de que tales empleadoras puedan reclamarse su porcentaje de responsabilidad ex artículo 1145 del (Código Civil)."

La sentencia del TSJ revocó en parte la sentencia del juzgado de lo social, fijando el importe de la indemnización en 52.000 euros, de la que habrán de responder solidariamente las empresas a que hace referencia el fallo de la sentencia de instancia, excepción hecha de la empresa Apolonio, S.L., a la que se absuelve.

SEGUNDO. El recurso de casación para la unificación de doctrina, sus impugnaciones, el informe del Ministerio Fiscal y el examen de la contradicción.

1. La sentencia de la sala de lo social del TSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2018 (rec. 1349/2018), ha sido recurrida por una de las empresas condenadas (Caballeiro Nogueira e Fernández Ltda.).

El recurso invoca de contraste la sentencia



de la sala de lo social del TSJ de Galicia de 13 de mayo de 2011 (rec. 2627/2007) y denuncia la infracción de los artículos 1137 y siguientes del Código Civil (CC).

2 a) El actor ha impugnado el recurso, solicitando su inadmisión (por ausencia de contradicción y por no cumplir con los requisitos del artículo 244 LRJS) y, subsidiariamente, su desestimación y la ratificación de la sentencia recurrida.

b) La empresa David Fernández Grande, S.L., ha impugnado el recurso, alegando que, al haber sido absuelta, no se encuentra afectada por la estimación o desestimación del recurso de casación unificadora.

3. Partiendo de la existencia de contradicción, el Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación del recurso.

4. Apreciamos, en coincidencia con el Ministerio Fiscal y en contra de lo que afirma el escrito de impugnación del actor, que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste (la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Galicia de 13 de mayo de 2011, rec. 2627/2007).

En efecto, también en el supuesto de la sentencia referencial al actor le fue reconocida una incapacidad permanente absoluta debido a enfermedad profesional e igualmente el actor demandó a las empresas para las que había prestado servicios reclamando una indemnización por daños y perjuicios.

Y, con estas semejanzas, así como la sentencia recurrida entiende que la responsabilidad de tales empresas debe ser solidaria, la sentencia de contraste, en su fundamento de derecho quinto, considera, por el contrario, que la responsabilidad debe ser mancomunada. En consecuencia, la doctrina requiere ser unificada.

En supuestos próximos al que ahora se nos plantea, las SSTs 200/2021, 16 de febrero de 2021 (rcud 3970/2018), y 589/2021, 1 de junio de 2021 (rcud 375/2019), declararon la inexistencia de contradicción. Pero lo que ocurre es que la sentencia referencial invocada en los recursos resueltos en aquellas sentencias era distinta a la que se esgrime en el actual recurso.

TERCERO. El examen de si la condena debe ser mancomunada o solidaria

1. En su escrito de impugnación, el actor

afirma que el recurso no reúne los requisitos exigidos por el artículo 224 LRJS, tanto porque no proporcionaría una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, ni tampoco fundamentaría la infracción legal.

Pero una lectura atenta del recurso nos lleva a rechazar que el recurso incurra en esas deficiencias, pues en las páginas 3 a 6 argumenta suficientemente sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219 LRJS, y en las páginas 6 a 8 fundamenta, asimismo de forma suficiente, la infracción normativa y el quebranto producido en la unificación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

2. Como se ha anticipado, la cuestión a resolver en el presente es si la condena a las empresas a indemnizar los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, debe ser mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de ellas, o, por el contrario, solidaria.

La sentencia recurrida entiende que la responsabilidad debe ser solidaria (no mancomunada), "al no ser posible determinar frente al demandante el grado de imputación de responsabilidad que pudiera corresponder a cada una de ellas, sin perjuicio de que tales empleadoras puedan reclamarse su porcentaje de responsabilidad ex artículo 1145 del (Código Civil)."

Pero la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste.

En efecto, la solidaridad debe declararse cuando no resulta posible individualizar la responsabilidad de cada empresa interviniente en la producción del daño. Pero cuando el trabajador ha prestado sucesivamente servicios en las empresas causantes del daño, sí resulta posible individualizar la responsabilidad de cada una de ellas en función del tiempo en que para cada una de ellas se materializó esa sucesiva prestación de servicios por parte del trabajador.

3. Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, la jurisprudencia de esta Sala Cuarta, en supuestos de sucesión de mutuas en el aseguramiento, o en el supuesto de revisión del grado de una incapacidad reconocida por enfermedad común - asegurada en el INSS- o una incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo -asegurada en una mutua- ha establecido "la responsabilidad compartida de la entidad en la que estaban aseguradas las contingencias comunes y aquella otra en la que

se encontraban aseguradas las contingencias profesionales. La regla general es que la responsabilidad corresponde a aquella entidad en la que está asegurada la contingencia en el momento en el que se produce el hecho causante. Sin embargo, al tratarse de enfermedad profesional, el hecho causante no se produce en un momento concreto y determinado, sino que va gestándose a lo largo del tiempo hasta que se exteriorizan las dolencias. [...] la responsabilidad derivada de las prestaciones que por contingencia de enfermedad profesional le han sido reconocidas al trabajador, ha de ser imputada a ambas entidades, en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos" (SSTS 13 de marzo de 2018, rcud 1209/2016, y 22 de marzo de 2018, rcud, 1771/2016).

Como sistematiza la STS 892/2020, 13 de octubre de 2020 (rcud 3947/2017), la doctrina de esta Sala Cuarta sobre la atribución de responsabilidad en el pago de prestaciones derivadas de enfermedad profesional cuando se ha producido una cobertura sucesiva en el tiempo de diferentes entidades gestora y colaboradoras, habida cuenta de la modificación producida por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que a partir de su entrada en vigor (el 1 de enero de 2008) atribuyó aquella a las mutuas, ha establecido la responsabilidad compartida de las entidades que aseguraban el riesgo en los momentos en que el trabajador estuvo expuesto al mismo.

La doctrina es la siguiente:

"Primero: La enfermedad profesional, a diferencia de lo que sucede con el accidente de trabajo, si bien se exterioriza en un momento determinado, se ha venido desarrollando a lo largo del tiempo, de forma silente e insidiosa, por la exposición del trabajador a determinadas sustancias, elementos o condiciones de trabajo, lo que impide que pueda establecerse que la entidad responsable es la aseguradora del momento en el que se manifiesta la enfermedad.

Segundo: La enfermedad se contrae a lo largo del tiempo, por la exposición a los agentes, elementos o condiciones de trabajo causantes de la misma, lo que significa que a lo largo del, generalmente, dilatado periodo de tiempo en el que se ha contraído y desarrollado la enfermedad, se han podido suceder diferentes aseguradoras de dicha contingencia, en concreto, a partir del 1 de enero de 2008 el INSS no detenta la exclusividad en el aseguramiento, sino que este puede ser asumido por las Mutuas.

Tercero: La jurisprudencia de esta Sala que se ha pronunciado acerca de la responsabilidad de las Mutuas en el abono de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, ya apuntaba, aunque este no era objeto del debate, la posibilidad de que se plantease el problema de establecer los criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo. (STS de 12 de marzo de 2013, recurso 1959/2012; 4 de marzo de 2014, recurso 151/2013 y 6 de marzo de 2014, recurso 126/2013, entre otras).

Cuarto: La jurisprudencia de esta Sala, en supuestos de sucesión de Mutuas en el aseguramiento, o en el supuesto de revisión del grado de una incapacidad reconocida por enfermedad común -asegurada en el INSS- a una incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo -asegurada en una Mutua- ha establecido la responsabilidad compartida de la entidad en la que estaban aseguradas las contingencias comunes y aquella otra en la que se encontraban aseguradas las contingencias profesionales.

Quinto: La regla general es que la responsabilidad corresponde a aquella entidad en la que está asegurada la contingencia en el momento en el que se produce el hecho causante. Sin embargo, al tratarse de enfermedad profesional, el hecho causante no se produce en un momento concreto y determinado, sino que va gestándose a lo largo del tiempo hasta que se exteriorizan las dolencias. [...] la responsabilidad derivada de las prestaciones que por contingencia de enfermedad profesional le han sido reconocidas al trabajador, ha de ser imputada a ambas entidades, en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos." (sentencias del TS de 4 de julio de 2017, recurso 913/2016; 10 de julio de 2017, recurso 1652/2016; 29 de noviembre de 2017, recurso 3092; 13 de diciembre de 2017, recurso 1210/2016; 13 de marzo de 2018, recurso 1209/2016; 22 de marzo de 2018, recurso 1771/2016; y 12 de junio de 2018, recurso 1740/2017. Posteriormente se han pronunciado en el mismo sentido las sentencias del TS de 21 de marzo de 2019, recurso 3901/2017; 22 de julio de 2020, recurso 102/2018; y 17 de septiembre de 2020, recurso 723/2018).

4.La doctrina de que la responsabilidad derivada de las prestaciones por contingencia de enfermedad profesional que le han sido reconocidas al trabajador, ha de ser imputada a las distintas entidades en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos, es

plenamente aplicable a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de esa enfermedad profesional.

También la responsabilidad indemnizatoria debe estar en proporción al tiempo de exposición del trabajador al riesgo, lo que significa que dicha responsabilidad se individualiza para cada empresa en función del tiempo por el que el trabajador prestó servicios para cada una de ellas.

Los artículos 1137 a 1139 CC, cuya infracción denuncia el recurso, conducen a la misma conclusión.

Estos artículos inauguran la sección 4ª ("De las obligaciones mancomunadas y solidarias") del capítulo III del título primero del libro IV del Código Civil y regulan la llamada solidaridad propia que la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal diferencian de la solidaridad impropia. Como recuerda la sentencia del Pleno de esta Sala Cuarta 497/2021, 6 de mayo de 2021 (rcud 2611/2018), la solidaridad propia es la que viene impuesta, con carácter predeterminado, por la propia ley o por el contrato. Y la solidaridad impropia, que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que igualmente surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena.

El artículo 1137 CC establece que "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". A destacar la exigencia de que la obligación ha de determinar expresamente el carácter solidario de la obligación.

Por su parte, el artículo 1138 CC dispone que "si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros". A destacar la presunción de división del crédito o de la deuda y de que los créditos y deudas son distintos unos de otros.

Finalmente, el artículo 1139 CC prevé que "si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta". En el presente supuesto, la división no es imposible, porque se puede y ha de atender al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada empresa.

Como señala, entre muchas, la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 7 de marzo



de 2002 (rec. 2992/1996) la responsabilidad solidaria se impone en aquellos casos en que, interviniendo una pluralidad de agentes con concurrencia causal en la producción del evento dañoso, no resulta factible individualizar la contribución de cada uno, por lo que deviene imposible deslindar las responsabilidades concretas. O, en los términos de la ya citada sentencia del Pleno de esta Sala Cuarta 497/2021, 6 de mayo de 2021 (rcud 2611/2018), son supuestos en los que no es posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de los sujetos en la causación del daño.

Pero en el supuesto que estamos examinando sí resulta posible esa fijación individualizada porque se sabe el tiempo que el trabajador afectado prestó servicios para cada empresa condenada.

CUARTO. La estimación del recurso de casación de unificación de doctrina.

1. De acuerdo con lo razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina; casar y anular parcialmente la sentencia del TSJ recurrida, revocando el pronunciamiento sobre la responsabilidad solidaria y sustituyéndolo por la responsabilidad mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de las empresas condenadas, y

confirmando el resto de sus pronunciamientos.

2. Sin costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Cabaleiro Nogueira e Fernández Ltda, representada y asistida por el letrado don Emilio de la Cuesta Mediero.

2. Casar y anular parcialmente la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de septiembre de 2018 (rec. 1349/2018), revocando el pronunciamiento sobre la responsabilidad solidaria y sustituyéndolo por la responsabilidad mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de las empresas condenadas, y confirmando el resto de sus pronunciamientos.

3. No imponer costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Por **Estefanía Pintor Medina**
Abogada

La Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, en el recurso 244/2019, ha dictado el 21 de julio pasado la Sentencia 685/2022, unificando la doctrina que se ha de tener en cuenta en los supuestos de sucesión de empleadores a la hora de establecer la indemnización por daños y perjuicios a favor del trabajador al que se le ha reconocido una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, una vez cuantificada la misma.

La sentencia estima el recurso de casación interpuesto por la empresa Caballeiro Nogueira e Fernandez LTDA casando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de septiembre de 2018, en el recurso de suplicación núm. 1349/2018, formulado frente a la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2017, dictada en los autos 48/2015 por el Juzgado de lo Social Número Cuatro de Vigo, seguidos a instancia de Don Fausto, contra varias empresas sobre indemnización por daños y perjuicios.

Extrapoló y declara la plena aplicación a las indemnizaciones por los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional de la doctrina vigente en la responsabilidad derivada de las prestaciones por contingencia de enfermedad profesional reconocidas al trabajador,

(...) “... Una de las empresas que resultó condenada formalizó contra dicha sentencia de segunda instancia recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando la contradicción existente entre la sentencia de suplicación recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 13 de mayo de 2011... (...)”

que imputa de forma mancomunada a las distintas entidades proporcionalmente al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos.

Si, como ocurre en el supuesto analizado, el perjudicado ha trabajado sucesivamente en varias empresas, conociendo el tiempo que ha estado en cada una de ellas, es perfectamente posible, y debe hacerse, individualizar las responsabilidades para las empleadoras tomándose como criterio de reparto el tiempo que el trabajador ha estado prestando sus servicios y, consecuentemente, expuesto al riesgo, en cada una de las empleadoras causantes de los daños y perjuicios reclamados.

La sentencia de instancia condenó al abono de la indemnización a varias de las empresas codemandadas, adoptando la misma solución que la sentencia del Tribunal Supremo, a saber: la responsabilidad mancomunada de las mismas en atención al tiempo en el que el operario, afecto de una incapacidad permanente absoluta a causa de una enfermedad profesional estuvo desempeñando sus servicios para cada una de ellas.

Tras los recursos de suplicación formulados tanto por el trabajador como por una de las entidades condenadas, la Sala de lo Social correspondiente estimó parcialmente el recurso del demandante y totalmente el de la empresa suplicante, absolviéndola, y sentenciando que la responsabilidad debía ser solidaria por entender que era imposible determinar el

COMENTARIO

grado de responsabilidad correspondiente a cada una de las empleadoras demandadas, dejando a salvo la posibilidad que, entre ellas, se pudieran reclamar el porcentaje de responsabilidad, conforme lo dispuesto por el artículo 1.145 del Código Civil.

Una de las empresas que resultó condenada formalizó contra dicha sentencia de segunda instancia recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando la contradicción existente entre la sentencia de suplicación recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 13 de mayo de 2011, recurso 2627/2007 por concurrir las identidades del artículo 219 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y denunciando la infracción de los artículos 1.137 y siguientes del Código Civil.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ya había adoptado esta decisión (responsabilidad mancomunada en función al tiempo) en procedimientos en los cuales existía sucesión de mutuas en el aseguramiento o en revisiones del grado de incapacidad reconocida por enfermedad común o una incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo.

“el Tribunal Supremo estableció coherentemente con ello el reparto de la responsabilidad en el pago de las prestaciones económicas derivadas de una enfermedad de manera compartida entre las respetivas y sucesivas entidades que aseguraban las contingencias,

Siendo la regla general que la responsabilidad corresponde a aquella entidad en la que está asegurada la contingencia en el momento en el que se produce el hecho causante (la determinación de la fecha del hecho causante es la a del accidente de trabajo, esto es, un momento concreto y determinado), cuando nos encontramos ante una enfermedad profesional (aquella contraída a consecuencia del trabajo ejecutado en las actividades que se especifiquen en el cuadro de Enfermedades Profesionales), en ocasiones, la determinación de la fecha del hecho causante es complicada, al producirse durante un largo período temporal, en el que el hecho causante va incubándose hasta que los padecimientos salen a la luz.

Y así el Tribunal Supremo estableció coherentemente con ello el reparto de la responsabilidad en el pago de las prestaciones económicas derivadas de una enfermedad de manera compartida entre las respetivas y sucesivas entidades que aseguraban las contingencias, bien las comunes (gestora) o bien las profesionales (colaboradoras), respectivamente, imputándose de manera proporcional al tiempo en el que el trabajador estuvo expuesto al riesgo.

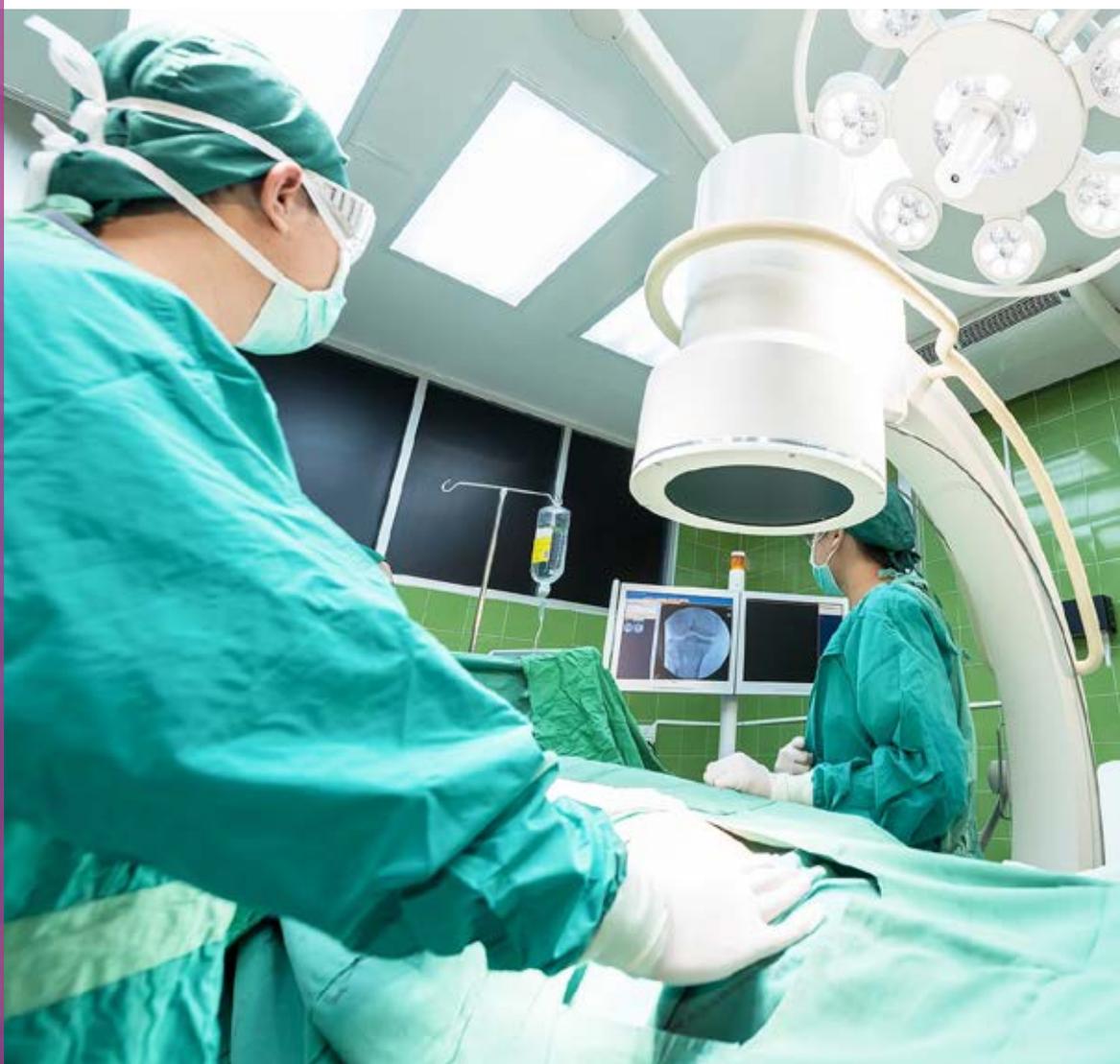
La meritada doctrina “de que la responsabilidad derivada de las prestaciones por contingencia de enfermedad profesional que le han sido reconocidas al trabajador, ha de ser imputada a las distintas entidades en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos, es plenamente aplicable a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de esa enfermedad profesional”, debiendo ser la responsabilidad indemnizatoria proporcional al tiempo de exposición del trabajador al riesgo, lo que

significa que dicha responsabilidad se individualiza para cada empresa en función del tiempo por el que el trabajador prestó servicios para cada una de ellas.

Por ello, la solidaridad empresarial para el abono de las cantidades indemnizatorias por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional queda de este modo de manera residual solo para aquellos supuestos en los que sea imposible individualizar las respectivas responsabilidades de las empresas empleadoras.

Pero en el supuesto que estamos examinando sí resulta posible esa fijación individualizada porque se sabe el tiempo que el trabajador afectado prestó servicios para cada empresa condenada, deslindando las responsabilidades concretas en el reparto económico de la indemnización e individualizando la contribución en el pago del montante total de cada empresa en proporción, como se ha expuesto, del tiempo en el que estuvo trabajando en cada una de ellas.

Esta solución parece ajustarse tanto a la legalidad como a la realidad material de los hechos determinar la participación que ha tenido cada una de las empresas responsables en la producción de los daños y perjuicios daños concretos, y para ello se hace del todo



preciso que se concreten las plurales actividades culposas mediante la apreciación del material probatorio obrante en el pleito, para que, de esta manera, se pueda alcanzar la individualización de las responsabilidades, concretándolas y delimitándolas debidamente.

Parte de la doctrina es contraria a la mancomunidad (1.137 y 1.138 CC) porque hace que el tráfico jurídico pierda agilidad y prevén que el Tribunal Supremo realice una interpretación correctora de estos preceptos, pero se ve que la Sala Cuarta no va por ese camino.

Además, desde el punto de vista del trabajador, este podría ver perjudicado o dificultado el cobro de las cantidades en el supuesto que una de las empresas condenadas, fuese insolvente, puesto que no responden cada una íntegramente del perjuicio siquiera de modo adicional o complementario y sin que el perjudicado pueda reclamar a cada empleadora más porción que la que le corresponda.

En suma, la individualización de responsabilidades entre las causantes de los daños y perjuicios debe fundarse en la posibilidad de determinar con claridad una determinada o mayor contribución causal a la producción del hecho dañoso por una de las empleadoras en virtud de una ponderación del grado de participación en la producción del daño, lo que hace la sentencia de casación utilizando el criterio de tiempo trabajado”

“la individualización de responsabilidades entre las causantes de los daños y perjuicios debe fundarse en la posibilidad de determinar con claridad una determinada o mayor contribución causal a la producción del hecho dañoso por una de las empleadoras en virtud de una ponderación del grado de participación en la producción del daño, lo que hace la sentencia de casación utilizando el criterio de tiempo trabajado





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

La discordancia entre la cantidad que figura en el requerimiento previo de pago y la que figura en el registro de solvencia patrimonial no constituye por sí misma una vulneración del derecho al honor del afectado. Suficiencia del requerimiento de pago practicado por SMS y correo electrónico si se utiliza un servicio de entrega electrónica certificada

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 14 de septiembre de 2022
Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- La hoy recurrente interpuso una demanda contra Sistemas Financieros Móviles S.L.U. en la que solicitó que se declarara que la demandada había incurrido en una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante al comunicar y mantener sus datos inscritos en un fichero de solvencia patrimonial por una deuda inexistente sin haber efectuado un requerimiento de pago previo, y que se condenara a la demandada a indemnizarle por los daños morales provocados por la intromisión y a cancelar la inscripción de la deuda.

2.-El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La sentencia de primera instancia argumentó que el contrato aportado acreditaba la existencia de la deuda, la demandante no había requerido a

la demandada para que retirara sus datos del registro de morosos y se había practicado el requerimiento de pago mediante email y correo postal dirigido al domicilio de la demandante.

3.-La demandante recurrió la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Declaró que la deuda no fue pagada; es líquida, cierta, vencida y exigible; hay contrato electrónico como autoriza la Ley 22/2007, y la demandante fue avisada de la inscripción en el registro por SMS y correo electrónico, medios de notificación previstos en el contrato.

4.- La demandante ha interpuesto un recurso de casación basado en dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo

1.- En el encabezamiento del primer motivo se denuncia la infracción del artículo 18.1 de la Constitución en conexión con el artículo 38.1.a) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

2.- Al desarrollar el motivo, la recurrente argumenta que "se ha efectuado por el Tribunal de Apelación una valoración incorrecta de la prueba, ya que, aparte del interrogatorio de mi representada, no obran en las actuaciones (ni se ha practicado) una prueba complementaria que advere el origen y la realidad de la presunta deuda y, en consecuencia, de su situación de impago". Además de lo anterior, la deuda que fue comunicada al fichero ASNEF no se corresponde con la cantidad objeto del contrato ni siquiera con las cantidades que constan en los supuestos requerimientos de pago realizados por email y SMS.

TERCERO.- Decisión del tribunal: la discordancia entre la cantidad que figura en el requerimiento de pago y la que figura en el registro de morosos no constituye por sí sola una vulneración del derecho al honor del afectado

1.- El desacuerdo de la recurrente con la valoración de la prueba realizada por los órganos de instancia no puede fundar un recurso de casación. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada por la Audiencia Provincial, valoró la prueba practicada, en concreto el contrato electrónico aportado por la demandada, y consideró

probado la existencia del préstamo concertado entre las partes en ese contrato. Esa conclusión fáctica no puede combatirse en el recurso de casación y de ella ha de partirse para resolver las demás cuestiones planteadas en el recurso.

2.- Como declara la sentencia de esta sala 362/2020, de 24 de junio, citada por el Ministerio Fiscal en su informe, "[a]unque la valoración del tribunal sentenciador sobre la afectación de los derechos en conflicto, en los procesos sobre tutela de derechos fundamentales, no constituye una cuestión probatoria cuyo acceso este vedado a la casación, no cabe desvirtuar la naturaleza de este recurso denunciando una infracción cuya apreciación solo sea posible si se modifican los hechos probados o si, como si se tratara de una tercera instancia, se pretende que esta sala corrija la fijación de los hechos por el tribunal sentenciador o lleve a cabo una nueva valoración conjunta de la prueba".

3.-La discordancia entre la cantidad por la que se practicó el requerimiento de pago en 2017 y la que en el año 2020 figura en el fichero de solvencia patrimonial no determina por sí sola que haya existido una vulneración del derecho al honor de la demandante. Como afirmamos en la sentencia 671/2021, de 5 de octubre, "lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor de los demandantes [...] no es tanto la corrección de la concreta cantidad en que el banco cifró la deuda, sino que se hubiera comunicado a la CIRBE sus datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosos, sin serlo realmente".

4.- Por otra parte, ya se advertía a la demandante en el requerimiento de pago que la deuda se incrementaría por el devengo del interés de demora. En este sentido, afirma nuestra sentencia 832/2021, de 1 de diciembre, que "lo afirmado por la Audiencia no contradice, sino que respeta lo establecido por las sentencias 114/2016, de 1 de marzo, y 174/2018, de 23 de marzo, de las que resulta tanto la exigencia de la actualización de los datos, de lo que necesariamente se sigue que estos no tienen por qué ser inmutables, sino que pueden y deben, cuando sea necesario actualizarlos, sufrir cambios, como su pertinencia [...]".

CUARTO.- Formulación del motivo segundo

1.- En el encabezamiento del segundo motivo del recurso se alega la infracción del artículo 18.1 de la Constitución en conexión con el artículo 38.1.c) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se ha cometido porque la sentencia recurrida considera que un SMS y un correo electrónico al teléfono y dirección que constan en el contrato "se erigen como prueba suficiente para entender cumplido por parte de la entidad acreedora el requisito del requerimiento de pago previo a la inclusión".

QUINTO.- Decisión del tribunal: suficiencia del requerimiento de pago practicado por SMS y correo electrónico y se utiliza un servicio de entrega electrónica certificada

1.- La cuestión relativa a la efectividad del requerimiento previo de pago exigido en el art. 38.1.c del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, tiene un relevante aspecto fáctico que no tiene acceso al recurso de casación, pues este recurso extraordinario no tiene por objeto la revisión de la valoración de la prueba y de la fijación de los hechos realizada por los órganos de instancia.

2.- Solo puede ser objeto del recurso de casación la cuestión relativa a los criterios jurídicos aplicables al cumplimiento de dicho requisito. La jurisprudencia de esta sala parte de la constatación de que el requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos

al fichero común de solvencia patrimonial no es simplemente un requisito formal cuyo incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro de deudas, sino de datos de personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Con la práctica de este requerimiento previo se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación.

3.-Por tal razón, la jurisprudencia ha considerado que el requerimiento previo de pago es un acto de comunicación de carácter recepticio que exige una constancia razonable de la recepción de la comunicación por el destinatario, por más que existan diversos medios de probar tal recepción (sentencias 672/2020, de 11 de diciembre, 854/2021, de 10 de diciembre, 81/2022, de 2 de febrero, y 436/2022, de 30 de mayo, entre las más



recientes). Es esa la explicación de que se haya estimado incumplido el requisito cuando las circunstancias concurrentes determinan que no hay esa constancia razonable de la recepción del requerimiento por el deudor.

4.- Buena prueba de lo anterior son las sentencias de esta sala citadas y parcialmente transcritas por la recurrente en su escrito de recurso, en las que la conclusión de la falta de cumplimiento del requisito del requerimiento previo de pago se produjo en supuestos de envíos masivos de correspondencia sin constancia de su recepción por el afectado que había interpuesto la demanda, de remisión de la comunicación a una dirección postal donde anteriormente se había producido la devolución de la carta por ser el destinatario desconocido, y supuestos similares.

5.- No es ese el supuesto objeto de este recurso. En el contrato firmado por las partes se previó que las notificaciones entre las partes pudieran realizarse, entre otros medios, por SMS y correo electrónico. La demandada realizó el requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos al fichero común de solvencia patrimonial mediante un SMS enviado al número de teléfono que la demandante comunicó al celebrar el contrato y un mensaje enviado a la dirección de correo electrónico facilitada por la demandante de la misma forma.

6.- Tales comunicaciones se hicieron con la intervención de un tercero de confianza previsto en el art. 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la redacción que dicho precepto tenía en el momento temporal relevante, que es lo que el apartado 36 del art. 3 del Reglamento nº 910/2014 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, denomina un "servicio de entrega electrónica certificada". Este tercero de confianza ha informado sobre la remisión de los mensajes y su recepción en el número de teléfono y dirección de correo electrónico comunicados por la deudora al suscribir el contrato, con los efectos previstos en

el art. 43 de dicho reglamento, no desvirtuados por la recurrente, que ni siquiera los toma en consideración al formular su recurso.

7.- En consecuencia, la conclusión de la Audiencia Provincial de que se ha dado cumplimiento por la demandada al requisito del requerimiento previo no vulnera el precepto citado como infringido ni la jurisprudencia que lo interpreta. Por tanto, el motivo, y con ello el recurso, ha de ser desestimado.

SEXTO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Fermina contra la sentencia 550/2021, de 28 de diciembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 727/2021.

2.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como acordar la pérdida del depósito constituido.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Por **Fco Javier Maldonado Molina**
Profesor Titular de Derecho Mercantil

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado ya más de medio centenar de sentencias con ocasión de procesos en los que se enjuiciaba si se había producido una vulneración del derecho fundamental al derecho al honor por la inclusión indebida como moroso en los registros o ficheros de morosos, de quien no lo es, destacando la del Pleno, de 24 de abril de 2009. Reseñamos la reciente de 14 de septiembre de 2022 (Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena), que aunque no es la última (ya existe otra de 19 de septiembre), presenta especial interés por las dos siguientes cuestiones que aborda:

1. La discordancia entre la cantidad que figura en el requerimiento de pago y la que figura en el registro de morosos no constituye por sí sola una vulneración del derecho al honor del afectado

En la abundante jurisprudencia existente, es común considerar que el derecho al honor se ve vulnerado en la medida que la errónea inclusión en un registro de morosos por quien no lo es, supone un desmerecimiento, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación.

Esto es, si bien la jurisprudencia viene declarando la vulneración del derecho al honor como consecuencia de la inclusión de los datos personales en un fichero de

“(...) el Tribunal Supremo ha considerado que ha ocurrido en supuestos de envíos masivos de correspondencia sin constancia de su recepción por el afectado (aunque en sentencia de 2 de febrero de 2022 sí admitió acreditado el requerimiento en un caso en el que se practicaron varios envíos postales sin que conste su devolución)...”

incumplimiento de obligaciones dinerarias sin respetar las exigencias derivadas de la normativa de protección de datos personales, siendo uno de los ejes fundamentales de dicha regulación lo que ha venido en llamarse “principio de calidad de los datos” (que impide la inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, y que exige que los datos sean exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados), no hay que olvidar que la intromisión en el derecho al honor no se produce por el mero hecho de que no se haya cumplido con la normativa sobre protección de datos, sino que es preciso que esos datos erróneos supongan un desmerecimiento hacia la persona. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o incluso civiles, distintas a la vulneración del derecho al honor, que puedan derivarse del incumplimiento de esta normativa.

En tal sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de enero de 2014, ya había advertido que la simple información errónea sobre la condición de fiador o avalista de una persona en un préstamo concedido por una entidad financiera (en ese caso, constando así ante la Central de Información de Riesgos del Banco de España), cuando en realidad no se tenía esa cualidad, no suponía ningún desmerecimiento, y por consiguiente al no asociarse al demandante una información sobre impago o morosidad, no se habría vulnerado su derecho al honor.

Ahora, en la sentencia reseñada (de 14 de septiembre de 2022), reiterando el criterio fijado por otra que la precedió (de 5 de octubre de 2021), se declara que la discordancia entre la cantidad que figura en el requerimiento de pago y la que figura en el registro de morosos no constituye por sí sola una vulneración del derecho al honor del afectado. Y a tal efecto, recuerda que en la citada sentencia de 2021, se indicó que “lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor

de los demandantes [...] no es tanto la corrección de la concreta cantidad en que el banco cifró la deuda, sino que se hubiera comunicado a la CIRBE sus datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosos, sin serlo realmente”.

2. Suficiencia del requerimiento de pago practicado por SMS y correo electrónico si se utiliza un servicio de entrega electrónica certificada

El art. 38.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, dispone que sólo será posible la inclusión en los ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren varios requisitos, entre los que está el “Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación”; requerimiento que deberá contener la información prevista en el artículo 39 de dicho Reglamento. En el mismo sentido, actualmente debe tenerse presente lo establecido en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

La jurisprudencia (v. gr. STS 10 de diciembre de 2021) viene destacando reiteradamente la trascendencia de ese requerimiento previo de pago, como mecanismo para evitar que inclusiones derivadas de meros errores ajenos a la persona a la que se atribuye la condición de morosa. Con este requerimiento se impide que sean incluidos en estos registros personas que por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, esa comunicación posibilita el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación, reconocidos en la normativa de protección de datos. Por ello, el Tribunal Supremo viene advirtiendo que no se trata simplemente de un requisito “formal”, de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa.

En cuanto al carácter de ese requerimiento, la jurisprudencia ha considerado que el requerimiento previo de pago es un acto de comunicación de carácter recepticio que exige una constancia razonable de la recepción de la comunicación por el destinatario, por más que existan diversos medios de probar tal recepción (sentencias 672/2020, de 11 de diciembre, 854/2021, de 10 de diciembre, 81/2022, de 2 de febrero, y 436/2022, de 30 de mayo, entre las más recientes). Por tal motivo, se ha estimado incumplido ese requisito cuando las circunstancias concurrentes determinan que no existe constancia razonable de la recepción del requerimiento por el deudor. Y así, el Tribunal Supremo ha considerado que ha ocurrido en supuestos de envíos masivos de correspondencia sin constancia de su recepción por el afectado (aunque en sentencia de 2 de febrero de 2022 sí admitió acreditado el requerimiento en un caso en el que se practicaron varios envíos postales sin que conste su devolución); de remisión de la comunicación a una dirección postal donde anteriormente se había producido la devolución de la carta por ser el destinatario desconocido, y supuestos similares.

Pues bien, en la sentencia reseñada, se analiza si se cumple ese requisito en caso de requerimiento realizado por SMS y correo electrónico, en un supuesto en el que en el contrato firmado por las partes se previó que las notificaciones entre ellas pudieran realizarse, entre otros medios, por SMS y correo electrónico. La acreedora realizó el requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos al fichero común de solvencia patrimonial mediante un SMS enviado al número de teléfono que la deudora comunicó al celebrar el contrato y un mensaje enviado a la dirección de correo electrónico facilitada por aquella de la misma forma.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo confirma el criterio de la Audiencia Provincial, en el sentido que con ese requerimiento realizado mediante SMS y correo electrónico, la acreedora sí ha dado cumplimiento al requisito del requerimiento previo, sin que se vulnere el precepto citado como infringido ni la jurisprudencia que lo interpreta. Y a tal efecto, destaca que tales comunicaciones se hicieron con la intervención de un tercero de confianza, esto es, lo que la normativa sobre servicios de la sociedad de la información e identificación electrónica denomina un “servicio de entrega electrónica certificada”. En ese supuesto, el tercero de confianza ha informado sobre la remisión de los mensajes y su recepción en el número de teléfono y dirección de correo electrónico comunicados por la deudora al suscribir el contrato.



jurisprudencia

Establece doctrina. En caso de desistimiento del tomador del seguro posterior al plazo legal de 14 días, mientras que la aseguradora puede -mediante acuerdo entre las partes-, renunciar a la parte de la prima consumida, no puede ocurrir lo mismo con el Consorcio de Compensación de Seguros, por ser ésta una percepción que tiene el carácter de ingreso de derecho público y de la que la entidad aseguradora no puede disponer por más que sea ella la encargada de su recaudación

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª)
de 19 de septiembre de 2022
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 4762/2021 lo interpone la representación de la compañía Línea Directa Aseguradora, S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros contra la sentencia nº 245, de 23 de abril de 2021, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 1316/2019) en la que se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio, del recurso de alzada dirigido contra la resolución de 18 de junio de 2018 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sección de Análisis de Actas, en la que se requiere a la entidad recurrente para que presente un plan de actuación que subsane determinadas deficiencias.

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia de instancia -ahora recurrida en casación- estima en parte el recurso contencioso-administrativo y anula el requerimiento contenido en el apartado decimoprimer de la resolución administrativa para que se retrotraigan actuaciones al momento de tramitación del recurso de alzada y se practiquen las pruebas propuestas por la entidad, y con su resultado se dicte la resolución que proceda; confirmando, en cambio, la sentencia la resolución administrativa en lo relativo al apartado decimosegundo, por entender que el requerimiento que se formula en ese apartado es conforme a derecho.

En el antecedente segundo de esta sentencia hemos reseñado las razones que expone la sentencia de instancia para fundamentar la estimación en parte del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que entremos a examinar la cuestión suscitada en casación, señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 15 de diciembre de 2021.

SEGUNDO.- Cuestión que reviste interés casacional y normas relevantes para la resolución del recurso.

Como hemos visto en el antecedente tercero de esta sentencia, el auto de admisión del recurso de casación declara que la cuestión que reviste interés casacional objetivo consiste en determinar si, en los supuestos de

cancelación de pólizas de seguro, procede o no la liquidación de recargos a favor del Consorcio de Compensación de Seguros en la parte proporcional al periodo de vigencia de la póliza, y la incidencia que, a estos efectos, pueda tener el que el desistimiento se haya efectuado fuera de los plazos legalmente establecidos.

El auto de admisión del recurso identifica las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: artículos 94 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; 18.2 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; y 11 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Todo ello, añade el propio auto, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

Pues bien, veamos lo que establecen los preceptos y apartados señalados en el auto de admisión del recurso así como otras normas concordantes que también consideramos oportuno reseñar.

* Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.



"Artículo primero.

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

"Artículo treinta y cinco.

El asegurador podrá rescindir el contrato dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la transmisión verificada. Ejercitado su derecho y notificado por escrito al adquirente, el asegurador queda obligado durante el plazo de un mes, a partir de la notificación. El asegurador deberá restituir la parte de prima que corresponda a períodos de seguro, por los que, como consecuencia de la rescisión, no haya soportado el riesgo.

El adquirente de cosa asegurada también puede rescindir el contrato si lo comunica por escrito al asegurador en el plazo de quince días, contados desde que conoció la existencia del contrato.

En este caso, el asegurador adquiere el derecho a la prima correspondiente al período que hubiera comenzado a correr cuando se produce la rescisión".

* 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.

"Artículo 18. Recargos a favor del Consorcio.

1. Son recargos a favor del Consorcio: El recargo en el seguro de riesgos extraordinarios, el recargo en el seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y el recargo destinado a financiar las funciones de liquidación de entidades aseguradoras. Estos recargos, que corresponden al Consorcio en sus funciones de liquidación de entidades aseguradoras, compensación y fondo de garantía, tienen el carácter de ingresos de derecho público exigibles por la vía administrativa de apremio cuando no hayan sido ingresados por las entidades aseguradoras en el plazo fijado en el apartado 4; a tal efecto, será título ejecutivo la certificación de descubierto expedida por el Director General de Seguros y Fondos de

Pensiones, a propuesta del Consorcio.

2. Todos los recargos a favor del Consorcio serán recaudados obligatoriamente por las entidades aseguradoras juntamente con sus primas. En el caso de fraccionamiento de primas, las entidades podrán optar por recaudar los citados recargos con el primer pago fraccionado que se haga, o por hacerlo conforme venzan las correspondientes fracciones de prima, si bien en este último caso deberán aplicarse sobre las fracciones del recargo los tipos por fraccionamiento que, para cada posible periodicidad, se fijen en las tarifas de los recargos a favor del Consorcio, o tratándose del recargo destinado a financiar las funciones de liquidación de entidades aseguradoras, los indicados en el apartado 3.

La elección de la opción de fraccionar los recargos a favor del Consorcio conforme venzan las correspondientes fracciones de prima deberá hacerse constar en las bases técnicas de las entidades, comunicarse al Consorcio y aplicarse de forma sistemática en el ramo o riesgo de que se trate, salvo causa debidamente justificada.

[...]

6. El incumplimiento de la obligación de ingresar en el Consorcio los recargos percibidos por la entidad aseguradora en el plazo y forma legalmente establecidos llevará aparejado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y, en su caso, penales en que hubiera podido incurrir, la obligación de satisfacer durante el período de demora el interés legal y, además, la pérdida de la comisión de cobro.

7. Cuando los ingresos por recargos efectuados al Consorcio resultasen ser indebidos en todo o en parte, se acordará la devolución a solicitud de los interesados, sin perjuicio de las comprobaciones y petición de información que procedan, en el plazo de quince días desde la completa presentación de la documentación acreditativa del error advertido".

* Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Artículo 7. Requisitos de información previa al contrato.

1. El proveedor del servicio financiero deberá suministrar al consumidor, con tiempo

suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, al menos, la información que a continuación se detalla.

1) En cuanto al propio proveedor: [...]

2) En cuanto al servicio financiero: [...]

3) En cuanto al contrato a distancia:

a) la existencia o no de derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho y su pérdida cuando, antes de ejercer este derecho, se ejecute el contrato en su totalidad por ambas partes, a petición expresa del consumidor;

b) las instrucciones para ejercer el derecho de desistimiento, indicando, entre otros aspectos, a qué dirección postal o electrónica debe dirigirse la notificación del desistimiento;

c) la duración contractual mínima, en caso de contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos;

d) información acerca de cualquier derecho, distinto del contemplado en la letra a), que puedan tener las partes a resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a las condiciones del contrato, incluidas las penalizaciones que pueda contener el contrato en ese caso;

e) el Estado o Estados miembros en cuya legislación se basa el proveedor para establecer relaciones con el consumidor, antes de la celebración del contrato;

f) las cláusulas contractuales, si las hubiere, relativas a la ley aplicable al contrato a distancia y a la jurisdicción competente para conocer el asunto;

g) la lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa se presentan, y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato y ejecutarse las prestaciones derivadas del mismo, de acuerdo con el consumidor.

4) En cuanto a los medios de reclamación e indemnización: [...]

2. Toda la información exigida en el apartado 1 deberá suministrarse indicando inequívocamente su finalidad comercial y se comunicará de manera clara y comprensible por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada, respetando debidamente, en particular, los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que carecen de capacidad de obrar y los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

3. En el caso de comunicación a través de telefonía vocal, se observarán las siguientes normas: [...]

4. La información sobre las obligaciones contractuales, que deberá comunicarse al consumidor durante la fase precontractual, deberá ser conforme a las obligaciones contractuales que resulten de la legislación a la que se sujete el contrato, si se celebra.

Artículo 10. Derecho de desistimiento.

1. El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna.

El mencionado plazo será de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida.

El plazo para ejercer el derecho de desistimiento empezará a correr desde el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los seguros de vida, en cuyo caso el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. No obstante, si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el artículo 7.1, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que reciba la citada información. [...].

Artículo 11. Pago del servicio prestado antes del desistimiento.

1. El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento.

El importe que el consumidor deba pagar

no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización.

2. El proveedor no podrá exigir pago alguno al consumidor en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) Si no demuestra que le ha facilitado la información exigida en el artículo 7.1.3), a).

b) Si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento.

3. El proveedor reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, cualquier cantidad que haya percibido de éste con arreglo a lo establecido en el contrato a distancia, salvo el importe mencionado en el apartado 1. Dicho plazo se iniciará el día en que el proveedor reciba la notificación del desistimiento.

4. El consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste, a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales, a contar desde la notificación del desistimiento.

* Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

"Artículo 94. Tarifas de primas y bases técnicas.

1. Las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en información estadística elaborada de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en sus normas de desarrollo. Deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas.

En el cálculo de las tarifas, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, no podrán establecerse diferencias de trato entre mujeres y hombres en las primas y prestaciones de las personas aseguradas, cuando las mismas consideren el sexo como factor de cálculo. En

ningún caso, los costes relacionados con el embarazo y el parto justificarán diferencias en las primas y en las prestaciones de las personas consideradas individualmente.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los contratos de seguro vinculados a una relación laboral, en los cuales se permite la diferenciación en las primas y prestaciones cuando esté justificada por factores actuariales.

Asimismo deberán respetar los principios de equidad, indivisibilidad e invariabilidad.

2. Las tarifas de primas responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de estadísticas comunes, por parte de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, para la elaboración individual de sus tarifas de primas de riesgo, siempre y cuando dichas estadísticas se elaboren de conformidad con los reglamentos de la Unión Europea dictados para la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

* Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

Artículo 49

1. El ordenante podrá solicitar la devolución a que se refiere el artículo 48 por una operación de pago autorizada iniciada por un beneficiario o a través del mismo, durante un plazo de ocho semanas contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en su cuenta.

2. En el plazo de diez días hábiles desde la recepción de una solicitud de devolución, el proveedor de servicios de pago deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago o bien comunicar al ordenante las razones objetivas que justifican su denegación de devolución, e indicar en este caso los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario, para el caso de que el ordenante no esté conforme con las razones ofrecidas.

En el caso de adeudos domiciliados a los que se refiere el artículo 48.2, el proveedor de servicios de pago no podrá denegar la devolución, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 48.4.

TERCERO.- Delimitación del alcance de la controversia suscitada en casación.

Como hemos visto en el antecedente cuarto, la parte recurrente se detiene a exponer distintos supuestos que pueden plantearse en relación con el ejercicio por parte de los tomadores de seguros del derecho de desistimiento regulado en el artículo 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, distinguiendo según que el desistimiento se haya producido dentro o fuera del plazo de 14 días naturales (30 días tratándose de seguro de vida) señalado en el precepto; y también se refiere la recurrente a los casos en los que por parte de los tomadores de seguros se ejercite el derecho de devolución de recibos domiciliados en entidades financieras, regulado en el artículo 49 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

La Abogacía del Estado aduce que el ámbito del presente recurso es más limitado pues la cuestión a la que se circunscribía la resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia, sobre la que se pronuncia la sentencia recurrida, es la relativa a las cantidades a las que se hacía referencia en el apartado K) de la resolución administrativa originaria, que se refería específicamente a las pólizas canceladas con posterioridad a su emisión después de haber transcurrido el plazo legal de 14 días para el desistimiento; no así a pólizas canceladas en cualesquiera otras circunstancias y tampoco a los casos de devolución de los recibos girados a través de las entidades financieras.

El auto de admisión del recurso de casación, cuando enuncia la cuestión de interés casacional, no resulta concluyente en este punto; pues si bien al principio alude, de forma amplia, a los "supuestos de cancelación de pólizas de seguro", inmediatamente después viene a estrechar el ámbito de su atención refiriéndose específicamente a los casos de desistimiento (regulado en artículo 10 de la Ley 22/2007) y, en particular, a aquellos en que el desistimiento se haya producido fuera del plazo previsto en dicha norma.

Es cierto que la argumentación de la sentencia recurrida no se circunscribe a los casos del desistimiento previsto en los artículos 10 y 11 de la Ley 22/2007 pues el F.J 5º de la sentencia, que antes hemos transcrito, se refiere también al caso de la devolución de los recibos girados a

través de las entidades financieras (conforme a lo previsto en el artículo 49 del Real Decreto-ley 19/2018) aludiendo expresamente la sentencia a los casos en los que la devolución del recibo domiciliado se produce después del plazo de 8 semana (56 días) señalado en dicha norma.

Aun así, tiene razón la Abogacía del Estado cuando señala que la cuestión abordada en resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia viene referida a las cantidades a las que se hacía referencia en el apartado K) de la resolución administrativa originaria, que se refería específicamente a las pólizas canceladas con posterioridad a su emisión después de haber transcurrido el plazo legal de 14 días para el desistimiento, y no, en cambio, a pólizas canceladas por otras razones ni a los casos de devolución de los recibos girados a través de las entidades financieras.

Por ello, aunque la argumentación de la sentencia de instancia alude también a esos otros casos que acabamos de mencionar, nuestra respuesta se ceñirá a los supuestos de desistimiento a los que se refiere la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, a los que alude también, como ya hemos dejado señalado, la cuestión de interés casacional delimitada en el auto de admisión del recurso.

CUARTO.- Criterio de esta Sala acerca de los argumentos de impugnación que esgrime la parte recurrente.

A/ Ante todo, no podemos asumir el alegato de la parte recurrente en el que afirma que la sentencia de instancia ha incurrido en un quebrantamiento del principio de indivisibilidad de la prima; ni podemos atribuir a esa "indivisibilidad" el alcance y significación que pretende la representación de la aseguradora Línea Directa.

Es cierto que los recargos a favor del Consorcio de Compensación de Seguros han de ser recaudados obligatoriamente por las entidades aseguradoras juntamente con sus primas (artículo 18.2 del texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre). Ahora bien, esta encomienda de gestión que la norma hace a las entidades aseguradoras para que recauden los recargos en favor del Consorcio junto con las primas del seguro en modo alguno puede llevar a confundir la naturaleza de ambas

figuras; ni permite sostener, por más que así lo pretenda la recurrente, que la prima del seguro y el recargo para el Consorcio han de correr necesariamente la misma suerte en caso de resolución del contrato o cancelación de la póliza.

La prima es el precio que se estipula en el contrato de seguro, que debe pagar el tomador del seguro, y a cambio del cual el asegurador se obliga, para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas; y en caso de impago de la prima el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza (véanse, entre otros, los artículos 1, 14 y 15 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro).

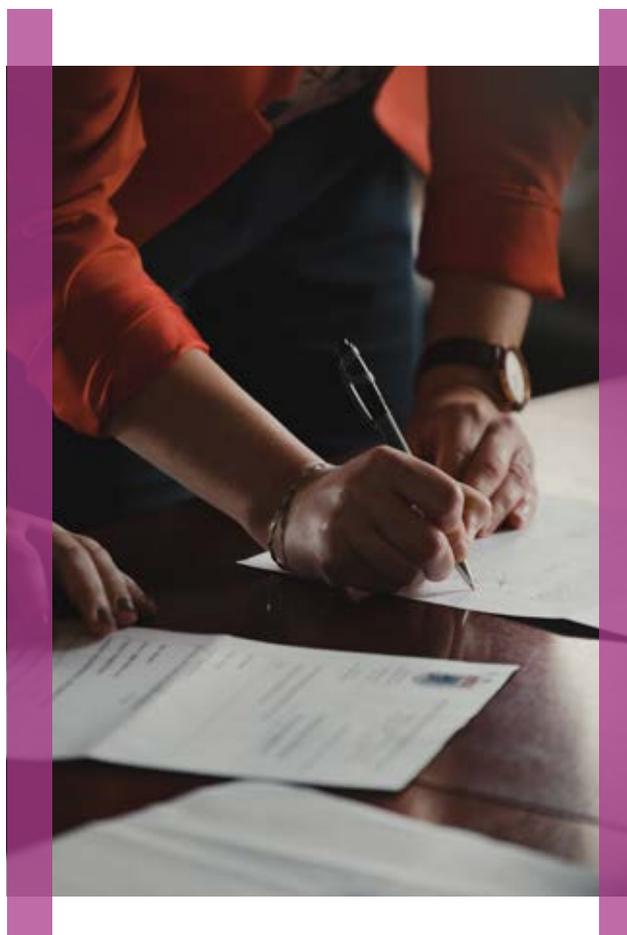
Por su parte, los recargos que corresponden al Consorcio en sus funciones de liquidación de entidades aseguradoras, compensación y fondo de garantía, tienen el carácter de ingresos de derecho público y son exigibles por la vía administrativa de apremio cuando no hayan sido ingresados por las entidades aseguradoras en el plazo fijado, siendo a tal efecto título ejecutivo la certificación de descubierto expedida por el Director General de Seguros y Fondos de Pensiones, a propuesta del Consorcio (artículo 18.1 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).

Queda con ello de manifiesto que la prima del seguro y los recargos que corresponden al Consorcio son figuras claramente diferenciadas, tanto en lo que se refiere a su origen, razón de ser y finalidad como en lo relativo a las consecuencias de su impago; y ello con independencia de que ambas -la prima del seguro y la cuota del recargo en favor del Consorcio- sean recaudadas de forma conjunta por la entidad aseguradora.

B/ Establecido lo anterior, procede que entremos a examinar lo que sucede en el caso de desistimiento al que se refiere la presente controversia. Y a tal efecto, de la reseña de normas que hemos hecho en el F.J. 2º interesa ahora recordar lo establecido los preceptos de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; norma ésta que, según resulta de lo dispuesto

en sus artículos 1 y 2, es aplicable a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia, y que comprende, entre otros, los servicios prestados por entidades aseguradoras, gestoras de fondos de pensiones y mediadores de seguros.

Según vimos, la citada Ley 22/2007 establece en su artículo 10.1 que "El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna". Por su parte, el artículo 11.1 establece que "1. El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento" y que "El importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato (...)". Y, en fin, en lo que ahora interesa, el apartado 2.b/ del mismo artículo 11 añade una importante puntualización: " (...) 2. El proveedor [en nuestro caso, la entidad aseguradora] no podrá exigir pago alguno al consumidor en



cualquiera de las siguientes situaciones: [...] b) Si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento.

Ese régimen normativo que acabamos de sintetizar no impide que, por acuerdo entre las partes o por razones de política comercial de la empresa, en estos casos de desistimiento la entidad aseguradora decida reembolsar al tomador del seguro la totalidad de la prima satisfecha, aun cuando el desistimiento haya tenido lugar después de transcurrido el plazo de catorce días naturales previsto en el artículo 10.1 de la Ley 22/2007.

Ahora bien, que la entidad aseguradora pueda tomar esa decisión respecto de la prima del seguro, renunciando al importe de la parte proporcional correspondiente al período en que el contrato hubiese estado activo, no significa que pueda hacer lo mismo con el recargo que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, por ser esta una percepción, con el carácter de ingreso de derecho público al que antes nos hemos referido, de la que no puede disponer la entidad aseguradora por más que sea ella la encargada de su recaudación.

QUINTO.- Respuesta de la Sala a la cuestión que reviste interés casacional.

A modo de recapitulación, y para dar respuesta a la cuestión de interés casacional delimitada en el auto de admisión del recurso, debemos declarar lo que sigue:

En caso de desistimiento del tomador en un contrato de seguro, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la entidad aseguradora puede decidir, por existir acuerdo entre las partes en ese sentido o por razones de política comercial de la empresa, reembolsar al tomador del seguro la totalidad de la prima satisfecha aun cuando el desistimiento haya tenido lugar después de transcurrido el plazo de catorce días naturales previsto en el artículo 10.1 de la Ley 22/2007. Ahora bien, esta posibilidad de renunciar al importe de la parte proporcional de la prima correspondiente al período en el que el contrato de seguro hubiera estado activo y desplegado su cobertura no significa que pueda hacer lo mismo con el recargo que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, por ser esta una percepción que tiene el carácter de ingreso de derecho público y de la que la

entidad aseguradora no puede disponer por más que sea ella la encargada de su recaudación.

SEXTO.- Resolución del recurso y costas procesales.

Las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico cuesto y la conclusión recogida en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia llevan a concluir que procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación.

En cuanto a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes; debiendo estarse a lo resuelto en la sentencia recurrida en lo que se refiere a las costas del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- No ha lugar al recurso de casación nº 4762/2021 interpuesto en representación de LÍNEA DIRECTA ASEGURADORA, S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS contra la sentencia nº 245, de 23 de abril de 2021, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso contencioso-administrativo 1316/2019).

2.- No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia recurrida en lo que refiere a las costas del proceso de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Por **Jose A. Badillo Arias**
Abogado

La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en su artículo 10 regula el derecho de desistimiento de los consumidores cuando contratan a distancia. Así, dispone este artículo que “El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. El mencionado plazo será de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida”.

En el caso que nos ocupa, el asegurado, que había contratado el seguro a distancia, ejerce, aunque en un plazo superior al previsto de 14 días, su derecho de desistimiento, en virtud de lo establecido en la citada Ley 22/2007. Esta ley, en sus artículos 1 y 2, indica que tal derecho es aplicable a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia, y que comprende, entre otros, los servicios prestados por entidades aseguradoras, gestoras de fondos de pensiones y mediadores de seguros.

“(…) los recargos que corresponden al Consorcio en sus funciones de fondo de garantía de los riesgos de la circulación, tienen el carácter de ingresos de derecho público y son exigibles por la vía administrativa de apremio cuando no hayan sido ingresados por las entidades aseguradoras en el plazo fijado

En dicho sentido, el artículo 11.1 de la Ley 22/2007, dispone que el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento y que «El importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato (...)».

Así las cosas, en el caso analizado en la sentencia, la entidad aseguradora, tras el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del asegurado, decide devolverle toda la prima satisfecha por parte del aquel, así como los recargos devengados por el Consorcio de Compensación de seguros. Por ello, lo que se plantea es si, en los supuestos de cancelación de pólizas de seguro, procede o no la liquidación de recargos a favor del Consorcio de Compensación de Seguros en la parte proporcional al periodo de vigencia de la póliza, y la incidencia que, a estos efectos, pueda tener el que el desistimiento se haya efectuado fuera de los plazos legalmente establecidos.

La Sala sostiene que el régimen normativo que acabamos de sintetizar no impide que, por acuerdo entre las partes o por razones de política comercial de la empresa, en estos casos de desistimiento la entidad aseguradora decida reembolsar al tomador del seguro la totalidad de la prima satisfecha, aun cuando el desistimiento haya tenido lugar después de transcurrido el plazo de catorce días naturales previsto en el artículo 10.1 de la Ley 22/2007.

COMENTARIO

Ahora bien, el hecho de que la entidad aseguradora pueda tomar esa decisión respecto de la prima del seguro, renunciando al importe de la parte proporcional correspondiente al período en que el contrato hubiese estado activo, no significa que pueda hacer lo mismo con el recargo que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, por ser esta una percepción, con el carácter de ingreso de derecho público, de la que no puede disponer la entidad aseguradora por más que sea ella la encargada de su recaudación.

En definitiva, el Alto Tribunal alude a la distinta naturaleza jurídica que tiene la prima del seguro y los recargos a favor del Consorcio de Compensación de Seguros para que cumpla su función de cobertura como fondo de garantía de los riesgos de la circulación. En tal sentido, considera que la prima es el precio que se estipula en el contrato de seguro, que debe pagar el tomador del seguro, y a cambio del cual el asegurador se obliga, para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas; y en caso de impago de la prima el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza.

Sin embargo, los recargos que corresponden al Consorcio en sus funciones de fondo de garantía de los riesgos de la circulación, tienen el carácter de ingresos de derecho público y son exigibles por la vía administrativa de apremio cuando no hayan sido ingresados por las entidades aseguradoras en el plazo fijado, siendo a tal efecto título ejecutivo la certificación de descubierto expedida por el Director General de Seguros y Fondos de Pensiones, a propuesta del Consorcio, tal como dispone el artículo 18.1 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.

Por tanto, concluye la Sala, que en caso de desistimiento del tomador en un contrato de seguro, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 22/2007, la entidad aseguradora puede decidir, por existir acuerdo entre las partes en ese sentido o por razones de política comercial de la empresa, reembolsar al tomador del seguro la totalidad de la prima satisfecha aun cuando el desistimiento haya tenido lugar después de transcurrido el plazo de catorce días naturales previsto en el artículo 10.1 de la Ley 22/2007. Ahora bien, esta posibilidad de renunciar al importe de la parte proporcional de la prima correspondiente al período en el que el contrato de seguro hubiera estado activo y desplegado su cobertura no significa que pueda hacer lo mismo con el recargo que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, por ser esta una percepción que tiene el carácter de ingreso de derecho público y de la que la entidad aseguradora no puede disponer por más que sea ella la encargada de su recaudación.





perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

Recordemos que según la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor, en su Disposición final primera. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, el apartado 1 del artículo 85 queda redactado como sigue: “En todo caso, cuando se produzca un accidente de tráfico con resultado de lesión o muerte, la autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial, acompañando la comunicación del oportuno atestado”(no informe estadístico “arena”, ni estadillo de campo), mandato que , entró en vigor el 15 de septiembre de 2022(día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»), pese a lo cual no ha variado en la práctica la cantidad de atestados que los Juzgados de Instrucción recibían antes , y después de dicha fecha ,aunque sin duda se están redactando.

Pues bien en orden a personarse en los procedimientos afectados por esta Ley que - preámbulo-“reforma del Código Penal para evitar los resquicios de la ley que posibilitan que se archiven imprudencias menos graves cuando se produzcan lesiones o muerte tras la comisión de una infracción catalogada como «grave» en ...Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y que, por rutina, los tribunales consideran «leves»” ...de modo que se considere objetivamente delito si el causante comete una infracción calificada como grave”, bien por hallarse los procesos en curso, bien archivados, y obtener copia del procedimiento, y / o del atestado, creo interesante conocer la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2022, de 12 de septiembre, cuyo supuesto de hecho estoy seguro que no nos es ajeno:

“El examen de las actuaciones desarrolladas en el procedimiento a quo permite constatar que la recurrente desplegó ante los órganos judiciales un esfuerzo más que suficiente de exposición de la causa de su pretensión, pues tanto en su solicitud inicial como en los recursos ulteriores explicó que había

tenido conocimiento de que se habían filtrado al público ciertos aspectos del procedimiento que le afectaban personalmente, y que por tal motivo deseaba conocer las actuaciones que se habían practicado en el mismo, sin descartar la posibilidad de interponer una acción de reparación del daño en el orden

jurisdiccional civil, para cuya preparación necesitaría ese conocimiento de lo actuado en las diligencias previas incoadas tras la denuncia presentada por su madre.

Conviene recordar que la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), con carácter general y a modo de principio,

reconoce a toda persona ofendida o perjudicada por un delito y a las víctimas el derecho a personarse en el procedimiento en que dicho delito es investigado y enjuiciado (arts. 109, 109 bis y 110 LECrim). El art. 109.1 LECrim, en particular, dispone una garantía instrumental de este derecho al ordenar que con ocasión de la primera declaración que se le reciba al ofendido o perjudicado en fase de instrucción se le informe “del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso”, expresando con meridiana claridad que la consecuencia jurídica que se ha de extraer de su identificación en las actuaciones no es otra que la inmediata apertura del proceso al mismo. Este acceso al proceso no es ilimitado, puede verse constreñido por la necesidad de preservar los derechos de las restantes partes, en particular el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), que lleva aparejada la prohibición de retroacción o repetición de las actuaciones ya practicadas en el momento de la personación (arts. 109 bis.1 y 110.1 LECrim).

Esta evolución culmina, en el momento actual, en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito (que traspone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de

delitos), en vigor desde el 28 de octubre de 2015, cuyo art. 12 impone con carácter general a los jueces y tribunales la obligación de comunicar la resolución de sobreseimiento a las víctimas directas del delito, entendiéndose por tales “toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito” [art. 2.1 a)], al tiempo que les reconoce a las víctimas legitimación para recurrir esa resolución, aunque no se hubieran personado con anterioridad en el proceso penal. Como recuerda la STC 27/2020, de 24 de febrero, FJ 5, dicha ley ha venido a exigir de los poderes públicos, desde el reconocimiento de la dignidad de las víctimas y la defensa de sus bienes materiales y morales, “una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también social [...] con independencia de su situación procesal”.

En lo que se refiere en particular al acceso a las actuaciones judiciales, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el art. 234.1 LOPJ, en su redacción vigente a la fecha en que se dictaron las resoluciones impugnadas en amparo, los interesados pueden acceder a “cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer,

salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas o reservadas conforme a la ley”. A su vez, el art. 234.2 LOPJ dispone que “Las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo tendrán derecho [...] a que se les expidan los testimonios y certificados en los casos y a través del cauce establecido en las leyes procesales”. Por otra parte, el art. 235 LOPJ, en su actual redacción, dada por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, también reconoce ese derecho a los interesados no personados en el proceso, al establecer que el acceso a las actuaciones “por quienes no son parte en el procedimiento y acrediten un interés legítimo y directo, podrá llevarse a cabo previa disociación, anonimización u otra medida de protección de los datos de carácter personal que las mismos contuvieren y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda”.

A su vez, el art. 7 de la citada Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito, reconoce a toda víctima el derecho a recibir información sobre la causa penal, y, más en concreto, establece que a la víctima “se le facilitará, cuando lo solicite, información relativa a la situación en que se encuentra el procedimiento, salvo que ello pudiera perjudicar el correcto desarrollo de la causa” (art. 7.4). Asimismo le reconoce a la víctima directa del delito, como ya se dijo, el derecho a que le sea comunicada la resolución de sobreseimiento, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso penal (art. 12).



En definitiva, el legislador ha venido a reconocer el derecho de acceso a la información judicial de víctimas y perjudicados — al margen de otras personas con interés legítimo— como un derecho autónomo e independiente de su condición de parte procesal. De modo que, en el estado actual del ordenamiento, toda persona ofendida o perjudicada por el delito, y, obviamente, toda persona susceptible de acogerse al estatuto legal de víctima del delito, ostenta ope legis un derecho, que queda incorporado al ámbito de protección del art. 24.1 CE, a ser informado en cualquier momento del estado del proceso penal, y a acceder a las actuaciones judiciales del mismo, que resulta consustancial a su condición de perjudicada o víctima y que determina que la interpretación de las normas orgánicas y procesales que regulen las distintas formas de acceso a esa información, deba verificarse siempre de la manera más favorable a su efectividad de ese derecho. Pues ha de recordarse que la doctrina constitucional viene auspiciando una interpretación de la legalidad ordinaria favorable a la efectividad del derecho, especialmente en los casos dudosos o susceptibles de interpretación (SSTC 194/2009, de 28 de septiembre, FJ 3, y 12/2005, de 31 de enero, FJ 6), y que resulta tanto más necesaria en el proceso penal, en el que el interés del perjudicado por el delito “adquiere una extremada relevancia cuando se trata de la protección de los derechos o libertades fundamentales, respecto de los cuales nada es trivial o inimportante” (STC 1/1985, de 9 de enero, FJ 4)...la recurrente planteó en su escrito inicial ante el juzgado de instrucción, y la

mantuvo en sus posteriores recursos, su pretensión de obtener copia íntegra de lo actuado en el proceso penal, en su calidad de víctima de unos hechos especialmente graves, pretensión que fue rechazada en los autos recurridos con el argumento de que, habiéndosele hecho ofrecimiento de acciones en el momento de recibirle declaración como perjudicada, siendo ya mayor de edad, declinó constituirse como parte, no pudiendo obtener acceso a las actuaciones judiciales cuando el procedimiento ya estaba archivado; a lo que se añade el argumento de la protección de los derechos del investigado.

Pues bien, hemos de apreciar que las resoluciones judiciales impugnadas en amparo no satisfacen el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto, de manera manifiestamente infundada e irrazonable, deniegan a la recurrente el acceso a las actuaciones judiciales en su integridad por no ostentar la condición de parte en el proceso penal, desconociendo así que, conforme ha quedado razonado, el legislador ha reconocido el derecho de acceso a la información judicial de las víctimas y los perjudicados por el delito como un derecho autónomo e independiente de su condición de parte procesal, que queda integrado en el ámbito de protección del art. 24.1 CE.

La denegación de la solicitud de la recurrente de obtener copia íntegra de las actuaciones judiciales resulta así manifiestamente irrazonable. Los autos que declararon concluso el proceso, tanto el provisional

como el definitivo, carecen de virtualidad para obstaculizar el ejercicio del derecho de acceso a las actuaciones, pues, además de lo dispuesto con carácter general en los arts. 234 y 235 LOPJ, el art. 3 de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito le reconoce, entre otros, el derecho a ser informada del estado del proceso, derecho este que rige “a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.

Es preciso recordar que, como tiene reiteradamente declarado la doctrina constitucional (STC 125/2004, de 19 de julio, FJ 5, con cita de las SSTC 220/1993, de 30 de junio; 89/1999, de 26 de mayo; 298/2000, de 11 de diciembre, y 93/2004, de 24 de mayo), la omisión de notificación a los perjudicados de la resolución judicial que declare la conclusión del proceso penal no puede impedir el ejercicio por estos de la acción de responsabilidad civil ex delicto en un proceso civil ulterior, pues de otro modo resultaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE.

Por las razones expuestas hemos de concluir que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la recurrente, al negarle el acceso a las actuaciones judiciales en su integridad con un razonamiento que no puede considerarse respetuoso con las exigencias de ese derecho fundamental, lo que determina la estimación del recurso de amparo.”

Intrínsecamente relacionada con la sentencia anterior (no en vano que la Tutela Judicial sea Efectiva es piedra angular del trabajo de todos los tribunales), la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional nº53/2022, de 4 de abril , que había de determinar si las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, que decretaron(al recibir el parte de lesiones) y mantuvieron el sobreseimiento provisional de la causa penal sin practicar otra diligencia que recabar informe al cuerpo policial al que pertenecía el agente que se vio implicado en el atropello del menor don A.G.B., habían vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva debido a la insuficiente investigación judicial de los hechos denunciados (art. 24.1 CE), si incumplió este mismo derecho también en su vertiente del derecho a una investigación eficaz de los hechos, si la audiencia del menor era una medida pertinente y necesaria para contrastar el informe del cuerpo de los Mossos d'Esquadra, , junto con la otras diligencias solicitadas, como la unión de las imágenes videográficas del atropello y una fotografía del lesionado que podían tener relevancia a la hora de adoptar la decisión bien de sobreseer esas diligencias previas o de continuar con la investigación:

“Tras dar traslado a las partes del informe para que formularan alegaciones, el Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento provisional de las diligencias. La causa penal fue nuevamente sobreseída provisionalmente, sin practicar ninguna de las diligencias solicitadas por la representación del denunciante. Frente a dicha resolución se interpuso recurso de reforma y apelación. En los recursos se cuestionaba el archivo con el único sustento del informe del cuerpo policial, al que se consideraba un informe de parte que no había podido ser contrastado, y sin practicar ninguna de las diligencias solicitadas, que el recurrente consideraba necesarias.

Es por ello que puede afirmarse que la investigación de la conducta policial no fue suficiente, en tanto no facilitó el adecuado esclarecimiento de los hechos denunciados. En efecto, tanto el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tarragona al acordar el sobreseimiento, como la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona al confirmar el archivo únicamente se apoyaron en el informe policial, cuyo rigor no se cuestiona, pero que fue elaborado por el mismo cuerpo de policía al

que pertenecen los agentes concernidos, su naturaleza es eminentemente valorativa y se sustenta en premisas exclusivamente aportadas por los agentes que formaron parte del dispositivo de orden público. Por lo tanto, sus conclusiones no pueden ser consideradas incontestables, ni tampoco las premisas sobre las que se apoya pueden ser calificadas como incuestionables a los efectos de poner fin a la instrucción de la causa.

No se practicó por el órgano judicial diligencia alguna cuya génesis fuera ajena al cuerpo de policía afectado por la denuncia, ni tan siquiera se tomó declaración al perjudicado como se solicitó expresamente al interponerse la denuncia. Dicha declaración, atendidas las circunstancias del caso, se advierte como una diligencia de investigación especialmente idónea, pertinente y necesaria, para confirmar o refutar las premisas que sirvieron a la elaboración del informe de inevitabilidad del atropello. No se advierte obstáculo alguno a la práctica de la misma. Tampoco se aprecia que la misma pueda calificarse de inútil o que de su realización con inmediatez

judicial pudiera ir en perjuicio del interés general en una gestión racional y eficaz de los recursos de la administración de justicia. Y, en función del resultado de tal diligencia y del visionado de la grabación videográfica aportada, procedería pronunciarse fundadamente sobre la procedencia, o no, del resto de diligencias de averiguación solicitadas.

Finalmente conviene advertir que no nos corresponde en este proceso constitucional pronunciarnos sobre el carácter penalmente relevante o no de los hechos, sino, más limitadamente, únicamente determinar a la luz de nuestra doctrina y de los recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 10.2 CE) si ha existido una investigación exhaustiva de la denuncia interpuesta para poder esclarecer adecuadamente los hechos acontecidos y su eventual relevancia jurídico penal, además de examinar la proporcionalidad del uso de la fuerza por parte de la policía y la eventual responsabilidad de quienes dirigían o ejecutaban el operativo de seguridad pública y de los manifestantes que realizaron actos violentos.

En conclusión, frente a la denuncia por las lesiones sufridas en el curso de los enfrentamientos entre manifestantes y la policía, no se produjo una investigación judicial suficiente que agotara los medios de investigación útiles para el esclarecimiento de los hechos. Y ello, pese a que se había propuesto la práctica de diligencias cuya utilidad para la investigación penal no resulta descartable, entre ellas, la declaración del lesionado.

Procede por lo tanto otorgar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no haber realizado una investigación suficiente y eficaz.

El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho exige, tal como se viene razonando en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la anulación de los autos impugnados y la retroacción de actuaciones para que se le dispense la tutela judicial demandada.”

Las situaciones análogas a las precedentes, no siempre concluyen en el modo resuelto en ambas sentencias del Tribunal Constitucional, véase como la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sección: 3 mediante Auto nº 437/2022, de nueve de septiembre - Ponente: D^a Ana María Rubio Encinas - confirma la denegación de personación como perjudicada de la Cía Aseguradora en un contrato de seguro de capturas y daños concertado sobre el buque «Villa de Pitanxo» que se hundió en la madrugada del 15.02.2022 en aguas internacionales, basado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en los arts. 109 y 110 de la LECrim y 24 de la Constitución causándola indefensión dado que se ve privada de acceder a las pruebas relativas a la causa del hundimiento del buque:

“En definitiva, la condición de perjudicada la sustenta la apelante en que dada su condición de aseguradora de los daños o pérdida del buque y/o de sus capturas, precisa intervenir en este procedimiento para tener acceso a la Protesta de Mar y a las pruebas que se practiquen relativas a las causas del hundimiento, existiendo indicios de ilícitos penales en las conductas de los supervivientes dadas las contradictorias versiones que dan acerca de cómo se produjo el naufragio. Sin embargo, esas circunstancias no justifican su

condición de perjudicada en este procedimiento ni tampoco consta que no pueda obtener la Protesta de Mar al margen de este, en su condición de aseguradora de los daños del buque. En su caso, y de seguirse un procedimiento civil contra ella por parte del dueño del buque o de quien estuviere legitimado, derivado del incumplimiento del contrato de seguro concertado, podrá oponer, como se señala en la resolución recurrida, la cuestión prejudicial penal para la paralización de la tramitación de aquel conforme a lo establecido en el art. 40 de la LECivil.”



Acerca de la presunta infracción del artículo 5.2 de la ley 8/2004 sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, puesto en relación con el artículo 76 de la ley de contrato de seguros (acción directa), por cuanto el remolque o semirremolque no tiene naturaleza de carga transportada, sino que se trata de un vehículo autónomo e independiente, con legitimación para exigir responsabilidad por los daños que le cause la cabeza tractora», se pronuncia la Sentencia nº 598/2022, de 12 de septiembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, sin imponer las costas a la parte recurrente porque las dudas de derecho sobre la cuestión controvertida no quedaran despejadas hasta la sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021 y la posterior sentencia del propio Tribunal Supremo nº 680/2021, de 7 de octubre, posteriores ambas a la interposición y admisión del recurso de casación (art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC):

“ El presente recurso de casación se interpone en un litigio en el que la entidad demandante, hoy recurrente, propietaria del semirremolque Schmitz SCS24 matrícula W... YGG , reclamó de la entidad demandada, hoy recurrida, como aseguradora del tracto-camión Mercedes Benz Actros matrícula ...GGF , el importe de los daños materiales sufridos por el primero (31.780,82 euros según el presupuesto de reparación aportado como doc. 6 de la demanda) más intereses (sin mayor precisión al respecto) a resultas del accidente ocurrido el día 21 de junio de 2017 en el término

municipal de Legutiano (Araba/Álava) consistente en la salida de la vía del vehículo articulado por culpa de su conductor. SEGUNDO.- Conforme a la doctrina jurisprudencial de esta sala al resolver recursos sustancialmente iguales (sentencias 680/2021, de 7 de octubre, de pleno, 153/2022, de 28 de febrero, y 324/2022, de 25 de abril), el art. 5.2 LRCSCVM debe ser interpretado en el sentido de que, en casos como este de accidente de tráfico de un vehículo articulado debido a la culpa del conductor del camión-tractor, los daños sufridos por el semirremolque están excluidos de la cobertura

del seguro obligatorio del camión-tractor porque el semirremolque se asimila a las «cosas transportadas» y porque el TJUE ha despejado cualquier duda acerca de que tal exclusión pueda contravenir el Derecho de la Unión. TERCERO.- En consecuencia, limitado el único motivo del recurso de casación de la entidad demandante a proponer que no se aplique la exclusión, el recurso ha de ser desestimado por no oponerse la sentencia recurrida, desestimatoria de la demanda, a dicha doctrina jurisprudencial”

Hablando de remolques , semirremolques y grúas veamos un recurso que se fundamenta en la tesis de que la responsabilidad de la compañía aseguradora de la Grúa que transportaba la cabeza tractora propiedad de T E P e hijos, S.L. y que deriva de un accidente de circulación cuya responsabilidad se atribuye al vehículo asegurado con seguro obligatorio con la apelante, está excluida como consecuencia de lo establecido en el artículo 5.2 de la LRCSCVM... La Sentencia recurrida lo interpreta en el sentido de distinguir entre bienes transportados en el vehículo asegurado y bienes transportados por el vehículo asegurado y considera acreditado que, en este caso, la cabeza tractora era transportada por la grúa y no en la grúa, puesto que se arrastraba con las ruedas apoyadas en el asfalto. Se consideró en dicha sentencia que, al ser así, estaríamos en un caso análogo al de los remolques y semirremolques y que, por tanto, no resultaría aplicable la exclusión contenida en dicho precepto legal. Pero según la sentencia antes transcrita de la Sala 1ª del Tribunal Supremo el art. 5.2 LRCSCVM debe ser interpretado en el sentido de que, en los casos de accidente de tráfico de un vehículo articulado debido a la culpa del conductor del camión-tractor, efectivamente excluye dicha cobertura porque el semirremolque se asimila a las cosas transportadas en el camión-tractor asegurado. De esta forma y dado que la resolución recurrida estima la demanda contra la aseguradora(de la Grúa) en atención a la consideración de la analogía entre los remolques y semirremolques y el realizado en este caso y establece que debe aplicársele la normativa relativa a ese tipo de transporte, la resolución aparece como contraria a la Jurisprudencia citada, así lo considera la Sentencia nº 275/2022 , de 2 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Zamora Sección: 1- Ponente: La Ilma. Sra. Magistrada Dª. Esther González González -:

“Nadie discute la responsabilidad del conductor de la grúa y de dicha responsabilidad derivaría la de la propietaria de la misma que era la entidad que se encargó de transportar la cabeza tractora de la entidad demandante. Tanto si se parte de la responsabilidad contractual en virtud del contrato que la parte actora suscribió con la propietaria de la grúa para el transporte de la cabeza tractora, como si se basara la reclamación en la responsabilidad extracontractual (supuesto por ejemplo de transporte

de la cabeza tractora como consecuencia de un accidente o avería y por cuenta de un tercero como una aseguradora y sin que exista relación contractual ente el dueño de la grúa y el de la cabeza tractora), esa responsabilidad existe y de ella se derivarían las consecuencias indemnizatorias que se prevé en los artículos 1101 y siguientes y 1902 del Código Civil. En el primero de los casos, porque claramente se ha producido un incumplimiento contractual al haber ocasionado daños en el elemento transportado que debería haber llegado indemne

a su destino como consecuencia del contrato suscrito entre las partes y que concierne directamente a la empresa que asume la obligación de transportar la cabeza tractora. Los artículos 1101, 1103 y 1104 del Código Civil establecen este tipo de responsabilidad y sus consecuencias consistentes en indemnizar los daños y perjuicios causados y los artículos 1902 y 1903 determinan la responsabilidad extracontractual por daños propios y de los dependientes en relación con los dueños de las empresas.”

¿Puede existir una responsabilidad por la mera asegurabilidad- a pesar de haberse aceptado que el asegurado no es causante responsable del daño -? A juicio de la Sentencia nº 129/2022, de 21 de febrero, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo - Ponente: D. José Luis Seoane Spiegelberg - no:

“...nos encontramos ante un contrato de seguro de responsabilidad civil, definido por el art. 73 de la LCS, ... La finalidad de esta clase de seguros consiste pues en la protección del asegurado, ante la eventualidad de la responsabilidad en que pueda incurrir frente a terceros. La correlativa obligación de resarcimiento del asegurador, para dejar patrimonialmente indemne al asegurado, se encuentra condicionada a la producción del siniestro que, durante la vigencia del contrato, sea consecuencia de la realización de un riesgo, que no se encuentre debidamente excluido de cobertura, sino abarcado por la misma, bajo los requisitos legalmente exigibles; es decir «dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato». El daño, objeto de aseguramiento, tiene características propias, en tanto en cuanto no cubre un bien concreto del asegurado, sino que da cobertura a todo

su patrimonio; y en segundo lugar, el daño afecta al asegurado de forma indirecta, pues repercute directamente en el patrimonio de la víctima, que lo padece, y, de manera consecencial o indirecta, en el del asegurado responsable de su resarcimiento. El siniestro grave, pues, el patrimonio del asegurado, dado que supone para él una deuda de responsabilidad de la que debe hacerse cargo. De ahí su interés para concertar un contrato, como el litigioso, que le garantice su indemnidad patrimonial. En esta clase de seguros, si no existe responsabilidad civil en el asegurado, de manera tal que su patrimonio pueda verse afectado en virtud de un título de imputación jurídica que implique deba hacerse cargo de un daño (art. 1911 CC), no puede haber responsabilidad de la compañía aseguradora; pues declararlo así implicaría que el daño discurriera por derroteros distintos a los

contemplados por las partes a la hora de contratar el seguro. No puede existir una responsabilidad por la mera asegurabilidad, de forma que la existencia de una póliza de seguro dé amparo a reclamaciones de daños fuera de la órbita de la ley y del contrato, como exige el art. 73 de la LCS para la operatividad de la cobertura objeto del proceso. La sentencia recurrida, tras analizar la prueba practicada, concluye que ha quedado desvirtuada la tesis de la actora sobre la forma en que se desarrollaron los hechos. Se argumenta que el daño corporal sufrido no es coherente con el cruce del perro y un supuesto golpe en la pierna que le hiciera caer al suelo y golpearse con un bordillo; por el contrario, la fractura padecida es propia de un enganche o tropiezo con algún saliente o hueco que le hiciera girar sobre su propio cuerpo con el pie detenido. Concluye la Audiencia que

las «lesiones causadas no lo fueron por la influencia del perro que era paseado por la demandante». Esta intangible, en casación, valoración de la prueba, determina la inexistencia de responsabilidad civil de la propietaria del perro y, por ende, de la compañía demandada que cubre su responsabilidad civil. No hay ningún título de imputación jurídica, contractual o legal, que determine, en este caso, la responsabilidad de la demandada, si se dice y declara probado que el perro no tuvo influencia alguna en la producción del daño, con lo que éste proviene de fuente distinta. No nos encontramos ante un seguro de accidentes, que cubra a la demandante, pactado a su favor por la fundación titular del perro, sino de responsabilidad civil. En el caso de un contrato de seguro de esta naturaleza, responsabilidad del asegurado y seguro de responsabilidad civil son conceptos íntimamente vinculados o interdependientes, en tanto en cuanto el seguro suscrito da cobertura al riesgo derivado del gravamen económico, que supone para el asegurado la obligación de indemnizar a un tercero por los daños causados. Es, por ello, que reiterada jurisprudencia de esta sala viene proclamando, por ejemplo, la sentencia 469/2001, de 17 de mayo, que: «Evidentemente la declaración de existencia (en éste, o con anterioridad en otro proceso) de responsabilidad civil del asegurado (hecho culposo reprochable al mismo) es presupuesto básico para que pueda prosperar la acción directa ejercitada contra la entidad aseguradora (Sentencias 20 diciembre 1989 y 15 junio 1995, entre otras), de tal modo que la inexistencia de responsabilidad civil (como obligación atribuida

a una persona respecto a indemnizar a otra los daños y perjuicios causados, - art. 73 LCS y S. 3 octubre 1998-), por no apreciarse culpa extracontractual (arts. 1093, y 1902 y sgs. del Código Civil) en el asegurado, excluye la obligación de la aseguradora (Sentencias, entre otras, de 27 octubre 1989, 13 mayo 1992, 13 noviembre 1993, 9 octubre y 30 diciembre 1995, 1 y 3 abril, 5 julio y 27 septiembre 1996, 31 enero 1998, 24 febrero 1999)». En este mismo sentido, nos expresamos en la sentencia 579/2019, de 5 de noviembre, en la que señalamos: «La acción directa no es subsidiaria de la acción contra el responsable, más esa autonomía procesal lo es respecto del contrato de seguro, pero no de los contornos de la responsabilidad del asegurado; es decir de

dicha autonomía procesal no puede deducirse que la misma concede un derecho sustantivo autónomo o independiente nacido de la sola conjunción del hecho dañoso y su genérica cobertura por el seguro de responsabilidad civil. Dicho seguro no cubre el daño, sino la responsabilidad (de otro), por lo que la acción directa no hace a la aseguradora responsable sino «garante de la obligación de indemnizar»

Por todo ello, al considerarse, por la sentencia de la Audiencia, que el perro, titularidad de la fundación de la ONCE, no tuvo influencia en la génesis del daño, ni existe título de imputación jurídica a la entidad dueña del animal, no puede existir cobertura de seguro, por lo que el recurso de casación debe ser estimado.»

La recurrente presentó demanda de juicio ordinario ante la jurisdicción civil frente a la aseguradora de la responsabilidad profesional del Servicio de Salud de Castilla y León, en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el diagnóstico y defectuoso tratamiento médico de una dolencia lumbar, el Juzgado de Primera Instancia estimó la declinatoria de jurisdicción formulada por la demandada y declaró su falta de jurisdicción para el conocimiento de las actuaciones, al entender que debía conocer de las mismas el orden contencioso-administrativo. La actora interpuso demanda, con el mismo objeto, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-León, con sede en Valladolid, que por auto de 20 de julio de 2021, declaró, por su parte, no haber lugar a la admisión del recurso, por falta de jurisdicción, al ser competente la jurisdicción civil. Interpuesto recurso por defecto de jurisdicción es resuelto por la Sala Especial de Conflictos de Competencia Art. 42 LOPJ, Tribunal Supremo. Auto 2/2022 ,de 2 de marzo, -ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg-:

“En definitiva, corresponde a la jurisdicción civil resolver los casos de ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS contra la compañía aseguradora, siempre que ésta sea la única demandada, como así se ha expresado la sentencia

del Pleno de la Sala 1.ª 321/2019, de 5 de junio, en cuyo caso se delimitará la responsabilidad de la compañía de seguros, tras determinarse la propia de la entidad pública asegurada, lo que conforma una cuestión prejudicial contencioso-

administrativa del art. 42 de la LEC, susceptible de decidirse ante el orden jurisdiccional civil, mediante la aplicación de la normativa de derecho administrativo que la rige (sentencias de la Sala de lo Civil 579/2019, de 5 de noviembre; 473/2020, de 17 de septiembre y 501/2020, de 5 de octubre, entre otras).”...” En el sentido expuesto se ha manifestado esta Sala de Conflictos de Competencia, de la que constituye la más reciente manifestación el auto de 19 de febrero de 2014, dictado en recurso 42/2013... El art. 35 LRJSP, antes transcrito, no impide esta interpretación, ya que dicho precepto se refiere a la legislación administrativa aplicable, no a la jurisdicción competente, que viene regulada en el art. 9.4 LOPJ, no afectado por la Ley 40/2015”.

El Auto dictado en el Nº de Recurso: 27/2022, de 20 de septiembre por la Sala 1ª del Tribunal Supremo -ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile- decide la cuestión de competencia territorial negativa con origen en una solicitud de diligencia preliminar consistente en la exhibición de documentos, concretamente, póliza de seguros, que se presentó ante los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, que rechazó su competencia por entender que correspondía a los de Madrid, al tener la demandada aseguradora su domicilio social en dicho partido judicial:

“Procede resolver la cuestión,...declarando la

competencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, en aplicación del artículo 257.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece la competencia del juez del domicilio de la persona que, en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordasen para preparar el juicio, en relación con el art. 51.1 del mismo Cuerpo Legal. Dado que la demandada es una persona jurídica, conforme al último precepto citado, podrá ser demandada en su domicilio o en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio, haya nacido o deba surtir efectos, siempre que se tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad. Barcelona es el lugar donde tuvo lugar el accidente de tráfico y, en consecuencia, donde nació la situación a la que se refiere el litigio, ciudad en la que demandada tiene establecimiento abierto al público. En el mismo sentido, entre otros, el ATS de 11 de octubre de 2016 (conflicto 996/2016), ATS de 30 de mayo de 2018 (conflicto 70/2018), y ATS de 17 de julio de 2018 (conflicto 140/2018).”

El auto dictado el 20 de septiembre de 2022 en el Nº de Recurso: 215/2022, por el Tribunal Supremo. Sala 1ª - ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.- decide una frecuente cuestión de competencia (con cesión de crédito):

“Y es que la acción ejercitada en el presente caso no lo es por el propio perjudicado, sino por la cesionaria del perjudicado como consecuencia del contrato de cesión de crédito suscrito entre las partes, supuesto análogo a la acción prevista en el artículo 43 de la LCS. Así, en los autos 48/2021, de 29 de octubre o 190/2029, de 29 de octubre, se señala lo siguiente: «[...]en atención a la acción ejercitada -acción de repetición, ex artículo 43 LCS - el presente conflicto negativo de competencia territorial debe resolverse declarando competente al Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Sevilla, con base en el artículo 51.1 LEC, referido al fuero general de las personas jurídicas, según el cual «salvo que la ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad[...]». Debemos tener presente que es doctrina reiterada de esta sala (recogida, entre otros, en AATS de 12 de julio de 2017, conflicto nº 80/2017, conflicto nº 1015/2016, 26 de octubre de 2016, de 3 de junio de 2015, conflicto nº 52/2015, entre otros) que la acción del artículo 43 de la LCS es la acción de repetición por las cantidades abonadas y no la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios, sin que resulte de aplicación la regla 9.ª del artículo 52.1 de la LEC, por lo que, al no presentar especialidad alguna, resultan de aplicación las reglas generales de competencia territorial contenidas en los artículos

50 y 51 del mismo texto legal, que atribuyen el conocimiento del litigio al órgano judicial en el que tenga su domicilio la parte demandada. Pues bien, en este caso la demandante, como cesionaria, es ajena al lugar en que acaeció el accidente, por lo que procede declarar la competencia a favor Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid dado que la competencia territorial se debe determinar a través del artículo 51 de la LEC y el domicilio social de Mutua Madrileña se encuentra en dicho partido judicial. Además, no consta que la aseguradora demandada tenga sucursal abierta al público en Algeciras, que es el lugar donde se interpuso la demanda.”

mismo fallo, pero desde una perspectiva de género, que la sentencia aprobada ignora completamente, obviando de este modo la razón que llevó al legislador a la aprobación del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.”

En este contexto, la perspectiva de género en el examen de la constitucionalidad de los apartados décimo y decimonoveno del art. segundo de la Ley 8/2021, hubiera exigido analizar por qué y cómo las medidas cuestionadas afectan en particular (aunque no en exclusiva) a las relaciones de poder entre un padre y una madre que, encontrándose en una situación de violencia, tienen hijos o hijas en común

pareja o expareja.

“...el disenso en la argumentación tiene que ver con la ausencia de enfoque feminista en la sentencia del Pleno, esa discrepancia se acentúa en particular en relación con la interpretación conforme de constitucionalidad que se realiza respecto del art. 94 CC”

La sentencia aprobada por el Pleno afirma que el art 94 CC, en la redacción dada por la Ley 8/2021 “no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias [...] sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el

El Pleno del Tribunal Constitucional mediante la Sentencia Nº 106/2022, de 13 de septiembre de 2022, ha decidido desestimar por unanimidad el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra la regulación dada a los arts. 94.4 y 156-2 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio (relativos al régimen de visitas o estancias de los menores, y a la atribución a uno de los progenitores de la decisión de que el menor sea asistido y atendido psicológicamente , respectivamente), concluyendo que el párrafo cuarto del art. 94 del Código Civil carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores, pues si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas o estancias, respecto del progenitor denunciado o querrellado que hubiera sido imputado formalmente por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del art. 94 del Código Civil señala, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal, así como la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. Finalmente la sentencia también rechaza que la regulación del art.156.2 del Código Civil sea inconstitucional, pues ni se advierte, ni se argumenta en el recurso, que la atribución a uno de los progenitores de la decisión de que el menor sea asistido y atendido psicológicamente, informando previamente al otro, en los supuestos que el precepto establece -caracterizados por un claro enfrentamiento y hostilidad entre ambos progenitores-, y por tanto, atendida la dificultad de alcanzar un acuerdo, sea irrazonable, desproporcionada, arbitraria, o contravenga el interés del menor (art. 39 CE).

No obstante , creo necesario destacar el voto concurrente(que no particular , y en cuanto que la sentencia es unánime , la integra) que formulan la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, “...la práctica ha terminado por definir como voto particular al que se opone al fallo y como voto concurrente el que se opone a la argumentación, pero no al fallo...” ”... cualquiera de los dos, con la misma importancia, son como decía Francisco Tomás y Valiente “una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas”:

“...a nuestro juicio, existe otra forma de interpretar la norma sometida a examen que admite llegar al

con los que despliegan una relación propia que mediatiza la que tienen entre ellos como

establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias

o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado” por hechos calificables como violencia de género, o “cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”. Por tanto, la sentencia sostiene que el margen de decisión del juzgador abarca la posibilidad de limitar las relaciones y derechos parentales o no hacerlo, en función de las circunstancias del caso, porque solo de este modo es posible asegurar el interés superior del menor. Resulta clarificadora de este argumento la afirmación de que “cuando está en juego el interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos”.

Esta interpretación, y el argumento en que se funda, esto es la garantía del interés superior del menor que se conecta con el art. 39 CE en los términos que describe adecuadamente la sentencia, esquiva y elude la dicción literal del precepto, e ignora que la evolución normativa descrita previamente tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer progresivamente medidas más restrictivas del mantenimiento de las relaciones parentales, en aplicación de un principio de precaución y de protección que no es ajeno a la garantía del interés superior de los menores, buscando preservar además la integridad física y moral de sus madres. Y ello habida cuenta de que se

constata, estadísticamente, la existencia de una innegable violencia vicaria, que utiliza el mal trato a los hijos como medida de presión y control de sus madres.

La salvaguarda del principio de conservación de la norma, como se ha dicho en repetidas ocasiones por el Tribunal “encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7), sin que corresponda a este tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde” (por todas STC 116/2017, FJ 3). A nuestro juicio, la interpretación realizada por la sentencia, no se corresponde con su sentido evidente. Y, su sentido evidente, tampoco entra en contradicción con ningún precepto constitucional.

La lectura del artículo 94, párrafo cuarto CC que realiza la sentencia aprobada por la mayoría dando a entender que no modula en modo alguno la discrecionalidad judicial a la hora de establecer regímenes de estancias, visitas y comunicaciones en casos de violencia de género o violencia doméstica, neutraliza por completo la finalidad que dicha norma está llamada a cumplir, y que ha justificado su incorporación al ordenamiento jurídico, y la convierte en completamente innecesaria, por cuanto no aportaría nada

adicional en relación con la realidad jurídica preexistente. ...el efecto de una interpretación del precepto como la que formula la sentencia aprobada por la mayoría equivaldría, a efectos prácticos, a una anulación del mismo consiguiente a su declaración de inconstitucionalidad, lo que constituye una clara contradicción entre la argumentación y el fallo.

...la sentencia omite por completo que junto a la finalidad esencial de preservar a las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y su adecuado desarrollo tiene la exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica, el precepto está también orientado a proteger a las mujeres víctimas de la violencia de género de actos y conductas dirigidos a causarles daño a través de sus hijos e hijas menores de edad...

La deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género en general y a la violencia vicaria en particular constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad...que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).”

Sentencia nº119/2022, de veintisiete de abril, de la Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, -Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Solsona Abad.- nos recuerda la actual doctrina del Tribunal Supremo descarta la aplicación en casos de negligencia médica de la normativa de consumidores.

Ponderamos en la sentencia nº 57/2022, de quince de febrero, de la Sección: 14 de la Audiencia Provincial de Madrid - Ponente: Juan Lucas Uceda Ojeda- dictada por negligencia médica, su pronunciamiento sobre pérdida de oportunidad:

“Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm.475/13 del 03 de julio de 2013 (ROJ: STS 3604/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3604) , con cita de otras, razona: «según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001 ; 26 de marzo de 2004 ; 17 de noviembre de 2004 ; 5 de enero y 26 de 2007 ; 4 de junio 2009); aspectos estos que no han sido cuestionados en la sentencia.»

“NOVENO.- Por último abordaremos, siendo otro de los temas delicados a los que nos enfrentamos, es decir, determinar la indemnización que debe recibir el actor por la pérdida de oportunidad, pues en definitiva no debemos indemnizar en función del estado en que se encuentra el demandante, que es lo que hemos estado analizando en el anterior fundamento de derecho, sino en función de la probabilidad de que los actuaciones médicas no realizados o realizadas de modo irregular hubieran podido minorar los daños sufridos por el actor. Antes de explicar el camino seguido para efectuar el cálculo debemos rechazar que la intervención quirúrgica pudiera haber roto la relación de causalidad agravando el estado del enfermo, pues con la lectura del historial del Hospital V ME conocemos que en el control neurofisiológico preoperatorio se apreciaba una severa afectación medular con escasa conducción por debajo de C7, situación que tuvo muy ligera mejoría al finalizar la cirugía. Para hacer este cálculo creemos que debemos tener presente el informe presentado por la actora, en cuya página 54 explica respecto al momento en que se debe realizar esta

cirugía, « una descompresión precoz tras la lesión medular aguda mejora el pronóstico neurológico a largo plazo, esto ha sido apoyado por un estudio prospectivo multicéntrico. El Surgical Treatment of Acute Spinal Cord Injury Study mostro que tras una lesión de la columna cervical, los pacientes en los que se realizó una descompresión antes de las 24 horas presentaban una mejoría neurológica significativa (definida como al menos una mejoría 2 grados en la escala AIS) a los 6 meses de seguimiento en comparación con lo que esta descompresión se realizó de forma tardía (más de 24 horas) (19,8% frente a 8%)» Respecto a la inmovilización del paciente en la página 16 se indica que «Los médicos y el resto del personal sanitario que tratan los pacientes con lesiones en la columna deben tener siempre presente que una manipulación excesiva o una inmovilización inadecuada de tales pacientes pueden causar daños neurológicos adicionales y empeorar el pronóstico del paciente. Por lo menos el 5% de los pacientes con lesión en la columna experimentan el inicio de síntomas neurológicos o el empeoramiento de preexistentes síntomas después de llegar al servicio de urgencias, lo que generalmente se debe a la isquemia o progresión del edema de la medula espinal, pero también puede ser el resultado de una inmovilización inadecuada». Sobre el mismo tema la página 17 del informe de los doctores don Victorio , don Jose Luis y don Jose María , expresa que «la protección de las lesiones de la columna y de la medula espinal comienza en el lugar del accidente. Hasta en un 25% de los pacientes, una deficiente inmovilización y manejo se ha relacionado con lesiones neurológicas adicionales tras



el traumatismo inicial. Las recomendaciones actuales para la inmovilización del paciente durante el transporte son el uso de un collarín cervical rígido, soportes laterales y bandas en torno al cuerpo para inmovilizar al paciente sobre una tabla rígida que le proteja toda la columna». Conociendo la situación que ya presentaba el señor Jesús Carlos y la dificultad de asegurar un completo éxito en el tratamiento de estas lesiones, consideramos que un veinte por ciento de la cantidad que hemos fijado en el anterior fundamento de derecho puede ser adecuado para resarcir la pérdida de la oportunidad de haber tenido unos tratamientos médicos que pudieran haber conseguido una mejoría en la situación neurológica que presenta el actor en este momento, por tanto la condena la fijaremos en la cantidad de 167.966,15 euros.”

«Tallemlí el coll a aquet fill de puta, estem tardant. # Alberto », publicada a las 21:05 horas del día 18 de marzo de 2020, coincidiendo con el discurso que dio S.M. el Rey, Felipe VI por televisión sobre la pandemia del COVID-19, es claramente injuriosa pues por tal ha de tenerse el llamar a otra persona hijo de puta. Esta expresión injuriosa, en cuanto es dirigida de forma clara y expresa contra el Rey, cuando no se encuentra en el ejercicio de sus funciones, y es propagada por escrito y con publicidad a un número indeterminado de personas, son constitutivas del delito previsto y penado en el art. 491-1- delito contra la corona -. No teniendo justificación ni en la crítica, ni en la libertad de expresión, pues para mostrar una convicción antimonárquica no se precisa llegar al insulto, ni acompañar el mismo con una invitación pública a cortar el cuello, expresión esta última

El resto de las frases publicadas por el acusado en su twitter podrán ser de mejor o peor gusto, pero no contienen ninguna frase susceptible de ser calificadas de injuriosa contra el Rey”

“...debe recordarse con Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 192/2001 de 14 Febrero de 2001, que por lo que se refiere a los límites de la crítica, como manifestación de la libertad de expresión y opinión, es doctrina reiterada la de que el ejercicio de la libertad de expresión. (también el derecho a la información) no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquél cuyo comportamiento o

Si coincidiendo con el discurso que dio S.M. el Rey Felipe VI por televisión sobre la pandemia del COVID-19, el acusado publicó en abierto un mensaje en la red social Twitter, en el perfil D con el siguiente tenor: «En serio. Tallemlí el coll a aquet fill de puta, estem tardant. # Alberto / En serio. Cortémosle el cuello a este hijo de puta, estamos tardando. # Alberto », o el acusado con ocasión de otros discursos (del Rey el 24 de diciembre de 2019 o de la Princesa de Asturias, el 4 de noviembre de 2019), el 25 de diciembre de 2019 publicó en catalán el siguiente mensaje: «No he visto el #DiscursoDel Rey pero sol o con el resumen casi cojo una otitis. Cuanta mierda y mentira desde su pedestal anacrónico y post franquista. #Chusma». El 4 de noviembre de 2019 publicó el siguiente mensaje: « < Te lo diré en castellano : Me importa una mierda el idioma que hables. Vestida de rojo o de verde, eres puta y tu es tirpe» Publicando una noticia del diario El País sobre el discurso dado por la Princesa Josefa en catalán con ocasión de los premios Princesa de Girona. También en diciembre de 2019 desde el mismo perfil publicó contenidos contra España (retuit del perfil D en el que se lee «Fu ck# Spain / JódeteEspaña », D comenta « Severino / siempre »), contra las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Policía, Guardia Civil y Mossos) y dos tuits recordando el fallecimiento de dos miembros de ETA. En el publicado el 21 de diciembre de 2019, el investigado publicó el mensaje en catalán « 41 años de su asesinato» con una foto del miembro de ETA Ruperto (Luis María) publicada por el perfil de Twitter Arran L>Hospitalet; ¿ cualquier mensaje en Twitter- declarado probado en juicio – aludiendo en modo más o menos grosero a la Familia Real resulta impune, o hay matices en la punibilidad ? Según la Sentencia nº 7/2022, de 7 de marzo, del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, si hay matices entre el mal gusto y lo punible:

“ De todas las frases publicadas por el acusado resulta incuestionable que la primera de ellas que dice

que refleja el claro ánimo de injuriar que guiaba al sujeto al llamar hijo de puta al monarca.

manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce

el derecho al insulto (SSTC 105/1990, 85/1992, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995 y 204/1997).”

julio de 2012, en el que habían sufrido sendos traumatismos cervicales con secuelas.» Todo ello supuso un medio hábil para lograr superar las funciones

lo que determinó la renuncia de acciones por parte de los acusados que intervinieron en el mismo. Como expresa el hecho probado, tal renuncia no fue espontánea «sino que vino motivada por la perspectiva de sufrir un encausamiento por delito de estafa procesal, en razón de la fuerza incriminatoria que derivaba del informe pericial del gabinete VALORA, así como por la inculpación del abogado al que la mayor parte de los acusados habían confiado directamente la negociación con la compañía y las eventuales reclamaciones en vía jurisdiccional, Don León como posible autor de distintos delitos de estafa, lo que les hizo temer seguir la misma suerte.» Como consecuencia de ello, el resultado no llegó a producirse, lo que ha llevado a castigar el delito como intentado”

Acerca del delito - intentado- de estafa procesal mencionar la reciente Sentencia nº 776/2022 ,de 22 de septiembre -Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz - de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, “La aseguradora I C L sucursal en España ha soportado gastos por gestión del accidente simulado, por importe de (3.156,87 €), pero no ha llegado a satisfacer cantidad alguna a los acusados en concepto de indemnización por lesiones o gastos derivados de un supuesto accidente del día 6 de enero de 2013....la sentencia declara probado que «Los seis acusados eran conocedores de que dicho accidente nunca tuvo lugar o bien discurrió en circunstancias que no habrían dado lugar al abono de indemnización alguna por parte de esa aseguradora, ni por lesiones, ni por gastos de asistencia sanitaria y rehabilitación”:

“Contodoelloyconelfin de obtener un pronunciamiento judicial condenatorio de la aseguradora al pago de sendas indemnizaciones por los menoscabos corporales que falsamente se habían atribuido como consecuencia del siniestro, entablaron los correspondientes procedimientos, penal unos y civil otros. En el procedimiento penal, «al ser citados por el Juzgado, al Médico Forense, facilitando a las profesionales forenses que les reconocieron la documentación clínica de la que se habían proveído el propio día 6 de enero en los servicios sanitarios correspondientes, emitiéndose los correspondientes informes de sanidad por las médicas forenses actuantes, ... , en base al examen de los referidos denunciados y a esa documentación previa. Los acusados Don E y Don E omitieron intencionadamente mencionar a las médicas forenses que los examinaron, la circunstancia de que ambos habían estado implicados en un accidente de tráfico, también por alcance, en el mes de

de control que corresponden al juez, pues a través de tan mendaces documentos aportados pretendían acreditar haber sufrido determinadas lesiones como consecuencia de un accidente de tráfico que realmente no se había producido o, cuanto menos, no se produjo en las circunstancias expuestas por los acusados. Y desde luego no puede negarse a tales documentos aptitud para producir determinados efectos en el procedimiento en contra de los intereses de la compañía aseguradora. De hecho, fueron admitidos por el Juez y unidos al procedimiento, llegando a convocar juicio oral. Fue únicamente la acción de la compañía, aportando en el acto del juicio celebrado ante el juzgado de instrucción un informe pericial que concluía que, desde el punto de vista técnico, no existía una correlación lógica entre los daños del vehículo SEAT IBIZA Y-....-FD , con los que presentaba el vehículo contrario AUDI A3,-YQM , y el resultado del resto de las pruebas practicadas en el juicio,

El auto dictado en nº de Recurso: 3027/2020, de 14 de Septiembre ,de la Sala 1ª del Tribunal Supremo -ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.- , inadmite partiendo - a modo de silogismo - de los hechos probados, (que, es cierto, le “ atan las manos”) “La regla general en la que se fija el dies a quo del devengo de los intereses en la fecha del siniestro sufre dos excepciones: ... la segunda excepción viene referida al tercero perjudicado o sus herederos, respecto a los cuales, siendo también la regla general que los intereses habrán de devengarse desde la fecha del siniestro (artículo 20.6.ª I LCS), de forma excepcional, en el caso de que el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos,

será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del ejercicio de la acción directa (art. 20.6.ª III LCS) (lo cierto es que según la regla general se condena a la aseguradora desde la fecha del hecho origen del daño salvo que esta pruebe que tuvo conocimiento posterior, en este caso no se tuvo conocimiento de esto último...pero se dio por probado , a falta de constancia ... de lo que la regla general presumía) :

“En el presente caso, se da la segunda de las excepciones que acaban de indicarse y es que la sentencia recurrida da por probado que la aseguradora conoció del siniestro cuando se presentó la demanda ya que no se tiene constancia cierta de que hubiera tenido conocimiento con anterioridad.”... estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso”

Destacable por el infrecuente conocimiento de la práctica cambiaria que refleja, hay que citar la Sentencia nº 706/2022, de 11 de julio, de Sala 2ª del Tribunal Supremo. - Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García:-

“SÉPTIMO.- Aunque por un camino procesal equivocado (art. 849.2º), la siguiente queja (motivo tercero) encierra una pretensión en la que acompaña la razón al recurrente. Ha sido objeto de apoyo por el Ministerio Fiscal: no procede la indemnización a la entidad que ejerce la acusación particular por las dos primeras cambiarias abonadas en tanto, según el

hecho probado (lo que nos remite al art. 849.1º), fueron abonadas probablemente por el librador, es decir por la empresa del recurrente. Esa indemnización es equivocada y ha de ser suprimida. La indemnización fijada en favor de la entidad bancaria sí tiene fundamento: alegar ausencia total de prueba del perjuicio es afirmación retórica insostenible. La prueba está en que las cambiarias se descontaron y no se han abonado,. Si el acusado las hubiese abonado, hubiese aportado la correspondiente documentación. Decir que no hay prueba de su impago porque el banco no se ha preocupado de demostrar que no se han pagado!; o porque no se ha personado, es falaz. Es responsabilidad civil nacida de delito con un plazo de prescripción que no solo ha quedado interrumpido, sino que, además, no coincide con el de la acción cambiaria (arts. 1089 y ss CCivil). Igualmente si hubiese existido un pacto de novación de la deuda o refinanciación sería el acusado quien debiera demostrarlo: estamos ante cuestiones civiles en que la presunción de inocencia no juega. No obstante, acogiendo en este punto el argumento de la representante del Ministerio Público, al fijar la Audiencia esa indemnización en favor de la entidad bancaria entra en contradicción con el principio de rogación, en tanto no existió una concreta solicitud con ese contenido. La entidad bancaria no fue parte. El Ministerio Fiscal solicitó la indemnización para la parte constituida como acusación particular. El Tribunal, en cambio, de forma desajustada, la establece en el monto correspondiente en favor del Banco apartándose así de lo que se le pedía. En ese punto también ha de ser estimado el motivo, lo que no obsta a que el Banco pueda

reclamar en la correspondiente vía jurisdiccional al quedar ese tema imprejuizado.”

La Sentencia nº 17/2022, de 6 de septiembre , de la Sección Primera ,de la Audiencia Provincial de Zamora -Ponente: Pedro Jesus Garcia Garzón- decide respecto de tres delitos de conducción de vehículo de motor bajo la influencia del consumo de drogas, conducción temeraria con peligro concreto a la vida e integridad de las personas y tres homicidios por imprudencia grave, afirmándose con tino en las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 2017, y 6 de abril de 2.022, para aplicar la reforma del Código Penal de 2019 , y solucionar el supuesto de unidad de acción con actuación imprudente con varios resultados a raíz de esta, pero además afirma sobre la atenuante de reparación del daño:

“Pues bien, en el supuesto analizado el daño infligido a los perjudicados no ha sido reparado ni lo será nunca puesto que la acción del acusado ha supuesto la pérdida de la vida de sus seres queridos, vidas que resultan irremplazables por cualquier tipo de indemnización que pueda ser ofrecida, lo que comportaría por sí solo la no concurrencia en el supuesto de autos de la atenuante alegada por la defensa.

Pero es que, a mayores de lo anterior, resulta que el culpable, D.M, nada ha reparado del daño causado, toda vez que las indemnizaciones satisfechas a los perjudicados,

familiares de las víctimas, lo han sido por la Compañía Aseguradora del vehículo conducido por el mismo en el momento de los hechos, no aceptando la Jurisprudencia, en contra de lo alegado por su dirección jurídica, que el pago realizado por una aseguradora integre la atenuante por el mismo interesado. Así, la STS de fecha 4/11/2010, Recurso 1028/2010 que se remite expresamente a la dictada por el TS en fecha 20/10/2006, excluye expresamente el pago realizado por las Compañías de Seguro. Dice expresamente dicha resolución que: « La Jurisprudencia tiene señalado que, en la actual redacción de la atenuante, se prescinde de la existencia del arrepentimiento y que se trata de cumplir una función de apuntalar la protección de las víctimas.

Aun así, aparece claramente en el Código que la reparación debe proceder del culpable... Véanse sentencias de 20/10/2006 y 18/11 .2003». La STS de octubre de 2006, recoge expresamente los requisitos que han de concurrir para la apreciación de dicha circunstancia atenuante, así: «Señalemos los siguientes:

a) Esta circunstancia, de naturaleza predominantemente objetiva, responde a una política criminal orientada a la protección de la víctima y requiere para su estimación dos elementos: 1.- el primero de carácter cronológico, en cuanto la indemnización o reparación deberá llevarse a efecto con anterioridad a la fecha de la celebración del juicio. 2.- el segundo, de naturaleza material, consistente en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la

indemnización de perjuicios o incluso de la reparación moral. En cualquier caso, deberán quedar excluidos los factores de índole subjetiva propios del arrepentimiento.

b) Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta «personal del culpable». Ello hace que se excluyan: 1.- los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio. 2.- supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3.- conductas impuestas por la Administración. 4.- simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente...».

y en caso de impago de la prima el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza (véanse, entre otros, los artículos 1, 14 y 15 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro). Por su parte, los recargos que corresponden al Consorcio en sus funciones de liquidación de entidades aseguradoras, compensación y fondo de garantía, tienen el carácter de ingresos de derecho público y son exigibles por la vía administrativa de apremio cuando no hayan sido ingresados por las entidades aseguradoras en el plazo fijado, siendo a tal efecto título ejecutivo la certificación de descubierto expedida por el Director General de Seguros

En la Sentencia nº 1149/2022, de 19 de septiembre, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas la recurrente (una conocida - y televisiva-Aseguradora) plantea el tema del derecho de desistimiento y en particular en caso de pólizas comercializadas a distancia, en relación con el derecho del Consorcio a retener el recargo a su favor incluso de manera íntegra. La actora entiende que prima y recargo al CCS no pueden desvincularse. Si no existe prima por haberse cancelado el seguro no puede exigir recargo ni parcial por el tiempo de vigencia del seguro, puesto que ello iría en su perjuicio, ya que si devuelve la prima completa no puede liquidar recargo al CCS. El criterio de la recurrente es que no es un deber de la entidad el cobrar el importe que corresponde al tiempo transcurrido, y la vinculación entre prima y recargo es esencial, ya que los recargos se recaudan con las primas. En caso de extorno de prima íntegro se deben extornar los recargos:

“La prima es el precio que se estipula en el contrato de seguro, que debe pagar el tomador del seguro, y a cambio del cual el asegurador se obliga, para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas;

y Fondos de Pensiones, a propuesta del Consorcio (artículo 18.1 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). Queda con ello de manifiesto que la prima del seguro y los recargos que corresponden al Consorcio son figuras claramente diferenciadas,

tanto en lo que se refiere a su origen, razón de ser y finalidad como en lo relativo a las consecuencias de su impago; y ello con independencia de que ambas -la prima del seguro y la cuota del recargo en favor del Consorcio- sean recaudadas de forma conjunta por la entidad aseguradora”

“- Respuesta de la Sala a la cuestión que reviste interés casacional. : En caso de desistimiento del tomador en un contrato de seguro, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la entidad aseguradora puede decidir, por existir acuerdo entre las partes en ese sentido o por razones de política comercial de la empresa, reembolsar al tomador del seguro la totalidad de la prima satisfecha aun cuando el desistimiento haya tenido lugar después de transcurrido el plazo de catorce días naturales previsto en el artículo 10.1 de la Ley 22/2007. Ahora bien, esta posibilidad de renunciar al importe de la parte proporcional de la prima correspondiente al período en el que el contrato de seguro hubiera estado activo y desplegado su cobertura no significa que pueda hacer lo mismo con el recargo que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, por ser esta una percepción que tiene el carácter de ingreso de derecho público y de la que la entidad aseguradora no puede disponer por más que sea ella la encargada de su recaudación.”

Conviene conocer una resolución de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (Sentencia Nº 724/2022 de 14 de julio - Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García -) muy ilustrativa de la ineludible y aconsejable conveniencia de las calificaciones alternativas (con frecuencia denostadas por aparentar una falsa apariencia de duda o debilidad) pues su ausencia provocó la absolución:

“Recapitulando, el Tribunal está facultado para, a la vista de su propia valoración de la prueba desplegada, introducir alteraciones, en el relato propuesto por la acusación, así como insertar elementos fácticos que hayan sido objeto de debate y enriquezcan la narración. Lo irrenunciable es que se respete el hecho en lo nuclear, que no se mute su identidad básica, que no se introduzcan actos (conductas relevantes penalmente) distintos de los aportados por la acusación. Aquí formalmente no se introducen hechos que no aparezcan en los escritos de acusación; pero sí se desvía el punto de mira. Lo que las pretensiones acusatorias presentaban como hechos punibles, son entendidos como no probados en extremos indispensables para su relevancia penal. Y lo que en las acusaciones aparecía como hechos diferentes y posteriores que ilustraban sobre el carácter delictivo de los que se presentaban para su enjuiciamiento, se convierte en el material fáctico con el que la Audiencia construye la condena. La imprevisibilidad de esa variación o ese nuevo enfoque queda aquí más enfatizada por la forma en que se desarrolló la fase intermedia (auto de prosecución, términos en que se pronunció el Fiscal, contenido de los escritos de acusación). Si en otro contexto podría explorarse algo más indagando sobre la

merma efectiva del derecho de defensa, en este no nos cabe duda de que no se ha respetado la debida correlación entre acusación y sentencia y que eso ha afectado de forma relevante al derecho de defensa. Los hechos que se dicen constitutivos de estafa impropia no coinciden con los que motivaban la acusación por estafa. Además, en ningún momento iniciada la fase intermedia afloró esa posible tipificación. Hay elementos fundados para entender que esos hechos habían quedado expulsados del objeto procesal al acotarse en el auto de transformación los hechos a enjuiciar...

En este sentido la STS 565/2019, de 19 de noviembre resalta que la parte defensora no tiene el deber procesal de suponer todas las calificaciones alternativas posibles a la expresada por la acusación. En otro caso, se vería obligada no sólo a responder frente a la acusación conocida, sino también frente a la desconocida, dado que debería rebatir idealmente cuantas posibilidades imaginara, lo que podrá afectar si no al acusatorio, sí al derecho de defensa. La doctrina de la STEDH, de 23 de febrero de 2016, (Asunto Pérez Martínez contra España , § 22 a 25), recuerda que «las disposiciones del apartado 3 a) del art. 6 CEDH muestran la necesidad de prestar sumo cuidado en la comunicación al interesado de la «acusación». En materia penal, una información rigurosa y completa de los cargos que pesan sobre un acusado, y por tanto la calificación jurídica que la jurisdicción pudiera considerar, es requisito esencial de la equidad del procedimiento. La eventual condena ha de ser previsible para la defensa. Es recomendable, por ello, que la acusación al formular su calificación definitiva considere una posible discrepancia razonable -el Derecho no es una ciencia exacta y menos cuando se trata de valorar la actividad probatoria- y acoja en sus conclusiones las



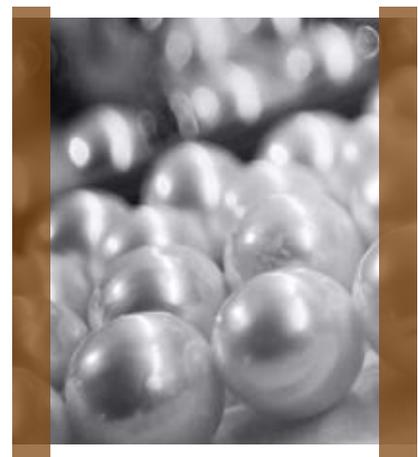
calificaciones razonablemente posibles. Esa recepción en las conclusiones de la doble calificación se puede hacer, bien valiéndose de las alternativas; bien, cuando se trata de un concurso aparente de normas, citando ambas tipificaciones en la segunda de las conclusiones, aunque se dé prevalencia a una de ellas en virtud de los principios que rigen el concurso de normas (art. 8 CP). Las conclusiones alternativas, de cualquier forma, resultarán especialmente aptas cuando concurren dos posibles versiones de los hechos, de manera que necesariamente ha ocurrido una de ellas pero no se puede precisar cuál o cuando, descartada la principal, emerge el posible carácter delictivo de la segunda considerada ya aisladamente. La prohibición de mutación sustancial del hecho convierte en recomendable estrategia de la acusación abrir ambas posibilidades al Juez o Tribunal que, además, en estos casos ni siquiera podría utilizar el expediente de la tesis para proponer su punto de vista pues se trataría de introducir un hecho nuevo. El deber del Fiscal, escribía Alonso Martínez en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es «hacerse cargo de todas las calificaciones probables que autorice la prueba practicada y que pueda aceptar el Tribunal redactando al efecto la pretensión alternativa de que habla el art. 732».

las medidas adecuadas para la seguridad de la mercancía. Entiendo que no, básicamente, porque al utilizar un camión de lona debería haber adoptado más medidas de seguridad para evitar la sustracción. Es notorio que es fácil sustraer los paquetes de un camión con la cubierta de lona y que ponerle algún tipo de candado o cerrojo carece totalmente de eficacia. Por lo tanto, está claro que para evitar el siniestro deben adoptarse más medidas de seguridad que si se transportan en un camión rígido. Medidas que en este caso creo que no se adoptaron porque el chófer estacionó de noche en un área de descanso a la que se accede fácil y libremente a través de la autopista; sin vallado; en un lugar deshabitado; de paso y sin vigilancia; según puedo apreciar en las fotografías aportadas con la contestación (doc. n.º 15). De manera que el lugar de estacionamiento no reunía las condiciones aptas para evitar que sustrajeran la mercancía de un camión de estas características, con la cubierta de lona. Además, en mi opinión, el hecho de que el conductor durmiera en la cabina no puede tener propiamente la consideración de medida de seguridad; ni sirve tampoco para compensar la falta de otras medidas más efectivas para evitar la sustracción. Por todo ello, aprecio el dolo eventual del porteador y, por tanto su

...la pérdida solo puede imputarse a la porteadora efectiva que es quien, en definitiva, debería haber adoptado mayores precauciones (arts. 17 y 37 CMR). Al subcontratar T la realización efectiva de una parte del transporte a D pasó a ocupar la posición jurídica de cargador, y esta de transportista y, por tanto, es responsable de la pérdida de la mercancía (art. 6 Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías). Responsabilidad de la que la porteadora opino que no puede eximirse por el hecho de que T conociera de antemano el tipo de camión que se iba a utilizar y de que no le diera instrucciones sobre el estacionamiento. Es creíble que T conocía, e incluso hubiera exigido desde el inicio de la relación comercial entre ambas empresas, que la porteadora utilizara un camión de cubierta lona, porque es más fácil de cargar y descargar y porque así lo deduzco del correo electrónico remitido por T a D; puesto que su asunto hace referencia expresa a la lona al decir <> (doc. n.º 4)-. Y es creíble que conociera los lugares de descanso de la ruta atendida la duración de dicha relación entre ellas y la frecuencia semanal de los portes. Sin embargo, entiendo que estas circunstancias no afectan a la responsabilidad que la demandada asumió como porteadora efectiva frente a quien la subcontrató o, como en este caso, frente a la aseguradora que se ha subrogado en su lugar.”

Por la perturbadora frecuencia de hechos análogos a los que decide, citamos la Sentencia nº 661/2022 de 12 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Barcelona- -Ponente: Cristina Maestre Fuentes-, la aseguradora actora - que pagó a la destinataria el valor de la parte de mercancía no recibida por sustracción- considera que como consecuencia de la sustracción que se produjo con motivo de una falta de diligencia de la demandada al no adoptar las precauciones oportunas para evitar el robo. Sostiene que la demandada incurrió en negligencia grave al no precintar el camión y estacionar de noche en un área de servicio sin vigilancia y en una zona deshabitada:

“En definitiva, lo relevante aquí es determinar si la porteadora cumplió con la responsabilidad.





Puesta al día internacional



Entorno a las recientes iniciativas comunitarias respecto de la responsabilidad civil extracontractual en materia de inteligencia artificial

por Jesús Pérez Morilla.
Abogado



En el presente artículo pretendemos abordar una breve aproximación a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (IA), que fue presentada el pasado 28 de septiembre de 2022. Dicha propuesta viene como consecuencia de un proceso normativo que busca un enfoque europeo coordinado en materia de IA. Desde la elaboración del Libro Blanco sobre la IA (19.2.2020) se promueve a nivel comunitario la adopción de la IA, para conocer y analizar los riesgos que la misma lleva aparejada. En dichos trabajos se señalan los retos específicos que plantea la IA a las actuales normas en materia de responsabilidad, trasladando propuestas concretas para configurar el futuro digital de Europa, todo ello a petición del propio Parlamento Europeo (20.10.20).

La problemática que trataría esta Directiva se asienta en que las normativas nacionales en materia de responsabilidad civil, que se basan principalmente en la culpa, no resultan adecuadas para los supuestos en los que se reclaman daños y perjuicios causados por productos y servicios en los que se recurre a la IA. Las propias características que presenta la IA (*por su autonomía, complejidad y opacidad*) suponen o pueden suponer una dificultad

añadida y costosa para aquellos perjudicados que se van a ver obligados a identificar al responsable y probar que se cumplen los requisitos necesarios para que prospere su reclamación, circunstancias peculiares que no concurren cuando los daños reclamados no guardan relación alguna con sistemas de IA.

El objetivo perseguido por la norma se desarrolla en una triple vertiente: por un lado, dotar de seguridad y fiabilidad a las empresas que introducen sistemas de IA en el proceso productivo para favorecer el mercado interior; por otro lado, proteger a los perjudicados por daños causados por la IA equiparándolo al resto de usuarios de productos y servicios; y, finalmente, consolidar un bloque normativo europeo que evite la fragmentación por parte de las normativas nacionales en materia de responsabilidad civil (dicha consolidación busca dotar de seguridad a proveedores, operadores, usuarios de sistemas de IA y perjudicados, que no se enfrentarán a distintos regímenes de responsabilidad y diversos niveles de protección).

Resulta necesario destacar los trabajos preparatorios de la presente propuesta, tanto por la intervención de diversos colectivos implicados como por la creación de un grupo de expertos que elaboró un informe donde se evaluaban los riesgos de la IA en relación con las normas nacionales en materia de responsabilidad civil. Dicho informe se vio complementado con tres estudios externos adicionales: un estudio de derecho comparado basado en el análisis jurídico comparativo de las leyes europeas en materia de responsabilidad civil en IA; otro estudio de economía del comportamiento sobre los efectos de las adaptaciones específicas del régimen de responsabilidad civil en la toma de decisiones por parte de los consumidores; y, finalmente, un tercer estudio económico que abarca desde las comparativas de perjudicados por sistemas de IA y aquellos en los que no interviene, a la seguridad en el empleo de los sistemas de IA y las medidas tendentes a evitar la fragmentación del sistema por las legislaciones nacionales.

De los estudios elaborados y de las medidas valoradas se optó por un alivio de la carga de la prueba en las demandas relacionadas con la IA, así como la revisión específica en relación con la responsabilidad objetiva, posiblemente acompañada de un seguro obligatorio, considerando que esto supondría aumentar el nivel de confianza en

¹Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies (Responsabilidad en materia de inteligencia artificial y otras tecnologías digitales emergentes), noviembre de 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>

la IA y fomentaría su adopción. Por ello, la Directiva articula dos mecanismos a favor de los perjudicados para tener acceso a la prueba: por un lado, mediante la exhibición de pruebas (previsión recogida en el artículo 3); y, por otro lado, mediante las presunciones (previstas en el artículo 4) que operan bajo determinadas circunstancias que analizaremos seguidamente.

El ámbito de aplicación de la norma se circunscribe a demandas civiles de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios causados por un sistema de IA, así como la responsabilidad del Estado, en ningún caso se aplicaría en el ámbito penal ni tendrá la norma carácter retroactivo. De igual modo, contiene la previsión de subrogación en los derechos del perjudicado (sirva de ejemplo, herederos o aseguradoras), así como las acciones colectivas, por las bondades que puede conllevar una demanda conjunta y sus beneficios en procedimientos que pudieran resultar costoso.

Debemos significar que las medidas implementadas en la Directiva no deberían conllevar problemas de encaje en los diferentes sistemas de responsabilidad civil, ya que su desarrollo normativo no gira en torno a los conceptos de *daño* o *culpa* (puesto que su significado difiere considerablemente en cada uno de los estados miembros) ni interfiere sobre la carga de la prueba que incumbe a cada parte en el proceso o la fuerza probatoria de las pruebas, más allá de las citadas presunciones.

La exhibición de pruebas prevista en el artículo 3, pretende dotar de medios eficaces para poder obtener las pruebas necesarias que permitan sustentar la pretensión e identificar a los responsables que deben hacer frente a la indemnización por los daños causados por sistemas de IA. La Directiva faculta al órgano jurisdiccional para requerir la exhibición de pruebas relativas a sistemas de IA y ordenar la conservación de pruebas, a los sujetos obligados de conformidad con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (Ley IA) (21.04.21), siempre y cuando la prueba resulte necesaria para la viabilidad de la pretensión.

Las solicitudes de pruebas deben estar respaldadas con hechos y pruebas suficientes que permitan sustentar la viabilidad de la pretensión indemnizatoria, debiendo acreditar igualmente que lo ha intentado previamente por otros medios. Solo podrá solicitarse la exhibición de prueba a los sujetos obligados que no vayan a ser demandados, cuando se

hayan realizado sin éxito todos los intentos a los obligados que serán posteriormente demandados. Las limitaciones en la exhibición de documentos se sustenta en el equilibrio entre los derechos de los perjudicados y los secretos comerciales e información confidencial que se pone en riesgo, motivo por el que se limitará la exhibición al mínimo necesario para demostrar el daño y se rechazarán todas las solicitudes genéricas.

Llegados a este punto, conviene destacar el apartado 5 de este artículo 3, por cuanto introduce una presunción de incumplimiento del deber de diligencia, esto es, cuando un demandado en una demanda de indemnización por daños y perjuicios no exhibe las pruebas a su disposición según lo ordenado por el órgano jurisdiccional, procede establecer dicha presunción de incumplimiento de las obligaciones de diligencia que dichas pruebas debe demostrar. La voluntad del legislador comunitario se centra en reducir los plazos del procedimiento judicial y redundar en una mayor eficacia de los procedimientos judiciales. Como contrapeso a dicha presunción se le permite poder aportar pruebas en contrario.

En lo referente a la **presunción de relación de causalidad en caso de culpa**, prevista en el artículo 4, el legislador comunitario

pretende proporcionar un fundamento eficaz para reclamar una indemnización en relación con la culpa consistente en el incumplimiento de un deber de diligencia. Consciente de las dificultades que encuentran los demandantes para poder probar el nexo causal entre el incumplimiento y la información de salida proporcionada por el sistema de IA o la no producción de la información que haya dado lugar al daño que se reclama en el procedimiento, se ha establecido una presunción *iuris tantum* de causalidad específica en relación con este nexo causal. Se ponderan los intereses en liza y resulta ser la respuesta más ajustada para la defensa de los derechos de los perjudicados, teniendo siempre el demandado derecho a refutar dicha presunción.

El perjudicado debe demostrar la culpa del demandado, y esta culpa puede determinarse por incumplimiento de normas nacionales o de la Unión aplicables, sirva de ejemplo: el incumplimiento del deber de diligencia en virtud de la Ley de IA; o de las normas que regulan el uso de supervisión y la toma de decisiones automatizadas para el trabajo en plataformas; o de las normas que regulan el funcionamiento de aeronaves no tripuladas. De igual modo, el órgano jurisdiccional puede presumir la culpa sobre la base del incumplimiento de la exhibición o conservación de pruebas con arreglo al mencionado apartado 5 del artículo



3, siempre que pueda considerarse probable que la culpa viene derivada de la información de salida del sistema de IA o la ausencia de dicha información. También le corresponde al perjudicado acreditar que el sistema de IA ha causado los daños que se reclaman.

Por otro lado, la directiva también distingue cuando resulta demandado un proveedor de sistema de IA de alto riesgo o persona sujeta a las obligaciones de proveedor conforme con la Ley de IA, en cuyo caso nos remite al cumplimiento de los requisitos obligatorios previstos en la Ley de IA destinados a mitigar los riesgos; o bien, se trate de un usuario de dichos sistemas, cuyas obligaciones son principalmente de diligencia (instrucciones de uso y conservación de los archivos). Se establece una excepción a la presunción de causalidad en los sistemas de IA de alto riesgo, se trataría de aquellos casos en que los perjudicados puedan acceder directa y razonablemente a pruebas y conocimientos especializados que puedan sustentar su futura pretensión. De esta forma se fomentaría también

un ejercicio de transparencia en los sistemas de IA, documentación y registro.

En el caso de sistemas de IA de riesgo no elevado, las dificultades de prueba deberán ser valoradas por el órgano jurisdiccional en atención a las características de determinados sistemas de IA, la autonomía y la opacidad, que puedan hacer difícil en la práctica la explicación del funcionamiento interno. En cuanto al uso del sistema de IA en una actividad personal y no profesional, la presunción de causalidad solo opera si el demandado ha interferido sustancialmente en las condiciones de funcionamiento del sistema o tenía la obligación y estaba en condiciones de determinar las condiciones de funcionamiento y no lo hizo.

Finalmente, mencionar que la norma prevé tras su aprobación un plazo de dos años para la transposición por parte de los Estados miembros.





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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

10, 11 y 12 de noviembre de 2022
Auditorio y Centro de Convenciones AXA

Barcelona

XXII CONGRESO NACIONAL

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

Jueves día 10

12:00 h.

Asamblea de la Asociación: Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Calle Mallorca, 283

16:00 h.

Entrega de acreditaciones: Auditorio y Centro de Convenciones AXA.

16:30 h.

INAUGURACIÓN DEL CONGRESO

17:00 h.

PRIMERA PONENCIA

«La "Sentencia del caso Uralita": un compendio espléndido de cuestiones discutidas sobre responsabilidad civil»

Ponente: D. Mariano Yzquierdo Tolsada
Catedrático Derecho Civil de la UCM

18:00 h.

SEGUNDA PONENCIA

«La valoración de las consecuencias civiles de los atentados al honor y a la intimidad» 40 años de la Ley Orgánica 1/1982.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Rodríguez Fernández
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Madrid. Ex letrado del Tribunal Constitucional

19:00 h.

TERCERA PONENCIA

«Responsabilidad patrimonial de la Administración y campañas de vacunación»

Ponente: D. Luis Medina Alcoz
Profesor titular de la UCM. Ex letrado del Tribunal Constitucional

20:00 h.

MESA REDONDA

«El perjuicio personal por Pérdida de calidad de vida por secuelas. Cuestiones Prácticas y conflictos habituales»

Ponentes: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas
Magistrado de la Audiencia provincial de Barcelona
Dr. Javier Gorriç Quevedo
Médico especialista en traumatología y Cirugía Ortopédica
Moderador: D. Xavier Coca Verdaguer
Presidente de la Sección de Derecho de la Circulación de la Comisión de Cultura del ICAB

21:15 h.

Recogida por los autobuses en el Auditorio y traslado al Cóctel de Bienvenida en Palau Dalmases.

22:00 h.

Recepción y cena cóctel en Palau Dalmases.
Carrer de Montcada, 20, 08003 Barcelona

23:45 h.

Recogida por los autobuses en Palau Dalmases y traslado a Sala Luz de Gas (precio especial a congresistas) y Auditorio AXA

Viernes día 11

09:30 h.

CUARTA PONENCIA

«La valoración y la cuantificación del daño en los cárteles de vehículos»

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Garnica Martín. Magistrado.
Presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

10:30 h.

MESA REDONDA

«Las consecuencias de la Covid en el ámbito de la responsabilidad civil y el seguro.»

Ponentes: D. Jose Antonio Badillo Arias.
Profesor de Dº Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares. Doctor en Derecho.
D. Javier López y García de la Serrana.
Abogado y Doctor en Derecho. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (AEAERCYS)
Moderador: D. Diego Callejón Muzelle.
Presidente de la Comisión de Responsabilidad Civil y Seguro del ICAB

11:30 h.

Pausa Café

12:00 h.

QUINTA PONENCIA

«La acción civil directa del perjudicado contra la aseguradora de la Administración sanitaria»

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.
Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

13:00 h.

SEXTA PONENCIA

«Análisis de la doctrina jurisprudencial sobre prescripción de las acciones de responsabilidad civil»

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.
Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

14:00 h.

Almuerzo/ cóctel de trabajo en el Auditorio AXA

16:00 h.

SÉPTIMA PONENCIA

«El Valorismo y los intereses en el Baremo de accidentes de tráfico. La presunta subtas de actualización del IPC en los intereses moratorios y sus efectos en el Art. 40 LRCSCVM»

Ponente: D. Mariano Medina Crespo.
Abogado y Doctor en Derecho.
Presidente de Honor de la AEAERCYS

17:00 h.

OCTAVA PONENCIA

«Responsabilidad del empresario por acoso laboral y despido nulo. Valoración del daño moral»

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.
Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo

18:00 h.

NOVENA PONENCIA

«La aplicación del derecho de los consumidores en los contratos de seguros»

Ponente: Excmo. Sra. Dª Mª Angeles Parra Lucan.
Magistrada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

19:00 h.

D..CIMA PONENCIA

CONFERENCIA CLAUSURA

«La evolución del derecho de daños en la doctrina del Tribunal Constitucional»

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.
Vicepresidente del Tribunal Constitucional

20:00 h.

CLAUSURA DEL CONGRESO

Ilmo. Sr. D. Javier López y García de la Serrana
Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

Excmo. Sr. D. Jesús M. Sánchez García.
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

21:30 h.

Recogida por los autobuses y traslado a la Cena de Gala.

22:00 h.

Cena de Gala en Hotel W con barra libre y actuación de grupo musical.

***habrá vuelta en autobús a diferentes horas desde la cena de gala

Sábado día 12

11:30 h.

Recogida en Hotel NH Collection Barcelona Constanza, Carrer de Déu i Mata, 69-99, 08029 Barcelona

12:30 h.

Visita a Bodegas Cavas Codorniu

14:30 h.

Almuerzo en Restaurant Cal Blay Vinticinc

17:00 h.

Recogida por los Autobuses y traslado Hotel NH Collection Barcelona Constanza

INSCRIPCIONES www.asociacionabogadosrcs.org

INFORMACIÓN: 902 361 350

ORGANIZA



PATROCINA



COLABORA





Colaboración

Progreso

Asociación

Abogados

Seguros

Responsabilidad Civil