

nº 76

Cuarto Trimestre. Año 2020



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**Las secuelas temporales.
Su función disolvente del
mito valorativo de
la estabilidad lesional**

**El impacto legal
de la pandemia**

**Reclamación
previa, oferta
motivada,
respuesta
motivada.
Requisitos de las
mismas**

**La responsabilidad
civil derivada del
uso de la
inteligencia
artificial y su
aseguramiento**

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Parte general
Delimitación y especies.
Elementos. Efectos o consecuencias

Mariano YZQUIERDO TOLSADA

6ª edición

CUATRE CASAS

Dykinson, S.L.

NOVEDAD EDITORIAL

Un estudio detallado de los problemas generales de la responsabilidad civil extracontractual. Un libro accesible para todos, que resultará muy práctico no sólo para alumnos, sino también para juristas y todas aquellas personas, profesionales o no, que tengan interés en acercarse al mundo del Derecho y que actúan en los campos de la salud, del deporte, de la abogacía, etc.

6ª edición, 2020, 766 páginas

PVP: 61,00 €

Realice ahora su pedido a info@dykinson.com y benefíciense de un 5% de descuento

ÍNDICE

- CAPÍTULO I. RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD CIVIL PURA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO: UNA INJUSTIFICADA DUALIDAD NORMATIVA
- CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
- CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN U OMISIÓN
- CAPÍTULO V. EL DAÑO
- CAPÍTULO VI. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD
- CAPÍTULO VII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (I). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS PROPIOS
- CAPÍTULO VIII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (II). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS AJENOS
- CAPÍTULO IX. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (III). EN LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS ANIMALES Y DE LAS COSAS INANIMADAS
- CAPÍTULO X. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XI. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XII. VÍAS O CAUCES DE RECLAMACIÓN
- CAPÍTULO XIII. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XIV. LAS FORMAS DE REPARACIÓN
- CAPÍTULO XV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL



nº76

Cuarto Trimestre. Año 2020



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 76

EDITORIAL

- La aplicación del baremo fuera del ámbito circulatorio: Discrecionalidad versus arbitrariedad jurisdiccional

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

DOCTRINA

- Las secuelas temporales. Su función disolvente del mito valorativo de la estabilidad lesional

Mariano Medina Crespo.....11

- El impacto legal de la pandemia

Gonzalo Iturmendi Morales.....23

- Reclamación previa, oferta motivada, respuesta motivada. Requisitos de las mismas.

Montserrat Peña Rodríguez.....41

- La responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial y su aseguramiento

Alberto. J. Tapia Hermida.....79

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª), de 16 de noviembre de 2020.

RESPONSABILIDAD CIVIL: En un supuesto de presunta responsabilidad sanitaria, la inobservancia del principio de disponibilidad probatoria dio lugar a que la sentencia desestimatoria de la demanda-contencioso-administrativa formulada por la hija del paciente fallecido supusiera una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y vulneración del principio de igualdad de armas procesales, por lo que se declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas, retrotrayéndose el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia.....105

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 7 de octubre de 2020.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor. El periodo de incapacidad temporal para el trabajo debe ser considerado día impeditivo en aplicación del baremo de la Ley 30/95. Este criterio interpretativo puede resultar fácilmente extrapolable al actual art. 138.5 de la LRCSCVM.....117

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de octubre de 2020.

CONTRATO DE SEGURO: Seguro de responsabilidad civil sanitaria. Acción directa del perjudicado frente a dos aseguradoras en virtud de la existencia de pólizas sucesivas en el tiempo. Se estima el recurso de una de las aseguradoras, al entender que la cláusula de limitación temporal del siniestro (claim made) incluida en la póliza es oponible en este caso al tratarse de una cláusula limitativa negociada entre tomador-aseguradora por encontrarnos ante un seguro de grandes riesgos. Se estima la acción directa respecto de la otra aseguradora.....123

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 25 de noviembre de 2020.

CONTRATO DE SEGURO: La Sala Primera desestima la demanda sobre seguro de vida al considerar que el asegurado omitió conscientemente un dato que la aseguradora no conocía ni podía apreciar a simple vista y que estaba causalmente relacionado con el riesgo cubierto. Criterios doctrinales relevantes sobre declaración del riesgo.....133

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....145

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

A vueltas con los representantes de las aseguradoras para tramitar y liquidar siniestros

Por *Jesús Pérez Morilla*.....161

NOTICIAS

- Acta de Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Celebrada en Madrid el Día 12 de noviembre de 2.020167
- XX Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 12 y 13 de noviembre, celebrado en Madrid170
- Javier López y García de la Serrana, nuevo presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro173

EDITA:

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

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

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

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

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

DISEÑO:

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

IMPRIME:

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

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



asociacionabogadosrcs.org

La aplicación del baremo fuera del ámbito circulatorio: Discrecionalidad versus arbitrariedad jurisdiccional

por Javier López y García de la Serrana
Director

aplicación entra dentro ya de la facultad de discrecionalidad tanto respecto a las partes que puedan solicitar su aplicación como del órgano judicial que decide utilizar el mismo como instrumento para la valoración del daño personal que se esté reclamando.

Hasta aquí parece que todo está claro y pocas dudas nos surgen, pero sin embargo, si nos detenemos a analizar las distintas resoluciones judiciales que se vienen produciendo para resolver sobre la valoración del daño personal en los citados siniestros con causa fuera del ámbito circulatorio, comprobamos cómo podemos encontrar resultados muy diferentes en cuanto al cálculo de las cuantías concedidas finalmente en concepto de indemnización. Así, nuestros Juzgados y Tribunales optan por aumentar o modificar el resultado que se obtendría bajo una aplicación estricta del baremo al supuesto en cuestión, acudiendo a distintos motivos que justifican su particular interpretación del «Baremo», siendo aquí donde entiendo interesante detenernos para que podamos conocer cuáles son esas interpretaciones distintas y sobre todo a qué obedecen.

Citemos por ejemplo la reciente **sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2020**, dictada en el conocido caso del accidente aéreo de Spanair ocurrido en agosto del 2008, pues en la misma aun aplicando de

Actualmente es ya un hecho indiscutido por nuestra doctrina y jurisprudencia que el Sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al que en adelante nos referiremos con el nombre de «Baremo», contenido como Anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM), aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y actualmente modificado por la Ley 35/2015, de 23 de Septiembre, que lo incluye ya dentro de su texto normativo bajo el Título IV y con un amplio articulado (artículos 32 a 143 de la LRCSCVM), es de aplicación también a siniestros ocurridos fuera del ámbito de la circulación donde se hayan causado daños personales. No obstante, esta aplicación difiere en un hecho fundamental en cuanto a lo que a los accidentes de tráfico se refiere, y ello por cuanto no existe obligatoriedad en dicha aplicación respecto a aquellos otros siniestros con origen distinto al tráfico motorizado; de tal modo que el citado baremo podrá utilizarse de forma orientativa, siendo claro que su

forma orientativa el «Baremo» aprobado para accidentes de circulación, finalmente decide el incremento de las cuantías indemnizatorias resultantes en un 50%, siendo de interés destacar cómo se justifica el citado aumento en la indemnización. Dice así nuestro Tribunal Supremo: *“En nuestras sentencias 269/2019, de 17 de mayo, 461/2019, de 3 de septiembre, 681/2019 de 17 de diciembre, y 624/2020, de 19 de noviembre, que versaban sobre el mismo accidente de aviación, declaramos: «Por esa razón, ante la inexistencia de normas de valoración de los daños personales causados en accidentes de aviación, consideramos más adecuada una indemnización en cuya fijación tenga una función orientativa el baremo legal existente para los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor»»*. Y continúa diciendo *“Esta utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización”*, justificando dicho razonamiento en que *«La normativa que establece el baremo de indemnización de los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor hace una referencia expresa a que, para la determinación de las cuantías de*

las indemnizaciones, toma en consideración las circunstancias concurrentes en la circulación de los vehículos de motor y en el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor. Esas circunstancias son diferentes de las que concurren en el transporte aéreo de pasajeros y en el aseguramiento de la responsabilidad civil de los transportistas aéreos”. Y termina afirmando que *«En el caso del fallecimiento de un pasajero en un accidente aéreo, su carácter catastrófico y las demás circunstancias que lo rodean (entre otras, la frustración de la confianza en la mayor seguridad del transporte aéreo de pasajeros por la exigencia de elevados estándares de seguridad) lo hace más propenso a provocar un duelo patológico por el fallecimiento del ser querido. Por ello es razonable que, tal como hizo el Juzgado Mercantil, la indemnización que resulte de la aplicación del baremo sea incrementada con un porcentaje adicional, que el juzgado fijó en un 50%»*.

Vemos así como la Sala de lo Civil de nuestro Alto Tribunal parte de la idea de la idónea aplicación del «Baremo» para la cuantificación del daño personal ocasionado en este accidente aéreo, endentemos que con el fin de utilizar un instrumento de carácter objetivo que pueda garantizar el principio de igualdad ante siniestros del mismos tipo, pero sin embargo posteriormente aplica un factor corrector, en este caso de aumento del 50%, sobre la cuantía obtenida. Este incremento se justifica en la concurrencia de unas circunstancias especiales distintas a las tenidas en cuenta por el legislador a la hora de fijar las cuantías que resultan de la aplicación del «Baremo» en los accidentes de tráfico, y ello por cuanto se considera que las circunstancias concurrentes en uno y otro tipo de accidente son distintas y por tanto merecen también resultados distintos. Un daño que la Sala Primera califica de carácter moral estrictamente -aunque el porcentaje de incremento lo aplica sobre la indemnización total, incluida la parte que resarce el daño patrimonial-, pero mucho mayor en todo caso al producido ante un siniestro con causa en el ámbito circulatorio, pues de otro modo no podríamos entender esa diferencia tan acentuada a la hora de cuantificar el importe de la indemnización.

Ante esta situación, si nos detenemos a analizar cuál es el resultado obtenido, podríamos cuestionarnos si, en cierto modo, con esta solución no se deja sin sentido el propósito fundamental objeto del «Baremo», cual es dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica,



siendo capaz de conseguir un principio de confianza de los lesionados, pues el resultado de la valoración del daño sufrido será igual para todos aquellos que cumplan los mismos presupuestos de hecho establecidos en la norma. Considerando además que ya nuestro «Baremo», sobre todo tras su modificación, ha incluido la valoración del daño moral de una forma expresa y vertebrada, diferenciándolo del daño patrimonial, para de este modo valorar uno y otros conceptos en su totalidad para cada caso concreto, incluyendo además la posibilidad de incrementar el daño moral en un 25% por perjuicios excepcionales. Por el contrario, si en estos supuestos, como el accidente de Spanair, el tribunal puede aplicar un factor corrector sobre toda la indemnización por daño moral y patrimonial, cuya fijación no está predeterminada si no que va a depender en exclusiva de la libre discrecionalidad de aquel, ¿no estamos ante el mismo supuesto en el que para la resolución del litigio en cuanto a la valoración del daño se hubiera prescindido de todo baremo y se hubiera concedido una cantidad total a tanto alzado?

Es cierto que la aplicación del «Baremo» fuera del ámbito circulatorio es solo orientativa y en modo alguno vinculante, pero si el propio tribunal opta por cuantificar los conceptos objeto de indemnización en base al tan citado baremo, aunque posteriormente decide aplicar un factor corrector que solo obedece a una facultad de moderación y que varía según el tribunal que dicte la sentencia en cuestión, ¿no nos estamos alejando del principio de igualdad si no justificamos bien la aplicación de dicho factor corrector, su porcentaje y sobre todo la parte de la indemnización a la que se aplica? Quizás en este tipo de resoluciones subyace un cierto y tradicional resquicio por parte de algunos juzgados y tribunales al hecho de verse sometidos a unos baremos que coartan o limitan su libre facultad para decidir y ponderar sobre la valoración del daño, pues éste sentir es algo que venimos observando desde la propia creación del «Baremo». Y es que si observamos a nuestros países vecinos vemos como ninguno de ellos tienen establecida la obligatoriedad de un baremo, sino que alguno de ellos, como Italia o el sistema jurídico inglés, cuentan con unas tablas de valoración o guías de creación jurisprudencial que sirven de orientación a juzgados y tribunales, pero que en modo alguno les limitan o condicionan, pues siguen manteniendo la posibilidad de superar los máximos previstos en los mismos a la hora de realizar una determinada valoración. Un caso especial de mención puede ser también

Portugal, el cual tampoco cuenta con la existencia de baremos obligatorios, pero sí que hace uso de unas determinadas tablas médicas de carácter orientativo y también acude al criterio comparativo, realizándose en las sentencias una referencia a las cuantías que de forma aproximada se vienen concediendo en temas parecidos al que es objeto de resolución, para con ello intentar seguir una misma línea en las cantidades reconocidas.

Vemos otro ejemplo de argumentación digna de comentario, a los efectos que nos ocupan, en la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012**, que trata de la valoración del daño causado por el fallecimiento a causa de una negligencia médica, e igualmente se opta por moderar al alza las cuantías indemnizatorias que resultan de la aplicación estricta del «Baremo», con el siguiente resultado y bajo los siguientes argumentos: *“el Tribunal de instancia realiza para la valoración del daño una indebida aplicación automática de los criterios de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011, porque los baremos aprobados por la Administración para calcular los daños personales derivados de accidentes de tráfico han sido utilizados por la jurisprudencia para valorar esos mismos daños cuando hayan sido producidos dentro del ámbito de la Administración sanitaria o de otros ámbitos distintos del de la responsabilidad de las compañías aseguradoras de vehículos de motor simplemente con carácter orientativo, sin que esa aplicación excluya la necesidad de valorar todas las circunstancias que concurran en cada caso para lograr la total indemnidad del daño ocasionado”*. Tras estos argumentos, termina la Sala realizando el siguiente cálculo: *“En el caso planteado en el presente proceso la suma fijada por el baremo aplicado resulta claramente insuficiente. Se trata del fallecimiento de la esposa y madre de los recurrentes, persona de 50 años de edad con una menor a su cargo, por lo que la suma de 108.846,51€ que el baremo reconoce al cónyuge y 18.141,08€ a la hija no es adecuada para comenzar el cálculo de la indemnización. En casos semejantes esta sala viene reconociendo cantidades que oscilan entre los 500.000€ y 600.000€, por lo que, reduciendo esta suma en atención al reducido grado de probabilidad de haber evitado el resultado fatal producido si se hubiera efectuado un diagnóstico certero de la enfermedad que condujo al mismo en tiempo oportuno para haberlo combatido procede reconocer a los recurrentes, que reclaman conjuntamente una*

cantidad de 300.000€, una suma de 126.987,59, igual a la reconocida por la sentencia de instancia, que no puede ser superada por impedirlo el principio de la prohibición de «reformatio in pejus» y que obedece, además a los criterios de valoración de las circunstancias del caso aplicados normalmente por esta Sala”. Vemos en este caso como la Sala argumenta que no se considera justificada la aplicación automática del Baremo, y que en el supuesto en cuestión concurren circunstancias que se alejan de las tenidas en cuenta para la propia aprobación del Baremo. Considera así la Sala que en este supuesto la reparación integral del daño exige valorar las circunstancias específicas de cada caso y que en atención a tal valoración las cuantías que saldrían tras una aplicación estricta del Baremo resultan del todo insuficiente. Pero es que llega a más, la Sala en este supuesto indica que ya tiene establecido cual es la cuantía que debe otorgarse ante este tipo de supuestos por fallecimiento, cifrándolos entre los 500.000 euros y los 600.000 euros, e insinúa que en este caso hubiera sido su voluntad conceder una cuantía mayor a la que finalmente es objeto de condena, pero que el principio de congruencia y prohibición de «reformatio in pejus» se lo impide.

Volvemos por tanto a encontrarnos con una resolución judicial que se aparta de los límites impuestos por el «Baremo», superándolos sin necesidad de justificar el porqué de ese aumento y no otro en la cantidad concedida; es decir, la Sala se reitera en la idea de la necesidad de la adecuación de la cuantía indemnizatoria a las circunstancias propias de cada supuesto, cuestión con la que estoy absolutamente de acuerdo, pero sin embargo seguimos sin encontrar la fundamentación de los incrementos concedidos. ¿Cuáles son las circunstancias que hacen merecedor a una víctima o un lesionado de una cantidad mayor que la concedida a otro con el mismo resultado dañoso? ¿Cómo se argumenta o justifica esa diferencia en la cuantía finalmente concedida? ¿Por qué en unos supuestos se considera apropiado un aumento del 50% sobre las cuantías que resultan de aplicar el «Baremo» y en otros ese porcentaje es mucho mayor o mucho menor?

Sigamos viendo ejemplos sobre si realmente existe o no esa justificación, para ello analicemos ahora la **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 22 de diciembre de 2016**, en la que se indemniza como responsabilidad patrimonial de la Administración por la muerte

de un señor ocurrida como consecuencia de la caída de la rama de un árbol, estando éste en presencia de sus hijos menores de edad. La sentencia otorga una indemnización en la cantidad de 710.000 euros, haciéndose eco de las circunstancias en las que se produce el citado accidente y acogiendo un concepto indemnizatorio digno de mención, como es la indemnización por el daño moral derivado de la angustia producida por la pérdida de ingresos ciertos, aunque el caso es que no se fija indemnización alguna por lucro cesante. La referida sentencia contiene los siguientes argumentos: *“Que el deber de indemnizar haya sido originado por un funcionamiento normal de la Administración Pública, que el fatídico hecho fuera presenciado solo por los hijos menores y no por el resto de perjudicados o que a la aseguradora le parezca contradictorio no indemnizar por lucro cesante y sí por daño moral derivado de la angustia producida por la pérdida de ingresos ciertos no son argumentos que nos permitan apartarnos un ápice de la conclusión expuesta, pues todos ellos son subsumibles en el inevitable subjetivismo implícito, no solo en la fijación del daño moral, sino también en su crítica. Las sumas indemnizatorias fijadas entran dentro de lo que esta Sala considera una razonable compensación del daño, por seguir la terminología empleada por el Tribunal Supremo, por lo que el pronunciamiento de instancia debe ser firme y rotundamente confirmado en sede de apelación”*. Nuevamente prescinde de las cuantías del «Baremo», haciendo una interpretación más que propia y particular de los conceptos indemnizatorios, estableciendo una cuantía total que no obedece a criterios objetivos, sino a la más pura discrecionalidad de una valoración en conjunto.

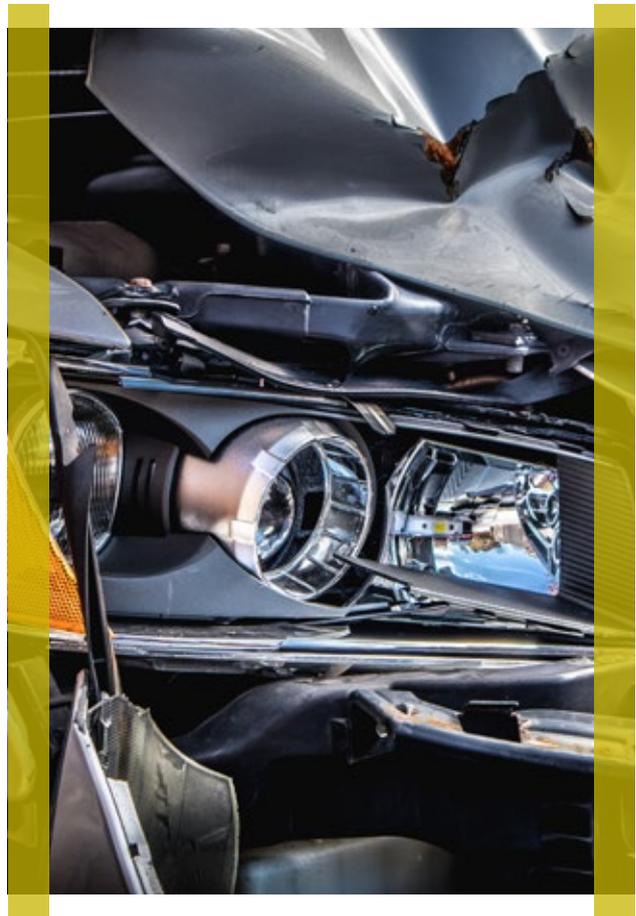
También otras jurisdicciones como la penal vienen reconociendo justificado el aumento de las cuantías concedidas por el «Baremo» para el caso del daño corporal cuando se trata de delitos dolosos, pues se considera que la responsabilidad civil en estos casos es mayor que la derivada de un delito imprudente, y de ahí el argumento que respalda este aumento en las indemnizaciones concedidas. Citemos aquí como ejemplo la reciente **sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2020**. En este caso la Sala estima parcialmente la casación formulada por el lesionado, concediendo la indemnización correspondiente por el concepto de intervención quirúrgica, la cual aumenta también en un 20% más, al igual que se había hecho por el tribunal de instancia con el resto de cuantías. La Sala lo justifica bajo los siguientes argumentos:

“La concesión de cantidades superiores al baremo en casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos como pueden ser los supuestos de homicidios y asesinatos, se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 772/2012, de 22 de octubre, y 799/2013, de 5 de noviembre, entre otras)”. De igual modo, como expone la Sentencia del TS 772/2012, de 22 de octubre en sus Fundamentos de Derecho 5º y 6º dispone: “El efecto expansivo del Baremo, previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido por el Tribunal Supremo, pero siempre como criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil (SSTS Sala 1ª de 10 de Febrero, 13 de Junio, 27 de Noviembre de 2.006 y 2 de Julio 2.008, y STS 596/2013, de 2 de julio 8 o STS núm. 480/2013, de 22[sic] de mayo, entre las más recientes de esta Sala Segunda).”

Y también la jurisdicción social ha venido reconociendo tanto la utilidad de aplicar el «Baremo» para la valoración del daño corporal en accidentes laborales, como la posibilidad y la facultad de los juzgados y tribunales para superar los límites indemnizatorios impuestos por aquel, aunque en esta jurisdicción si se exige una acreditada justificación. Es este sentido, la **sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2019**, indica lo siguiente: *“El nuevo Sistema de Valoración de Daños y Perjuicios, aprobado por la Ley 35/2015, dedica especial atención al lucro cesante a reconocer en casos de muerte (artículos 80 y siguientes) y de lesiones con secuelas (artículos 126 y siguientes), siendo de señalar que el artículo 132 nos enseña que las prestaciones por incapacidad permanente, incluso si se trata de la absoluta, no excluyen el reconocimiento de una cantidad indemnizatoria que compense por el lucro cesante, pago que en esta jurisdicción se calculará con arreglo a esas reglas, salvo que se pruebe por otro medio, como un cálculo actuarial, un lucro cesante superior, así como que esos ingresos se tendrán razonablemente durante más tiempo, cual, incluso admite la Guía de Buenas Prácticas para la aplicación del nuevo Baremo que se publica por el Ministerio de Justicia, al amparo del art. 130 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”*. No me resisto a citar aquí, por cuanto todos comprenderán, que el ponente de esta sentencia fue el magistrado **JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, recientemente

fallecido en el fatídico 2020, que ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema en el número 54 de esta revista, con su artículo *“Efecto expansivo del nuevo Baremo de Tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante”*.

Con todo lo expuesto hasta el momento, no creo que hayamos encontrado las respuestas a los interrogantes que nos planteábamos al inicio, si bien, a mi juicio, extraigo una idea clara, y es que fuera del «Baremo» e incluso por encima del mismo, los jueces y tribunales consideran la indemnización por daño moral como un concepto con el que poder dar respuesta a determinados supuestos dañosos ante los que las cuantías recogidas en el «Baremo» resultan insuficientes. Se trata de supuestos donde se introduce un elemento que aumenta y agrava el daño sufrido por el propio lesionado o sus perjudicados, y que permite por tanto la moderación al alza de las cuantías que resultarían de una aplicación automática del sistema. A esto se añade, como sabemos, que el daño moral entra dentro del ámbito exclusivo de lo subjetivo y como tal no obedece a valores tasados o preestablecidos, siendo esto precisamente lo que provoca que



nos encontremos ante resoluciones judiciales que, apartándose de los criterios del «Baremo» y bajo las mismas premisas, sin embargo, incrementen las cuantías indemnizatorias en porcentajes muy distintos según criterios, a mi parecer, poco articulados o justificados. Estamos ante la libre discrecionalidad de los juzgados y tribunales, sin más. Pero el problema se agrava cuando la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad jurisdiccional, pues no pocas veces las decisiones judiciales suelen ser “justificadas” con el manido recurso del “criterio de conciencia” o la consabida “discrecionalidad judicial”. Ésta, sin embargo, no hace a un Juez todopoderoso, ni lo dota de una capacidad para convertir lo blanco en negro y lo cuadrado en redondo. Lamentablemente, su concepción y uso han venido pervirtiéndose al paso de resoluciones absurdas que fingen ser “razonables”.

Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra “discrecionalidad” alude a la calidad de discrecional, o sea, a aquello que se hace libre y prudencialmente. La prudencia consiste, a su vez, en distinguir lo que es bueno de lo que es malo, para seguirlo o para huir de ello; implica moderación, discernimiento, buen juicio. La discrecionalidad supone moverse en el terreno de lo razonable y es opuesta a la arbitrariedad, es decir, a un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho. Los jueces gozan de un margen discrecional para tomar sus decisiones, pero esa discrecionalidad o potestad de elegir una entre varias alternativas, o de decidir en base a la única solución legítima al conflicto, no debe ser ejercida de manera arbitraria. “La razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad”, afirmaba **JUAN IGARTUA SALAVERRÍA**¹. Y como la motivación es el vehículo por el cual el juez manifiesta la razonabilidad de su decisión, ella debe reflejar su raciocinio y la justificación del resultado. **IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ** decía por su parte² que “el juez debe decidir dentro de los límites en los que puede motivar; no aquello sobre lo que no puede dar razones”.

Para acabar, quisiera recordar una **sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2004**, que reconoce que la valoración del daño con arreglo al «Baremo» *«es una decisión que implícitamente indica la ausencia de prueba sobre los datos que*

justifiquen mayor cuantía y que, por ende, no requiere inexcusablemente de una mayor fundamentación”, añadiendo más adelante que *“cuando se trata de daños morales, goza de mayor legitimidad el sistema fijado por el legislador con carácter general que la valoración efectuada por los órganos jurisdiccionales con evidente riesgo de quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica*”, para acabar reconociendo que *“las invocaciones genéricas a la prudencia del juzgador y a la ponderación ecuánime de las circunstancias del caso que realiza no son garantía de corrección, ni de uniformidad resarcitorias*”. Por tanto, es nuestro propio Alto Tribunal quien ya nos previene contra la arbitrariedad jurisdiccional.

Acabo manifestado de nuevo que la necesidad de la adecuación de la cuantía indemnizatoria a las circunstancias propias de cada supuesto, es algo con la que estoy absolutamente de acuerdo en base al principio de reparación íntegra del daño, pero sin embargo no puedo estarlo con la escasa fundamentación -más bien nula en algunos casos- de los porcentajes de incremento concedidos en las sentencias referenciadas. En este sentido, nuestro presidente de honor **MARIANO MEDINA CRESPO**, manifiesta³ que *“resulta evidente que, de aplicarse el nuevo Baremo a los daños corporales ajenos al tránsito motorizado, se estaría proyectando sobre su valoración la parcialidad resarcitoria que el Legislador impone para los daños corporales circulatorios, por lo que es por completo impertinente aplicar de forma mecánica sin más el nuevo Baremo a aquellos daños. No pudiendo afectar a la valoración de los daños corporales extracirculatorios los límites cualitativos y cuantitativos del nuevo Baremo de Tráfico*”. Por lo que quizás en estos supuestos fuera del ámbito circulatorio, en vez de establecer un porcentaje de incremento absoluto sobre toda la indemnización, bastaría con dejar de aplicar ciertos límites del «Baremo», además de poder justificar en determinados supuestos un porcentaje de incremento por el perjuicio excepcional que supone las circunstancias singulares del daño causado, pero aplicable solo sobre el perjuicio personal y no sobre el patrimonial, que en nada se ve afectado por dichas circunstancias. Aunque ello representa un esfuerzo de justificación y vertebración de la indemnización, que no se si todos los tribunales están dispuestos a hacer.

ENERO 2021

1 IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional, Civitas, Madrid, 1998, pp. 41- 42.

2 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 159 - 161.

3 MEDINA CRESPO, Mariano. El manejo del nuevo Baremo de Tráfico fuera de su específico ámbito: la necesaria desvinculación de sus límites cualitativos y cuantitativos, en AAVV, Manual para la aplicación del sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015, dirección y prólogo Javier López García de la Serrana, Sepín 2015, pp. 319-371.



Las secuelas temporales. Su función disolvente del mito valorativo de la estabilidad lesional¹

Mariano Medina Crespo

Abogado

Presidente de Honor de la AEAERCS

Sumario

- I.- UN CONCEPTO PERJUDICIAL QUE PARECE NIMIO
- II.- LA CONSAGRACIÓN LEGAL DE UN CONCEPTO ANTAÑÓN
- III.- DE CÓMO Y POR QUÉ SE INTRODUJO EL CONCEPTO EN LA REFORMA DE 2003
- IV.- EL RECONOCIMIENTO DEL CONCEPTO Y SU REGLA DE MEDICIÓN
- V.- LA DURACIÓN LEGAL DE LAS SECUELAS TEMPORALES
- VI.- LA REACCIÓN NEGATIVA ANTE LA REGULACIÓN LEGAL
- VII.- EL BAREMO DE 2015 Y LA DESUBICACIÓN DE LA REGLA ESPECIAL ESTABLECIDA
- VIII.- ALGUNAS PREGUNTAS CLAVES Y SU CONTESTACIÓN
- IX.- LA VALORACIÓN DE LAS SECUELAS TEMPORALES
- X.- EL VALOR NORMATIVO DE LA REGULACIÓN TABULAR
- XI.- LA FUNCIÓN REAL DE LAS SECUELAS TEMPORALES Y LA RAZÓN DE SU DESEABLE DESAPARICIÓN
- XII.- DOS CUESTIONES A LAS QUE HAY QUE REFERIRSE
- XIII.- LA CUESTIÓN DE LAS SECUELAS ESTÉTICAS TEMPORALES
- XIV.- LA CUESTIÓN DE LA CONGRUENCIA

¹ El presente texto constituye el guión que había diseñado ya como ex-Presidente de la Asociación, para mi intervención como ponente en la conferencia final del XX Congreso Nacional. Constituye un resumen de un estudio de bastante amplitud que, con un complemento jurisprudencial, está incluido en un voluminoso libro que, pendiente de publicación, dedico al resarcimiento del lucro cesante causado por las lesiones temporales laboralmente impeditivas. Su inserción en la Revista se justifica, particularmente, ante mi incapacidad de exponerlo por completo en mi intervención oral.

I.- UN CONCEPTO PERJUDICIAL QUE PARECE NIMIO

1. De primeras, puede parecer que voy a ocuparme de una bagatela, de una cosa valorativa insignificante, de una menudencia, de un tema cualitativo y cuantitativo muy menudo, de una cuestión de *minimis minimis*, de lo que los filatélicos llamamos, con una metonimia, una cinderella o cinderela, cenicienta recluida en el desván o en el sótano del Baremo de Trafico, de algo que aparece camuflado en una especie de catacumba, como si la figura se relegara y se hubiera soterrado, con su rima, en una tumba.
2. Pero el título de la ponencia ya sugiere que no es así, al expresar que la figura legal de la secuela temporal está llamada a romper el mito valorativo de la estabilización o estabilidad lesional.
 - mito que da lugar al corte resarcitorio que pretende imponer la fecha en que se concreta esa estabilización.

II.- LA CONSAGRACIÓN LEGAL DE UN CONCEPTO ANTAÑÓN

3. Se trata de un concepto que alcanzó su estricto rango legal en el Baremo de 1995, a través de la Reforma efectuada en 2003.

4. Su introducción se produjo con cierta reticencia al no referirse a las “secuelas temporales”, sino a las “denominadas secuelas temporales” que es decir “las mal llamadas secuelas temporales”, con lo que queda más que apuntado que se trata de un concepto esencialmente sedicente.
5. Pero constituye un concepto antañón porque ya lo manejaba la práctica forense antes de implantarse el Baremo legal, dentro de los procedimientos penales.
6. Así lo atestiguan algunos autores y algunas resoluciones judiciales:
 - SAP de Ávila (Sección 1ª, Civil) de 9 de enero de 1997 (Jesús García García).
 - SAP de Madrid (Sección 1ª, Penal) de 13 de octubre de 1997 (José-Manuel Maza Martín).
 - SAP de Madrid (Sección 17ª, Penal) de 23 de septiembre de 1996 (Jesús Fernández Entralgo).

Y en un cursillo que, sobre el Baremo de 1995, dirigí en Seida en 1996:

- José-Manuel Maza Martín, que consideró que las lesiones temporales son lesiones temporales, que es lo que son.



- Alejandro-María Benito López, que consideraba que las secuelas temporales deberían tratarse como si constituyeran una degradada minisección permanente.

7. Han pasado 25 años y la cosa se sigue enfocando de modo parecido, con la misma disyuntiva, aunque durante este cuarto de siglo se han producido algunas novedades relevantes, por lo que debo realizar cierta incursión histórica.

- incursión histórica que es muy significativa.

III.- DE CÓMO Y POR QUÉ SE INTRODUJO EL CONCEPTO EN LA REFORMA DE 2003

8. El primer hito, ya lo he dicho, fue la introducción de la figura en el Baremo, tras la Reforma de 2003.

- con ella el concepto adquirió un rango estrictamente legal, ausente en el régimen previo de la judicialidad valorativa.

9. Pero hay que recordar que su regulación específica se produjo a partir de la Propuesta de Anteproyecto de Ley, elaborada por médicos valoradores desde una Comisión de médicos, erigida en una plataforma influyente constituida en el seno de Unespa.

10. El texto de la Propuesta era el siguiente:

“Igualmente, no se considerarán como secuela y, por tanto, como lesión permanente aquellos procesos que tengan curación a corto/medio plazo”

y añadía:

“Los días de tratamiento de incapacidad temporal vendrán determinados por la fecha lógica de estabilización de la lesión”

- contrástese el primer inciso con el segundo y se captará que se pretendía negar que las secuelas temporales fueran resarcibles.

- así de claro y así de contundente.

- ni como lesiones temporales, ni como lesiones permanentes.

11. Pero analicemos dicho texto:

- se venía a decir que las secuelas temporales no son secuelas.

- se decía lo que las secuelas temporales no son.

- pero no se decía lo que son.

- y se decía que el día final de las lesiones temporales (llamada incapacidad temporal, con la manifiesta impropiedad con la que se expresaba el Baremo) lo constituía la fecha *lógica* de la estabilización lesional.

- adviértase que se hablaba de la fecha lógica de la estabilización lesional y no de la fecha de la estabilización lesional.

- invocación adjetiva que ya sugiere, dada su dificultosa concreción, la real posibilidad de su manipulación, porque no es algo estricta e indubitadamente constatable.

- la estabilización lesional puede funcionar como un acordeón; y así funciona en verdad.

- lo acreditan los desencuentros continuos de los diversos informes periciales médicos.

- la conclusión, dicho en román paladino, ya lo he resaltado, es que las secuelas temporales no serían resarcibles, pese a su real existencia.

- y ello al introducir el concepto de estabilización lesional del que no hablaba el apartado explicativo del Baremo en el que se establecía que el final de las lesiones temporales estaba constituida por el día de la curación del lesionado.

- se establecería así que las secuelas temporales no pueden valorarse como permanentes, ni tampoco como lesiones temporales porque éstas se valorarían solo hasta la estabilización lesional, pero no después de ella.

- se comprende así que el texto se hubiera confeccionado en virtud de una iniciativa interesada, procedente de Unespa.

- y, díganme de donde viene y les diré a donde va.

12. La D.G.S. y F.P. asumió el texto de la Propuesta de Anteproyecto, cuya regla venía acompañada de una purga del

baremo médico secular.

- esta purga consistía en la supresión de muchas secuelas que estaban incluidas en el elenco originario, por ser de limitada duración, es decir, por carecer de permanencia.
- extensión acogida como una manifestación ordinaria de lo que es la autorregulación proporcionada por el sector asegurador.
- técnica que, inaugurada en 1965, se ha convertido en tradición.

13. Para la consecución de su propósito, se marginaba el sentido de la palabra secuela, porque cualquier secuela de algo puede ser temporal o permanente, perenne o transitoria.

- y se la sustituía por un sentido afirmado como técnico y propio de la Medicina Legal por el que la secuela es de suyo permanente.
- de este modo, se sostiene que hablar de secuela permanente es acudir a una expresión pleonástica
- y que hablar de secuela temporal constituye un oxímoron, como la negra blanca.
- conceptos normativos que se afirman desde una aparente y más que dudosa cientificidad y no desde la legalidad establecida.
- conceptos que abren un camino que conduce a un acortamiento de la justicia resarcitoria, es decir, a un resarcimiento marcadamente héctico.
- téngase en cuenta, además, que el apartado explicativo del Baremo utilizaba el concepto de “secuela permanente”, concretamente al reflejar el funcionamiento imperativo de la regla de Balthazard.

14. Pero, acogido el texto, la D.G.S. lo sometió al preceptivo dictamen de la Junta Consultiva de Seguros.

15. Y la Junta lo pasó al examen del Grupo de Automóviles de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (Seaida).

- el Presidente de la Junta era el

Catedrático Fernando Sánchez Calero que, a su vez, era el Presidente de Seaida.

16. Fruto de ello fue el conjunto de observaciones críticas que su dictamen incluyó sobre el tratamiento de las secuelas temporales.

17. El carácter persuasivo de esas críticas se tradujo en una revisión de la Propuesta, cuyo texto fue sustituido por otro bien distinto que, tomando pie de él, pasó ya a la Propuesta de Anteproyecto de la Ley que se quería conseguir.

IV.- EL RECONOCIMIENTO DEL CONCEPTO Y SU REGLA DE MEDICIÓN

18. Dicho texto, que fue el que, finalmente, adoptó la Ley de 2003, era del siguiente tenor:

“Las denominadas secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de lesión permanente, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas del apartado A) de la tabla V, computándose, en su caso, su efecto impeditivo o no y con base en el cálculo razonable de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional”

19. Analicemos esta norma:

- su texto partía del pie proporcionado por el texto propuesto por la Asociación Gremial de las Aseguradoras.
- su texto suponía una concesión al sentido inicial de la regla propuesta.
- por ello, aunque acudía al concepto de las secuelas temporales, se refería a ellas como las “denominadas” secuelas temporales, con lo que ya anunciaba que no eran secuelas, es decir, que no eran estrictas secuelas o secuelas verdaderas.
- pero no se limitaba a decir que las secuelas temporales no eran lesiones permanentes, como decía el texto aseguratorio cuando decía lo que no eran, sino que ahora decía lo que verdaderamente son.
- pero, antes, acudía a las fórmulas delimitadoras de unas duraciones a

- considerar, para decir, como decía el texto asegurador, que secuelas temporales eran las que estaban llamadas a desaparecer a corto o medio plazo, con lo que se expresaba que las llamadas a desaparecer a largo plazo no tenían la consideración de secuelas temporales.
- y ello quería decir que tenían la consideración legal de permanentes, es decir, que se asimilaban a las permanentes y, por tanto, se insertaban en los códigos del baremo secular, como si fueran permanentes sin serlo.
 - se decía que no eran secuelas permanentes, sino secuelas temporales de larga duración, es decir, semipermanentes o cuasipermanentes y su singularidad radicaba en que se asimilaban a las permanentes, valorándose con la puntuación que correspondiera de acuerdo con el catálogo secular.
 - y, en cuanto a la concreción selectiva de las que eran secuelas temporales, decía que se habían de valorar de acuerdo con las previsiones del apartado A) de la tabla V, atinente a las lesiones temporales.
 - ello era así porque las secuelas temporales son lesiones temporales que persisten tras la fijación de una alta médico-legal identificada con la estabilización lesional.
 - y como son lesiones temporales se les tenía que adjudicar la suma básica que les correspondía como tales, con determinación de si producían o no un efecto impositivo.
 - porque las lesiones temporales en que consisten las (estrictas) secuelas temporales pueden ser impositivas o no impositivas.
 - las más de las veces no son impositivas, pero pueden serlo.
 - y, de hecho, no han faltado las que lo son, sobre todo cuando requieren sometimiento a sesiones de rehabilitación funcional; y,
 - en particular, cuando se computan las especiales actividades profesionales de algunos lesionados:
 - taxista con continuidad de vértigos;
 - deportista con atrofia muscular;
 - cirujanos con parestesias en las manos;
 - albañil sin estabilidad en el andar o con pérdida de fuerza en sus extremidades superiores.
 - Cuidadora de ancianos que todavía no ha recuperado la fuerza del brazo dominante.
 - Bailarina que, durante la última fase de su proceso curativo, no ha recuperado todavía su musculatura.
 - con un largo *et cetera*.
 - de esta forma, se prescindía del sentido clausurante que tenía la propuesta originaria, a la luz de la cual las secuelas temporales seguían a la fecha de la estabilización lesional y solo eran resarcibles las lesiones temporales que se padecieran antes de alcanzarse ésta.
 - el objetivo de la regla propuesta era que los perjuicios causados por las secuelas temporales, pese a ser lesiones temporales, no originaran resarcimiento alguno.
 - en cambio, el texto legal puntualizaba que, para valorar las secuelas temporales, tenía que realizarse un pronóstico razonable de su duración a partir del momento en que se alcanzara la estabilización lesional.
 - y entonces había que valorarlas como lo que son, es decir, como lesiones temporales.
 - de este modo, la estabilización lesional no constituía el *dies ad quem* de las lesiones temporales, sino el *a quo* para la medición de las secuelas temporales que eran unas lesiones temporales que se añadían complementariamente a las sufridas hasta la fecha del alta médico-legal.
 - y esto significaba, dicho sin tapujos, que las lesiones temporales duraban hasta el día en que desaparecieran las secuelas temporales o, por pura lógica, el día en que dejaran de paliarse o amortiguarse sin desaparecer.
 - es decir, que la verdadera alta médico-legal, habiendo secuelas temporales



-deficiencias temporales que persisten tras la estabilización lesional-, debía coincidir con la fecha de su curación o falta definitiva de su curación y no con la estabilidad lesiva.

- y, cuando se hablaba de curación, se utilizaba el concepto al que se refería el apartado explicativo del Baremo, en la regla atinente a la mal denominada incapacidad temporal que es término que debía leerse como sinónimo de lesión temporal.
- quedaba así desmentida la identificación de la estabilización con la verdadera alta médico-legal, como concepto proyectado sobre la esfera civil resarcitoria.
- por otra parte, adviértase que desaparecía la referencia propuesta a la "fecha lógica de la estabilización", pues la norma se refería a la fecha en que se obtuviera, sin que su determinación fuera decisiva para el cálculo definitivo de la indemnización básica por las lesiones temporales que lo eran todas las padecidas hasta el momento de la extinción de las secuelas temporales.

20. Recapitulo: hay secuelas temporales que son lesiones temporales, que es lo que son; y hay secuelas temporales que, siendo temporales, se equiparaban a las permanentes, al ser casi permanentes o semipermanentes.

- pero no cabe convertir las estrictas secuelas temporales en secuelas permanentes.

- si así se hubiera querido, la Ley tendría que haberlo dicho.
- y no solo no lo ha dicho, sino que ha dicho lo contrario.
- y, desde luego, no cabe aplicar la Ley de modo contrario a lo que dice, sin género de duda alguna.

- guste o no, guste o disguste.

V.- LA DURACIÓN LEGAL DE LAS SECUELAS TEMPORALES

21. Pero, antes de seguir avanzando, procede efectuar, en una especie de paréntesis, alguna referencia sobre la extensión de los plazos que la regla menciona.

- es cuestión que, como tal, ha dejado de abordar la jurisprudencia provincial, aunque hay algunos pronunciamientos se refieren a ella, aunque sin una decisiva repercusión.
- son pocos los autores que han comprometido su parecer al respecto.
- con todo, el criterio doctrinal predominante es que las secuelas que curan a corto plazo son las que desaparecen (o, lógicamente, las que se atenúan) dentro de un tiempo que no sobrepase los 6 meses;

- y que las secuelas que subsisten a medio plazo son las que, excediendo de 6 meses, desaparecen (o se atenúan) al cabo de un tiempo que no supere 1 año.
- por tanto, las secuelas temporales que curan (o se alivian) a largo plazo son las que desaparecen (o se amortiguan) a partir de que su duración sobrepase un período anal.
- estas últimas secuelas temporales -secuelas semi o cuasipermanentes- se sustraían a la regla del reconocimiento y medición de las secuelas temporales, para insertarse en el baremo médico secuelar.
- pero hay alguna sentencia que entiende que el medio plazo se agota a los tres meses.
- y hay alguna que entiende que un plazo de tres años constituye un plazo medio.
- la concreción del alcance de los plazos, con la fijación de la frontera entre el plazo medio y el plazo largo -es decir, la fecha legal de corte- era de gran relevancia por su repercusión económica, sobre todo si la norma reguladora se aplicaba en sus explícitos, contundentes e inequívocos términos de medición.
- por ello sería conveniente que el texto de la regla tabular efectuara esa determinación, aunque fuera por vía reglamentaria.
- ello no tendría que suponer alteración del cabal sentido de la regla legal tabular.
- pero advierto que, de acudir a esta vía infralegal, podría producirse, insensata e interesadamente, el recorte de su extensión.
- ello llevaría a incluir la mayor parte de las secuelas temporales en el baremo secuelar, para hacer inevitable su infrarresarcimiento en relación con el que causan las lesiones temporales, pese a que esas secuelas lo son.
- de este modo, se desactivaría la previsión legal.

VI.- LA REACCIÓN NEGATIVA ANTE LA REGULACIÓN LEGAL

22. Pero veamos lo que, de inicio, sucedió con esta regla.
- ante su instauración, fue de estupor

la reacción de los cultivadores de la Medicina Valorativa, ejercida:

- por algunos médicos legistas;
 - por los médicos forenses;
 - por los peritos médicos afectos a las aseguradoras; y, por su formación seguidista,
 - por los peritos médicos de los perjudicados.
- tal reacción consistió, de forma muy extendida, en que los informes periciales prescindieran de la persistencia de las secuelas temporales y, caso de incluirlas, en que se abstuvieran de cumplir el mandato legal de efectuar el cálculo razonable de su pronosticable duración.
 - y es que han sido escasos los casos de pronóstico cumplido.
 - y, en cambio, son más los supuestos en que se disimula la secuela temporal y, en lugar de ella, como mucho, se computa como si fuera una miniseuela permanente.
23. Se estaba por ello ante la sublevación, más silente que patente, frente a la Ley que disgustaba.
- disgustaba la norma y disgustaba el mandato legal del pronóstico.
 - y este disgusto se traducía en prescindir de él, y, para sustraerse a él, se marginaba su sustrato y quedaba vacío el verbo legal.
 - y con ello se facilitaba la consecución del objetivo de la propuesta frustrada del *lobby* asegurador.
 - la Ley se llevaba a su propio sayo.
 - de este modo, se pronosticó en medios más o menos académicos la evaporación de las secuelas temporales y, por tanto, la reactivación de las altas precipitadas o antedatadas, es decir, establecidas antes de alcanzar el lesionado su curación o su definitiva falta de curación.
 - y, como mucho, lo reitero, se activaba la recurrencia al resarcimiento jibarizado de las miniseuelas permanentes.

VII.- EL BAREMO DE 2015 Y LA DESUBICACIÓN DE LA REGLA ESPECIAL ESTABLECIDA

24. Así las cosas, hay que referirse ahora al Baremo de 2015, con su ratificación del reconocimiento de la resarcibilidad de las secuelas temporales y con ratificación de la fórmula de su medición cuantitativa.

25. Su texto es el siguiente:

“Las denominadas secuelas temporales, es decir, aquéllas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de secuela, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas de [las] lesiones temporales, computando, en su caso, los efectos que producen y con base en el cálculo razonables que se estime de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional, y hasta su total curación.”

26. Su redacción mantiene la sustancia del texto reemplazado, aunque altera en parte su expresión.

- las alteraciones se deben a su acomodo al nuevo diseño baremométrico y a su terminología depurada.
- pero no implican cambio sustantivo alguno.

27. La novedad estriba en su ubicación.

- La regla del Baremo derogado era una de las tres reglas generales de utilización del baremo secuelar y se insertaba en su portada, en su frontispicio, a modo de proemio, como ha escrito el magistrado José-Manuel de Paúl Velasco en alguna de sus excelentes sentencias.
- de ellas, las dos primeras se han llevado ahora al texto articulado de la Ley en la que se ha injertado la regulación primaria del Baremo que deja de ser un anexo de la Ley.
- pero la tercera, la de las secuelas temporales, no se ha incluido en el texto articulado, sino que ha permanecido en el baremo secuelar que ya no se integra en un anejo del anexo valorativo, sino que forma parte del anexo de la Ley.
- por ello se encuentra descolocado, pues, de situarse al inicio del baremo secuelar, se ha llevado a su final, como

una nota adicional, la (2) que se ubica después del capítulo especial relativo al perjuicio estético, con el que se remata la correspondiente tabla.

28. Se ha acudido así a la técnica del destierro, a la técnica del confinamiento de la regla en el desván del edificio valorativo o en su zaguán.

- es la técnica del contenido escondido o desubicado.
- es la técnica propiciadora del “que no se vea”, pero sin que pueda decirse que no está, porque está, está.
- es la técnica intencionada del escondite.
- técnica del “tesoro escondido”.
- escondido, desde luego, pero provechoso porque es inequívocamente aprovechable su relevante significación.
- significación que se capta porque obliga a pensar y a analizar con cierta profundidad.
- y técnica que, en algún caso, ha producido el efecto pretendido por quienes la han colocado donde está.

29. Así:

las SSAP de Asturias (Sección 5ª, Civil) de 5 de mayo de 2017 y 30 de abril de 2019 (José-Luis Casero Alonso);

- sentencias que han declarado que la Reforma de 2003 introdujo en el Baremo de 1995 el concepto de las secuelas temporales, confirmando su rango perjudicial y el modo de repararlo.
- pero que el Baremo de 2015 lo ha marginado, según atestigua el art. 134 que es el precepto definitorio de las lesiones temporales.
- y esto implica no haber visto la existencia de la regla tabular.
- y, a su vez, como seguidamente se verá, no es cierto que ese precepto atestigüe lo que la sentencia dice que atestigua, sino todo lo contrario, dado que señala que las lesiones temporales son las que duran hasta el final del proceso curativo del lesionado, a partir de la que se repute estabilización lesional.

VIII.- ALGUNAS PREGUNTAS CLAVES Y SU CONTESTACIÓN

30. Llegados a este punto, el jurista tiene que recapitular y formularse algunas preguntas y, desde luego, contestarlas.
- ¿qué son y cuáles son las secuelas temporales?
 - ¿por qué existen?
 - ¿cómo se valoran?
 - ¿cuál es o debe ser su por venir?
31. ¿Qué son y cuáles son las secuelas temporales?
- son las deficiencias de salud o psicofísicas que persisten durante algún tiempo no dilatado tras el alta médico-legal establecida por estimarse alcanzada la estabilización lesional.
 - y esto es así porque la estabilización lesional no comporta, sin más, la curación de las lesiones padecidas o la definitiva falta de su curación.
32. ¿Por qué hay secuelas temporales?
- por el condicionamiento del viejo prejuicio criminal² que lleva a fijar el alta médico-legal haciéndola coincidir con

² Prejuicio que no es perjuicio cuando se produce

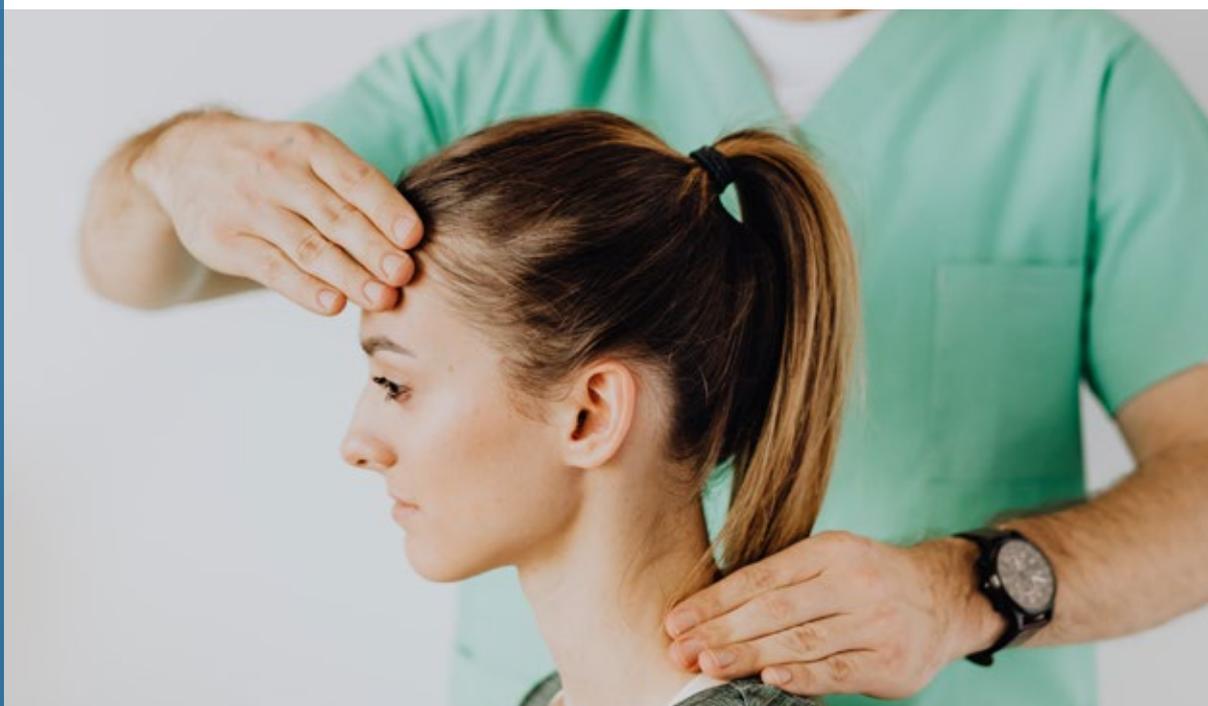
la estabilización lesional, sin esperar a la definitiva curación o a la definitiva falta de curación.

- fijación que han propiciado y propician los cultores de la Medicina Valorativa de las aseguradoras, puesta al servicio del no pagar o del minipagar.

IX.- LA VALORACIÓN DE LAS SECUELAS TEMPORALES

33. ¿Cómo se valoran las secuelas temporales *secundum legem*?
- aplicando la regla legal del tantos días tantos euros, es decir, aplicando la legalidad establecida.
 - multiplicando los euros por los días pronosticados.
 - o, en su caso, por los que, después, resulten ampliados, acortados o confirmados.
 - cosa ésta última que, muy pocas veces, las sentencias han tenido la ocasión de resolver.
34. Cuando se reconoce su existencia -existencia que es persistencia-: ¿cómo

su genuina proyección sobre las estrictas exigencias de tipificación propia del enjuiciamiento criminal, pero que se torna en perjuicio cuando se proyecta, sin modulación alguna, sobre el ámbito estricto de la responsabilidad civil (resarcitoria).



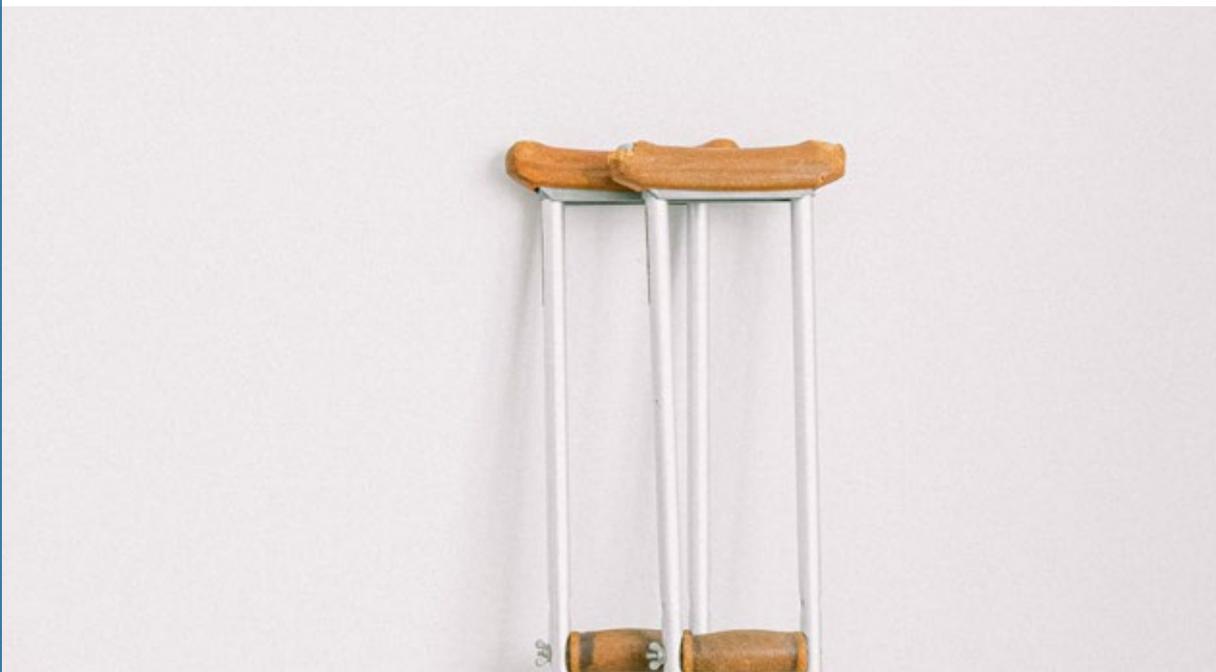
se desvirtúa la valoración de las secuelas temporales en muchas ocasiones?

- mediante la regla innominada, supuestamente lógica, de marginar el valor desproporcionado, pero que es incoherente en relación con la propia y alógica lógica valorativa del sistema.
- regla correctiva del valor legal al que se adosa una limitación cuantitativa extralegal.
- regla de que una secuela temporal no puede valorarse con una cantidad que sobrepase el valor de su correlativa secuela permanente.
- regla que supone una interpretación correctiva de carácter abrogante de la legalidad establecida.

35. Dicho lo dicho, procede justificar la sinrazón legal de esa interpretación correctiva que expresión de un uso alternativo a la legalidad decretada.

- se trata de una interpretación que adolece de la malversación sectaria del argumento comparativo, porque, yendo al fondo del asunto, la disimetría valorativa está previamente establecida;
- y nadie se escandaliza por ello, pese a que la descoordinación rompedora de cualquier equivalencia existe siempre entre el valor de las lesiones temporales y el de las permanentes.

- escandaliza el valor desproporcionado de las secuelas temporales en relación con su correlativa lesión permanente.
- pero no escandaliza el minivalor de las secuelas permanentes en relación con el valor adjudicado a las lesiones temporales, refiriéndome siempre, naturalmente, al perjuicio básico causado por unas y por otras.
- manéjese la tabla TT1 y véase la cantidad con que se resarce el perjuicio personal básico que causa un día de padecimiento de una lesión permanente y compárese con la suma que se adjudica al de un día de lesión temporal.
- y cáptese que, si el perjuicio personal básico del último día de una lesión temporal de muy escasa intensidad se valorara con 0,50 € y no con 30 (suma originaria del Baremo), resultaría una cantidad muy superior a la que se reconoce por un solo día de lesión permanente de la misma intensidad mínima.
- la disimetría existe siempre y no solo cuando se está ante la valoración de las secuelas temporales.
- ¿por qué lo que vale para las lesiones temporales no vale para las secuelas temporales que son lesiones temporales como reconoce y dispone la regla tabular; regla que, con gran frecuencia, la práctica judicial depone?



X.- EL VALOR NORMATIVO DE LA REGULACIÓN TABULAR

36. Pero, dada la extraña ubicación de la regla relativa al reconocimiento y tratamiento valorativo de las secuelas temporales, debo abordar la cuestión de su fuerza normativa.

- hay el criterio de que, por falta de apoyatura en la regulación articulada, dicha regla urge como por generación espontánea y que, por lo tanto, no constituye un reflejo de dicha regulación, faltando pues, la necesaria concordancia.
- concordancia que impone el art. 134.2 al disponer que las tablas 3.A, 3.B y 3.C establecen las cuantías asignadas a los diversos perjuicios “de acuerdo con los criterios y reglas” del sistema.
- es decir, que las reglas tabulares tienen que ser reflejo de las articuladas.
- y, al no producirse tal reflejo, existe una antinomia que da lugar a postular que la regla tabular carece de valor normativo alguno, al no plasmar ningún extremo de la regulación articulada, imponiéndose la prevalencia excluyente de ésta.

37. Pero el reflejo existe y su rigor es indisputable.

- porque, en la medida en que goce de favor el criterio de que el alta médico-legal se alcanza con la estabilización lesional, esta identificación no anula el mandato legal -art. 134.1, *in primo*- de que las lesiones temporales terminan con la curación o con la definitiva falta de curación.
- y el reconocimiento y valoración de las secuelas temporales es una consecuencia de ese mandato.
- y, al tiempo, es una forma de compatibilizar la realidad elemental de que las lesiones temporales finiquitan con esa curación o con esa definitiva falta de curación con el criterio que identifica el alta médico-legal -un alta médico-legal que es solo de principio- con el momento en que el lesionado alcanza la estabilización lesional.
- el reconocimiento de las secuelas temporales constituye una respuesta cumplida al hecho cierto de que el concepto de la estabilización lesional tiene pleno sentido y justificación solo en

el ámbito enjuiciador de una conducta criminal.

- pero no lo tiene como concepto civil, cuya finalidad resarcitoria es ajena a los condicionamientos de la tipificación penal.
- el reconocimiento de la existencia de secuelas temporales -con el reconocimiento de su rango resarcible- es una consecuencia impuesta por el uso y abuso restringente del concepto de la estabilización lesional, dentro del ámbito de la responsabilidad resarcitoria.
- dicho reconocimiento constituye una pura derivación -verdadero reflejo- de que las lesiones temporales finiquitan cuando el lesionado alcanza su completa curación o su definitiva falta de curación que afectan al tratamiento resarcitorio de esa temporalidad lesiva.
- y la necesidad de esa curación como término de las lesiones temporales aparece establecida en el art. 134 cuando dice que son lesiones temporales las que duran hasta que finaliza el proceso curativo del lesionado, curso que se extingue cuando el lesionado ha quedado curado por completo o cuando no ha podido curarse más.
- y mientras persisten las secuelas temporales, no ha llegado ese momento final.

XI.- LA FUNCIÓN REAL DE LAS SECUELAS TEMPORALES Y LA RAZÓN DE SU DESEABLE DESAPARICIÓN

38. Por eso la función que cumple el reconocimiento y valoración de las secuelas temporales se contrae a socavar el artificio de antedatar la fecha del alta médico-legal cuando la lesión pende todavía de su definitiva curación o de su definitiva falta de curación.

- de ahí que, en el momento en que de forma cabal estuviera cumpliendo su función y la estabilización lesional dejara de erigirse en una alta médico-legal indebidamente anticipada, a efectos resarcitorios, las secuelas temporales desaparecerían al haber cumplido su cometido.

XII.- DOS CUESTIONES A LAS QUE HAY QUE REFERIRSE

39. Con ello, termino mi intervención, al

haber consumido el tiempo que se me ha establecido y dejo por ello de acometer, en particular, dos cuestiones relevantes, una de índole sustantiva y otra de índole procesal que afectan al tratamiento resarcitorio de las secuelas temporales.

XIII.- LA CUESTIÓN DE LAS SECUELAS ESTÉTICAS TEMPORALES

40. La cuestión sustantiva es que debe prestarse particular atención a si procede o es impertinente el reconocimiento y valoración de las secuelas estéticas temporales.

- al respecto, me limito a dar cuenta de que este supuesto se solventa con la aplicación de la regla que disciplina la valoración del perjuicio estético.
- me refiero al art. 101.2.
- dicho precepto establece que el perjuicio estético a valorar para su resarcimiento es el existente a la finalización del proceso de curación del lesionado.
- es decir, que ha de medirse atendiendo al existente en el momento en que el lesionado obtiene su adecuada alta médico-legal, por haber curado del todo o haber quedado definitivamente sin curar del todo de su perjuicio biológico, somático, fisiológico o psicofísico.
- porque esta específica regla articular impide la aplicación de la norma tabular atinente a las secuelas temporales que, por tanto, solo se proyecta sobre el perjuicio psicofísico.
- el estético se sustrae, pues, a su ámbito aplicativo.
- su impedimento confirma la conclusión de que la valoración del perjuicio personal básico refiere en exclusiva a ese perjuicio psicofísico, sin que nunca se pondere el perjuicio estético, cosa que acontece cuando se trata de las lesiones tanto temporales como permanentes o (estrictas) secuelas (y temporales asimiladas por imperativo legal).
- pero no es que se desaprecie el perjuicio estético temporal, sino que su aprecio está incluido dentro del valor que se le asigna en su condición de (real o supuesta) secuela permanente.
- y ello, aunque se trate de una secuela temporal, habida cuenta de que el valor

legal que se le asigna es el existente en el momento del alta médico-legal.

- y ello, con independencia de que el perjuicio sea permanente o temporal y con independencia de que sea susceptible o no de corrección por medio de alguna intervención de cirugía.
- y ello, también, con independencia de que esté llamado a desaparecer a corto, medio o largo plazo.

XIV.- LA CUESTIÓN DE LA CONGRUENCIA

41. Y hay que referirse, igualmente, a la sorprendente cuestión de la congruencia, para resaltar que la jurisdicción incurre, a veces, en la incongruencia de la congruencia malversada.

- se trata de un criterio que han adoptado algunas sentencias provinciales en supuestos en los que el perjudicado ha reclamado indemnización por las que considera secuelas permanentes, es decir, estrictas secuelas, pero que, al resolver la pretensión, se consideran temporales.
- ante ello, se entiende que esas secuelas temporales no pueden resarcirse, al haberlas reclamado como permanentes, con el argumento de que su reconocimiento supondría caer en una incongruencia *extra petita*.
- en cambio, no hay sentencias que mantengan el mismo criterio cuando el supuesto es exactamente el contrario, es decir, cuando se reclama indemnización por unas supuestas secuelas temporales que resultan ser permanentes.
- en estos casos, no se aprecia óbice alguno de tipo procesal para reconocer la cantidad que corresponde a su entidad.
- la tesis de la incongruencia, con el efecto de desestimar la pretensión deducida, supone desconocer algo tan elemental como que la lesión corporal es una, con independencia de que sea temporal o permanente.

**XX Congreso Nacional
Asociación Española de Abogados
Especializados en Responsabilidad Civil
2020, noviembre**



Impacto legal de la pandemia

Gonzalo Iturmendi Morales
Abogado

Sumario

- I.- IMPACTO LEGAL DE LA PANDEMIA
- II.- EL NUEVO ESCENARIO DE LA PANDEMIA
- III.- MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL/PATRIMONIAL DEL SECTOR PÚBLICO.
- IV.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR
- V.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE VARIAS ADMINISTRACIONES
- VI.- RIESGOS DEL DESARROLLO
- VII.- DIFERENCIA ENTRE REPARACIÓN DEL DAÑO POR EXPROPIACIÓN Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
- VIII.- CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN
- IX.- REQUISITOS DE VIABILIDAD DE LAS RECLAMACIONES
- X.- PÉRDIDAS ECONÓMICAS
- XI.- CONCLUSIONES

I.- IMPACTO LEGAL DE LA PANDEMIA.

La sociedad española ha vivido un período de enorme actividad normativa desde el anuncio realizado por el Presidente del Gobierno el pasado 13 de marzo,¹ hasta la finalización del estado de alarma y la prórroga de la declaración del estado de alarma² en el que nos encontramos,³ **largo período turbulento** en el que los distintos órganos reguladores del Estado han decretado un **bosque de cientos de normas** para regular medidas de carácter estatal en el ámbito sanitario, económico y social, con independencia de las dictadas en la Unión Europea, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas.

La incidencia de las medidas normativas fue determinante en la marcha de la economía, al haber supuesto –entre otras cosas- la **paralización de gran parte de la actividad productiva en aplicación del principio de precaución**, lo que ha producido un escenario de incertidumbre e incógnitas que aún hoy

1 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que el Gobierno de España declaró el Estado de Alarma para la prevención y contención de la pandemia del COVID-19 inició una cascada normativa de excepción, con medidas regulatorias adoptadas por el Gobierno de España y ratificadas por las Cortes justificadas en crisis sanitaria motivada por la pandemia, basadas en la LO 4/1981, de los Estados de Alarma, excepción y sitio y una cadena en cascada de disposiciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tendentes a regular la situación creada con el Estado de Alarma. Durante la vigencia de dicho estado la sociedad ha vivido un periodo de enorme actividad normativa desde el anuncio realizado por el Presidente del Gobierno el 13 de marzo de 2020, hasta la finalización del Estado de Alarma, en el que los distintos órganos reguladores del Estado han decretado multitud de normas para regular medidas de carácter estatal en el ámbito sanitario, económico y social, con independencia de las dictadas en la Unión Europea, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas.

2 Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

3 Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. La prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021, y se someterá a las condiciones establecidas en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, y en los decretos que, en su caso, se adopten en uso de la habilitación conferida por la disposición final primera del citado Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

están pendientes de ser resueltas ante el rebrote de la pandemia.

La extrema regulación normativa vivida durante los períodos de estado de alarma ha puesto de manifiesto la **relevancia de la gestión de riesgos jurídicos relacionada con asuntos legales, regulatorios, contractuales, así como de derechos y obligaciones no contractuales**, todo ello como parte integral de la gobernanza y gestión general de la organización en la que los riesgos legales son una pieza clave del proceso global de gestión de riesgos.

El desafío para de gestión de riesgos legales requirió un enfoque capaz de reflejar en cada organización, las diferencias de su contexto externo, incluido el entorno legal extraordinario de pandemia y las características propias de cada organización - sus objetivos y valores - y de cada sector. Los juristas hemos intentado minimizar la complejidad y el costo de los procedimientos legales, tratando de adaptar la actividad al marco regulador desbocado estos meses, gestionando las consecuencias negativas del riesgo legal. Así -por ejemplo-, en éste tiempo fomentamos activamente la evitación y resolución de disputas o litigios e intentamos equilibrar las obligaciones contractuales, los costos, los objetivos comerciales y la reputación de la organización que evidenció su vulnerabilidad ante la opinión pública.

La extrema regulación normativa vivida durante este período ha alterado el marco de infinidad de relaciones jurídicas, poniendo de manifiesto la relevancia de la gestión de riesgos jurídicos relacionada con asuntos legales, regulatorios, contractuales, así como de derechos y obligaciones no contractuales, todo ello como parte integral de la gobernanza y gestión general de las organizaciones, en la que los riesgos legales son una pieza clave de su actividad. Se ha llegado a cuestionar un pilar fundamental básico de la convivencia social, el principio de seguridad jurídica y la limitación de los derechos fundamentales. Se ha llegado a cuestionar un pilar fundamental básico de la convivencia social, el principio de seguridad jurídica y la limitación de los derechos fundamentales.

Las consecuencias de la regulación reactiva suponen una **alteración significativa de las relaciones jurídicas de particulares y organizaciones** sin posibilidad de volver el estado original previo a la declaración del primer estado de alarma.

La oportunidad para la renegociación contractual vino de la mano de la cláusula “rebus sic stantibus” en las obligaciones de tracto sucesivo y en aquellas exigibles en plena declaración de estado de alarma por la pandemia. Nos hemos encontrado ante circunstancias imprevistas para las partes al suscribir el contrato, factores sobrevenidos, que se precipitaron en cadena a partir de la declaración de pandemia del COVID-19. Por todo ello, a la luz de la «teoría de la Imprevisión» y la regla « rebus sic stantibus » siempre que se pueda demostrar que, a causa de la pandemia, el cumplimiento del contrato para una de las partes se ha vuelto desproporcionadamente gravoso o conlleva la asunción de un riesgo imprevisible al momento de la suscripción del contrato, el deber de buena fe en el tráfico jurídico conlleva que cuando, fuera de lo pactado, sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente las pretensiones de las partes, lo que cabe esperar en este contexto es la adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado.

La crisis ha puesto en valor el establecimiento de los principios de equidad como guía de la gestión del riesgo legal que incluye la gestión de conflictos de intereses, que proporciona una voz imparcial e independiente en las decisiones y respalda la debida diligencia y la equidad para los mejores intereses de la organización.

Nadie desea una sociedad frágil y temerosa por la crisis vivida.

El esfuerzo conjunto de todos los agentes sociales por alcanzar la **seguridad jurídica** es el paso previo para conseguir relaciones fructíferas de paz y justicia en nuestra sociedad.

La finalidad originaria del control regulador sanitario de la pandemia ha desencadenado multitud de consecuencias económicas y sociales no deseadas originando daños colaterales. Han quedado al descubierto los puntos débiles del sistema como redes de seguridad social erosionadas, paro, ruina, modelos laborales precarios, sistemas sanitarios sin recursos y el principio de seguridad jurídica deseable en toda sociedad.

Ahora es tiempo de recuperarse de los estragos producidos por el estado de alarma; también es tiempo de evaluar las actuaciones del poder lideradas por el Sector Público y

reparar los daños y perjuicios sufridos por los que no tuvieron el deber jurídico de soportarlos.

La predictibilidad de un marco legal y económico estable es un factor imprescindible que permitirá el desarrollo eficaz de las relaciones humanas y empresariales, en un futuro en el que se disipen las dudas sobre la incertidumbre de la inseguridad jurídica.

II.- EL NUEVO ESCENARIO DE LA PANDEMIA.

Analizamos seguidamente las posibles consecuencias legales en el ámbito de la responsabilidad de las actuaciones del Sector Público con motivo de la pandemia COVID-19, los principios jurídicos en los que se basa, así como los requisitos que deben concurrir para que puedan plantearse estas reclamaciones en España.

La crisis del COVID-19 en su vertiente estrictamente sanitaria ha dejado víctimas mortales y afectados, sobre las que flota la inevitable pregunta de la posible o no responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público en su caso concreto, cuestión a la que he tenido que contestar en los últimos meses con motivo de múltiples seminarios, entrevistas y consultas de afectados que se debaten en un mar de dudas. La pandemia hasta hoy tiene un saldo de víctimas de 55 millones de contagiados, más de 1,3 millones de fallecidos y más de 38 millones de recuperados. Concretamente en España la Covid-19 ha dejado un rastro letal: más de un millón y medio de infectados y casi 41.000 fallecidos.

Este dramático cuadro nos sitúa en la más grave recesión económica mundial desde 930. En España la crisis originada por la pandemia ha hecho que millones de personas pierdan su empleo o hayan pasado a depender de las ayudas del Gobierno. En octubre, había 3.826.043 personas en el paro en España y 730.000 personas están afectadas por la prórroga de los ERTES hasta el 31 de enero. La OCDE, estimó la mayor caída del PIB en España entre los países del grupo. La tasa de paro real según la última EPA es del 15,33% de la población activa y que según el gobierno cerrará el ejercicio en el 19% de la población activa.

Las restricciones adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria y el incremento de la incertidumbre están impulsando el ahorro en detrimento del consumo, que caerá un 14% en

2020. El turismo está gravemente afectado, según la Organización Mundial del Turismo, entre 100 y 120 millones de empleos directos corren peligro en el sector turístico. El Banco de España prevé que el PIB caiga cerca del 12,6% y duda de las previsiones de ingresos, déficit y deuda. La economía española es la que más se resiente en Europa por la segunda ola, tanto que la actividad económica en nuestro país cayó en octubre y se situó en niveles de mayo, cuando el país estaba prácticamente en su totalidad confinado por el estado de alarma.

El coronavirus nos trastocó la vida de golpe hasta el punto de generar **bucles de responsabilidad** agravada conforme evoluciona la crisis.

La exigencia de **responsabilidad por falta de medidas de prevención de riesgos laborales** durante la pandemia Covid-19, está siendo objeto de reclamaciones judiciales en toda España. En este sentido la adopción de medidas excepcionales no supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo al tener como fin la preservación de la salud y la búsqueda de consenso con la representación de los trabajadores, pero no logrado éste correspondía al titular de la actividad tomar las decisiones oportunas en pro de la seguridad y

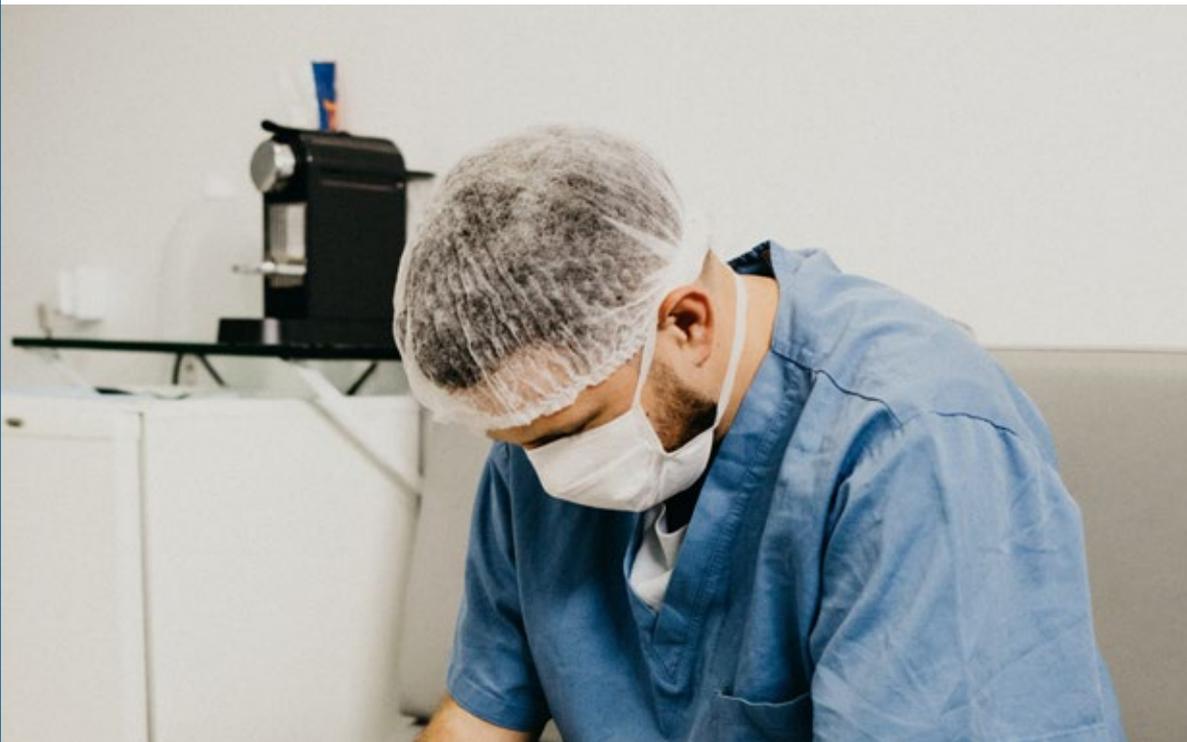
salud.⁴

Muchos meses después del inicio de la pandemia seguimos en una constante adaptación, enfrentando **pérdidas económicas, personales y sociales**, y la falta de certezas en una realidad mutante que parece no tener fin.

La encuesta 40dB publicada el día 15 de noviembre de 2020⁵ indica que **la mitad de los**

4 Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, número 688/2020, 25.

5 Diario EL PAIS, 15 de noviembre de 2020, pág.: 26. "Como consecuencia de la menor entrada de dinero en los hogares, casi 6 de cada 10 encuestados (57%) afirman que han reducido sus gastos en ocio y tiempo libre. Este es el apartado en el que más personas han recortado el presupuesto. El siguiente, mencionado por uno de cada cuatro encuestados (25,5%), es el de productos de primera necesidad. Un 15,4% de personas ha dejado de poner la calefacción o el aire acondicionado cuando lo han necesitado —en el caso de los jóvenes de 18 a 24 este porcentaje sube hasta el 26%—, mientras que un 8,8% ha recortado en salud: afirman que han dejado de comprar alguna medicina, han abandonado algún tratamiento médico o han aplazado o anulado visitas al dentista o al oculista, especialidades que en España no cubre la sanidad pública. Los mayores de 65 años son los que están aguantando mejor la crisis económica, a juzgar por sus respuestas. Más de la mitad (51,8%) seleccionó la categoría "ninguno de los anteriores" cuando se le pedía identificar en qué había recortado. En la población general el porcentaje es del 33,6%, lo que, según el análisis de 40dB, "señala en la dirección de que los mayores, pese a ser el sector más vulnerable en términos sanitarios por la pandemia,



españoles ha perdido ingresos por el virus y el 26% ha perdido su trabajo de forma temporal o definitiva. Desde el punto de vista jurídico resulta relevante el dato que indica que el 11,9% de los encuestados se han retrasado en el pago de recibos, el 8,8% han dejado de seguir un tratamiento médico y el 6,8% ha dejado de pagar el alquiler o la hipoteca.

La misma encuesta nos indica que un 61,4% de la población se siente desanimada y pesimista, el 56,6% asegura que aumentarán las desigualdades entre generaciones y un 80% que dicha desigualdad se producirá en el ámbito económico.

La encuesta muestra también cómo la pandemia ha trastocado el ámbito laboral. El teletrabajo ha ganado posiciones, hasta el punto de que uno de cada tres ciudadanos con empleo (33,7%) dice que ha pasado de trabajar presencialmente a hacerlo de forma remota, bien parcialmente o todos los días.⁶

A la población le cuesta desconectar de los problemas, aparecen trastornos de sueño y falta de concentración. Y en los casos en los que la actividad laboral lo permite, el teletrabajo dista mucho de ser la forma óptima de rendimiento posible. Con el paso de los meses se viven situaciones de crisis de pánico, depresión e impotencia por el desaliento y el cansancio. Los especialistas en salud mental alertan sobre la importancia de no desdeñar los síntomas y desde la ONU se advierte que la pandemia ha plantado las semillas de una enorme crisis de salud mental, el aislamiento físico, el miedo, la pérdida económica y hasta la desinformación han extendido el malestar psicológico en la población, se han aumentado los índices de suicidio, hay mayor maltrato de hijos a sus padres. En definitiva un horizonte de sufrimiento, impotencia, resentimiento y muchas efectos adversos a los que hay que enfrentarse

son los que menos afectados se ven por las consecuencias económicas de la misma”.

6 Según la encuesta 40dB citada un 40% de personas con empleo trabaja en remoto. “En este apartado se aprecian diferencias entre las personas que residen en zonas rurales (el estudio las considera así cuando se trata de municipios de menos de 10.000 habitantes) y las que lo hacen en zonas urbanas. Un 46,6% de los encuestados afirma que sus empleos no son compatibles con el teletrabajo, pero cuando se segmenta por el tamaño de su municipio se comprueba que en el medio rural este porcentaje sube hasta el 60,2%, mientras en las áreas urbanas es del 43,1%. La Comunidad de Madrid destaca como la región más propicia para el teletrabajo, según la encuesta, ya que un 47,8% de sus residentes aseguran que han pasado de trabajar presencialmente a hacerlo en remoto.”

con escasa información y transparencia.

Ante esta situación un planteamiento de declaración genérica o universal de responsabilidad de todo el Sector Público, no parece que tenga ningún recorrido jurídico por los motivos que exponemos a continuación. Por el contrario, parece claro que cada posible reclamación deberá analizarse minuciosamente desde el punto de vista de las especiales circunstancias concretas concurrentes en cada caso y si los requisitos de la responsabilidad de la Administración se ajustan como para que la responsabilidad pueda ser declarada por un órgano jurisdiccional.

III.- MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL/PATRIMONIAL DEL SECTOR PÚBLICO.

La configuración del régimen español de responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público contenido en el artículo 106, 2 de la Constitución Española y el artículo 32 y siguientes de la Ley 40/2015, se caracteriza desde hace más de medio siglo, como un sistema de responsabilidad civil directa, impersonal y por funcionamiento normal o anormal del Sector Público, bastando la concurrencia de los requisitos de la acción u omisión del servicio público, el daño sufrido por el perjudicado que sea evaluable económicamente y la relación de causalidad (material o legal) entre el hecho generador de responsabilidad y el daño causado. Cuando coincidan esos requisitos la Administración imputada solamente quedará exonerada de responsabilidad si acredita que en la cadena de los elementos de la responsabilidad existió la fuerza mayor y un riesgo del desarrollo asimilable -desde el año 1999- a la fuerza mayor.

Reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado los requisitos de la fuerza mayor -a la que se refiere la causa de exoneración de responsabilidad-, determinando que la misma debe ser un acontecimiento de procedencia externa imprevisible, inevitable e irresistible, ajeno a la Administración presunta responsable y que suponga un obstáculo de tal naturaleza que impida el cumplimiento de la obligación de evitar el daño por la insuficiencia de las medidas preventivas adoptadas.⁷

7 V. la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal núm. 1321/2006, de 18 de diciembre : [...] la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado (S 24 de diciembre de 1999), debiendo concurrir en dicho aconte-

Para que la Administración pueda conseguir la exoneración de su responsabilidad debe acreditar, mediante la prueba correspondiente, la concurrencia de los requisitos mencionados ya que la acreditación de fuerza mayor corresponde a quien la alega.

Cabe preguntarse si la pandemia COVID-19 es un supuesto o no imprevisible.

Para VELA TORRES, una vez analizados varios antecedentes de acceso público, “en consecuencia, a la vista de tales documentos, informes y previsiones legislativas, parece que puede concluirse que la pandemia no era imprevisible para las compañías de seguros”.⁸ Los documentos a los que se refiere son del el Grupo Consultivo de Actuarios Europeos que publicó un documento titulado “**Reflexiones actuariales sobre el riesgo de pandemia y sus consecuencias**”,⁹ la publicación del Lloyd’s titulada “Pandemia. Impactos potenciales en el seguro” (“**Pandemic. Potential insurance impacts**”),¹⁰ el documento del grupo asegurador AXA, “Informe de Riesgos Futuros” (“**Future**

cimiento —hecho determinante— la cualidad de ajenidad, en el sentido de que ha de ser del todo independiente de quien lo alega (SS 19 de mayo de 1960, 28 de diciembre de 1997, 13 de julio y 24 de diciembre de 1999 y 2 de marzo de 2001), sin que pueda confundirse la ajenidad con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento (S 22 de febrero de 2005); y asimismo debe haber una total ausencia de culpa (SS 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997, 18 de abril de 2000, 23 de noviembre de 2004), porque la culpa es incompatible con la fuerza mayor y el caso fortuito (S 2 de enero de 2006). La “fuerza mayor” ha de consistir en una fuerza superior a todo control y previsión (S 20 de julio de 2000), y para ponderar su concurrencia habrá de estarse a la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto, o inevitabilidad en una posibilidad de orden práctico (S 4 de julio de 1983, reiterada en las de 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997, 20 de julio de 2000 y 15 de febrero de 2006). La jurisprudencia, en su versión casuística, insiste en la exigencia de haber obrado con la diligencia exigible por las circunstancias de cada caso (atención y cuidados requeridos —S 16 ele febrero de 1988—; diligencia razonable —S 5 de diciembre de 1992—; adecuada —S 5 de febrero de 1991 y 2 de enero de 2006—; precisa —S 31 de marzo de 1995—; debida —SS 28 de marzo de 1994 y 31 de mayo de 1997—; necesaria —S 8 de noviembre de 1999—), pues la fuerza mayor, como el caso fortuito, no procede ante un comportamiento negligente con suficiente aportación causal».

8 VELA TORRES, PEDRO JOSÉ, “Los contratos de seguro ante la epidemia del COVID-19.” XX Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro” Edit. SEPIN noviembre 2020.

9 https://actuary.eu/documents/pandemics_web.pdf.

10 <http://www.lloyds.com/-/media/56717bbl7cb243a4b8863cf322b48bec.ashx>.

Risks Report”)¹¹ y el Informe de conclusiones del Foro Económico Mundial del año 2008.¹²

La amenaza de la pandemia fue advertida en el mes de septiembre de 2019 en el informe de Naciones Unidas y el Banco Mundial titulado “**Un mundo en peligro. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias**”. El informe afirma que la enfermedad se encuentra a sus anchas en el desorden y aprovecha la situación: los brotes han ido en aumento en las últimas décadas y el espectro de una emergencia sanitaria mundial se vislumbra peligrosamente en el horizonte. “Si es cierto el dicho de que «el pasado es el prólogo del futuro», nos enfrentamos a la amenaza muy real de una pandemia fulminante, sumamente mortífera, provocada por un patógeno respiratorio que podría matar de 50 a 80 millones de personas y liquidar casi el 5% de la economía mundial. Una pandemia mundial de esa escala sería una catástrofe y desencadenaría caos, inestabilidad e inseguridad generalizadas.”

¹³ El Informe es concluyente cuando anticipaba meses antes de la crisis: “El mundo corre grave peligro de padecer epidemias o pandemias de alcance regional o mundial y de consecuencias devastadoras, no solo en términos de pérdida de vidas humanas sino de desestabilización económica y caos social.” ¹⁴

¿La gestión sanitaria del coronavirus ha sido adecuada? “Rotundamente, no – afirma JIMÉNEZ MORIANO. El 10 de enero de 2020 la OMS publicó un amplio conjunto de orientaciones técnicas con recomendaciones para todos los países sobre el modo de detectar casos, realizar pruebas de laboratorio y gestionar los posibles casos. Las orientaciones

11 https://www-axa-com.cdn.axa-contento-118412.eu/www-axa-com%2F744a1c88-b1a7-4103-a831-a84f72578a0f_1910-15+future+risks+report+final.pdf

12 http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risks_Report_2008.pdf. “This is the only medical risk featured in the top 10 ranking this year. At the global level, there is no clear consensus on the main concerns related to pandemics and infectious diseases. Experts highlight three different main areas: new strains of infectious diseases—for example, Ebola and Zika—antimicrobial resistance and “super bugs,” and changing patterns of infectious diseases caused by the impact of climate change and global travel. Interestingly, Experts living in Africa provide significantly different answers from the rest of the sample.

They are mostly worried of new strains of infectious diseases”

13 Pág. 6 del Informe. Disponible en versión en español en: https://apps.who.int/gpmb/assets/annual_report/GPMB_Annual_Report_Spanish.pdf

14 Ob. Cit. Pág.: 11 y ss.

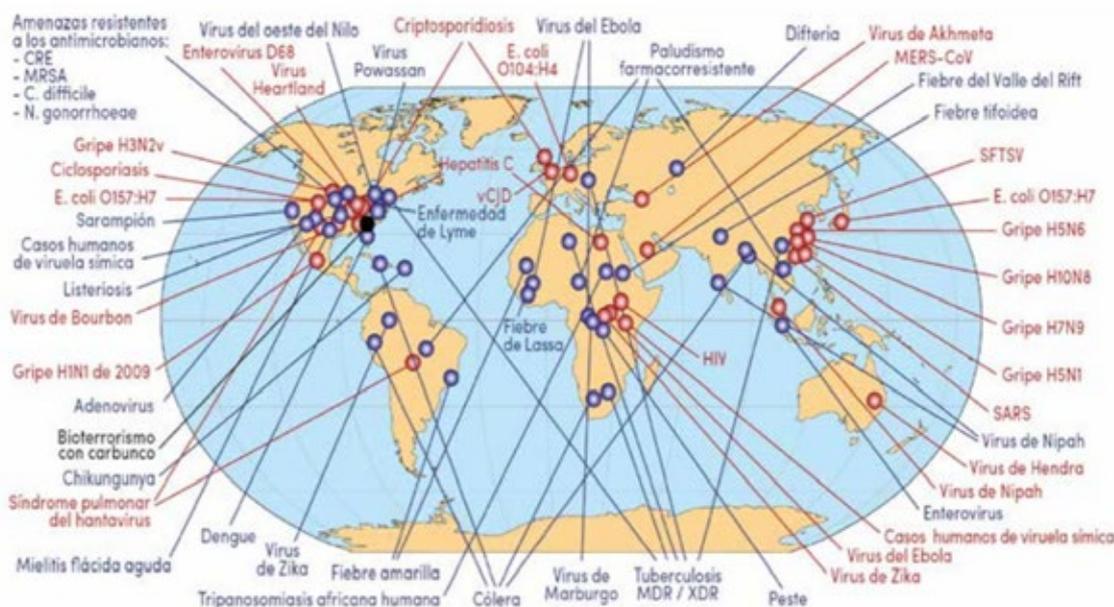


Gráfico con ejemplos de enfermedades emergentes y reemergentes a nivel mundial.

Fuente: Naciones Unidas y el Banco Mundial titulado "Un mundo en peligro. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias". Septiembre 2019

se basaban en los conocimientos sobre el virus que existían en ese momento. Por otra parte, tomando como base la experiencia con el SARS y el MERS, así como las vías de transmisión conocidas de los virus respiratorios, se publicaron orientaciones sobre la prevención y el control de infecciones destinadas a proteger a los profesionales sanitarios, en las que se recomendaba adoptar precauciones contra la transmisión por gotículas y por contacto al atender a los pacientes, así como precauciones contra la transmisión aérea en las intervenciones asociadas a la generación de aerosoles. Estas recomendaciones cayeron en saco roto, pues ni el Gobierno central ni las comunidades autónomas tomaron ninguna precaución. El servicio público ha funcionado así pues de manera deficiente." Existe una obligación genérica por parte de la Administración Pública española de minimizar el impacto de esta crisis mediante la adopción de las medidas sanitarias adecuadas. "No obstante -prosigue JIMÉNEZ MORIANO-, no solo incurrió en una clara omisión de su deber de evitar la propagación del coronavirus, sino que con su actuación permitió que el mismo se expandiera, con la más que posible multiplicación del número de personas contagiadas. La experiencia demuestra que hay riesgos imprevisibles y otros que, siendo previsibles, son inevitables porque superan las fuerzas humanas. En cambio, hay riesgos que, con una actitud diligente, pueden preverse a partir de la información disponible. Algunos de

esos riesgos previsibles se pueden eliminar o, al menos, mitigar si se adoptan las decisiones adecuadas a tiempo".¹⁵

El principio de la responsabilidad se basa en que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.¹⁶

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

¹⁵ JIMÉNEZ MORIANO, Oscar. "El ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la pandemia de coronavirus" Edit. Wolters Kluwer España, S.A. 2020.

¹⁶ Artículos 106 de la Constitución Española y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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

A propósito de la consideración de COVID-19 como accidente de trabajo, el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo reconoce como accidente de trabajo de las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios y que, en el ejercicio de su profesión, hayan contraído COVID-19 durante cualquiera de las fases de la pandemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios.

De acuerdo con el artículo 9 de la citada norma se considerarán como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.

1. Las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por



el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

2. Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

3. En los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Disposición transitoria tercera del mencionado Real Decreto establece los efectos de la calificación como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.

La asistencia sanitaria prestada a los trabajadores protegidos en el artículo 9 durante la declaración del estado de alarma que, hasta la fecha de entrada en vigor de esta norma, se ha venido considerando como derivada de contingencia común, mantendrá dicha calificación.

No obstante, una vez reconocida la contingencia profesional de la prestación en los términos del artículo 9 la asistencia sanitaria, derivada de la recaída como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, tendrá la naturaleza de contingencia profesional.

¿Caben reclamaciones de responsabilidad civil patronal por contagios por Covid-19? La respuesta es positiva, sin embargo el problema es la concurrencia de los requisitos que tanto la Ley como la Jurisprudencia exigen para que prospere la acción de responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo y/o enfermedad profesional, en primer lugar la producción de un daño, seguidamente la negligencia, dolo o morosidad en la conducta de quien lo causó por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la normativa de prevención de riesgos laborales y la relación de causalidad entre la conducta

del agente y del daño causado que ha de ser consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad del causante. El problema se agrava para el empleador en los supuestos de responsabilidad por riesgo civil, en los que se produzca un mero **riesgo sin resultado lesivo**, ya que –como declaró la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de junio de 2020 (Sala de lo Social)- queda abierta la posibilidad de demandar en la jurisdicción social a la empresa por poner en una situación de riesgo a los trabajadores, aun cuando no se haya producido un resultado dañoso.¹⁷

Resulta especialmente relevante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, número 1271/2020 de 8 Oct. 2020, Rec. 91/2020, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra la inactividad el Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del art. 12.4 RD 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y declara que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios, desestimando el recurso en todo lo demás.¹⁸

IV.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso

¹⁷ En realidad se trata de un daño moral que se presume, por vulneración de los derechos fundamentales al amparo de lo establecido en el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que establece: “Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

¹⁸ Sentencia disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/850233684>

contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada. Y si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

La responsabilidad del Estado legislador por la COVID-19 puede invocarse respecto de

los daños y perjuicios sufridos por empresas, trabajadores o contribuyentes, o litigantes que hayan visto su actividad paralizada o recortada, o no restablecida y que pueden considerar que el daño sufrido ha sido antijurídico y que no tienen el deber de soportar. "Como quiera que no son impugnables por los ciudadanos las normas con rango de ley, la LRJSP ha optado como compensación por exigir únicamente la alegación de inconstitucionalidad al dirigirse contra el acto de aplicación de la disposición con rango de ley. Sin que sea preciso que el órgano judicial plantee la cuestión de inconstitucionalidad o deba acudir al recurso de amparo. Estas exigencias tornan sumamente complicado el poder conseguir una indemnización por este cauce. Máxime cuando el Tribunal Constitucional aplica a veces la «doctrina prospectiva», es decir, priva de efectos retroactivos a sus propias sentencias, lo cual ha hecho en ocasiones para evitar al Estado desembolsos cuantiosos."¹⁹

V.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE VARIAS ADMINISTRACIONES.

Cuando de la gestión dimanante de

¹⁹ JIMÉNEZ MORIANO, Ob. Cit. Apartado 1, in fine.

C O R O N A

fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

En lo que a la responsabilidad patrimonial se refiere, este régimen legal dio respuesta al pronunciamiento constitucional de indemnización de todas las lesiones que los particulares sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de acuerdo con las valoraciones predominantes en el mercado, estableciendo además la posibilidad de que hasta un determinado límite pueda hacerse efectiva en el plazo de treinta días, siempre que la valoración del daño y la relación de causalidad

entre la lesión y el funcionamiento normal o anormal del servicio público sean inequívocos.

Existen diferencias conceptuales y de regulación legal entre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que la primera se fundamenta en el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, siéndolo subsidiariamente el Estado, de acuerdo con la jurisprudencia existente, lo que significa que, dictada sentencia declarando culpable a cualquier funcionario del Departamento, en razón de las actividades públicas que tenga encomendadas por su cargo, puede decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ante la posible insolvencia del condenado. A diferencia de la anterior, la responsabilidad patrimonial de la Administración es esencialmente de carácter objetivo, lo que presupone que se genera sin necesidad de culpa o negligencia del obligado a reparar el daño. La declaración de responsabilidad patrimonial se obtiene en la vía administrativa, mediante la tramitación del oportuno expediente, sin precisar intervención judicial alguna, y se fundamenta en la existencia de una lesión --en bienes o derechos-- para

A
V
I
R
U
S

el particular perjudicado, que éste no deba soportar legítimamente, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Con la transferencia de las competencias en Sanidad a las Comunidades, la gestión desigual de la crisis sanitaria ha puesto a prueba a prueba el Estado autonómico 40 años después de su creación. Precisamente ese es el talón de Aquiles de las Administraciones Autonómicas, el cúmulo incesante de normas con medidas y restricciones para luchar contra el avance del coronavirus en cada Comunidad, ya que una de las características de la oleada de otoño de la pandemia es que las autonomías aplican limitaciones a la movilidad y la vida social para detener la COVID-19, medidas cuestionables en algunos casos y que los Tribunales han llegado a declarar su improcedencia, hasta que el decreto de la segunda oleada de estado alarma otorgó a las comunidades autónomas los instrumentos jurídicos necesarios para tomar medidas frente a la pandemia sin depender del aval de los tribunales.

Se ha suscitado el problema de la naturaleza jurídica de las medidas sanitarias que se han adoptado por el Gobierno y por las Comunidades Autónomas desde el cese del primer estado de alarma, con el fin de intentar determinar si se trata de meros actos administrativos o de auténticas disposiciones generales, cuestión que influye, entre otras cuestiones, en la necesidad o no de someterlas a ratificación judicial previa. La cuestión controvertida queda salvada en parte por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma, regulando el toque de queda y los confinamientos perimetrales.²⁰

Al respecto la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de noviembre de 2020, sobre el impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (2020/2790(RSP)), señala que se han adoptado medidas que han restringido la libertad de

circulación, la libertad de reunión y asociación o la libertad de expresión, o se ha recurrido a medidas represivas de forma desproporcionada para hacer cumplir las restricciones, viéndose, incluso, afectados los sistemas judiciales. El Parlamento Europeo recuerda que el funcionamiento de las democracias y los mecanismos de control y compensación a los que están sujetas se ven afectados cuando una situación de emergencia sanitaria altera el reparto de poderes, como permitir al ejecutivo adquirir nuevas competencias que suelen estar reservadas para el poder legislativo y las autoridades locales, al tiempo que se imponen restricciones al papel de los Parlamentos, el poder judicial, la sociedad civil y los medios de comunicación, así como a las actividades y la participación de los ciudadanos. Señala además que las medidas de emergencia deben ser no discriminatorias y que los Gobiernos no deben aprovecharse de la legislación de emergencia para imponer restricciones a los derechos fundamentales, debiendo tomar otras decisiones para reducir el posible efecto negativo de tales medidas en la vida de las personas.²¹

VI.- RIESGOS DEL DESARROLLO.

El patógeno coronavirus SARS-COV Covid-19 era desconocido hasta entrado el año 2019. De hecho son múltiples los testimonios científicos que hacen referencia al enorme grado de desconocimiento del mismo. **No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.**

La equiparación de facto realizada a raíz de la Ley 4/1999 de los riesgos del desarrollo

20 V. al respecto ENRÍQUEZ MALAVÉ, GUILLERMO. "Naturaleza jurídica de las medidas sanitarias adoptadas frente al COVID-19: ¿Actos administrativos o disposiciones judiciales? Algunas consideraciones a propósito de la ratificación judicial de las mismas y del nuevo estado de alarma." Diario La Ley, Nº 9740, Sección Tribuna, 20 de Noviembre de 2020, Wolters Kluwer. "Es oportuno recordar que la defensa de la Constitución y del Estado de Derecho no se realiza solamente con declaraciones grandilocuentes, sino que supone el respeto y la aplicación efectiva de todos los preceptos del Ordenamiento."

21 V. al respecto RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME y DOBARRO GÓMEZ, CRISTÓBAL. "La simplificación administrativa tras el Covid-19: exigencia de una buena administración" Actualidad Administrativa, Nº 11, Sección Actualidad, Noviembre 2020, Wolters Kluwer, LA LEY 12684/2020. "La actual crisis económica derivada de la pandemia del COVID19 ha puesto en evidencia la falta de eficacia de las políticas públicas en diversos sectores, como son el financiero, regulatorio, la contratación pública o la actividad de fomento de la Administración. En este contexto, en el que se hace preciso que todos los recursos públicos y privados se pongan al servicio de la recuperación social y económica, es necesario poner todos los medios para que la misma sea lo más rápida posible. Nuestros procedimientos administrativos se han revelado como obsoletos, y ponen de manifiesto la necesidad de afrontar una decidida reforma de diversa normativa a la luz del derecho a la buena administración."

como causa de exoneración de responsabilidad de las Administraciones Públicas puede ser un argumento de defensa de las Administraciones de cara a su defensa.

Son riesgos de desarrollo los causados por un defecto en un producto, servicio o proceso de toma de decisiones, que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto, la prestación del servicio o el proceso de que se trate. Cuando se produce un daño derivado de riesgos de desarrollo, algunos ordenamientos jurídicos imputan la responsabilidad correspondiente al causante del daño en cuestión, pero otros le conceden una excepción que le permite exonerarse de tal responsabilidad, como es el caso del artículo 34 de la Ley 40/2015 citada. “El estado de la técnica es el estado del desarrollo de los más avanzados procedimientos, instalaciones o formas de producción, que permite demostrar la aptitud práctica de una medida para alcanzar con seguridad aquella concreta finalidad prevista por el legislador, ya sea limitar emisiones, prevenir un riesgo, evitar un peligro o, en nuestro caso, apreciar la existencia del defecto.”²²

De acuerdo con el artículo 174 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea “debe permitirse que cuando subsistan dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

Siguiendo este argumento, en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando que «no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente» - sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010. Al respecto la carga de la

prueba en las reclamaciones por deficiencias en la prestación de asistencia sanitaria. Finalmente y desde el punto de vista de la carga de la prueba, atendiendo al art. 217 LEC, hay que señalar que le corresponde a la administración conforme al art. 217.7 LEC la acreditación de la corrección de la prestación sanitaria, siendo que es el demandante quien debe destruir la acreditación que haga la administración.²³

VII.- DIFERENCIA ENTRE REPARACIÓN DEL DAÑO POR EXPROPIACIÓN Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Tanto el régimen jurídico de la expropiación forzosa como el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública del Estado quedó consolidado en España a partir de los años cincuenta del siglo pasado. Configurada por primera vez en el art. 121 LEF²⁴ y contenida en la LRJAE, en los arts. 40 y 41, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, adquirió relevancia constitucional en los arts. 9 y 106.2 CE como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático --art. 1 CE-- y se desarrolla en los arts. 139 y ss. LRJAP y en el RD 429/1993 de 26 Mar. (Regl. de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial actualmente derogado)²⁵, hasta llegar al texto legalmente vigente contenido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

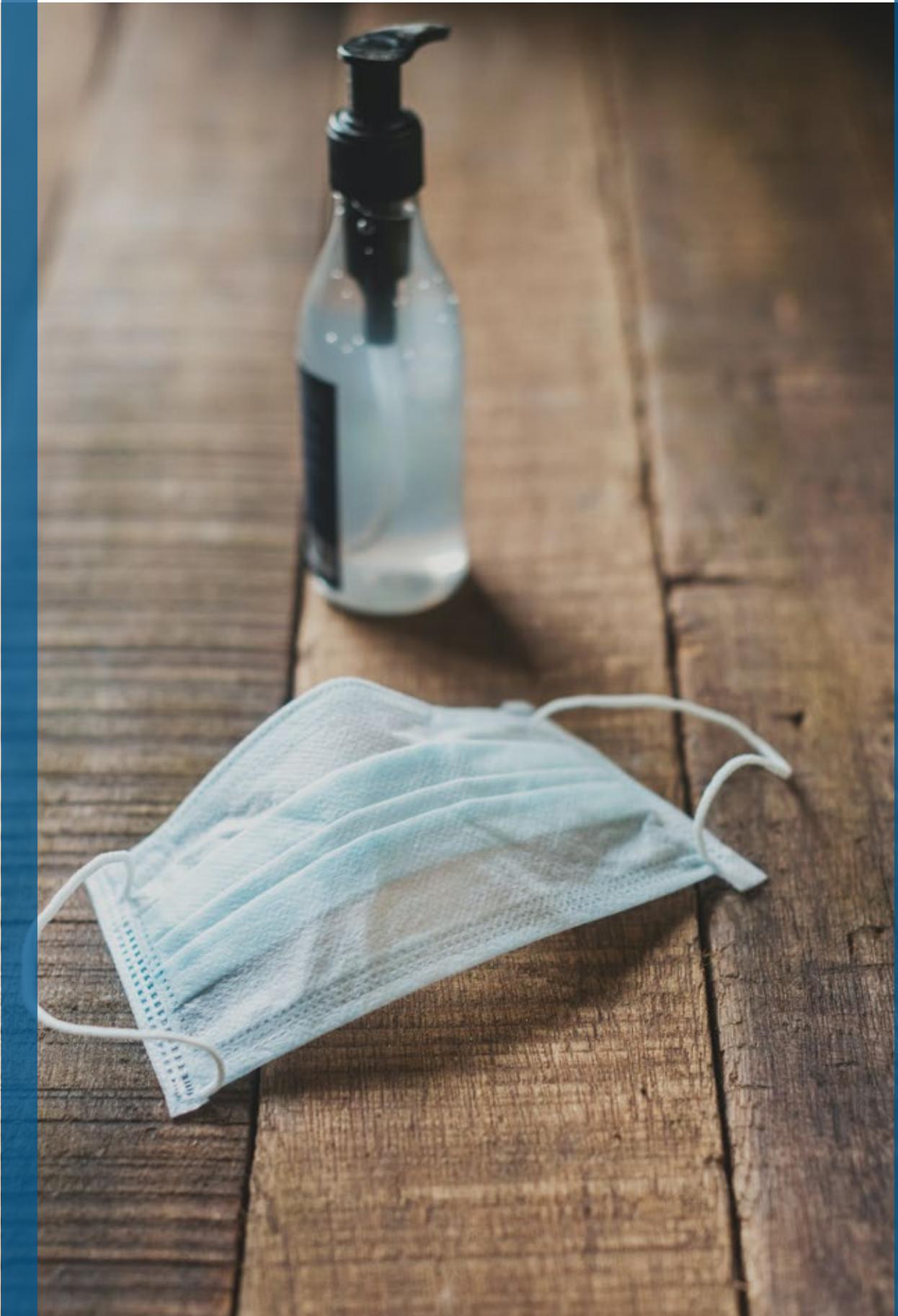
Frente a las prerrogativas de la Administración hay que situar, en la actualidad, como garantías de los ciudadanos, por una parte, el principio de legalidad de la actividad administrativa y, por otra, el principio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

23 V. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N.º 1 de Toledo, número 136/2020 de 23 Jul. 2020, Proc. 405/2018.

24 Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa. V. también el Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

25 Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

22 Reglamento alemán de aplicación de la Ley Federal de Inmisiones (“Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes” —BlmSchV—).



Este segundo principio aparece consagrado en el art. 106.2 CE, norma que también obliga al Estado a regular el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas (art. 149.1.18). Y así, queda hoy la materia expresamente regulada, como decíamos, en los arts. 32 y ss. De la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El principio de responsabilidad patrimonial proclamado en el art. 106.2 CE, en cuanto establece que «los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», conlleva un derecho de los llamados de configuración legal, es decir, que no se trata de un derecho que derive directamente de la CE, sino que exige la interposición de una ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la CE, sino en los términos concretos en que figure en la ley ordinaria que lo regule.

Queda así superada cualquier posición doctrinal que pudiera iniciarse a partir de los arts. 1902 y 1903 CC, con todo lo que ello implica, incluso respecto de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para entender de estas reclamaciones.²⁶

26 LEGUINA VILLA, J., La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio, en La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, dirigido por LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, Madrid, 1993, págs. 402-403; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN, Curso de Derecho administrativo, II, Ed. Civitas, Madrid, 1998 (5.ª edición), pág. 388; BLASCO ESTEVE, A., La responsabilidad de la Administración, en Comentario sistemático a la LRJAP y del Procedimiento administrativo común, Ley 30/1992, de 26 noviembre, Ed. Carperi, Madrid, 1993, pág. 441; NAVARRO MUNUERA, A. E., La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo. Comentario a la Ley 30/1992, coordinador TORNO MÁZ, J., Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 539; CARRASCO PRADAS, D. A., La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Los planteamientos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, en Comentarios a la entrada en vigor de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, obra colectiva, Madrid, 1993, pág. 129; MARTÍN REBOLLO, L., La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica, en DA, núm. 237-238, enero-junio, 1994, págs. 85 a 96; GONZÁLEZ PÉREZ, J., en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, 2.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 1390 y ss.; y en Orden jurisdiccional

Pero también queda superado cualquier criterio doctrinal que pudiera expresarse a partir de la posición del Consejo de Estado francés, que fundamentó la responsabilidad patrimonial en la falta de servicio -carencia o defectuoso funcionamiento de los servicios-, e incluso en la idea del principio de riesgo.

En la expropiación forzosa la actuación de la Administración va dirigida a causar una disminución del patrimonio en otro sujeto, por motivo de interés general, mientras que en la responsabilidad patrimonial dicho efecto no se produce de forma intencionada. Así como en en la expropiación, la compensación al perjudicado se efectúa a través del justiprecio, en la responsabilidad patrimonial la reparación del daño y perjuicio se realiza mediante la indemnización u otras medidas reparadoras.

Finalmente también existen diferencias conceptuales y de regulación legal entre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que la primera se fundamenta en el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, siéndolo subsidiariamente el Estado, de acuerdo con la jurisprudencia existente, lo que significa que, dictada Sentencia declarando culpable a cualquier funcionario del Departamento, en razón de las actividades públicas que tenga encomendadas por su cargo, puede decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ante la posible insolvencia del condenado. A diferencia de la anterior, la responsabilidad patrimonial de la Administración es esencialmente de carácter objetivo, lo que presupone que se genera sin necesidad de culpa o negligencia del obligado a reparar el daño. La declaración de responsabilidad patrimonial se obtiene en la vía administrativa, mediante la tramitación del oportuno expediente, sin precisar intervención judicial alguna, y se fundamenta en la existencia de una lesión --en bienes o derechos-- para el particular perjudicado, que éste no deba soportar legítimamente, como consecuencia

competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración Pública y del administrado, en REDA, enero-marzo, 1996, págs. 93 a 105; CATALÁN SENDER, J., Jurisdicción civil y responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 30/1992. Nuevos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, en AC, núm. 48, diciembre-1997, enero-1998, pág. 1208; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., La responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 4/1999, en Actualidad Administrativa, septiembre 1999, núm. 32, págs. 903 y ss.

del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.

VIII.- CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN.

La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

IX.- REQUISITOS DE VIABILIDAD DE LAS RECLAMACIONES.

Advertimos que -con los antecedentes conocidos hasta la fecha- **no se espera una declaración universal de responsabilidad de la Administración de forma genérica.** Si alguien entiende que ha sufrido un daño específico que considera que no tiene la obligación de soportar, deberá revisar minuciosamente si en su caso concreto concurren o no los requisitos de la responsabilidad y, en particular, si no se trata de un supuesto de fuerza mayor imprevisible, inevitable, ajeno a la actuación

de la Administración y que no se pudo evitar ni con el empleo de la mayor diligencia posible. No olvidemos que la responsabilidad de la Administración se basa no solo en el ámbito de competencia y atribuciones de la misma, sino también en el criterio objetivo de la lesión, entendida como un daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

Existe una cuestión que planea sobre los afectados. **¿Hubo retraso en las medidas adoptadas por el Estado para evitar la propagación de la infección?** Hay quien afirma que la actuación del Estado fue extemporánea y que el retraso sería la causa directa del daño sufrido, es decir, que de haberse adelantado la declaración del Estado de Alarma se habría evitado el contagio.

Independientemente de esta cuestión general es muy posible que existan conjuntos de actuaciones de las Administraciones que en las que coincidan perfiles análogos en los perjudicados, pero cada caso es distinto y requerirá su tratamiento particular. Por ejemplo, la actividad programada de servicios públicos y privados de salud se ha suspendido casi totalmente, a excepción de oncología, lo que ha producido pérdidas de oportunidad, retrasos y listas de espera, pudiendo haber generado daños a los pacientes. O bien los problemas que se han producido con ocasión de la inexistencia de medios médicos y sanitarios de protección para evitar el contagio del virus, así como la ausencia de medios de test para diagnosticar la presencia del patógeno. Dentro del ámbito hospitalario hay que destacar la limitación de altas voluntarias, lo cual es una restricción del derecho a la libertad del paciente; y, al contrario, la aceleración de altas para liberar camas, con posible impacto en pacientes reinfectedos que no estaban totalmente recuperados. También se ha planteado la problemática de la sedación en terminales y los límites del testamento vital. Y el delicado dilema ético-jurídico de la decisión de ingreso en UCI siguiendo criterios de edad o concurrencia de patologías previas o la actuación de los Servicios Públicos de Salud en las residencias de mayores. Finalmente los problemas relacionados con la contaminación del personal médico y sanitario que han desarrollado su labor de forma heroica y en muchos casos sin los equipos de protección adecuados para desarrollar su labor, un colectivo más de cuarenta mil infectados por el coronavirus en el ejercicio de su actividad profesional, todo ello con posible incumplimiento de las obligaciones en materia

de prevención de riesgos laborales por parte de los Servicios de Salud.

Vivimos en los últimos meses situaciones excepcionales de alarma que se están prolongando en el tiempo de forma continuada, escenarios en el ámbito sanitario en los que la previsibilidad del riesgo exigible a las Administraciones Públicas es cada día más cierta, lo cual plantea un problema de eficacia de las mismas, ya que los 17 sistemas sanitarios precisan un mecanismo que los unifique para evitar las carencias evidenciadas por la crisis. Determinar la existencia de una posible responsabilidad no será fácil, en un lado de la balanza de la justicia pesarán los cientos de miles de muertos que evitó el Estado de Alarma, la fuerza mayor o los riesgos del desarrollo y en el otro lado habrá que ponderar el caso concreto de cada perjudicado pues, aún a pesar de la excepcionalidad del Estado de Alarma, lo único que hace viable el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público es su estudio particular de forma individual, sopesando todas las circunstancias fácticas concurrentes en cada perjudicado para determinar si reúnen o no los requisitos para su viabilidad.

Respecto de la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

X.- PÉRDIDAS ECONÓMICAS.

Las previsiones económicas apuntan a que España perderá algo más del 10% del PIB en 2020 y que tardará 3 años en volver al punto de partida antes de la pandemia. Se han perdido 200.000 empresas, ha caído el 33,6% de la producción industrial (nivel de 1976), el paro aumentó 3,8 millones, un 25% más, y los expedientes temporales de regulación de empleo (ERTES) alcanzaron a 3,4 millones de trabajadores, lo que supone un mercado laboral intervenido, de los cuales un 30 % se prevé que puedan terminar en paro. Un 25% de trabajadores autónomos no volverán a su actividad. La recaudación impuestos disminuyó

en un 13% del impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF), el 69 % en el impuesto de sociedades (IE) y un 29 % en el impuesto de valor añadido (IVA).

Semejante impacto económico nació de la crisis sanitaria y su tratamiento legal por el confinamiento forzado de la población mientras que duró el Estado de Alarma, ya que las medidas adoptadas en la crisis produjeron la parada de la actividad económica y consiguiente falta de productividad, lucro cesante y pérdida de oportunidad. En suma, el Sector Público obligó al cierre temporal de las empresas en unos casos, estableciendo determinadas limitaciones para la actividad en otros, todo lo cual ha tenido consecuencias económicas negativas en sus resultados de las empresas y autónomos (comercio, restauración, alojamiento, congresos, eventos, espectáculos, etc.), que se ven afectadas por las restricciones a la movilidad de los ciudadanos (transporte, servicios, turismo y otros).

Cabe preguntarse si los perjuicios económicos experimentados en las organizaciones afectadas por las medidas del Estado de Alarma están o no dentro de las previsiones indemnizatorias del artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrolladas por el artículo 32 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

La contestación positiva a esta cuestión debería cumplir los siguientes **requisitos**:

a) Perjuicios consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos: **nexo de causalidad eficiente** en las medidas adoptadas por el servicio público de prevención y contención de la epidemia que la Ley General de Sanidad encomienda al Gobierno y la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio le faculta para adoptar).

b) **Particulares sin obligación legal de soportar sus consecuencias**, pues como ya indicamos sólo son indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley y lo cierto es que ninguna Ley obliga a soportar el cierre o suspensión de actividades económicas lícitas y autorizadas: obligación de abstención pero no de soportar consecuencias económicas derivadas.

c) **Perjuicio evaluable económicamente**, consistente en el daño emergente, el lucro

cesante y la pérdida de oportunidad.

d) **Acción en la que no concurra la fuerza mayor** (imprevisible, inevitable, ajena al presunto responsable y de tal fuerza que su evitación sea un obstáculo invencible), **ni el riesgo del desarrollo**. Este será probablemente el caballo de batalla de las acciones que se planteen en los Tribunales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

e) No haber rebasado el año un año desde que cesó el perjuicio, ya que existe que la acción de responsabilidad prescribe en un año.²⁷

XI.- CONCLUSIONES.

La experiencia del último año nos ha demostrado que el mundo no está preparado para una pandemia causada por un patógeno respiratorio virulento que se propague con rapidez.

Los trágicos niveles de mortalidad, no solo han causado pánico, desigualdad, pobreza y brecha social, sino que han desestabilizado la seguridad nacional, con graves consecuencias para la economía y el comercio mundiales.

27 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 30 Sep. 2020, Rec. 2187/2019. "El Tribunal Supremo (entre las últimas, sentencias de 19 de febrero de 2016 (recurso 4056/2014) y 5 de diciembre de 2014 (recurso 1308/2012), ha estimado que, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurran los siguientes requisitos o presupuestos:

1. hecho imputable a la Administración,
2. lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas,
3. relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y
4. que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.
5. que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa."

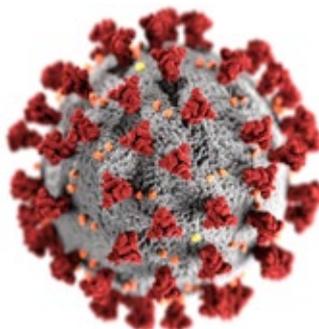
La confianza en las instituciones se está erosionando.

El cansancio y la quiebra de la confianza pública amenaza su capacidad de respuesta para actuar de forma eficaz.

La respuesta reactiva y no proactiva en el plano legal, es fruto de la ausencia de una gestión de riesgos programada para abordar con solvencia un fenómeno como la pandemia. El escenario de inseguridad jurídica se agrava con motivo de la saturación de trabajo pendiente de los órganos jurisdiccionales, a lo que ahora habrá que unir infinidad de reclamaciones de responsabilidad que den lugar a la revisión de las actuaciones de las autoridades, el Sector Público y las empresas ante un fenómeno que estará en constante evolución hasta que pueda superarse la crisis que padecemos.

Pese a todo ello la resiliencia cada vez es más necesaria, nos enseña los recursos psicológicos necesarios para afrontar la incertidumbre y salir fortalecidos de las circunstancias difíciles que estamos viviendo. Estamos convencidos de que superaremos los desafíos de la crisis con la colaboración de todos y aplicando la equidad en la superación de los conflictos que puedan formularse en la aplicación del Derecho.

En el horizonte está la superación de la crisis que vivimos. Si caminamos unos pasos parece que el horizonte se aleja los mismos pasos, incluso más, porque la pandemia es pertinaz, entontes puede cundir el cansancio y el desánimo. ¿Para qué sirve poner todo el empeño? Para eso sirve, para no dejar de caminar.





doctrina

Reclamación previa, oferta motivada, respuesta motivada. Requisitos de las mismas.

Montserrat Peña Rodríguez
Magistrada

Sumario

I.-NOTA INTRODUCTORIA

II. LA RECLAMACIÓN PREVIA DEL PERJUDICADO: REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

2.1. La reclamación previa del perjudicado como requisito de procedibilidad.-

2.2. Legitimación para formular la reclamación previa, forma y contenido mínimo. Ausencia de carácter vinculante para el perjudicado.-

2.3. Cuestiones solventadas por la comisión de seguimiento del baremo en torno a la reclamación previa.-

2.4. Efectos de la reclamación previa del perjudicado.-

2.5. La reforma del código penal por ley orgánica 2/2019 de 1 de marzo.

III.- LA OFERTA MOTIVADA: REQUISITOS LEGALES Y ACUERDOS ADOPTADOS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL BAREMO EN LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS

3. 1. Requisitos de la oferta motivada

3.2. Cuestiones resueltas por la comisión de seguimiento del baremo sobre la oferta motivada.-

IV.- LA RESPUESTA MOTIVADA: REQUISITOS Y ACUERDOS ADOPTADOS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL BAREMO EN LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS.

4. 1. La Respuesta Motivada. Requisitos.-

V.- ASPECTOS COMUNES A LA OFERTA MOTIVADA Y A LA RESPUESTA MOTIVADA.

VI.- EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA OFERTA MOTIVADA: ES APLICABLE A LA MISMA LA DENOMINADA “DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS” ? .-

VII.- LA DOCTRINA DERIVADA DE LAS “SENTENCIAS TSUNAMI” Y EL PLENILLO DE LAS SECCIONES CIVILES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA DE 28 DE MAYO DE 2019.

I.- NOTA INTRODUCTORIA

El art. 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, (en adelante, LRCSCVM), regula las obligaciones del asegurador y del perjudicado, con importantes novedades y modificaciones tras la reforma introducida por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y protección de los Derechos de las víctimas en el Ámbito de la Siniestralidad Vial.

A lo largo del presente estudio trataré de concretar los problemas de carácter sustantivo y procesal que, desde la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 35/2015 se han venido produciendo en la aplicación práctica del artículo 7 de la misma, haciendo un recorrido por las soluciones e interpretaciones que la jurisprudencia menor ha dado a los mismos. Para ello, analizaré de forma desglosada las obligaciones que del art. 7 derivan para aseguradoras y perjudicados, con inclusión del contenido de los acuerdos alcanzados por la Comisión de seguimiento del Baremo. Recordemos que esta Comisión fue creada por la DA 1ª de la Ley 35/15 para evaluar periódicamente la aplicación de la reforma, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos, cuál ha sido su impacto social, o los problemas derivados de su aplicación práctica, integrándose en la corriente europea de la política conocida como “better regulation” o “smart regulation”, que se plantea no sólo incrementar la calidad técnica de las normas y simplificar el ordenamiento jurídico, sino también potenciar su eficacia y eficiencia mediante el uso de métodos de evaluación durante su elaboración (ex ante) y una vez han entrado en vigor (ex post). Como afirmaba López y García de la Serrana ¹, este mecanismo “No tienen por objeto sustituir la tarea interpretativa de los tribunales en la aplicación del Derecho, sino servir de herramienta a los operadores jurídicos para fomentar la colaboración, buena fe y la transparencia generalizadas en la aplicación de la normativa. Gozan del respaldo que les otorga el ser el resultado de un proceso participativo en el que interactúan los representantes de todos los sectores implicados y por ello

generan un sentido de pertenencia y de auto-vinculación”, y desde luego, estoy totalmente de acuerdo con que dichos instrumentos, sin tener carácter normativo, constituyen para los jueces “una herramienta magnífica para adaptar la interpretación y aplicación del nuevo Baremo y dar solución a los vacíos o conflictos que pueden rodear a cada supuesto en concreto, facilitando por tanto su labor”.

II.- LA RECLAMACIÓN PREVIA DEL PERJUDICADO: REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. FORMA DE LA RECLAMACIÓN. LEGITIMACIÓN PARA FORMULARLA Y CONTENIDO MÍNIMO. ACUERDOS DE LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL BAREMO. EFECTOS. RECLAMACIÓN PREVIA Y VÍA PENAL. LA APORTACIÓN CON LA DEMANDA DE INFORME MÉDICO AJUSTADO A LAS REGLAS DEL SISTEMA.

2.1. LA RECLAMACIÓN PREVIA DEL PERJUDICADO COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.-

La nueva redacción del art. 7 impide el acceso directo del perjudicado al proceso civil, al establecer un requisito de procedibilidad, imponiéndole la obligación de formular reclamación extrajudicial a la aseguradora y esperar a la emisión por ésta de la correspondiente oferta o de la respuesta motivada.

La reclamación extraprocesal, hasta ahora solo conocida en reclamaciones frente a la Administración pública, se erige ahora en requisito de procedibilidad en cuanto su incumplimiento es causa de inadmisión de la demanda conforme a lo dispuesto en el art. 7.8 LRCSCVM, que establece que “No se admitirán a trámite, de conformidad con el art. 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas en las que no se acompañen los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el asegurador”, (por su parte, el art. 403.2 LEC establece que “No se admitirán las demandas cuando no se hayan efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales”).

En cuanto a la subsanación de la falta de dicho requisito en la demanda, debe admitirse tal posibilidad con fundamento en el artículo 231 de la LEC, tal y como se recoge por ejemplo la SAP Valencia, Sentencia nº 313/2020 de 7 de julio de 2020 (Nº Recurso: 173/2020). La subsanación implicará, como es lógico, la

¹ Editorial de la revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro de mayo de 2018.

aportación de la reclamación efectuada antes de la fecha de interposición de la demanda, y no a raíz del requerimiento efectuado por el juzgado, y en este sentido se manifiesta la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, en Sentencia 176/2020 de 11 de marzo de 2020 (Recurso: 636/2019) que al examinar este requisito, admite la posibilidad de subsanación por la falta de presentación del documento que lo acredite, siempre que efectivamente la reclamación se haya realizado. No obstante, veremos como la jurisprudencia menor ha llegado a excluir la obligatoriedad del requisito de la reclamación previa cuando queda acreditado que la aseguradora tuvo conocimiento del siniestro por cualquier otro medio.

Ejemplo de inadmisión de demanda con base en la falta de reclamación previa lo ofrece la Sentencia 2278/2020 de fecha 10 de septiembre de 2020 de la AP de SEVILLA, Sección 8ª, Rollo de Apelación: 3126/20-B2, en un supuesto de procedimiento ordinario en reclamación de daños derivados de accidente de circulación, fue admitida la demanda sin la preceptiva reclamación extrajudicial, y alegada tal circunstancia en la contestación a la demanda, se dictó Auto tras la celebración de la Audiencia Previa declarando la nulidad y retrotrayendo las actuaciones al momento de la presentación de la demanda para acordar la inadmisión de la misma y archivo definitivo del procedimiento. Recurrida en apelación por el demandante, la AP realiza el siguiente razonamiento:

“PRIMERO.- La imposibilidad de interponer

una demanda sin reclamación previa a la hora de reclamar una indemnización por accidente de tráfico viene contemplada en el artículo 7 de la ley 35/2015, que pretende, entre otras cuestiones, que las aseguradoras no se topen con una demanda presentada por un accidentado por unos hechos de los que no han tenido constancia o posibilidad de intervención para evitar el pleito y encontrar una solución concordada.

La reclamación previa se regula en el artículo 7 de la ley 35/2015 señalando que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigir al asegurador la satisfacción de los referidos daños, que prescribirá por el transcurso de un año. No obstante, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda. Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño”.

Esa reclamación previa o extrajudicial, que obligatoriamente debe efectuarse con carácter previo a la interposición de la demanda, y frente a la que la aseguradora puede contestar en el plazo de tres meses haciendo una oferta, rechazando su obligación de atender la reclamación o solicitando una prórroga



con derecho a un anticipo en caso de que el accidentado aún no haya sanado de sus lesiones y no se pueda cuantificar el daño. En caso de que la aseguradora no realice ninguna de estas acciones, el perjudicado deberá esperar tres meses a contar desde la notificación de esta reclamación inicial para interponer la demanda.

El mismo artículo 7 de la Ley 35/2015, señala las consecuencias de desoír la obligación de presentar una demanda sin reclamación previa a la aseguradora responsable, dice el precepto que «no se admitirán a trámite, de conformidad con el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas en las que no se acompañen los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el asegurado. La consecuencias de la inadmisión a tenor del artículo 403 de la LEC, es tener a la demanda como no presentada.

SEGUNDO.- En consecuencia al haberse admitido la demanda sin la preceptiva reclamación extrajudicial y habiéndose alegado tal circunstancia en la contestación a la demanda sin que se haya subsanado tal omisión es procedente confirmar el auto dictado tras la celebración de la Audiencia Previa declarando la nulidad y retrotrayendo las actuaciones al momento de la presentación de la demanda para acordar, mediante resolución de la misma naturaleza, la inadmisión de la misma al haberse quebrantado normas esenciales del procedimiento que crean indefensión en la aseguradora que se encuentra con una reclamación judicial inesperada cuando debió y tuvo derecho a conocer previamente la existencia de la misma (nº 3 del artículo 238 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

TERCERO.- A este efecto la extemporánea presentación de la documental al momento de interponer la apelación que ahora se resuelve no puede tener efectos subsanatorios ya que no se justifica ni el contenido del requerimiento, ni la remisión del mismo , ni -mucho menos - su recepción por las aseguradoras. Al no solicitarse por la recurrente la admisión de la demanda en exclusiva respecto a los conductores de los vehículos o propietarios de los mismos, no procede hacer declaración alguna sobre esta cuestión.” (Nota: Obsérvese que ya en este último párrafo, la AP excluye la necesidad de cumplimiento del requisito de la reclamación previa para el caso de que sólo se demande al conductor y/o propietario del vehículo causante).

En sentido contrario podemos citar la **Sentencia 377/2020 de la AP de Lugo, sección 1ª, del 21 de julio de 2020 (Recurso: 328/2019)**, que resuelve un interesante supuesto en el que una demandante reclamaba por los daños materiales de su vehículo, y otro por los daños personales. La Sentencia de primera instancia estimó sustancialmente ambas pretensiones y condenó a la aseguradora al pago de los intereses moratorios del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro. La Sala pese a reconocer que la reclamante por daños materiales no realizó el trámite de la reclamación previa a la aseguradora, sólo extrae de ello la consecuencia de modificar la fecha de inicio del devengo del interés moratorio, y ello por entender que la aseguradora demandada tenía conocimiento del siniestro porque había sido informada del mismo por su propio asegurado. Así, argumenta al respecto lo siguiente:

“Este deber de reclamación previa tiene como finalidad permitir a la aseguradora sustanciar una oferta o una respuesta motivada a lo pretendido por la víctima, y si bien la compañía conocía, probablemente por ser informado de ello por el propietario del vehículo en la misma asegurado, la existencia del siniestro, así como la identificación del coche siniestrado y su titular, lo que queda acreditado por el informe de valoración del vehículo de fecha 11/01/2018 que la compañía encargó, resulta obvio que ninguna comunicación o reclamación efectuó Dña. Reyes con carácter previo a la interposición de esta demanda, obviando así el deber de comunicación previsto por la Ley 35/2015.

Por su parte, aunque D. Hilario sí cumplió con esta obligación, no lo hizo con el contenido que la ley viene exigiendo, (..)

Entendemos por ello que ha de modularse la fecha de inicio de la aplicación de los intereses de demora, dado el incumplimiento de las partes demandantes, pero ello no exime a la compañía de su pago, en la medida en que el artículo 7.2 del Texto Refundido de la LRCSCVM, en su penúltimo párrafo, establece que « El asegurador deberá observar desde el momento en que conozca, por cualquier medio, la existencia del siniestro, una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización», y dicha conducta diligente no fue observada por la aseguradora, pues ninguna oferta hizo en relación a los daños materiales del vehículo siniestrado, ni solicitó a D. Hilario informes médicos que pudieran ayudarle a valorar las lesiones sufridas, pues la mera afirmación sin prueba alguna, de

que éste se negó a que lo vieran los servicios médicos de la compañía, no puede ser tomada en consideración por este tribunal, cuando a través de un simple requerimiento por escrito dirigido lesionado y la falta de respuesta de éste pudo haber acreditado tal extremo sin mayor dificultad.”

Otro supuesto que podemos citar sobre este particular es el resuelto por la AP de Ourense, Sección 1ª, en Sentencia 306/2020 de 13 de julio de 2020 (Recurso: 699/2019). En este caso, la sentencia dictada en primera instancia en un juicio verbal, desestimó la demanda admitiéndose la existencia del defecto procesal alegado por la aseguradora referido a la falta de la preceptiva reclamación extrajudicial previa de la actora a la aseguradora conforme al art. 7 LRCSCVM, y frente a dicha resolución se interpone por la actora recurso de apelación, resolviendo la Sala lo siguiente:

“Segundo.- El artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor en la redacción dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación señala:

«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigir al asegurador la satisfacción de los referidos daños, que prescribirá por el transcurso de un año.

No obstante, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda. Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño.»

El apartado 8º de dicho artículo 7 establece: «No se admitirán a trámite, de conformidad con el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas en las que no se acompañen los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el

asegurador.»

El nuevo régimen legal que se establece en la nueva Ley 35/2015, además de aumentar las cuantías indemnizatorias, establece una regulación general que tiene como objetivo mejorar la protección de las víctimas de accidentes de tráfico. En esta línea se modificó el artículo 7, introduciendo la obligatoriedad de la reclamación previa, que antes era potestativa, a la aseguradora cuando se ejercite la acción directa frente a ella. Esta reclamación no sólo interrumpe el plazo de prescripción sino que también lo suspende hasta la notificación fehaciente al perjudicado de la oferta o respuesta motivada. El carácter obligatorio que la nueva regulación establece para la reclamación previa viene a ser un instrumento apto para agilizar la satisfacción de los derechos de las víctimas de accidentes de tráfico y con esa finalidad aparece compensado con otros efectos.

En el presente caso no se aportó con la demanda la reclamación previa al asegurador, pese a lo que la misma fue admitida a trámite. Tal omisión constituye un defecto subsanable, conforme al artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de un requisito procesal. Si el juzgado admitió a trámite la demanda sin exigir la aportación de la reclamación previa y sin dar la oportunidad a la actora de subsanar dicho defecto, no puede ahora, tramitado el procedimiento y celebrado el juicio, desestimar la demanda en base única y exclusivamente a ese defecto, cuando además existe un allanamiento parcial a la demanda. Pero es que además, al alegarse el defecto procesal en la contestación a la demanda, la parte actora aportó en la audiencia previa los correos electrónicos dirigidos a la aseguradora adjuntando la documentación médica relativa a sus lesiones de fechas 12 de julio de 2017 y 3 de diciembre de 2017, que fueron admitidos por la juzgadora y reconocidos por la aseguradora, y en base a los que ésta realizó la oferta motivada que consideró oportuna y concordante con las lesiones que estimaba eran consecuencia del siniestro. No exige la Ley una forma concreta de realizar esa reclamación debiendo contener la misma unos contenidos mínimos que prevé el precepto. Basta con que se acredite que la reclamación se ha realizado, lo que no significa que tenga que efectuarse por escrito, en una forma determinada. Ciertamente en las comunicaciones enviadas a la aseguradora se contienen esas exigencias básicas y si bien no se cuantificaba la reclamación, ello no resulta preceptivo, pues en el punto 2.1.2 de los Acuerdos de la Comisión del Ministerio de Justicia y

Economía y Empresa de fecha 14 de septiembre de 2017, se señala que «... dado que de acuerdo con el artículo 7.1 LRCSCVM no corresponde al perjudicado llevar a cabo la cuantificación de su reclamación, la buena práctica exige admitir la reclamación extrajudicial previa que no contempla la cuantificación de la indemnización que se solicita, incluso en el caso de que el reclamante disponga de todos los elementos para poder calcularla y cuantificarla...». La documentación enviada por la actora a la aseguradora se considera suficiente para dar cumplimiento al requisito examinado y, de hecho, la demandada en base a su información pudo elaborar la oferta motivada y dirigirla a la lesionada, por lo que no puede desestimarse la demanda por tal motivo.”

Por otro lado, existen ya varias resoluciones de Audiencias Provinciales que excluyen la necesidad de la reclamación previa en los supuestos de las reclamaciones que informáticamente se transmiten diariamente entre entidades aseguradoras por razón de los textos de mensajes codificados, en aplicación del Convenio entre entidades aseguradoras de automóviles para la indemnización directa de daños materiales a vehículos y su sistema de compensación electrónica, conocido como Convenio CICOS (Centro de Informático de Compensación de Siniestros) ². En estos casos, las entidades aseguradoras asumen la obligación legal de comunicar a sus asegurados la oferta o, en su caso, la respuesta motivada, reguladas en la LRCSCVM y en su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1507/2008), que surjan de las reclamaciones que informáticamente se transmiten a diario entre entidades aseguradoras por razón de los textos de mensajes codificados, de modo que la oferta o la respuesta motivada serán realizadas por la entidad aseguradora del vehículo perjudicado, “*haciendo constar que el pago o reparación se realiza en nombre y por cuenta de la entidad aseguradora del responsable del siniestro, en virtud de los convenios de indemnización directa suscritos entre ambas aseguradoras para la tramitación de siniestros*”, en lugar de que esa oferta o respuesta motivada se hagan por la entidad aseguradora del vehículo del causante del siniestro, en la misma forma y efectos que se establecen en el artículo 17 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio

de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, ya que es la entidad del perjudicado la que conoce las circunstancias del siniestro desde su origen. Así, la AP de Cuenca, sección 1ª, en Sentencia Nº 439/2019 de 30 de diciembre de 2019 (Recurso: 240/2019), resuelve un recurso de apelación en el que la Juzgadora de Instancia estimó la excepción planteada por la parte demandada de defecto legal en el modo de proponer la demanda y sobreseyó el procedimiento dado que no se formuló reclamación previa frente a la Cía Aseguradora. La Sala, haciendo suyos los argumentos expuestos por el recurrente, señala que “*la excepción apreciada por la Juzgadora «a quo» debe ser desestimada atendiendo a los propios argumentos contenidos en el escrito rector del recurso de apelación y que reiteran los esgrimidos por la parte apelante en la instancia. Nos encontramos en el supuesto contemplado en el CONVENIO ENTRE ENTIDADES ASEGURADORAS DE AUTOMÓVILES PARA LA INDEMNIZACIÓN DIRECTA DE DAÑOS MATERIALES A VEHÍCULOS Y SU SISTEMA DE COMPENSACION ELECTRÓNICA CICOS (art. 9) habiéndose cumplido en la misma forma y efectos que se establecen en el artículo 17 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.*”

También se ha pronunciado sobre este particular, aunque en un caso distinto, la AP de Granada, Sección 3ª, en Auto 121/2019 de 23 de octubre de 2019: en este supuesto, el Juzgado de Primera Instancia inadmitió a trámite una demanda en reclamación de daños derivados de accidente de circulación porque la parte actora no acompañaba en su demanda inicial la correspondiente oferta motivada emitida por la compañía de seguros demandada, de conformidad con lo previsto en el art. 7.8 LRCSCVM. La Sala, estimando el recurso, señala que “*en el caso ahora analizado se acompaña la reclamación previa extrajudicial realizada a través del CICOS (doc. nº 9), siniestro que ha sido rechazado por la compañía de seguros Allianz por ser contradictorias las versiones de los conductores implicados, razón por la que no ha emitido una oferta motiva.*”

En consecuencia, en principio la demanda se debe admitir a trámite pues el actor, de conformidad con el art. 7 TRLRSCVM, le ha comunicado a Allianz la existencia del siniestro y le ha reclamado los daños ocasionados al vehículo de su propiedad y si bien lo ha hecho sin concretar ni precisar el importe

² Más información sobre los tipos de Convenios y supuestos de aplicación en <https://www.arpem.com/seguros/glosario/convenios-entre-companias-cicos-cide-ascide-sdm.html>

de la indemnización y en esta materia, dada la disparidad de criterios existente entre los distintos tribunales a la hora de determinar qué requisitos debe contener la reclamación previa para que la demanda sea admitida a trámite, entendemos que debemos ajustarnos a las sugerencias de buenas prácticas aprobadas por la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración, que en punto 2:1:2 sobre la validez de la reclamación extrajudicial no cuantificada considera que “Dado que de acuerdo con el art. 7.1 LRCSCVM no corresponde al perjudicado llevar a cabo la cuantificación de su reclamación, la buena práctica exige admitir la reclamación extrajudicial previa que no contenga la cuantificación de la indemnización que se solicita, incluso en el caso de que el reclamante disponga de todos los elementos para poder calcularla y cuantificarla”.

2.2. LEGITIMACIÓN PARA FORMULAR LA RECLAMACIÓN PREVIA, FORMA Y CONTENIDO MÍNIMO. AUSENCIA DE CARÁCTER VINCULANTE PARA EL PERJUDICADO.-

El art. 7.1 impone al perjudicado la obligación, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, de “comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda”. Esta exigencia es predicable tanto cuando se trata de reclamar daños personales como daños materiales.

El artículo 7) de la LRCSCVM no regula la forma de la reclamación, si bien la práctica forense ha evidenciado que la vía habitual por la que los perjudicados, normalmente a través de Letrados ya designados desde el inicio, procede a efectuar dicha reclamación es por correo electrónico, mediante escrito presentado en alguna oficina de la aseguradora abierta al público, mediante carta certificada con acuse de recibo, mediante acto de conciliación conforme a los art. 139 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (supuesto contemplado por la AP de Pontevedra, Sección 6ª, en Sentencia 45/2020 de 31 de enero de 2020 (Recurso: 616/2019), etc.

En la Sentencia de la AP de Ourense, Sección 1ª, en Sentencia 306/2020 de 13 de julio de 2020 (Recurso: 699/2019), se dice expresamente que “No exige la Ley una forma concreta de realizar esa reclamación debiendo contener la misma unos contenidos mínimos que prevé el precepto. Basta con que se acredite que la reclamación se ha realizado, lo que no significa que tenga que efectuarse por escrito, en una forma determinada”.

En cuanto a la relación existente entre la reclamación previa y la legitimación activa posterior en el procedimiento judicial, a la vista de la jurisprudencia menor, podemos sentar como pacífico que no es preciso que la reclamación previa sea realizada por el propio perjudicado. Así, hemos de hacer las siguientes consideraciones:

- Procesalmente, no se viene exigiendo por las Audiencias Provinciales que la reclamación previa tenga que ser realizada personalmente por el perjudicado, y como digo, lo habitual es que sea realizada vía correo electrónico o por cualquier otra vía por el Letrado ya designado por el perjudicado y en nombre de éste, sin que ello plantee problema alguno de legitimación activa.

Así, por ejemplo, la AP de Madrid, sección 20ª, en Sentencia 312/2020 del 16 de julio de 2020 (Recurso: 300/2020), resuelve un supuesto en el que se había alegado la prescripción de la acción y la reclamación previa se había realizado por el Letrado de la demandante en una oficina de Mapfre sita en Toledo, señalando al efecto la Sala lo siguiente:

“CUARTO: No apreciamos la prescripción de la acción de resarcimiento ejercitada frente a DON Doroteo y «MAPFRE ESPAÑA, S.A.». La reforma introducida por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que modificó el artículo 7 de Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, ha introducido un deber de colaboración entre el perjudicado y la aseguradora a fin de que se pueda alcanzar un acuerdo extrajudicial y evitar el proceso. Este deber de colaboración implica la obligatoriedad de que el perjudicado formule reclamación extrajudicial previa que contenga todos los datos de los que disponga el perjudicado, sin cuyo requisito no se dará curso a la demanda y, correlativamente, hace surgir el deber de diligencia en el asegurador que deberá dar respuesta expresa a la citada solicitud. Esta reclamación interrumpirá el cómputo del plazo de prescripción desde el momento en que se presente y tal interrupción se prolongará hasta la notificación fehaciente al perjudicado de la oferta o respuesta motivada definitiva.

Pues bien, la estabilización de las lesiones sufridas por DOÑA Fermina tuvo lugar el día 28 de febrero de 2017, fecha en la que se inició el plazo de prescripción. El documento nº 10 acompañado con la demanda acredita que el letrado de la demandante presentó la reclamación previa con los requisitos legales en una oficina de MAPFRE de Toledo. La



presentación se acredita con el sello de la entidad que figura estampado en el anverso del documento, que es la forma usual que utilizan las entidades financieras para acreditar la presentación de un documento en sus oficinas. El que no se haya hecho constar por la entidad aseguradora la fecha de presentación no puede significar otra cosa que la que se acepta la fecha que figura en el documento, 1 de diciembre de 2017.

La demanda se presentó el día 18 de marzo de 2018, una vez transcurrido el plazo de tres meses que la aseguradora dispone para dar una respuesta a la reclamación previa."

- Tampoco plantea problema alguno de legitimación el hecho de que sea la propia aseguradora del perjudicado quien realice la reclamación previa, y así lo aprecian diversas resoluciones de Audiencias Provinciales, por ejemplo:

**La Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, en Sentencia 88/2018 de 23 Feb. 2018, (Rec. 689/2016), en un supuesto en el que no se planteó cuestión procesal alguna respecto a la legitimación: "hay que recordar que extrajudicialmente la reclamación no la planteó la actora, propietaria de la furgoneta, sino su aseguradora, Groupama (hoy Plus Ultra), constando acreditado, por el documento*

nº22 de la demanda y la información remitida por la aseguradora en periodo probatorio, que Groupama indemnizó a su asegurada, la actora, por los daños materiales sufridos por la furgoneta (y no por los de la carga, es decir, el motor que transportaba), y que dicha indemnización se realizó en aplicación del Convenio CICOS, por tanto, con previa aceptación de la compañía contraria de la existencia del siniestro y la responsabilidad de su asegurado, tal como pone de manifiesto la actora al oponerse al recurso".

** La AP de Burgos, sección 2ª, en Sentencia 279/2020 del 11 de septiembre de 2020 (Recurso: 107/2020), en un supuesto en el que la entidad aseguradora condenada al pago de una cantidad en concepto de lucro cesante por paralización de vehículo, apeló alegando entre otros motivos la falta de reclamación previa del artículo 7 LRCSCVM por el perjudicado, debiendo haberse inadmitido la demanda formulada, señala que "Lo cierto es que conforme a la documental aportada consta como la aseguradora del actor (AXA) formuló reclamaciones a Fenix (9 abril 2018, 8 de mayo de 2018) requiriéndoles el abono de los daños y perjuicios ocasionados tras el siniestro, reclamaciones que comprendían tanto los daños materiales como el resto de los perjuicios entre los que cabe entender comprendidos los perjuicios de paralización. En reclamaciones posteriores consta que siguen*

pendientes de respuesta a su reclamación y en la última reclamación efectuada en fecha 11-9-2018 se indica que proceden a continuar con su reclamación en la vía judicial, sin que conste indicación alguna de la aseguradora demandada. Por todo ello procede desestimar el motivo indicado”.

En relación con la reclamación previa, debemos abordar igualmente si, como requisito de admisibilidad de la demanda, es obligatoria exclusivamente cuando la demanda va dirigida frente a la aseguradora, en ejercicio de la acción directa, o si cabe exigirla también aunque sólo se demande al propietario o al conductor del vehículo. Al comentar la **Sentencia 2278/2020 de fecha 10 de septiembre de 2020 de la AP de Sevilla, Sección 8ª, Rollo de Apelación: 3126/20-B2**, ya hemos visto que la AP consideraba exigible exclusivamente la reclamación previa como requisito de procedibilidad cuando se demanda a la aseguradora, pero no si la demanda se dirige exclusivamente frente al conductor y/o propietario del vehículo causante del siniestro.

En el mismo sentido se pronuncia la AP de Valladolid, Sección 3ª, en **Sentencia de 24 de enero de 2020 (Recurso: 496/2019)**. El demandado, condenado al pago de la indemnización en primera instancia, alegó por vía del recurso de apelación el incumplimiento de la reclamación previa obligatoria según el artículo 7 de la Ley 35/2015, por entender que la reclamación previa a que se refiere dicha Ley no sólo es obligatoria, convirtiéndose en causa de inadmisión, cuando se ejercita la acción directa contra la compañía aseguradora, sino también cuando se reclama exclusivamente al conductor, dado que se trata de una indemnización cubierta por el seguro obligatorio, y en ningún apartado del artículo 7 citado se dispone que sea un precepto exclusivamente previsto para la acción directa. La Sala resuelve lo siguiente:

“SEGUNDO.- Planteado en estos términos el recurso, vamos a examinar por separado los dos motivos objeto de impugnación, comenzando por el alegado incumplimiento de la reclamación previa a que se refiere el artículo 7 de la Ley 35/2015, que debería haber motivado la inadmisión de la demanda según el recurrente.

En relación con este primer motivo, compartimos los acertados razonamientos del juzgador de instancia, que damos aquí por reproducidos, pues, como se indica en el Fundamento Segundo de la sentencia, la reclamación previa como requisito de

admisibilidad sólo es obligatoria para el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora, pero no para la acción indemnizatoria que el perjudicado dirige frente al conductor, o frente al propietario del vehículo causante del daño, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 del RDL 8/2004, en relación con el artículo 1902 del Código Civil, pues, como muy bien se razona en la sentencia, el artículo 7 de la ley citada hace referencia de forma clara a la acción directa en el ámbito del seguro obligatorio, regulando las obligaciones de la aseguradora -dicho artículo lleva el título de obligaciones del asegurador y del perjudicado-, sin que se haga alusión alguna a su aplicación o exigibilidad en el marco de la acción genérica de indemnización de daños y perjuicios frente al causante del daño; y, como también se indica en la sentencia, « en el ámbito de la inadmisión de la demanda por requisitos formales se afecta a la tutela judicial efectiva, por lo que no cabe realizar una interpretación extensiva de las normas que regulan los presupuestos de admisibilidad, ampliándolos a casos que trascienden de su texto y finalidad, que vulneraría el principio pro actione».

En este mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 6 de junio de 2017 dice que «el efecto de la inadmisión no puede ser total. Las exigencias legales que condiciona la admisión se incorporan legalmente en exclusiva para la acción dirigida contra el asegurador, no para el resto de los litigantes. En consecuencia, habiéndose dirigido la acción igualmente contra el causante Bernabe, la demanda deberá ser admitida frente a él».

Finalmente no debemos olvidar que en este caso, como aduce la actora, la aseguradora del demandado formuló reclamación extrajudicial a la aseguradora de la actora, lo que, a sensu contrario, puede entenderse como un rehúse tácito a cualquier reclamación de esta. Por todo ello no puede tener acogida este motivo de impugnación.”

Por otro lado, la reclamación del perjudicado deberá, según el art. 7.1, tener el siguiente **contenido mínimo**:

- la identificación de quien reclame,
- una declaración sobre las circunstancias del hecho,
- la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo,

- así como “cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño”.

Con relación al contenido mínimo de la reclamación previa, debe señalarse que el artículo 7 posibilita que las partes afectadas, perjudicados o entidades aseguradoras, puedan solicitar la información que sobre estos extremos contengan los atestados e informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad encargadas de la vigilancia del tráfico, salvo en el caso en que las diligencias se hayan entregado a la autoridad judicial competente para conocer los hechos, en cuyo caso deberán solicitar dicha información a ésta.

Sin embargo, y a la vista de las resoluciones que he tenido oportunidad de analizar, parece que la jurisprudencia menor también se muestra laxa con el requisito relativo al contenido mínimo de la reclamación previa del perjudicado, y así, podemos citar la **Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, en Sentencia 176/2020 de 11 de marzo de 2020 (Recurso: 636/2019)**, en la que se indica lo siguiente:

“Reclamación previa. El art. 7.1 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el RDLeg 8/2004, de 29 de octubre, en su redacción dada la mismo por la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aplicable a los accidentes de circulación acaecidos a partir del 1 enero 2016, exige que los perjudicados reclamen al asegurador con carácter previo al inicio de la acción judicial la indemnización que les corresponda, con la consecuencia de que no se admitirán a trámite, de conformidad con el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas en las que no se acompañen los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el asegurador (apart. 8 «in fine»). En consecuencia, sin previa reclamación no es posible demandar. Otra cosa es que se admita la subsanación por la falta de presentación del documento que lo acredite, lo que es perfectamente posible siempre que efectivamente se haya realizado, pero este no es caso que se plantea.

Lo que plantea directamente el recurso es la falta de reclamación extrajudicial de la actora Dña. Mercedes. Del examen de la

documentación acompañada no llegamos a esa conclusión entre otras razones porque la propia aseguradora le dirige una comunicación el 13-1-2017, incorporada al doc. tres (la demanda se presenta el día 4-9-2017), advirtiéndole que no pueden realizar una oferta motivada por falta de aportación de la documentación médica (doc. 3 vuelto). Por lo tanto se hizo la reclamación previa.

En relación con el contenido mínimo o requisitos formales de esta, el nuevo art. 7.1 establece que la reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño.

Este requisito no se ha cumplido íntegramente por los lesionados mas ello no ha de llevar a la conclusión de que la reclamación no existió, más bien el problema se reconduce a la prueba no a la inadmisibilidad de la demanda. El art. 37.1 del LRCS debe interpretarse desde el punto de vista del acceso a la jurisdicción no como un requisito de procedibilidad sino de carga de la prueba (art. 217 LEC). El lesionado debe aportar un informe médico y colaborar con los servicios médicos del asegurador obligación que ambos lesionados cumplieron en parte (no aportan informe médico), sin merma alguna del máximo nivel de diligencia que se exige a la aseguradora para reparar el daño (art. 7.1 y 2 LRSCVM). Ello se conjuga con los dos principios fundamentales del sistema de valoración como son la reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada. Hay que asegurar la total indemnidad de los daños perjuicios padecidos. En consecuencia debemos entrar en el examen de su pretensión indemnizatoria.”

Igualmente, debemos abordar la cuestión relativa a si la Reclamación previa del perjudicado ante la aseguradora vincula a éste en el posterior procedimiento judicial, en cuanto al importe reclamado o a los términos de su reclamación. Del análisis de la jurisprudencia menor se evidencia que no:

Así, la AP de Asturias, sección 7ª, en **Sentencia 290/202 de 27 de julio de 2020**, resuelve un recurso de apelación en el que la aseguradora alegaba, entre otros motivos, (y de manera subsidiaria a la errónea valoración

de la prueba pericial), la doctrina de los actos propios, para sustentar la vinculación del demandante a su declaración de voluntad al formular su reclamación previa a la demanda, donde solicitó por dicho concepto la cantidad de 4.000 euros. La Sala, señala al respecto que *“No ha lugar, a acoger la petición subsidiaria formulada en el recurso, sobre la base de la teoría de los actos propios que, al decir, de la apelante vincularía al demandante al importe reclamado por el concepto previamente analizado en la reclamación previa dirigida a la aseguradora, 4.000 euros, máxime cuando dicha reclamación fue rechazada por la Aseguradora, siendo la reclamada y a la postre concedida, fruto del resultado de la prueba pericial practicada a instancia de dicho demandante y de la testifical practicada en las actuaciones”*.

Por su parte, la AP de Barcelona, Sección 1ª, en Sentencia 219/2020 de 29 de junio de 2020 (Recurso: 437/2019), resuelve un recurso de apelación en un supuesto de reclamación de lucro cesante por paralización de vehículo, en el que el actor con carácter previo a la demanda reclamó a la aseguradora, por paralización a razón de 45 €/día con base en ingresos netos reales, mientras que en la demanda reclama una cantidad mayor sobre la base de ingresos brutos, lo que la aseguradora entiende constitutivo de mala fe al ir en contra de sus propios actos.

El pronunciamiento de la Sala sobre esa cuestión es el siguiente: *“Lo primero que se debe descartar es la consideración como acto propio que vincule al actor, Sr. Miguel, de la reclamación extrajudicial realizada por la compañía aseguradora MAPFRE previa a la demanda en la que se reclamaba una indemnización por 39 días a razón de 45 € diarios según renta, pues no la realizó el demandante, y, además, por lo que se dirá a continuación, respondía al error de considerar como rendimientos netos lo que no eran tales.”*

2.3. CUESTIONES SOLVENTADAS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL BAREMO EN TORNO A LA RECLAMACIÓN PREVIA.-

en relación con la reclamación previa, existen ya diferentes cuestiones solventadas por la Comisión de Seguimiento del Baremo. En concreto, en sus Acuerdos de 16 de Septiembre de 2019 sobre BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE AUTOS se concluye lo siguiente:

- La buena práctica requiere que el lesionado

-o, en caso de fallecimiento, el perjudicado o el representante de cualquiera de ellos que inicie un procedimiento penal en el que reclame la indemnización que le corresponda lo comunique a la entidad aseguradora del vehículo responsable y que tal comunicación equivalga a la reclamación previa del art. 7.1 LRCSCVM. (Sobre este extremo volveré al analizar la reforma introducida en el Código Penal por LO 2/2019).

- La buena práctica requiere que la reclamación extrajudicial previa contenga todos los datos de los que disponga el perjudicado. Contraviene el deber de colaboración por parte del perjudicado (arts. 7 y 37 LRCSCVM) la ocultación de información que dificulte la determinación de la responsabilidad o la cuantificación del daño.

- Dado que de acuerdo con el art. 7.1 LRCSCVM no corresponde al perjudicado llevar a cabo la cuantificación de su reclamación, la buena práctica exige admitir la reclamación extrajudicial previa que no contenga la cuantificación de la indemnización que se solicita, incluso en el caso de que el reclamante disponga de todos los elementos para poder calcularla y cuantificarla.

2.4. EFECTOS DE LA RECLAMACIÓN PREVIA DEL PERJUDICADO.-

en cuanto a los efectos que conlleva la reclamación previa por parte del perjudicado, se recogen igualmente en el artículo 7, y siguiendo a Pérez Ureña ³son los siguientes:

a) Determina el nacimiento del deber de colaboración entre el perjudicado y la compañía aseguradora, conforme a lo dispuesto por el artículo 37 de la LRCSCVM, de modo que el primero deberá prestar la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por cuenta del eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones.

En realidad, el deber de colaboración del lesionado lo impone el art. 37 “desde la producción del daño”, no desde la reclamación previa; y además el incumplimiento de este deber constituye, conforme a dicho artículo, *“causa no imputable a la entidad aseguradora*

³ Pérez Ureña, Antonio Alberto (artículo de 9 de octubre de 2018 : <https://elderecho.com/los-efectos-de-la-reclamacion-previa-a-la-aseguradora-en-el-ambito-del-seguro-obligatorio-de-vehiculos>)



a los efectos de la regla 8.^a del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, relativa al devengo de intereses moratorios”.

b) Determina, igualmente, el nacimiento del deber de diligencia por parte de la aseguradora, a la hora de valorar las lesiones y cuantificar el daño, exigir la información complementaria que precise, deber que expresamente se contempla en el art. 7.2 LRCSCVM al señalar que “*que el asegurador deberá observar desde el momento en que conozca, por cualquier medio, la existencia del siniestro, una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización*”.

Con respecto a estos deberes de diligencia y colaboración, hemos de destacar igualmente los Acuerdos de la Comisión de Seguimiento del Baremo de fecha 2 de octubre de 2018 sobre BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE AUTOS, a tenor de los cuales:

1. Dado el deber de diligencia que impone a la aseguradora el artículo 7.2. LRCSCVM, aunque no haya reclamación del perjudicado, la buena práctica requiere que:

a) Cuando el asegurador tenga conocimiento de la existencia de daños corporales en un siniestro que pueda afectarle, despliegue, en cumplimiento de tal deber, la actividad necesaria para cuantificar el daño y, cuando le corresponda, liquidar la indemnización lo antes posible.

b) El lesionado preste la colaboración necesaria que prevé el art. 37.2 LRCSCVM

para que los servicios médicos designados por el asegurador le reconozcan cuando éste lo solicite, con la periodicidad medicamente adecuada y sin dilaciones injustificadas, y de forma que no perturbe sus actividades ni comporte riesgo para su salud o integridad física.

2. En todo caso, haya o no reclamación del perjudicado, la buena práctica requiere que, una vez consolidadas las secuelas o producida la curación, los servicios médicos designados por el asegurador proporcionen al lesionado sin dilaciones injustificadas el informe médico definitivo que prevé el art. 37.3 LRCSCVM, sin necesidad de tener que esperar a la oferta o, en su caso, respuesta motivada.

c) Interrumpe el cómputo del plazo de prescripción desde su presentación hasta la notificación fehaciente al perjudicado de la oferta o respuesta motivada definitiva. El plazo para exigir la responsabilidad por daños causados en accidente de circulación es de un año, por aplicación (genérica) del artículo 1.968 del Código Civil y (específica) del artículo 7.1 segundo párrafo de la LRCSCVM.

d) Constituye, en los términos y con los matices que ya hemos visto, requisito de admisión de la demanda judicial posterior (art. 7.8 LRCSCVM y 403 LEC).

2.5. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 2/2019 DE 1 DE MARZO.-

en este apartado relativo a la reclamación previa debemos hacer una alusión a la

reforma del Código Penal de 1995 por Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor. La reforma del Código Penal recupera en estos casos la posibilidad de acudir a la vía penal en los casos de los accidentes de tráfico donde haya habido una infracción administrativa grave de las previstas en el art. 76 Real Decreto Legislativo 6/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, (dichas infracciones incluyen la práctica totalidad de los supuestos de accidentes de tráfico “habitualmente judicializados”: desde la conducción negligente, hasta no mantener la distancia de seguridad con el vehículo precedente, no respetar los límites de velocidad o las normas en materia de preferencia de paso, adelantamientos, intersecciones, etc, etc).

Así, la nueva redacción del artículo 152 del Código Penal, castiga, entre otros supuestos, al que utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, e incurriendo en imprudencia grave, causare a otro lesiones del apartado 1 del artículo 147, (lesión que requiera, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico), o al que por imprudencia menos grave causare a otro lesiones del apartado 1 del artículo 147, o del 149 o del 150. También se regresa a la posibilidad de dictarse auto de cuantía máxima en los casos de dictado de sentencia absolutoria en el juicio por delito leve, conforme a la nueva redacción del artículo 13 de la LRCSCVM.

Ya hemos visto que en la vía civil era preceptivo presentar, previamente a la interposición de la demanda, la reclamación del perjudicado, ya que así lo señala el art. 7.8 LRCSCVM; pero, siguiendo a Magro Servet ⁴, la vía de la reclamación previa del perjudicado está configurada como obligatoria para el perjudicado en la fase pre-procesal sólo para el proceso civil, no para el penal, donde caben dos posibilidades:

a) La presentación de la reclamación del perjudicado antes de la denuncia ante el juzgado de instrucción, que no es, en ningún caso, preceptiva.

b) El perjudicado podrá presentar la denuncia e interesar en el suplico ser reconocido

por el médico forense, (aunque aportando partes médicos y gastos hasta ese momento existentes), y una vez obtenga el parte médico forense donde conste el alcance lesional, puede presentar la reclamación del art. 7.2 LRCSCVM a la aseguradora.

Si bien Magro Servet estima que la presentación de la reclamación del perjudicado tras la obtención del parte forense nos hace regresar a la posibilidad de que la aseguradora lleve a cabo una oferta motivada ajustada a los parámetros objetivos del parte forense, y que ello determinará que pueda aceptarse por el perjudicado esa oferta a los efectos de dejar resuelta la acción civil y el perjudicado poder indemnizado los daños y perjuicios lesionales que haya sufrido y estén determinados, personalmente me muestro escéptica ante esta opción, y además el propio autor alude al dato de las bajísimas estadísticas de las veces que los perjudicados disconformes con la Oferta Motivada de la aseguradora han optado por acudir a la vía del informe médico forense prevista en el artículo 7.5 de la LRCSCVM, (que, recordemos, es un recurso al que puede el perjudicado acudir incluso cuando no cuente con la aquiescencia de la aseguradora y con cargo a la misma).

Personalmente, he tenido ocasión de indagar, de manera informal, entre compañeros de instrucción del partido judicial de Granada, y me corroboran que la reforma operada en el Código Penal en 2019 en modo alguno ha provocado un regreso cuantitativo notable de las denuncias en materia de accidentes de tráfico a sus juzgados.

III.- LA OFERTA MOTIVADA: REQUISITOS LEGALES Y ACUERDOS ADOPTADOS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL BAREMO EN LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS.

3.1. REQUISITOS DE LA OFERTA MOTIVADA

La validez de la oferta motivada de la aseguradora está condicionada al cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 7.3 de la LRCSCVM, en los siguientes términos:

3. Para que sea válida a los efectos de esta Ley, la oferta motivada deberá cumplir los siguientes requisitos ⁵:

⁴ “Reclamación del perjudicado tras la reforma del Código Penal por LO 2/2019 en materia de accidentes de tráfico”, publicado en la “Revista

⁵ No olvidemos que el apartado 6 del art. 7 LRCSCVM establece la posibilidad de que Reglamentariamente se precise

4 “Reclamación del perjudicado tras la reforma del Código Penal por LO 2/2019 en materia de accidentes de tráfico”, publicado en la “Revista

a) *Contendrá una propuesta de indemnización por los daños en las personas y en los bienes que pudieran haberse derivado del siniestro. En caso de que concurran daños a las personas y en los bienes figurará de forma separada la valoración y la indemnización ofertada para unos y otros.*

b) *Los daños y perjuicios causados a las personas se calcularán según los criterios e importes que se recogen en el Título IV y el Anexo de esta Ley.*

c) *Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, incluyendo el informe médico definitivo, e identificará aquéllos en que se ha basado para cuantificar de forma precisa la indemnización ofertada, de manera que el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo.*

d) *Se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida*

fuera inferior a la que en derecho pueda corresponderle.

e) *Podrá consignarse para pago la cantidad ofrecida. La consignación podrá hacerse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del órgano jurisdiccional correspondiente, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada."*

3.2. CUESTIONES RESUELTAS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL BAREMO SOBRE LA OFERTA MOTIVADA.-

Con respecto a la Oferta Motivada, son varias las cuestiones específicas que han sido resueltas por la GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS, a través de los Acuerdos de 27 de noviembre de 2019 y 2 de octubre de 2018 adoptados por la Comisión de Seguimiento del Baremo, que son los siguientes:

- Ha de contener de forma estructurada y desglosada los distintos conceptos que se indemnizan y sus correspondientes importes.

el contenido de la oferta motivada y de la respuesta motivada.



- Respecto de las secuelas, es necesario que contenga su relación, los puntos asignados a cada una y la codificación que les corresponda.

- Respecto a las lesiones temporales, que consten los grados del perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida previstos en el art. 138 LRCSCVM.

- El pago de la oferta motivada no puede condicionarse a la renuncia de futuras acciones, si bien se admite el acuerdo de renuncia después de emitida la oferta y pagada la indemnización, y con exclusión de lo dispuesto en el art. 43 (alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación o aparición de daños sobrevenidos)

IV.- LA RESPUESTA MOTIVADA: REQUISITOS Y ACUERDOS ADOPTADOS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL BAREMO EN LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS.-

4.1. LA RESPUESTA MOTIVADA. REQUISITOS.-

La respuesta motivada de la aseguradora está regulada en el artículo 7.4 LRCSCVM en los siguientes términos ⁶:

“4. En el supuesto de que el asegurador no realice una oferta motivada de indemnización, deberá dar una respuesta motivada ajustada a los siguientes requisitos:

a) Dará contestación suficiente a la reclamación formulada, con indicación del motivo que impide efectuar la oferta de indemnización, bien sea porque no esté determinada la responsabilidad, bien porque no se haya podido cuantificar el daño o bien porque existe alguna otra causa que justifique el rechazo de la reclamación, que deberá ser especificada.

Cuando dicho motivo sea la dilatación en el tiempo del proceso de curación del perjudicado y no fuera posible determinar el alcance total de las secuelas padecidas a causa del accidente o porque, por cualquier motivo, no se pudiera cuantificar plenamente el daño, la respuesta motivada deberá incluir:

1.º La referencia a los pagos a cuenta o pagos parciales anticipados a cuenta de la indemnización resultante final, atendiendo a la

naturaleza y entidad de los daños.

2.º El compromiso del asegurador de presentar oferta motivada de indemnización tan pronto como se hayan cuantificado los daños y, hasta ese momento, de informar motivadamente de la situación del siniestro cada dos meses desde el envío de la respuesta.

b) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga, incluyendo el informe médico definitivo, que acrediten las razones de la entidad aseguradora para no dar una oferta motivada.

c) Incluirá una mención a que no requiere aceptación o rechazo expreso por el perjudicado, ni afecta al ejercicio de cualesquiera acciones que puedan corresponderle para hacer valer sus derechos.”

4.2. CUESTIONES SOLVENTADAS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL BAREMO SOBRE LA RESPUESTA MOTIVADA.-

En los acuerdos de 6 de marzo de 2018 adoptados por la Comisión de Seguimiento del Baremo sobre la Respuesta Motivada, se indica lo siguiente:

- La respuesta motivada no requiere informe médico alguno en los casos en que no se pueda cuantificar el daño en su totalidad (párrafo segundo del art. 7.4.a) LRCSCVM).

- La aseguradora deberá aportar el informe médico definitivo cuando la respuesta motivada se base en la negación de la existencia de lesiones temporales o secuelas o del nexo causal respecto a ellas.

- En el caso de lesiones temporales o secuelas que deriven de un traumatismo menor de columna vertebral, la buena práctica no demanda el informe médico definitivo en la respuesta motivada que se base en que la sintomatología no apareció en tiempo médicamente explicable, atendiendo al criterio cronológico del art. 135.1.b) LRCSCVM.

V.- ASPECTOS COMUNES A LA OFERTA MOTIVADA Y A LA RESPUESTA MOTIVADA. PLAZO Y CONSECUENCIAS COMUNES A SU INCUMPLIMIENTO: LA IMPOSICIÓN DEL INTERÉS MOTARIO DEL ARTÍCULO 9 LRCSCVM. JURISPRUDENCIA SOBRE LA CUESTIÓN.-

Tanto para el caso de que la aseguradora,

⁶ No olvidemos que el apartado 6 del art. 7 LRCSCVM establece la posibilidad de que Reglamentariamente se precise el contenido de la oferta motivada y de la respuesta motivada.

tras la reclamación previa del perjudicado, realice una oferta motivada como para el caso de que emita una respuesta motivada, el plazo es idéntico y está previsto en el artículo 7.2 LRCSCVM:

“2. En el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, tanto si se trata de daños personales como en los bienes, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño, que cumpla los requisitos del apartado 3 de este artículo. En caso contrario, o si la reclamación hubiera sido rechazada, dará una respuesta motivada que cumpla los requisitos del apartado 4 de este artículo”.

No olvidemos que, como ya hemos visto, con independencia de si el conocimiento de la existencia del siniestro proviene de la reclamación previa del perjudicado como si proviene de otra vía de conocimiento (por ejemplo, comunicación del siniestro por parte del propio responsable del accidente a su aseguradora), *“El asegurador deberá observar desde el momento en que conozca, por cualquier medio, la existencia del siniestro, una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización.”*

Igualmente, el art. 7.2 prevé que *“el asegurador, a su costa, podrá solicitar previamente los informes periciales privados que considere pertinentes, que deberá efectuar por servicios propios o concertados, si considera que la documentación aportada por el lesionado es insuficiente para la cuantificación del daño”.* Esta previsión legal, no obstante, no debe hacernos olvidar que se complementa con el deber de colaboración por parte del lesionado, conforme al artículo 37 LRCSCVM, que señala que aquel deberá prestar la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por cuenta del eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones.

Dice el siguiente párrafo del artículo 7.2 LRCSCVM que *“El incumplimiento de esta obligación constituirá infracción administrativa grave o leve”,* y en todo caso, *“Trascurrido el plazo de tres meses sin que se haya presentado una oferta motivada de indemnización por una causa no justificada o que le fuera imputable al asegurador, se devengarán intereses de demora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de esta Ley. Estos mismos intereses de demora se devengarán en el caso de que, habiendo sido*

aceptada la oferta por el perjudicado, ésta no sea satisfecha en el plazo de cinco días, o no se consigne para pago la cantidad ofrecida”.

Por su parte, el artículo 9, al que remite el artículo 7.2, regula la mora del asegurador en los siguientes términos:

“Si el asegurador incurriese en mora en el cumplimiento de la prestación en el seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños y perjuicios causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación, la indemnización de daños y perjuicios debidos por el asegurador se regirá por lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, con las siguientes singularidades:

a) *No se impondrán intereses por mora cuando el asegurador acredite haber presentado al perjudicado la oferta motivada de indemnización a que se refieren los artículos 7.2 y 22.1 de esta Ley, siempre que la oferta se haga dentro del plazo previsto en los citados artículos y se ajusten en cuanto a su contenido a lo previsto en el artículo 7.3 de esta Ley. La falta de devengo de intereses de demora se limitará a la cantidad ofertada y satisfecha o consignada.*

b) *Cuando los daños causados a las personas hubiesen de sufrirse por éstas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de la presentación de la oferta motivada a que se refiere la letra a) de este artículo, el órgano jurisdiccional correspondiente, a la vista de las circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise, resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad ofrecida y consignada por el asegurador, atendiendo a los criterios del Título IV y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo de esta Ley. Contra la resolución judicial que recaiga no cabrá recurso alguno.*

c) *Cuando, con posterioridad a una sentencia absolutoria o a otra resolución judicial que ponga fin, provisional o definitivamente, a un proceso penal y en la que se haya acordado que la suma consignada sea devuelta al asegurador o la consignación realizada en otra forma quede sin efecto, se inicie proceso civil en razón de la indemnización debida por el seguro, será aplicable lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, salvo que nuevamente se consigne la indemnización dentro de los 10 días siguientes a la notificación al asegurado del inicio del proceso.”*

También debemos tener en cuenta el art. 16 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, según el cual:

“A efectos de lo establecido en el artículo 9.a) del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, no se producirá devengo de intereses por mora, en cuanto a la cantidad ofrecida, en los siguientes casos:

a) Cuando se haya presentado al perjudicado la oferta motivada de indemnización a que se refieren los artículos 7.2 y 22.1 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor dentro del plazo previsto en los citados artículos y con el contenido dispuesto en su artículo 7.3, y aquel no se pronuncie sobre su aceptación o rechazo.

b) Cuando el perjudicado no acepte la oferta motivada de indemnización y la entidad aseguradora consigne en el plazo de cinco días las cuantías indemnizatorias reconocidas en la oferta motivada.”

En cuanto a la consignación a que se refiere este último apartado, señalar que el expediente de consignación judicial está actualmente regulado en los artículos 98 y 99 de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en relación con los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil.

En relación con el incumplimiento de la obligación de la aseguradora de emitir una oferta motivada o una respuesta motivada en dicho plazo de tres meses “por una causa no justificada o que le fuera imputable al asegurador”, es frecuente que en la práctica se alegue por la aseguradora que el perjudicado: a) se ha negado a someterse al reconocimiento médico por parte de los servicios de la aseguradora; b) que no ha acudido a la cita médica concertada con aquellos; c) que no ha aportado a la aseguradora la documentación médica asistencial que ésta le requirió o el resultado de pruebas diagnósticas; d) incluso que, una vez en la consulta, el perjudicado se ha negado a “firmar la hoja de consentimiento sobre datos personales”, etc, etc, etc.

Sobre dichos motivos, debe señalarse que su alegación en el posterior proceso judicial está lógicamente sometida a las normas sobre distribución de la carga probatoria

contenidas en el artículo 217 de la LEC, por lo que deberán ser acreditados dichos extremos por la aseguradora (en caso de ser negados de contrario), a través de los medios probatorios oportunos, no bastando, a tal efecto, las afirmaciones fácticas que suelen contener en no pocas ocasiones los informes periciales de los peritos designados por las aseguradoras sobre este particular.

Así, por ejemplo, podemos citar el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, en Sentencia 448/2019 de 8 Oct. 2019, Rec. 127/2019: La aseguradora, apeló el pronunciamiento relativo a la imposición de los intereses del art.20 de la LCS, alegando que había cumplido con lo establecido con el art.7.2 LRCSCVM, mientras que el lesionado no había cumplido con lo preceptuado en el art.37.2 sobre la necesidad de informe médico y deberes recíprocos de colaboración, ya que “no puso ninguna facilidad para ser visitado y en las reclamaciones de la actora no se aportó la documentación requerida”. La Sala, sin embargo, sostiene que no es posible apreciar por parte del lesionado una actitud renuente u obstativa al cumplimiento de sus obligaciones, pues el perito de la aseguradora reconoció haber visitado al mismo en cuatro ocasiones, afirmando que “La ausencia de visitas mensuales no puede erigirse en factor decisivo para admitir la falta de colaboración que se denuncia, cuando no se justifica en que medida las visitas sí verificadas impedirían conocer la evaluación de las lesiones del demandante, y por ello hacer una valoración mínimamente adecuada del alcance de las lesiones para una oferta motivada”. Además, añade que “la reproducción en las respuestas motivadas ofrecidas por la aseguradora de que no puede cuantificar el daño solicitando la documentación médica de la que se disponga, no puede servir para eludir la imposición de los intereses de demora”, pues “si el asegurador considera que la documentación aportada por el lesionado es insuficiente para cuantificar el daño, puede solicitar los informes periciales privados que considere pertinentes, que deberá efectuar por servicios propios o concertados”.

En cualquier caso, sobre la cuestión relativa a la imposición de los intereses moratorios a la aseguradora por incumplimiento de los deberes del artículo 7 LRCSCVM existen multitud de sentencias que se pronuncian en diferentes supuestos. Sin carácter exhaustivo, dejo reseñadas algunas resoluciones sobre este particular:

- Un completo estudio sobre la cuestión relativa al interés moratorio se realiza por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ª, en Sentencia 304/2019 de 18 Jun. 2019, Rec. 449/2018: En ella, se alega en el recurso por la aseguradora que la compañía de seguros efectuó la oferta motivada dentro del plazo legal a la vista de los únicos informes (de urgencia y asistencial) facilitados y de manera que el proceso se ha revelado necesario para la determinación del alcance del perjuicio por lo que, ante las dudas de hecho y de derecho, no procedía la condena al pago de los intereses del artículo 20 LCS. Sin embargo, la Sala señala que *“La oferta motivada que se hace mediante comunicación del 24 de abril de 2017 no puede impedir el devengo de los intereses del artículo 20 LCS, pues la oferta no fue seguida del pago o consignación de la cantidad, habiendo sido consignada una vez se interpuso la demanda del procedimiento objeto del presente recurso con ocasión del allanamiento parcial manifestado a la reclamación en dicha cantidad. Por ello, procede desestimar el recurso de apelación respecto a los intereses del art. 20 LCS, manteniendo la condena al pago de los mismos hasta la consignación de la cantidad de 1.642,32 euros, el primero de septiembre de 2017, y respecto al resto hasta su satisfacción.”*

- Por su parte, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, en Sentencia 245/2019 de 28 Jun. 2019, Rec. 244/2019 resuelve en idéntico sentido al señalar:

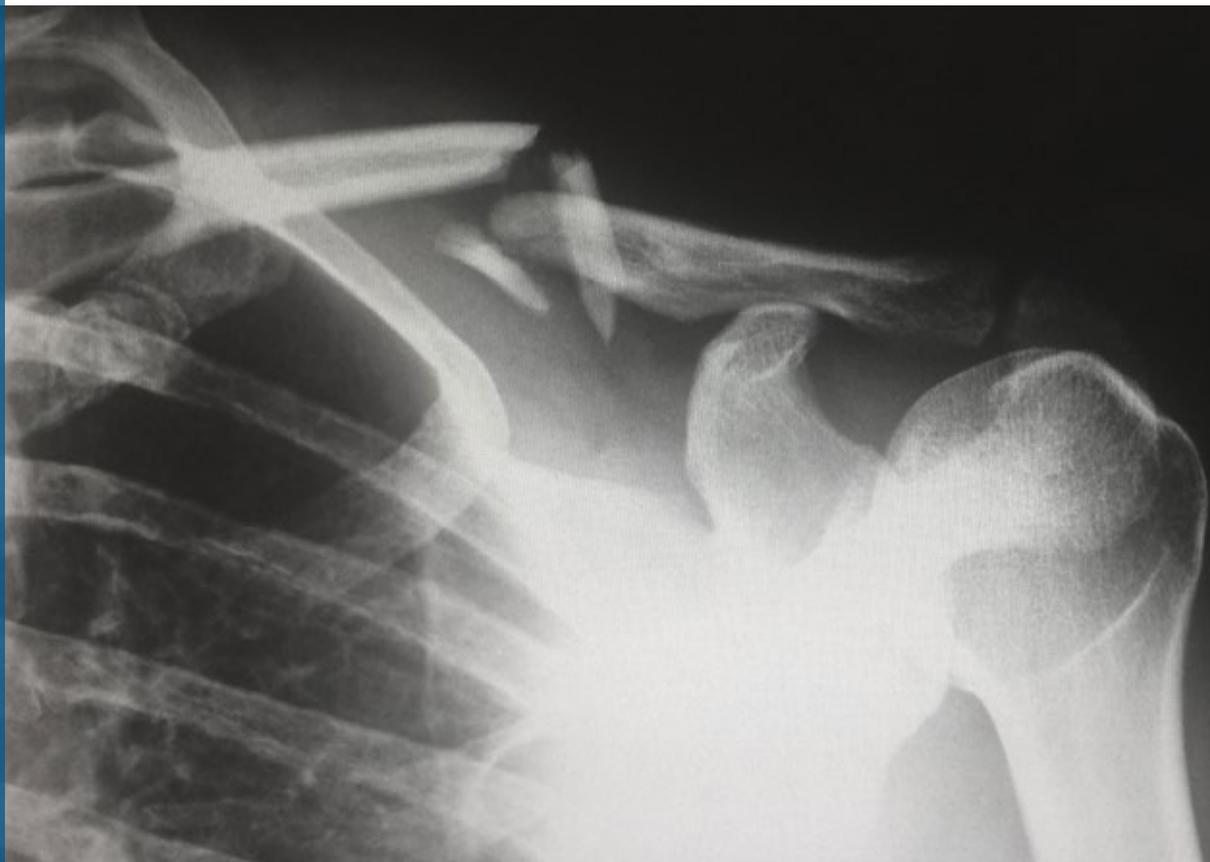
“CUARTO.- El recurso sí debe ser acogido con relación al pronunciamiento sobre el devengo de los intereses establecidos con el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro. La Compañía de Seguros demandada sólo hizo ofrecimiento de una indemnización el 4 de diciembre de 2017, ya superados los tres meses del siniestro previstos en dicha norma y no consignó suma alguna hasta el 1 de octubre de 2018, en cantidad muy similar a la finalmente concedida. De ahí que los intereses deban devengarse sobre el total de la cantidad a que asciende la indemnización (3.231,54€) desde el día del accidente (20 de agosto de 2017) hasta la fecha de la consignación (la antes indicada) y sólo sobre el resto (75,80€) desde esta última fecha hasta el completo pago. No cabe computar ese plazo de tres meses desde el correo electrónico que remitió la demandante el 23 de noviembre de 2017, como hace la sentencia apelada, cuando la oferta motivada realizada por la aseguradora no fue seguida de consignación o pago (art. 9 del Real Decreto Legislativo 8/2004) hasta casi un año después, ya iniciado este proceso. “

- La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, en Sentencia 17/2020 de 24 Ene. 2020, Rec. 11/2019, resuelve un recurso de la parte actora contra la sentencia de primera instancia que no impuso el interés moratorio del artículo 20 LCS. En sus alegaciones, la demandada consideraba improcedente la condena al pago de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro por entender que cumplió con su obligación de presentar oferta motivada derivada del artículo 7 y por no haber cometido ninguna conducta culpable voluntaria encaminada a negar o retrasar el pago de la indemnización al perjudicado. En ella, la Sala señala que *“Ni la presentación de oferta motivada ni la conducta no culpable de la aseguradora, eximen a ésta del pago de un interés que, efectivamente tienen un carácter sancionador y finalidad preventiva”(..)* *“en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. Es, por otro lado, de interpretación restrictiva la existencia de causa justificada de exoneración de la mora del asegurador que implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador.”*

Por ello, concluye que *“No era suficiente, por tanto, la remisión de oferta motivada por la compañía demandada a la demandante, para liberar a aquélla de su obligación de satisfacer intereses moratorios, siendo preciso para ello, en caso de no haber sido aceptada la oferta, que se hubiese procedido a la consignación de las cantidades ofrecidas lo que la compañía demandada no ha realizado”.* Consecuentemente, estima el recurso en este aspecto e impone a la aseguradora los intereses moratorios del artículo 20 LCS.

- La Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, en Sentencia 140/2019 de 7 Feb. 2019, Rec. 597/2018 también resuelve un recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de instancia que no impuso el interés moratorio del artículo 20 LCS, y señala lo siguiente:

“Expone el apelante que la oferta motivada adolecía de defectos por no aportar informe médico definitivo, ni haber especificado la forma de determinar la indemnización ofrecida”. *“Ante la conducta de la Compañía, entiende este tribunal que no fue diligente en la cuantificación y liquidación del daño, y que tal y como se alega en el recurso, la oferta motivada no cumple con*



los requisitos exigidos legalmente para que la oferta sea válida a fin de evitar el pago de intereses. Y en su consecuencia, lo procedente es la condena a la aseguradora al pago de los intereses del art. 20 LCS, desde la fecha del accidente, hasta la fecha de la consignación el 5 de diciembre 2017, respecto de la suma consignada de 3.215,61 euros. Y de la superior cantidad concedida en esta sentencia, desde la fecha del accidente hasta el completo pago, estimándose así este motivo del recurso. “

- También la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, en Sentencia 790/2019 de 15 Jul. 2019, Rec. 1201/2018 resuelve esta cuestión en este caso alegada por vía del recurso por la aseguradora, señalando que no concurre causa justificada o no imputable a la aseguradora, ya que “el accidente se produce el día 27 de marzo de 2017, comunicándolo a la aseguradora el 11 de abril y cuando recibe la reclamación previa el día 5 de julio de 2017, que se le recuerda el día 28 de septiembre de 2017, la aseguradora se limitó a contestar que estaba pendiente de cuantificar los daños, no realizándose oferta motivada ni consignación alguna”. Recuerda la Sala que “Es pues requisito necesario además de la oferta, que se satisfaga la cantidad o que se consigne.

Así pues, la conducta de la entidad aseguradora, no fue diligente en la cuantificación y liquidación del daño, tal como se concluye en la sentencia de instancia y en consecuencia lo procedente es la condena a la aseguradora al pago de los intereses del art. 20 de la L.C.S., desde la fecha del accidente hasta el completo pago”.

- La AP de Zaragoza, sección 4ª, en Sentencia 39/2020 de 07 de febrero de 2020 (Recurso: 496/2019), impone a la aseguradora el interés moratorio pese a haberse formulado oferta motivada sin que existiera reclamación previa del perjudicado, señalando lo siguiente:

“CUARTO .- La última de las alegaciones combate la imposición de intereses del art. 20 LCS, afirmando que se efectuó la correspondiente oferta motivada y que faltó reclamación previa.

Siguiendo a la SAP Jaén, Sección 1ª, 12 de septiembre de 2018, « también puede incurrir el asegurador en mora en los casos de inactividad del perjudicado, o en que este no formule reclamación a aquél. En dichos supuestos de no reclamación por parte del perjudicado, el asegurador sigue teniendo su

deber de cumplimiento de sus obligaciones en los términos generales (habiéndose pasado a resaltarse expresamente su deber de actuación diligente y de activa iniciativa en orden a ello); y las obligaciones adicionales que especialmente se pasan ahora a imponer a las aseguradoras en los casos de que haya reclamación del perjudicado, no pueden conllevar que se trastoque tan profundamente el sistema de regulación de la mora del asegurador, en perjuicio de las víctimas o perjudicados, circunscribiendo dicha posibilidad de mora a los casos de dicha reclamación por parte del perjudicado (con lo que se pasaría a invertir prácticamente las posiciones, pasando a atribuirse a este último un deber de activa iniciativa y de reclamar perfectamente anómalo o extraño a los designios de protección y tutela de las víctimas que viene inspirando la regulación sobre la materia)». Por lo tanto, la alegación debe perecer.”

VI.- EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA OFERTA MOTIVADA: ES APLICABLE A LA MISMA LA DENOMINADA “DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS” ? .-

Una de las cuestiones más interesantes que plantea la Oferta Motivada es su carácter vinculante para la aseguradora y su consideración como “acto propio” de cara al posterior proceso judicial. Sobre este particular, no son pocas (y contradictorias) las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales.

Así, siguen la tesis del carácter vinculante de la oferta motivada resoluciones como las que reseño a continuación:

- Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, Sentencia 414/2019 de 8 Oct. 2019, Rec. 704/2018:

“SEGUNDO.- A través de la prueba documental aportada con la demanda, ha resultado acreditado que la compañía aseguradora tuvo conocimiento, con anterioridad de la emisión de su propuesta vinculante, de que el lesionado había sufrido previamente un accidente de tráfico que afectó también la región cervical. Y es por ello que no pueda admitirse que no respete la valoración indicada en su oferta vinculante de 83 días de curación sin justificación alguna, pues la oferta vinculante prevista en el art. 7 LCRS supone una asunción de voluntad de la aseguradora con relevancia jurídica que impide que en el proceso declarativo contradiga sus propios actos quebrantando el principio de buena fe

contemplado en el artículo 7.1 CC.”

- Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, Sentencia 1242/2019 de 30 Dic. 2019, Rec. 1783/2018

“CUARTO.- Alega la apelante, como segundo motivo del recurso, que por el Juzgador no se ha tenido en cuenta que la compañía demandada, tras el reconocimiento y exploración de la demandada practicado en fecha fecha 1 de diciembre de 2017, efectúo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, una oferta motivada por importe de 902,40€, basada en informe médico definitivo, por lo que, en méritos de la doctrina de los «actos propios», la demandada carece de legitimidad para alegar la inexistencia de nexo causal entre el accidente y las lesiones.

Es criterio ampliamente mayoritario de las Audiencias Provinciales, y que este Tribunal comparte, que las ofertas motivadas llevadas a cabo por las aseguradoras a efectos de indemnización de las consecuencias del siniestro que reúnen todos los requisitos señalados en el art. 7 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, en su redacción dada por la Ley 21/2007, suponen un manifiesto, expreso e inequívoco reconocimiento de responsabilidad contractual (derivada del contrato de seguro), que obviamente no vincula al asegurado, pero si a la compañía aseguradora oferente, que no puede ahora ir contra sus propios actos y pretender obviar su obligación de indemnizar con el alegato de negar la relación de causalidad, pues, como señala el precepto citado en su párrafo segundo, las ofertas motivadas de indemnización las presenta la aseguradora a los perjudicados cuando entiende acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño.

En el sentido expuesto, y con similares argumentos, se pronuncian, entre otras las Sentencias de la Sec. 5ª de la AP de las Palmas de 19 de marzo de 2019 (ROJ: SAP GC 304/2019) de la Sec. 2ª de la AP de Girona de 21 de junio de 2019 (ROJ: SAP GI 870/2019), de la Sec. 7ª de la AP de Valencia de 29 de octubre de 2018 (ROJ: SAP V 4436/2018), de la Sec. 9º de la AP de Madrid de 25 de octubre de 2018 (ROJ: SAP M 12924/2018), de la Sec. 3ª de la AP de Valladolid de 25 de octubre de 2018 (Recurso 515/2018) y de la Sec. 6ª de la AP de Pontevedra de 25 de septiembre de 2017 (Recurso 52/2017).”

Por el contrario, podemos citar otras sentencias donde la jurisprudencia menor no atribuye a la oferta motivada esa consideración de “acto propio” vinculante:

- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia 567/2019 de 24 Oct. 2019, Rec. 534/2019:

“En relación a la oferta motivada por la que reconocía dichos días por parte de la aseguradora, cabe señalar que en tanto no fue aceptada « caducó» y su operatividad queda reducida al marco en el que se produce, esto es, la negociación previa al pleito y en aras a evitarlo, que no como vinculante cuando aquella oportunidad transaccional quedó descartada.”

- Audiencia Provincial de Granada, Sección 5ª, Sentencia 265/2019 de 24 May. 2019, Rec. 331/2018:

“CUARTO.- En último lugar cuestiona la apelante la posibilidad de que la demandada pueda desvincularse de la oferta motivada realizada el día 13 de Mayo de 2016.

Pues bien, como establece sistemáticamente la Sala Primera del Tribunal Supremo [sentencias 6 de octubre de 2015 (Roj: STS 4160/2015, recurso 1981/2013), 15 de julio de 2015 (Roj: STS 3423/2015, recurso 1633/2013), 9 de abril de 2015 (Roj: STS 1289/2015, recurso 670/2013), 3 de diciembre de 2014 (Roj: STS 5560/2014, recurso 1076/2013), 27 de febrero de 2014 (Roj: STS 637/2014, recurso 291/2012), entre otras muchas], la doctrina de los actos propios («nemo potest contra proprium actum venire»), cuya base legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil , tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables, y se viene formulando como «quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real» . Es decir, limita la libertad de actuación de una persona cuando objetivamente ha creado en la otra unas expectativas razonables de un determinado comportamiento, pues supondría que se ha creado voluntariamente una situación o relación de Derecho que no puede ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Es decir, la actuación anterior genera

en la otra parte una expectativa razonable de que ese comportamiento se va a mantener, y no va a ser sorprendido por una conducta contraria al precedente.

Para su apreciación se exige la concurrencia de las siguientes circunstancias:

(a) *Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una conducta relevante, eficaz y vinculante. Que exista una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias. Que haya precedido la observancia de un comportamiento (hechos o actos), con conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica. Ese comportamiento sirve para generar obligaciones o derechos, modificarlos o interpretarlos. Pero para ello han de ser actos inequívocos (no dudosos o susceptibles de variadas interpretaciones), con conocimiento y voluntad de configurar de modo inalterable una relación o situación de derecho, con eficacia frente a otras personas (lo que excluye supuestos en que los actos están viciados por error o conocimiento equivocado). Es por ello que se insiste en que sean actos que tengan un carácter concluyente e indubitado, con plena significación unívoca del mismo, sin que exista margen de error por haber actuado el sujeto con plena conciencia de estar produciendo o modificando un derecho. Creación de un derecho o a la producción de una vinculación jurídica que debe ser muy segura y cautelosa en la apreciación. Es por ello que el Tribunal Supremo insiste siempre en expresiones tales como «Actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado, aquéllos cuya realización vaya encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho... y ha de ser concluyente e indubitado y de carácter inequívoco; precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica» , que «el acto sea concluyente e indubitado» , o «actos inequívocos y definitivos» .*

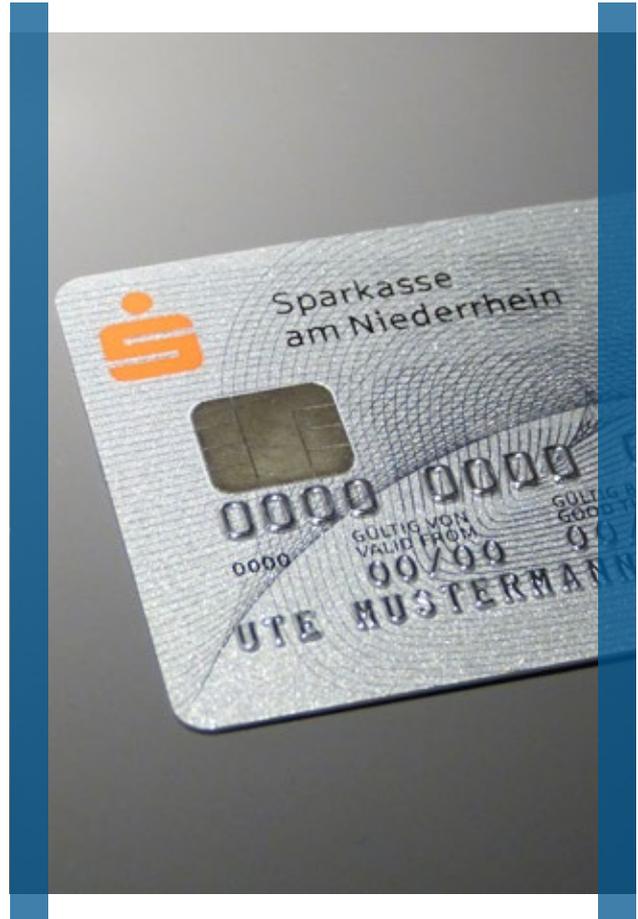
(b) *Que exista una incompatibilidad del hecho o acto posterior con los hechos o actos anteriores; incompatibilidad o contradicción en el sentido de que no era esperable esta modificación de conducta conforme a las reglas de la buena fe. Que ese hecho o acto posterior resulte sorpresivo, inesperado por la otra parte, por ser totalmente contrario a lo que se vino haciendo hasta entonces.*

(c) Que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (así lo indica la sentencia 523/2010, de 22 julio , al limitar la libertad de actuar a aquellos casos en los que «se han creado una expectativas razonables»).

(d) Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una perfecta identidad de sujetos.

Se da tal situación, con la consecuencia de que no es lícito accionar contra los propios actos, cuando se llevan a cabo actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado, definiendo inalterablemente las situaciones jurídicas de sus autores, y cuando se encaminan a crear, modificar o extinguir algún derecho, con lo que generan vinculación de los que se les atribuyen. Significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente e induce por ello a otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real. Pero no merecen esa calificación los que no dan lugar a derechos y obligaciones, o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho. Por lo que no es de aplicación cuando los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto o carecen de trascendencia para producir el cambio jurídico y, aún menos, cuando el cambio de actitud obedece a una reacción ante nuevos hechos o actos.

3º.- Las ofertas de acuerdos amistosos, no aceptadas, no tienen ninguno de los caracteres que la jurisprudencia predica del acto básico cuya contradicción con la conducta posterior daría pie a la aplicación de la doctrina de los propios actos [sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2009 (Roj: STS 6178/2009, recurso 1129/2005) y 13 de marzo de 2008 (Roj: STS 3792/2008, recurso 378/2001)]. Considerar lo contrario supondría vetar a las partes la posibilidad de cualquier negociación previa tendente a una transacción. La transacción constituye un contrato que dirime una controversia, mediante la composición de los intereses controvertidos (artículo 1809 del Código Civil). Las tentativas o negociaciones encaminadas a lograr una transacción, cuando esta no llega a perfeccionarse, no pueden determinar el nacimiento de obligaciones en virtud del principio de los actos propios, pues por definición responden a una situación en la que se trata de lograr el fin de un conflicto



mediante recíprocas concesiones que pueden comportar renuncia de derechos y solo pueden ser consideradas eficaces cuando el contrato se perfecciona en su conjunto y de acuerdo con su contenido definitivo.

4º.- Esta situación se acentúa aún más en el supuesto de entidades aseguradoras. La aseguradora puede preferir abonar un siniestro, pese a considerar que no es responsable, por simples motivaciones económicas: le sale más barato pagar que mantener un litigio. Pero si las ofertas no son aceptadas, obviamente no le vinculan; ni impiden que en el procedimiento posterior pueda alegar que no está obligada a hacerse cargo del siniestro. Es más, ni siquiera el hecho de que la aseguradora abonase importe señalado en el auto que constituye título ejecutivo impide que no pueda oponerse la culpa exclusiva de la víctima en el declarativo correspondiente [sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7204/2010, recurso 1433/2006), 27 de marzo de 1988 (Roj: STS 4009/1988)].

La oferta motivada, una vez que no se discute la culpabilidad, como acontece en este caso, es una obligación impuesta por el

artículo 7.2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Por lo que de su formulación no puede desprenderse la existencia de un acto propio con efectos jurídicos vinculantes a ultranza. La oferta motivada vincula exclusivamente al pago de la cantidad ofertada, y con matices.”

El criterio seguido en la anterior Sentencia por la Sección 5ª de la AP de Granada parece que tampoco es unánime dentro de la propia audiencia, y así podemos traer a colación la resolución de la *Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, Sentencia 80/2020 de 13 Mar. 2020, Rec. 584/2019*, que resuelve un recurso de apelación interpuesto por el perjudicado contra la sentencia de instancia por no estimarle sus pretensiones relativas a los daños materiales, (que comprendían la sudadera, los pantalones, gafas, móvil, zapatillas y casco del conductor de la motocicleta), así como las relativas al importe de reparación de la motocicleta. La sentencia rechazó la reclamación del actor por no estimar probados, a través de fotografías u otros medios de prueba, la realidad de dichos daños, que tampoco venían reseñados en el parte amistoso, considerando que los presupuestos de dichos objetos y daños materiales, aportados por el actor, eran insuficientes al respecto y que además no se aportaba detalle alguno sobre el nivel de deterioro. Razona la Sala lo siguiente, atribuyendo carácter vinculante a la Oferta motivada:

“La aseguradora PATRIA HISPANA en su oferta motivada no cuestionó los daños materiales reclamados por D. Patricio, si bien ofertó indemnizarlos al 50% puesto que partía de la existencia de concurrencia de seguros, correspondiendo indemnizar el otro 50% a la aseguradora MAPFRE. Sin embargo la sentencia no estimó la concurrencia de seguros y consideró que solo PATRIA HISPANA debía indemnizar al demandante, pronunciándose éste al que se han aquietado las partes.

La Sala entiende que una de las finalidades de la fase previa contemplada en el art. 7 del TRLTCSVM es fijar y limitar en este tipo de pleitos el objeto de la controversia, de manera que la aseguradora queda vinculada en virtud de la doctrina de los actos propios frente al perjudicado por la indemnización ofrecida en la oferta motivada. En tal sentido vienen pronunciándose, en relación con las lesiones, diversas Audiencias Provinciales, a las que alude la SAP de Girona de 23 de marzo de 2017 (rec. 737/2016, FJ 2):

«(...) De lo anteriormente expuesto ha de concluirse que la oferta motivada llevada a cabo por la aseguradora, según se desprende de su propio contenido, lo fue claramente aceptando su responsabilidad y cuantificando el daño en razón a los conceptos que detallo en base al informe médico que la misma recabo, en concreto del Dr. Jose Pedro y que ahora en contra de ello no puede desvirtuar en vista de otro informe negando dicha secuela que además estaba perfectamente objetivada, por lo que vincula a la compañía aseguradora, que no puede ahora ir contra sus propios actos y pretender una indemnización menor.

El mismo criterio se mantiene, entre otras, en la SAP de A Coruña sec. 4ª de 23 de septiembre de 2015 y SAP de Córdoba sec. 1ª de 5 de junio de 2015. En la SAP de Burgos sec. 3ª de 13 de diciembre de 2007 se dispone que «la responsabilidad de la aseguradora demandada se deriva, igualmente, de la doctrina de los actos propios (SSTS 21.4.2006 y 15.2.1988), pues ha quedado acreditado, mediante los documentos 22 y 24 de la demanda que, con anterioridad a la interposición de la demanda, „ CASER ofreció a D. Luis María, una indemnización. por los días impeditivos. y por puntos de secuelas. y que si era aceptada procederían a cerrar el expediente incoado con motivo del presente siniestro. En suma, como mantiene la recurrente, con ello la aseguradora efectuó un expreso e inequívoco reconocimiento o aceptación de su responsabilidad que le vincula y obliga, con lo cual, igualmente, la parte actora ha quedado relevada de acreditar todos los requisitos configuradores de la acción ejercitada».

La oferta que realizó la Cia., (folio 67), reza que se hace en virtud del Art 7-3 de la Ley 21/2007, de 11 de Julio, por lo que de la misma ya se desprende que le vincula a ella pero no a quien la recibe, en esta caso la parte actora, pero si a la demandada como aseguradora y como un acto propio pues al realizarla entendió acreditada su responsabilidad y cuantificado el daño en razón a los conceptos que le aportaron los informes médicos que ella misma recabó y que ahora en contra de ello no puede desvirtuar en vista de otro ulterior con una nueva oferta excluyendo dicha secuela. (...)».

El mismo criterio resulta extrapolable a los daños materiales, quedando vinculada la aseguradora demandada respecto al importe de los daños materiales reconocidos en la oferta motivada, máxime si la controversia del declarativo posterior tenía por objeto otras partidas distintas de aquellas en las

que no consta controversia entre las partes. Por tal motivo respecto de dichas partidas la interposición de la demanda no implica que la aseguradora demandada quede desvinculada a los efectos de la doctrina de los actos propios de su oferta, razón por la cual no debe extremarse el rigor en la prueba de la acreditación de los daños, bastando para ello los presupuestos aportados por el actor, y ello incluso al margen de lo que acaba de razonarse.

En conclusión en lo referente a los enseres reclamados por D. Patricio (sudadera, pantalones, gafas, móvil, zapatillas y casco) y por los motivos expuestos se trataba de partidas exentas de la necesidad de prueba, razón por la cual debe estimarse el recurso”.

Es de especial interés en esta materia la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, Sentencia 503/2019 de 18 Jul. 2019, Rec. 850/2018 (Ponente: Francisco Sánchez Gálvez), donde se hace una interpretación que, si bien niega que la oferta motivada constituya un “acto propio” de la aseguradora, siendo solamente una oferta que emite “por ministerio de la ley”, sí le atribuye efectos vinculantes. Señala dicha sentencia lo siguiente:

“SEGUNDO.- Sobre el carácter vinculante de la oferta motivada.

Esta cuestión jurídica no ha obtenido una respuesta uniforme en las sentencias de las Audiencias Provinciales después de la reforma introducida en el art. 7º de la LRCSCVM por la Ley 35/2015, 22 de septiembre, porque de la misma forma que se han dictado resoluciones como la que invoca la representación del apelante, (sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona número 132/2017, de 23 de marzo y las que en ella se citan, a las que se añade, por ejemplo, la número 29/2018, de 31 de enero de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz) en cuya línea insiste la de la misma Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona número 265/2019 de 21 de junio de 2019, que sustentan el carácter vinculante de la oferta motivada en la doctrina jurisprudencial de los actos propios, en otras resoluciones, como es el caso de la sentencia número 24/2019, de fecha 1 de febrero, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, se dice que el carácter vinculante de la oferta motivada no puede considerarse indefinido, cesando en caso de disconformidad manifestada por el perjudicado, salvo, se dice, que la aseguradora consigne la cantidad ofrecida manteniendo así la oferta,

situándose en la misma línea la sentencia de la Sección Octava de Madrid número 129/2019, de 25 de marzo.

A juicio de esta Sala la doctrina de los actos propios resulta inadecuada para sustentar el carácter vinculante de la oferta motiva en la medida en que se configura por el Tribunal Supremo para ámbitos en los que las partes actúan bajo el paraguas de la autonomía de la voluntad, tal y como se establece en el art. 1255 del Código Civil, de manera que se considera que una parte actúa antijurídicamente contra sus propios actos en aquellos casos que lo ha hecho en ejercicio de su libre y espontánea voluntad creando una situación objetiva de la que la parte contraria puede extraer la convicción o la expectativa de que será mantenida y no rectificada. En este sentido el propio Tribunal Supremo decía en su sentencia de 13 de marzo de 2008, que no puede atribuirse a una oferta de acuerdo amistoso, no aceptada, ninguno de los caracteres que la jurisprudencia predica del acto propio, en tanto que no «causa estado» definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor; considerando que se trata de ofrecimientos efectuados en el marco de una negociación para alcanzar una transacción en evitación de un pleito, en la que, por definición, las partes dan, prometen o retienen cada una alguna cosa (art. 1809 CC), y que por tanto, su efecto se limita a la consecución de ésta.

El régimen de la oferta motivada que establece el art. 7º de la LRCSCVM extrae esa obligación formal de la aseguradora del ámbito de la autonomía de la voluntad, erigiendo su incumplimiento, ya desde la reforma introducida por la Ley 21/2007, en infracción administrativa sancionable y, a efectos indemnizatorios, comporta desde entonces que se devenguen intereses de demora conforme a lo previsto en el art. 9 del propio texto legal, lo que responde a la obligación legalmente exigible, establecida en el mismo artículo de que el asegurador observe desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización; obligación que halla su correspondencia en que incumbe al perjudicado, conforme a lo establecido en el art. 37.2 después de la reforma introducida por la Ley 35/2015, ofrecer la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por el eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones, de manera que se establecen deberes recíprocos de colaboración, fundamentalmente para la elaboración de los informes médicos que debe

proporcionar la aseguradora en el plazo de formulación de la oferta o respuesta motivada, recalcando dicho artículo que carecerá de validez la oferta motivada que no adjunte dicho informe, salvo que éste se hubiera entregado con anterioridad.

En consecuencia, cuando una aseguradora emite una oferta motivada lo hace por ministerio de la ley y si en la misma no se advierte de ningún reparo sobre la falta de colaboración del perjudicado, ya sea por la deficiencia de la información facilitada, por ocultación de datos o por negativa a someterse a examen, ha de considerarse vinculada por dicha oferta, puesto que legalmente se ha articulado un sistema que debe abocar a que las discrepancias, ya sean a efectos de mediación o de judicialización de la contienda, se centren exclusivamente en las pretensiones indemnizatorias que pueda albergar el perjudicado por encima de las que resulten de esa oferta motivada, puesto que puede aceptarla a cuenta de una deuda mayor y si fuese así la aseguradora deberá satisfacerle esta suma o consignarla en pago en el plazo de 5 días. Pretensiones que, como viene a establecerse en el propio art. 7º, han de apoyarse en un informe complementario que, o bien se traslada a la aseguradora para que se plantee reformular su oferta motivada, o se ha de presentar con la demanda con arreglo a lo establecido en los artículos 35 y 37.

Carecería de significado, de otra forma, que la propia ley califique de «definitivo» al informe médico que ha de proporcionar la aseguradora al perjudicado con su oferta motivada, tanto en virtud de lo dispuesto en el art. 7º (letra c) del apartado tercero) como en el art. 37.3º, porque si a instancias de la misma aseguradora puede presentarse otro informe, necesariamente posterior a la consolidación de las secuelas, contradictorio con el que ha trasladado al perjudicado, ningún sentido tiene considerar al primero como «informe definitivo». Es clara, por tanto, la intención del legislador de evitar que las partes demoren la confección de sus informes médicos hasta el momento de presentar la demanda o la contestación o los oculten a la parte contraria hasta ese momento, y de ahí que ello se refuerce con lo dispuesto en el art. 9 a) del Texto Refundido, en el que se establece que no se impondrán intereses por mora cuando el asegurador acredite haber presentado al perjudicado la oferta motivada de indemnización a que se refieren los arts. 7.2 y 22.1 de esta Ley, siempre que la oferta se haga dentro del plazo previsto en los citados artículos y se ajuste a lo previsto en el art. 7.3.”

Esta sentencia en particular ha sido objeto de comentario en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro por parte de MOSEGUI GRACIA ⁷ quien muestra su disconformidad con no calificar como “acto propio” la Oferta Motivada, (aunque la sentencia admite su carácter vinculante como “acto de ley”), y recuerda el debate que ya existía entre las diferentes Audiencias Provinciales a raíz de la redacción del precepto en cuestión dado por la Ley 21/07; la mayoría de ellas seguían la estela de la Sentencia de la AP de Pontevedra de 16 de noviembre de 2015, (Girona, Badajoz, Córdoba), aceptando la aplicación de la doctrina de los actos propios y el cumplimiento de una obligación legal, frente a otras audiencias que negaban el carácter indefinidamente vinculante cuando la Oferta Motivada no es aceptada.

VII.- LA DOCTRINA DERIVADA DE LAS “SENTENCIAS TSUNAMI” Y EL PLENILLO DE LAS SECCIONES CIVILES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA DE 28 DE MAYO DE 2019. EL CONTROVERTIDO TEMA DE LA APORTACIÓN DE INFORMES PERICIALES DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL .-

En el año 2018 se dictaron por la AP de Granada tres sentencias que abrieron un camino absolutamente novedoso en la interpretación de la cuestión relativa a la posibilidad de aportación de informes periciales de valoración del daño corporal en el posterior procedimiento judicial, en aquellos casos en que la oferta motivada o la respuesta motivada de la aseguradora no se hubieran ajustado estrictamente a los requisitos previstos respectivamente en los párrafos 3 y 4 del art. 7 de la LRCSCVM, o cuando la aseguradora no hubiera observado su deber de diligencia.

Este conjunto de sentencias fueron conocidas en todo el territorio nacional con el sobrenombre de las “Sentencias Tsunami”. Se trata de las Sentencias de la AP de Granada nº110/2018 de 16 de marzo de 2018 (Rec. Nº 74/18, Sección 5ª), Sentencia nº 244/2018 de 14 Sep. 2018, (Rec. 204/2018, Sección 4ª), y Sentencia 288/2018 de 19 Oct. 2018, (Rec. 302/2018, Sección 4ª), y abrieron una línea interpretativa que posteriormente ha seguido la AP de Granada, pudiendo citarse como ejemplo

⁷ Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 71, Tercer Trimestre 2019

la Sentencia nº 68/2020 de la AP Granada de 6 de marzo de 2020 (Nº Recurso: 321/2019) y otras.

La primera de las indicadas resoluciones, (Tsunami 1, Sentencias de la AP de Granada nº110/2018 de 16 de marzo de 2018 (Rec. Nº 74/18, Sección 5ª), tiene por objeto el recurso de la aseguradora frente a la denegación de la prueba pericial médica solicitada en su escrito de contestación a la demanda, de conformidad con el art. 337 de la LEC, denegándose tal proposición, al no haber hecho uso de la facultad de acudir a dictamen pericial previo a la respuesta u oferta motivada que le concede a la aseguradora el art. 7.2 de la LRCSCVM, lo que, entiende la Juzgadora de instancia, le impide hacer valer en el procedimiento el medio pericial al que dejó de acudir en el trámite prejudicial de determinación del alcance de las lesiones discutidas. (Puede observarse que gran parte del contenido de esta sentencia fue el que se integró posteriormente en los criterios de unificación adoptados por el Plenillo). Señala la Sala:

“SEGUNDO.- Que, expuesta en tales términos la materia objeto de la presente alzada, la Sala no puede compartir los argumentos del recurso, en contra de la desestimación de la prueba pericial propuesta por la citada apelante. Para lo cual tenemos en cuenta que el art. 7 de la LRCSCVM establece una serie de requisitos formales a cumplimentar “con carácter previo a la interposición de la demanda” (apartado 1, párrafo tercero). Los cuales, como característica fundamental, responden al establecimiento de un trámite prejudicial, de obligada observancia tanto para el perjudicado como para la aseguradora, con el fin de concretar de forma contradictoria las respectivas posturas de las partes, y con los medios de comprobación que se contemplan a disposición de cada una de ellas, incluido el dictamen médico, previo examen del perjudicado. Y, todo ello, en orden a procurar la consecución de un posible acuerdo, mediante la correspondiente oferta motivada (apartado 2, párrafo primero); o, en su defecto, y a elección del perjudicado, dar pie al procedimiento de mediación previsto por el art. 14 del mismo texto legal, o a la vía jurisdiccional contenciosa.

Nótese, al respecto, que la apertura del trámite prejudicial, obligatorio, de confrontación de posiciones tras la reclamación previa del perjudicado, condiciona hasta tal punto la materia objeto del ulterior procedimiento a que podría avocar la falta de acuerdo, que el párrafo

cuarto del apartado 1 del citado art. 7, prevé que “esta reclamación interrumpirá el cómputo del plazo de prescripción desde el momento en que se presente al asegurador obligado a satisfacer el importe de los daños sufridos al perjudicado. Tal interrupción se prolongará hasta la notificación fehaciente al perjudicado de la oferta o respuesta motivada definitiva”. Lo cual, conforme a un elemental criterio de interpretación finalista, responde al objeto de que las partes acudan al litigio, en caso de ausencia de acuerdo o mediación, con los suficientes elementos de conocimiento, incluidos los informes médicos oportunos, que permitan concretar las respectivas posturas de la partes. De forma que el ámbito de conocimiento del litigio en el que no exista discusión respecto de la cobertura o la responsabilidad de la aseguradora por las consecuencias de accidente de circulación de vehículos de motor, quede concretado, no en la investigación de la existencia de las lesiones y su alcance, sino en la determinación acerca de cuál de las dos posiciones confrontadas al respecto merece en mayor medida el amparo del tribunal, según las informaciones recabadas en el trámite prejudicial, incluida la evacuación de los correspondientes dictámenes facultativos, incluida la posibilidad de promover la emisión de informe médico-forense. Pues cualquier otra interpretación de la que hubiera de concluirse la facultad de la aseguradora de solicitar en el procedimiento la prueba pericial, que no solicitó en el trámite prejudicial, abocaría al retorno a la situación preexistente a la reforma operada por Ley 35/2015 de 22 de septiembre, en la que la valoración prejudicial del alcance de los daños quedaba supeditada al trámite facultativo del art. 38 de la LCS; provocando, además, un evidente desequilibrio entre las posiciones de ambas partes, contrario al deber recíproco de colaboración que contempla el art. 37 de la LRCSCVM, al permitirse a la aseguradora desvincularse del trámite de valoración previo, al tiempo que la cumplimentación del mismo se contempla para la víctima como requisito de procedibilidad, por su exigibilidad imperativa para la admisión a trámite de la demanda conforme al apartado 8 de su citado art. 7.

En esta ponderación a acerca del equilibrio de medios probatorios entre ambas partes, abunda precisamente el sentido de la sentencia de la Secc. 3ª de esta A. Provincial de Granada, de 20 de junio de 2017, según la cual “la aseguradora contra la que se dirige la reclamación en este litigio, con la misma denominación MAPFRE que la compañía que resulto demandada en pleito anterior por la actora, y con la misma asistencia letrada, no explica, porque tuvo conocimiento



de los informes obrantes en proceso anterior, después de su oferta de 2.040 euros, sin justificar que conociera la existencia del pleito anterior después de realizarla, omitiendo, a los efectos del artículo 7.3.c) LRCSVM, los criterios de su propuesta de acuerdo con el Título IV y el Anexo de esta Ley, no incluyendo de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, incluyendo el informe médico pertinente, no respetando en consecuencia lo dispuesto en el artículo 37 de la norma legal antes citada, y los deberes de recíproca colaboración que impone”

TERCERO.- Que, a la vista de lo anterior, es claro que no estamos ante un caso de limitación del derecho de defensa, por improcedente denegación del acceso a los medios de prueba reconocidos a favor de cualquiera de las partes en el litigio. Antes al contrario, nos encontramos ante el desplazamiento del trámite de valoración y determinación del alcance de las consecuencias dañosas, el cual, conforme a la especialidad que en esta materia establece el repetido art. 7 de la LRCSVM, se anticipa a la fase prejudicial, obligatoria y contradictoria

que en el mismo se regula. De tal forma que no nos encontramos ante interpretación favorable a limitación alguna de medios de defensa, con tintes de sumariedad, en perjuicio de la aseguradora; sino ante las consecuencias de la pasividad de la compañía en la intervención en el trámite previo de conformación de los elementos de conocimiento que permiten a ambas partes, con todas las garantías, acudir al litigio en caso de ausencia de acuerdo o mediación; impeditiva de la posibilidad de admisión en el procedimiento de aquellos medios de defensa que omitió en el momento legalmente previsto al efecto. Siempre en el bien entendido que tan solo se limita la posibilidad de proponer prueba pericial médica con reconocimiento del perjudicado, para valorar la situación que debió ser concretada por la participación de la compañía en el trámite prejudicial. Pero no de aquellos otros medios, incluso periciales, que vinieran a desvirtuar la posición mantenida en la demanda, como pudieran ser los derivados del acaecimiento de hechos nuevos, o bien de la constatación (documental o testifical) de hechos contradictorios con el estado residual subsiguiente a la emisión de los informes de la demanda.

Como es reiterada línea de criterio del T. Constitucional, citando, por todas, la sentencia de 21 de enero de 2008, la "...indefensión adquiere relevancia constitucional cuando la indefensión es material, esto es, real y efectiva, e imputable a la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24.1 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defienden (entre otras muchas, SSTC 101/1989, de 5 de junio, FJ 5 ;237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2 ;87/2003, de 19 de mayo, FJ 5 ;5/2004, de 16 de enero, FJ 6 ; y141/2005, de 6 de junio, FJ 2)". Por lo cual, decae la alegación de indefensión por parte de la compañía que pretende reproducir una improcedente valoración pericial, mediante proposición de la misma prueba a la que, pudiendo hacerlo, dejó de acudir en el trámite prejudicial obligatorio e idóneo para los fines de conocimiento intentados.

Por todo ello, y considerando que la valoración probatoria de la sentencia de instancia, se ajusta a los criterios de objetividad y racionalidad en la determinación de la cuantía por la que se dictó el pronunciamiento de condena impugnado, procede, y con remisión en lo demás a los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, la desestimación del recurso."

La segunda de las sentencias citadas, (Tsunami 2, **Sentencia nº 244/2018 de 14 Sep. 2018, (Rec. 204/2018, Sección 4ª)**, es la parte actora quien, tras estimarse parcialmente su demanda en la instancia, formula el recurso de apelación alegando la infracción de normas sustantivas (arts. 7 y 37 RDL 8/04), procesales y jurisprudencia, por extemporaneidad en la aportación de los dictámenes periciales de la aseguradora demandada. Ha de señalarse que, en el caso enjuiciado, desde el 11-10-16, en que se hizo la previa reclamación a la aseguradora, hasta que por esta contesta la demanda (en 7-9-17), ninguna gestión efectuó ésta tendente a realizar informe alguno. Aquí la Sala realiza sobre la cuestión una remisión íntegra a la anterior sentencia, dando por reproducidas las consideraciones efectuadas en la misma.

La tercera de las sentencias, (Tsunami 3, **Sentencia 288/2018 de 19 Oct. 2018, (Rec. 302/2018, Sección 4ª)**, se dicta en un recurso de apelación interpuesto por unos actores que habían visto íntegramente desestimada su demanda, denunciando los apelantes la

infracción del Baremo de 2016 del RD Legislativo 8/2004 en la redacción dada por la Ley 35/2015, su interpretación jurisprudencial y error en la valoración de la prueba sobre el informe médico concluyente. En el caso enjuiciado, no constaba que los informes definitivos del perito de la aseguradora se hubieran acompañado a la oferta motivada y entregado a los lesionados, tal como se denunciaba en la demanda. La Sala, en esta ocasión, estima que carece de sustento razonable la opción que hace la sentencia apelada por los informes emitidos por la perito designada por la aseguradora, por varios motivos (no había explorado a los actores, se fundaba sobretodo en el primer informe de urgencias), pero especialmente, señalando que *"Además, no consta que los informes definitivos del perito de la aseguradora se hayan acompañado a la oferta motivada y entregado a los lesionados, tal como se denunciaba en la demanda. Ya expresábamos en sentencia de 14-9-18, que esta Sala se remite al criterio manifestado por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, en sentencia de 16-3-18 (...)"*. Por ello, entiende que deberá de estarse al contenido de los informes aportados con la demanda, (por considerarlos, además, más fundados).

Esta interpretación del artículo 7 de la Ley 35/2015 se recogió después en el **Acta de la Reunión Del Plenillo de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial De Granada de fecha 28 de mayo de 2019**, donde bajo el título *"Unificación de criterios en el ámbito del artículo 7 de la LRCSCVM sobre la posibilidad de aportar informes médicos periciales o anunciar la aportación de los mismos, o solicitar la exploración de lesionados, en el escrito de contestación a la demanda, cuando no sé incluyó en la oferta motivada dicho informe médico definitivo, o se hizo de forma incompleta, ni se solicitó en la fase preprocesal la exploración de lesionados"*, se adoptan por todos los miembros de las secciones civiles de la AP, con la sola abstención de una magistrada, los siguientes criterios:

A) En los supuestos en que era necesario incluir el informe médico definitivo en la oferta motivada, y no se hizo, ¿puede la aseguradora aportarlo en el proceso posterior o precluye esa posibilidad en base a lo establecido en el artículo 247.2 de la LEC y a los principios que informan toda la reforma?

B) ¿Puede proponer la aseguradora, en estos mismos supuestos, anunciar la práctica de prueba pericial en su escrito de contestación a la demanda?

C) Puede solicitar la aseguradora en su escrito de contestación a la demanda y en estos mismos supuestos, la exploración o examen médico del actor-lesionado?

Las respuestas a dichas cuestiones se desglosan de la siguiente forma:

1) La facultad de la aseguradora de solicitar en el procedimiento la prueba, pericial, que no se solicitó en el trámite prejudicial, provocaría un desequilibrio entre la posición de ambas partes, contrario al nivel recíproco de colaboración que contempla el artículo 37 de la LRCSCVM, lo que impide la posibilidad de admisión en el procedimiento de aquellos medios de defensa que la aseguradora omitió en el momento legalmente previsto al efecto, por lo que decae la alegación de indefensión por parte de la compañía.

2) El art. 7 de la LRCSCVM establece una serie de requisitos formales a cumplimentar “con carácter previo a la interposición de la demanda” (apartado 1, párrafo tercero), los cuales, como característica fundamental, responden al establecimiento de un trámite prejudicial, de obligada observancia tanto para el perjudicado como para la aseguradora, con el fin de concretar de forma contradictoria las respectivas posturas de las partes, y con los medios de comprobación que se contemplan a disposición de cada una de ellas, incluido el dictamen médico, previo examen del perjudicado. Y, todo ello, en orden a procurar la consecución de un posible acuerdo, mediante la correspondiente oferta motivada (apartado 2, párrafo primero); o, en su defecto, y a elección del perjudicado, dar pie al procedimiento de mediación previsto por el art. 14 del mismo texto legal, o a la vía jurisdiccional contenciosa.

3) Cualquier otra interpretación de la que hubiera de concluirse la facultad de la aseguradora de solicitar en el procedimiento la prueba pericial, que no solicitó en el trámite prejudicial, abocaría al retorno a la situación preexistente a la reforma operada por Ley 35/2015 de 22 de septiembre, en la que la valoración prejudicial del alcance de los daños quedaba supeditada al trámite facultativo del art. 38 de la LCS, provocando, además, un evidente desequilibrio entre las posiciones de ambas partes, contrario al deber recíproco de colaboración que contempla el art. 37 de la LRCSCVM, al permitirse a la aseguradora desvincularse del trámite de valoración previo, al tiempo que la cumplimentación del mismo se contempla para la víctima como requisito de

procedibilidad, por su exigibilidad imperativa para la admisión a trámite de la demanda conforme al apartado 8 de su citado art. 7.

4) Nos encontramos ante el desplazamiento del trámite de valoración y determinación del alcance de las consecuencias dañosas, el cual, conforme a la especialidad que en esta materia establece el repetido art. 7 de la LRCSCVM, se anticipa a la fase prejudicial, obligatoria y contradictoria que en el mismo se regula, de tal forma que no nos encontramos ante interpretación favorable a limitación alguna de medios de defensa, con tintes de sumariedad, en perjuicio de la aseguradora, sino ante las consecuencias de la pasividad de la compañía en la intervención en el trámite previo de conformación de los elementos de conocimiento que permiten a ambas partes, con todas las garantías, acudir al litigio en caso de ausencia de acuerdo o mediación”.

5) La omisión del informe médico definitivo en la oferta motivada abocará al perjudicado a la vía judicial, impidiéndole, de conformidad con lo establecido en el número 5 del artículo 7 de la LRCSCVM, pedir informes periciales complementarios, incluso al IML, la emisión por la aseguradora de una segunda oferta motivada y acudir, por último, al proceso de mediación (artículo 14 de la LRCSCVM).

6) En consecuencia, en todos los casos en los que conforme a lo establecido en la Guía de Buenas Prácticas es necesario incluir en la oferta motivada el informe médico definitivo, no se admitirá a la aseguradora aportar tales informes médicos en su escrito de contestación a la demanda, ni anunciar su presentación para un momento posterior, ni solicitar el reconocimiento médico del lesionado cuando no se solicitó en la fase prejudicial, pudiendo hacerlo.

7) La Ley habla de un informe médico definitivo, y además, que ese informe sea ajustado a las reglas del sistema, y por informe médico definitivo podría entenderse aquél que se ajuste a lo previsto en el Real Decreto 1148/2015, de 18 de diciembre, por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor, que dispone que:

“1. El informe se ajustará a las reglas y sistema recogido en el Texto Refundido de la

Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. ‘ ‘

2. Dicho informe contendrá como mínimo:

a) La identificación de la víctima lesionada, la entidad aseguradora y el perito o los peritos del IMLCF responsables;

b) La información relevante del accidente;

c) La información médica de la víctima lesionada en la que se basa el informe, con indicación precisa, en su caso, de las fuentes, documentos y pruebas realizadas.

d) La determinación y medición de las secuelas y de las lesiones temporales con todos sus perjuicios indemnizables que requieran valoración médica, de acuerdo con la solicitud realizada.

e) Lugar, fecha y hora de la exploración ”.

1) No puede, tampoco, la aseguradora, anunciar en el escrito de contestación a la demanda la aportación posterior de un dictamen pericial médico, cuando pudo haberlo hecho en la fase prejudicial.

En cualquier caso, debe entenderse aplicable la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 872/2010, de 27 de diciembre, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos, que señala en su Fundamento Jurídico Tercero:

“Tercero.—Aportación de los dictámenes periciales elaborados por los peritos designados por las partes en momento posterior a presentación de la demanda y de la contestación. Esta previsión ha de integrarse con las disposiciones del artículo 336. 3 y 4 LEC, que exigen justificar cumplidamente la imposibilidad de la presentación de tales dictámenes con la demanda o con la contestación ”.

2) No es posible solicitar en la contestación a la demanda el examen médico del lesionado cuando no se haya realizado dicho examen, pudiendo hacerlo, en la fase previa prejudicial.

El artículo 37 de la LRCSCVM establece la obligación de todo lesionado de prestar la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por cuenta del eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones.

3) Se aceptan los argumentos recogidos en las sentencias dictadas por las Secciones 5a (16 de Marzo de 2018) y 4a (sentencias de fechas 14 de Septiembre de 2018, 19 de Octubre de 2018 y 26 de Abril de 2019) de esta Audiencia Provincial de Granada.

4) Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que, ante un cambio de circunstancias y/o aparición de hechos nuevos, pueda la aseguradora aportar dictamen pericial en la contestación a la demanda o anunciar su aportación posterior.

Podría decirse que estas sentencias “Tsunami” han hecho correr ríos de tinta, existiendo numerosos artículos que las comentan, y que la doctrina interpretativa que se desprende de dichas sentencias ha provocado corrientes contradictorias de adhesión y de crítica por igual. También se han hecho eco de dichas sentencias otras Audiencias Provinciales ante las cuales se ha pretendido hacer valer aquella doctrina interpretativa, con resultado desigual como veremos a continuación.

Así, por ejemplo, en el artículo sobre “La preclusión de la prueba pericial en juicio cuando la aseguradora no acudió a ella en la oferta motivada”, de Fernández Gutiérrez⁸, su autor considera que si aceptamos la existencia de esta novedosa fase de prueba extrajudicial.- que condiciona el devenir de la proposición y práctica de la prueba en fase judicial.- no respeta el espíritu de la ley, ni garantiza a los intervinientes los mismos derechos y garantías, vulnerando principios básicos del proceso civil como los de contradicción e igualdad de armas, así como el derecho de defensa consagrado constitucionalmente. Por motivos de extensión de esta ponencia, me limito a dejar señalado a pie de página el enlace en el que se puede acceder a dicho estudio.

Por el contrario, otros autores se muestran conformes con la decisión contenida en la primera Sentencia “Tsunami”, y así, en un artículo publicado en el Blog “fm.abogados”⁹, su autor se muestra muy crítico con el artículo anterior al que me acabo de referir, y se declara totalmente de acuerdo con la inadmisión por preclusión de la prueba pericial médica en los casos en que dicha prueba se anuncia en la

8 <https://elderecho.com/la-preclusion-de-la-prueba-pericial-en-juicio-cuando-la-aseguradora-no-acudio-a-ella-en-la-oferta-motivada>

9 <https://www.fmabogados.com/inadmission-preclusion-prueba-pericial/>

contestación a la demanda por la aseguradora. Igualmente, dejo a pie de página el enlace a dicho blog.

En cuanto a la repercusión que las diferentes Sentencias “Tsunami” han tenido en otras Audiencias Provinciales, resulta interesante abordar el estudio de la cuestión en la reciente jurisprudencia menor. Sin carácter exhaustivo, podemos citar numerosas resoluciones en las que otras Audiencias Provinciales ante las cuales había sido invocada la “doctrina Tsunami” para justificar la improcedencia de admitir (y por tanto, valorar), la prueba pericial de la aseguradora demandada, se han adherido o, por el contrario, se han apartado de la interpretación realizada por la AP de Granada:

- Así, por ejemplo, se adhiere a la tesis seguida por la AP de Granada la AP de Murcia, de la que podemos destacar el estudio profundo de la cuestión que se realiza en varias sentencias, como la de Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 113/2020 de 4 May. 2020, Rec. 784/2019, (luego reiterada en otras sentencias de la misma AP como la Sentencia 218/2020 de 28 de septiembre de 2020 Recurso: 427/2020):

“SEGUNDO.- Cuestiona la parte actora la incorporación por la aseguradora de tres informes (el del Sr. Santiago, el del Sr. Eladio y el del Sr. Eloy) por haberse aportado con la contestación a la demanda, cuando no se les presentó a los actores con motivo de la reclamación previa exigida por el artículo 7 de la Ley 35/2015.

La cuestión que se plantea por la parte recurrente es ciertamente polémica y ha generado resoluciones contradictorias en los tribunales. Son dos las posturas enfrentadas en esta materia.

A)-Por un lado, están aquellos que son partidarios de interpretar el artículo 7 LRCS en el sentido de que dicho trámite implica que ambas partes deben de aportarse, dentro de esta fase extrajudicial, todos los informes y documentos en los que basen su propia posición ante la reclamación por las lesiones, tanto informes médicos como de biomecánicos o resultados de pruebas diagnósticas. Los argumentos que defienden esta postura pueden resumirse en las siguientes términos:

- No es posible admitir una posición pasiva de la aseguradora dentro de la fase de reclamación extrajudicial que se impone al

lesionado como requisito de procedibilidad y que tiene por finalidad el intento de solucionar extrajudicialmente la reclamación.

- Entienden que la actitud de las aseguradoras bordea el fraude de ley, prohibido en los artículos 247.2 LEC y 11.2 LOPJ, pues se colocan en una posición más ventajosa que la del perjudicado, dado que éste está obligado a facilitar toda la documentación en la que base su reclamación, mientras la aseguradora se reserva la propia hasta el momento de la contestación de la demanda.

- Igualmente se entiende que existe una expresa previsión legal, dado que el artículo 7.3.c) LRCS hace referencia a la inclusión dentro de la oferta motivada y en el artículo 7.4.b) para la respuesta motivada, del “informe médico definitivo” elaborado por dicha aseguradora.

- Aceptar la aportación posterior de informes médicos que debieron elaborarse y entregarse antes del inicio del proceso judicial supondría volver a la situación anterior a la Ley 35/2015, con perjuicio de los principios de igualdad de armas y defensa.

- Se niega que exista algún tipo de indefensión para la aseguradora, pues ha existido un trámite previo extrajudicial en el que ha debido de obtener la documentación médica o de prueba y que ha debido de entregarla al perjudicado, al igual que éste está obligado a facilitar a la aseguradora todos los documentos en los que funde su reclamación, lo que supone un desequilibrio de las posiciones de las partes contrario al artículo 37 LRCS.

- La pasividad de la aseguradora bloquea el trámite extraprocesal previo de informe del Instituto de Medicina Legal.

Esta posición es la defendida por la Audiencia Provincial de Granada, a la que se refiere la parte apelante, contraria a la posibilidad de admisión de pruebas propuestas por la parte aseguradora y no entregadas en el trámite previo del artículo 7 LRCS, se mantiene desde la SAP Granada (5ª) de 16 de marzo de 2018 y la SAP Granada (4ª) de 14 de septiembre de 2018.

B)-Por otro lado, existen argumentos, defendidos en otras resoluciones judiciales, que justifican la posibilidad de aportar documentación e informes en fase de prueba, ya en el proceso judicial, los cuales se pueden resumir en los siguientes términos:

- La legislación procesal civil no contiene impedimento alguno para su aportación en el proceso, al autorizarlo los artículos 265.1 y 336 LEC, sin que haya norma procesal que justifique su no admisión, ni le prive de valor probatorio.

- Entienden que la propia Ley de Responsabilidad Civil y Seguro contiene consecuencias legales concretas y limitadas, para los casos de no entrega de dicha documentación, como es la consideración de este hecho como una infracción administrativa grave o leve (artículo 7.2.3º LRCS) o la condena al pago de los intereses de demora (artículo 7.2.4º LRCS).

- Consideran que la actuación previa extraprocesal no produce ningún efecto preclusivo sobre la proposición y admisión de la prueba.

- La postura contraria a la aportación de las pruebas en fase procesal supone una limitación del derecho de defensa de las aseguradoras y más cuando hay que entender que sólo puede calificarse como pericial aquella que se aporta con la contestación de la demanda cumpliendo las exigencias del artículo 342 LEC.

- La aseguradora tiene el derecho de reconocer al lesionado, pero no una obligación legal de hacerlo, sin que la falta de ejercicio de este derecho pueda ser objeto de sanción.

Esta posición es defendida por resoluciones como la SAP Cáceres de 6 de julio de 2017.

Como puede apreciarse estamos ante una cuestión polémica y que contiene argumentos jurídicos contrastados en ambas posiciones. Este tribunal, ante la necesidad de tener que tomar una de las posturas, considera que es más ajustada a la finalidad de la reforma de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos de Motor la postura contraria a la aportación de informes médicos o periciales en sede de prueba dentro del proceso cuando los mismos no han sido acompañados a la oferta o respuesta motivada realizada por la aseguradora en la fase extraprocesal del artículo 7 LRCS, aceptando el criterio sentado por la Audiencia Provincial de Granada.

Para entender dicha conclusión, aparte de los argumentos ya alegados con anterioridad, es preciso partir de la finalidad y fundamento del artículo 7 LRCS en la nueva redacción dada al mismo en la reforma operada por la Ley 35/2015. Dicho procedimiento extrajudicial



se corresponde con el principio básico de la reforma que no es otro que el denominado “cuerpo por papel” que no deja de ser nada más que una expresión de la buena fe exigible tanto al perjudicado como a la aseguradora. Dicho procedimiento se configura como la piedra angular del sistema de valoración de daños personales al incorporar una reclamación extrajudicial previa al proceso que supera el régimen anterior a esta reforma.

En virtud de este principio de buena fe, el lesionado está obligado a permitir ser reconocido por los médicos designados por la compañía de seguros (art. 37.2 LRCS), a reclamar con carácter previo a la interposición de la demanda, configurándose como un requisito de procedibilidad (art. 7.8.2º LRCS); así como a aportar cuanta información médica o asistencial o de cualquier otro tipo tengan en su poder y que permitan cuantificar el daño (art. 7.1.3º LRCS).

-Por su parte, la aseguradora está obligada a emitir una oferta o respuesta motivada a la pretensión del lesionado en el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación (art. 7.2/3 LRCS), así como el deber de mostrar una

conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización. Dentro de esta contestación al perjudicado debe incluirse, tanto en la oferta como en la respuesta, de forma desglosada y detallada, los documentos e informes de que disponga para la valoración de los daños, incluyendo el informe médico definitivo, todo ello para que "... el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo" (art. 7.3 LRCS) o para que "...acrediten las razones de la entidad aseguradora para no dar una oferta motivada" (art. 7.4 LRCS). De hecho, tanto el artículo 7.3.c) como el artículo 7.4.b) utilizan un término imperativo "Contendrán..." para referirse a la documentación que debe acompañarse a la respuesta u oferta motivada y, en ambos casos, se incluye el informe médico definitivo.

Del juego conjunto de ambas obligaciones tanto del perjudicado como de la aseguradora se desprende que los informes médicos definitivos deben de estar realizados, por ambas partes, antes de que se lleve a cabo la oferta o respuesta motivada por parte de la aseguradora y dichos informes deben de ser conocidos previamente por la aseguradora y coetáneamente a la emisión de la oferta o respuesta motivada por el perjudicado. La lectura del artículo 37.3 LRCS nos lleva igualmente a la misma conclusión pues impone a los servicios médicos la obligación de proporcionar tanto a la aseguradora como al lesionado el informe médico definitivo, añadiéndose en dicho artículo que "... carecerá de validez la oferta motivada que no adjunte dicho informe, salvo que éste se hubiese entregado con anterioridad".

La conclusión, a juicio de este tribunal, es evidente. Ninguna de las dos partes, ni la aseguradora ni el lesionado, podrán aportar al acto del juicio como prueba documentos e informes periciales que no hayan sido entregados anteriormente, en la fase preprocesal derivada del imperativo trámite del artículo 7 LRCS, a la parte contraria.

El principal argumento que se sustenta por los defensores de la posición contraria es la vulneración del derecho de defensa de la aseguradora, así como la inexistencia de norma procesal que justifique el rechazo en fase de prueba de los informes periciales o documentos no entregados en la fase preprocesal a la parte contraria. Ambos argumentos, aunque respetables, no son compartidos.

Por lo que respecta a la vulneración del derecho de defensa de la aseguradora no

se da en modo alguno. El artículo 7 LRCS impone que el informe médico definitivo sea anterior a la oferta o respuesta motivada, lo que implica que debería de estar en su poder cuando emita la misma. Por tanto, no se trata de un informe médico o pericial de otro tipo que sea desconocido por la aseguradora, sino de un informe ocultado al lesionado a pesar de la obligación legal de entregar el mismo. El perjuicio procesal aludido deriva de su propia pasividad (si no realizó dichos informes antes de la oferta o respuesta dicho informe médico, pudiendo hacerlo) o de su actuación contraria a los principios de buena fe que deben regir la relación lesionado-aseguradora. En cualquier caso, es una actuación directamente imputable a la aseguradora y que, en consecuencia, impide que pueda alegar indefensión o vulneración del derecho de defensa, si dicha prueba es rechazada en el momento de su proposición en juicio.

En contra de lo señalado como justificación de la no admisión, sí existen vías procesales que autorizan el rechazo. No habría problema en acudir a las previsiones del artículo 247.2 LEC, si se considera como una conducta contraria a la buena fe procesal, norma que autoriza a rechazar las peticiones o incidentes que supongan abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. También podría acudirse a las previsiones del artículo 336 LEC, poniéndolo en relación con el artículo 7 LRCS como norma especial frente a la norma general de la ley procesal, considerando precluido el momento de la aportación de un informe pericial o médico que, debiendo de haber sido entregado a la parte contraria en la fase preprocesal, no lo fue, salvo que justifique el actor que no era posible su aportación a dicha fase del artículo 7 LRCS antes de la presentación de la demanda (lo que es de todo punto imposible ante su configuración como requisito de procedibilidad) o la aseguradora demandada la imposibilidad de pedir y obtener dichos informes en el plazo de tres meses fijado en el artículo 7 LRCS. Por último, también se puede acudir, con carácter general, a las previsiones del artículo 6.4 CC, al entender que puede existir una actuación de la parte que oculte su informe en fraude de ley.

En todo caso, habrá que atender a cada supuesto:

- Considerando este tribunal que deberá rechazarse la aportación de estos medios de prueba no entregados en el trámite del artículo 7 LRCS en el proceso judicial bien los casos en los exista oferta motivada o en aquellos en

los que exista respuesta motivada en la que se rechace la cobertura del siniestro por falta de nexo causal o cuando no haya comunicación de la aseguradora, esto es, cuando no se haya realizado ni oferta ni respuesta motivada.

- Por el contrario, habrá que entender admisible la proposición o aportación en fase judicial en aquellos supuestos en los que exista respuesta motivada, en los que el rechazo del siniestro derive de la falta de cobertura del seguro o la existencia de culpa exclusiva del otro conductor, esto es, en aquellos supuestos en los que el rechazo del siniestro venga justificado en aspectos ajenos a la propia existencia y alcance de las lesiones, supuestos éstos en los que no parece imprescindible la realización de informe médico definitivo, dado que el rechazo se justifica en otros motivos, jurídicos o fácticos”.

Por el contrario, no son pocas las Audiencias que se han apartado de la tesis interpretativa seguida por las Audiencias Provinciales de Granada y de Murcia. Ejemplo de ellas son las siguientes:

- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Sentencia 347/2020 de 6 Jul. 2020, Rec. 266/2020:

“**TERCERO.-** Admisión de prueba pericial .

1.- La parte demandada y apelada aportó con su contestación informe pericial médico e interesó en la audiencia previa el reconocimiento de la lesionada por la mismo perito. La parte actora recurrió la admisión en la audiencia previa y protestó la desestimación del recurso. El argumento, que reproduce en el recurso, es que la posibilidad de la aseguradora de practicar informes periciales está prevista en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre con carácter previo a la elaboración de una oferta motivada y de no efectuarse ésta decae su derecho a hacer uso de prueba pericial en el proceso posterior. Cita al respecto la sentencia la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) núm. 110/2018 de 16 de marzo.

2.- El artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor redactado por el apartado tres del artículo único de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, no modifica el régimen de medios de prueba

de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La falta de realización de oferta motivada se considera como infracción administrativa grave pero no puede entenderse, a falta de disposición expresa, que limite la posibilidad de utilizar la prueba pericial en el proceso posterior, a pesar de la inactividad de la aseguradora que imposibilita un acuerdo previo procediendo sin embargo a allanarse parcialmente a la pretensión actora una vez presentada la demanda.”

- Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, Sentencia 222/2020 de 18 May. 2020, Rec. 812/2019:

“**SEGUNDO.-** En cuanto a la indebida admisión de la prueba pericial presentada por la parte demandada; esta Sala, aun reconociendo que la cuestión jurídica sobre el carácter vinculante de la oferta motivada que establece el art. 7 de la LRCSCVM y la posibilidad de que las Aseguradoras puedan aportar informes periciales con posterioridad a dicho momento no ha obtenido una respuesta uniforme en las sentencias de las Audiencias Provinciales después de la reforma introducida en el art. 7º de la LRCSCVM por la Ley 35/2015, 22 de septiembre, y prueba de ello son las sentencias de la AP de Granada que cita la parte apelante, sin embargo como dijo esta Sala en su sentencia de fecha 16 de junio pasado dictada en el Rollo de apelación nº 850/18, Ponente Sr. Sánchez Gálvez: “El régimen de la oferta motivada que establece el art. 7º de la LRCSCVM extrae esa obligación formal de la aseguradora del ámbito de la autonomía de la voluntad, erigiendo su incumplimiento, ya desde la reforma introducida por la Ley 21/2007, en infracción administrativa sancionable y, a efectos indemnizatorios, comporta desde entonces que se devenguen intereses de demora conforme a lo previsto en el art. 9 del propio texto legal, lo que responde a la obligación legalmente exigible, establecida en el mismo artículo, de que el asegurador observe desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización; obligación que halla su correspondencia en que incumbe al perjudicado, conforme a lo establecido en el art. 37.2 después de la reforma introducida por la Ley 35/2015, ofrecer la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por el eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones, de manera que se establecen deberes recíprocos de colaboración, fundamentalmente para la elaboración de los informes médicos que debe proporcionar la aseguradora en el plazo de

formulación de la oferta o respuesta motivada, recalcando dicho artículo que carecerá de validez la oferta motivada que no adjunte dicho informe, salvo que éste se hubiera entregado con anterioridad. “: Esto es la norma contempla las consecuencias que para la Aseguradora conlleva el no cumplimiento de lo preceptuado en ella, pero no impide que con posterioridad haga uso de los medios de prueba que la Ley le confiere en apoyo de sus pretensiones, entre los que se encuentra evidentemente la prueba pericial. En este caso el informe pericial se aportó con la contestación a la demanda conforme lo establecido en el artículo 337 de la LEC.

Cuestión distinta es la valoración que del mismo se realice por la Sala atendido el resto de material probatorio aportado y obrante en autos sobre la cuestión litigiosa.

Debiéndose desestimar dicho motivo de oposición”.

- Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, Sentencia 30/2019 de 8 May. 2019, Rec. 7/2019:

SEGUNDO.- La parte actora recurrente considera que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 7 y 37 del RDL 8/2004, tras la modificación operada por la Ley 35/2015, aplicable a los accidentes ocurridos después del 1 de enero de 2016, resulta extemporánea la aportación de informe pericial por parte de la aseguradora contraria, toda vez que dicho trámite precluyó al haber tenido la aseguradora la obligación de remitir al perjudicado el informe médico definitivo junto con la oferta motivada, cosa que no hizo. Cita en apoyo de su tesis las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada núm. 110/2018, de 16 de marzo, de la sección 5ª, y núm. 244/2018, de 14 de septiembre, de la sección 4ª, que consideran procedente la inadmisión de la prueba pericial médica interesada por la aseguradora en el escrito de contestación, en aquellos casos en que incumpla su obligación de aportar el informe médico definitivo que requiere el artículo 7 número 4º apartado b) de la LRCSCVM.

Se dice en estas sentencias que: “ no estamos ante un caso de limitación del derecho de defensa, por improcedente denegación del acceso a los medios de prueba reconocidos a favor de cualquiera de las partes en el litigio... sino ante las consecuencias de la pasividad de la compañía en la intervención en el trámite previo de conformación de los elementos de conocimiento que permiten a ambas partes, con

todas las garantías, acudir al litigio en caso de ausencia de acuerdo o mediación; impeditiva de la posibilidad de admisión en el procedimiento de aquellos medios de defensa que omitió en el momento legalmente previsto al efecto. Siempre en el bien entendido que tan solo se limita la posibilidad de proponer prueba pericial médica con reconocimiento del perjudicado, para valorar la situación que debió ser concretada por la participación de la compañía en el trámite prejudicial “.

Lo contrario, se dice: “ abocaría al retorno a la situación preexistente a la reforma operada por Ley 35/2015 de 22 de septiembre, en la que la valoración prejudicial del alcance de los daños quedaba supeditada al trámite facultativo del art. 38 de la LCS ; provocando, además, un evidente desequilibrio entre las posiciones de ambas partes, contrario al deber recíproco de colaboración que contempla el art. 37 de la LRCSCVM, al permitirse a la aseguradora desvincularse del trámite de valoración previo, al tiempo que la cumplimentación del mismo se contempla para la víctima como requisito de procedibilidad, por su exigibilidad imperativa para la admisión a trámite de la demanda conforme al apartado 8 de su citado art. 7 “.

Es evidente que la ocultación de dicho informe en la fase extrajudicial no solo infringe el requisito previsto en los artículos 7 número 3 apartado c) y 37 número 3, sino que también vulnera los principios de colaboración, buena fe y transparencia que inspiró la reforma y que recalca la Guía de Buenas Prácticas.

Ahora bien, tanto la LRCSCVM, como la LECiv, prevén expresamente las consecuencias del incumplimiento. En estos casos el legislador acuerda la imposición a la aseguradora de la sanción administrativa de multa en los términos previstos en la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Además, se prevé la condena a los intereses del artículo 20 de la LCS para el caso de que la aseguradora no acompañe a la oferta motivada, debiendo hacerlo, el informe médico definitivo.

En esta dirección se manifiesta también la sentencia: núm. 98/201925 de febrero de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6ª., que nos dice: “Ciertamente si la aseguradora consideraba que la reclamación debería ser rechazada está obligada a dar una respuesta motivada que cumpla los requisitos del artículo 7.4 de la Ley 35/15; sin embargo, como correctamente señala la juez a quo, el propio

precepto establece las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación, al señalar que constituirá infracción administrativa grave o leve y se devengarán intereses de demora, pero en modo alguno impide a la parte el ejercicio de las acciones que estime oportunas, por lo que no se genera indefensión alguna". Por lo que considera que no es motivo de inadmisión de la pericial aportada por la parte demandada. "

- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, Sentencia 1/2020 de 9 Ene. 2020, Rec. 591/2019:

"SEGUNDO.- Extemporaneidad del informe pericial

8. Entiende la parte recurrente que el informe pericial del Dr. Nicolas que la aseguradora aportó a los autos -y del que se sirve la sentencia apelada para justificar la indemnización reconocida- no debió ser admitido a trámite por cuanto ni los art. 7 y 37 del RDL 8/2004 ni el art. 336 de la LECi lo permitían.

9. Más concretamente, entiende que en el nuevo sistema de reparación de los daños diseñado por el RDL 8/2004, tras su reforma por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, la 'oferta motivada' de la aseguradora debe contener " de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, incluyendo el informe médico definitivo, e identificará aquéllos en que se ha basado para cuantificar de forma precisa la indemnización ofertada, de manera que el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo" (art. 7.3), de donde resulta que al no haberse acompañado con la oferta motivada dicho informe pericial, la aseguradora ya no podía luego valerse de este documento como medio probatorio.

10. El recurso no puede prosperar. En su oferta motivada la Aseguradora ya indica que la documentación médica tomada en consideración para justificar su oferta motivada es el Informe médico del FREMAP; el Informe de Seguimiento del CM TEKNON; el informe de rehabilitación; y las facturas de consultas y rehabilitación, con expresa indicación de que tan solo computa " el tiempo que habría invertido en realizar el tratamiento de rehabilitación de una forma continuada e inmediata al siniestro".

11. Toda esa documentación es la que el propio actor había acompañado a su escrito de reclamación previa que en su momento

presentó a la aseguradora por lo que está claro que ambas partes hacen una interpretación discrepante de una misma documental y que la aseguradora demandada, en orden a resolver la misma, propuso en juicio una pericial que respaldase su tesis.

12. Pues bien, negar a cualquiera de las partes su derecho a proponer prueba pericial supondría una limitación inaceptable de su derecho de defensa y una vulneración de la tutela judicial reconocida en el art. 24 CE. Cosa distinta es que la aseguradora, antes de formular su propuesta, hubiera recabado la visita del lesionado y dispusiere de aquel "informe médico definitivo" en cuyo caso podría entrar a discutirse la viabilidad de una nueva pericial pero, hay que insistir, este no es el supuesto de autos pues la aseguradora formuló oferta sin que sus servicios médicos hubieran visitado al lesionado.

13. Por último, resta señalar que la aportación del dictamen pericial tampoco conculca el art. 336 de la LECi por cuanto tratándose de un juicio verbal, no parece que en los diez días que tenía la demandada para contestar la demanda, dispusiera de tiempo material suficiente para disponer del referido dictamen pericial, máxime cuando era necesaria la exploración y la anamnesis del lesionado para la correcta evaluación de sus lesiones."

- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, Sentencia 98/2019 de 25 Feb. 2019, Rec. 581/2018:

"CUARTO.- La parte recurrente alega que no cabe la admisión de la pericial biomecánica aportada por la parte demandada por considerarla extemporánea y que le genera indefensión, ya que tras haber planteado a la aseguradora oferta motivada de indemnización por esta no se dio respuesta alguna. Se invoca la infracción del artículo 7.2 Ley 35/15 de 22 de septiembre . Ciertamente si la aseguradora consideraba que la reclamación debería ser rechazada está obligada a dar una respuesta motivada que cumpla los requisitos del artículo 7.4 de la Ley 35/15 ; sin embargo, como correctamente señala la juez a quo, el propio precepto establece las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación, al señalar que constituirá infracción administrativa grave o leve y se devengarán intereses de demora, pero en modo alguno impide a la parte el ejercicio de las acciones que estime oportunas, por lo que no se genera indefensión alguna. En cuanto a la aportación de la prueba pericial biomecánica la

misma fue anunciada mediante otrosí del escrito de contestación a la demanda y aportada con la antelación legalmente prevista a la celebración del juicio, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 337.1 LEC.

Finalmente, y a modo de “anécdota”, señalar que la Audiencia Provincial de Granada en la Sentencia 335/2019 de 3 May. 2019, (Rec. 898/2018, Sección 3ª), dictada precisamente por la Magistrada que se había abstenido en la votación en el Plenillo de las Secciones Civiles de la AP de Granada, (Doña Angélica Aguado Maestro), la parte actora interpone recurso de apelación por la indebida admisión de la prueba pericial aportada por la compañía de seguros antes de la celebración del juicio, al infringir los artículos 7 y 37 del RDLeg 8/2004 y el art. 337 de la LEC, y la citada sentencia desestima el motivo considerando que *la admisión de la prueba pericial aportada por la compañía de seguros antes de la celebración del juicio se ajusta a la ley, y que el caso no coincide con el analizado por la Sección 5ª de esa Audiencia Provincial de Granada, en la sentencia de 16 de marzo de 2018.* Así, en este caso la compañía de seguros al realizar la oferta de indemnización de las lesiones le envió al letrado que actuaba en defensa de los intereses del actor, el informe médico emitido por una clínica de Valoración del Daño Corporal que había sido emitido tras examinar al lesionado y analizar el informe médico realizado a su instancia, ofreciéndole una cantidad por los días en que tardaron curaron las lesiones, sin secuelas, documentación que se aportaba con la propia demanda.

Señala la sentencia que *“Atendiendo a este informe entregado por la compañía de seguros al perjudicado con ocasión de hacerle la oferta motivada de la indemnización, la prueba pericial aportada por Zurich antes de la celebración del juicio no infringiría los artículos que se mencionan, pues la prueba pericial -en relación a las secuelas que es el objeto de debate en esta segunda instancia-, viene a reproducir la información médica entregada en su día y, en consecuencia, las razones o motivos médicos por los que entonces entendía la compañía de seguros que no procedía reconocerle ninguna cantidad por secuelas, argumentos que vienen a ser confirmados en la pericial aportada al proceso”,* y añade que *“Por otro lado, la aportación del informe antes del juicio se ajusta el art. 337 de la LEC, en primer lugar, porque la parte actora ya tenía en su poder un informe similar que le fue entregado por Zurich antes del juicio”,* y porque *“resulta razonable que el informe pericial no pueda aportarse junto con*

la demanda, por cuestiones de simple logística y esta circunstancia no puede amparar una limitación al derecho de defensa de las partes, sin olvidar que esta aportación no le ha causado a la recurrente ninguna clase de indefensión, pues se ha presentado dentro de los plazos legales, lo que le ha permitido examinar el informe con la antelación necesaria antes del juicio, así como su propio perito”.

Como vemos, se trata en definitiva de una cuestión que no es en modo alguno pacífica, que existen argumentos a favor y en contra de la tesis por la que se decantó en 2018 la AP de Granada y que la cuestión, lejos de haber sido resuelta, sigue candente cada día en los Juzgados de primera instancia de toda España al celebrar las audiencias previas y/o vistas de juicios verbales en materia de accidentes de circulación.

Finalizo con una reflexión personal sobre esta cuestión, cuya respuesta jurídica entiendo que no es, en modo alguno, simple, y cuyo abordaje, atendiendo a la regulación actual, pasa por múltiples consideraciones y ponderación de derechos, obligaciones recíprocas e intereses que entran en conflicto.

La solución que, de forma tan contundente, ofreció en su día el Plenillo de la AP de Granada, y por la que se decanta la AP de Murcia, creo que sería, sin lugar a dudas, la solución “de lege ferenda”, y que lo deseable es que el legislador hubiera abordado de una forma más clara la cuestión con motivo de la reforma introducida por Ley 35/2015 de 22 de septiembre, modificando al efecto la LEC, cosa que no ha hecho: esta constatación, podría considerarse como un simple problema de defectuosa técnica legislativa, (el legislador ni siquiera se planteó a priori los problemas que podría suscitar esta cuestión, como sucede en no pocas ocasiones); pero también podría estimarse que, simplemente, en la intención del legislador no estaba introducir esas consecuencias procesales tan gravosas para la aseguradora. De hecho, nótese que la introducción del apartado 5 del artículo 336 de la LEC, (que establece que *“A instancia de parte, el juzgado o tribunal podrá acordar que se permita al demandado examinar por medio de abogado o perito las cosas y los lugares cuyo estado y circunstancias sean relevantes para su defensa o para la preparación de los informes periciales que pretenda presentar. Asimismo, cuando se trate de reclamaciones por daños personales, podrá instar al actor para que permita su examen por un facultativo, a fin de*

preparar un informe pericial”), fue introducido A POSTERIORI de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, dado que dicho apartado se añade por la Ley 42/2015, de 5 de octubre ¹⁰, lo que carecería de lógica si verdaderamente el legislador quiso sancionar a la aseguradora con la imposibilidad de aportar informes periciales y/o de examinar al lesionado con motivo del posterior proceso judicial.

Otro aspecto de la cuestión ya evidenciado en esta ponencia a través de algunas resoluciones es si cabe identificar el “informe médico definitivo” o “los informes periciales privados complementarios” a que se refiere el artículo 7 LRCSCVM con el “informe pericial propiamente dicho” y regulado en los art. 335 y siguientes de la LEC. Me remito, en este punto, a la clasificación que con gran acierto realiza GARCÍA-CHAMÓN CERVERA ¹¹.

Por otro lado, es obvio que como juzgadora de instancia respeto (y acato) el criterio que las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Granada adoptado en el Plenillo de mayo de 2019, pero en todo caso estimo que, como siempre, hay que examinar cada caso en concreto, y establecer, de forma general y absoluta las conclusiones a las que llega al Plenillo, estimo que es una postura que carece del suficiente apoyo normativo y que va más allá de las consecuencias legales que, a tenor de los artículos de la LEC y de la LRCSCVM, entran en juego y en aplicación. Está claro que, con la existencia de la fase de reclamación previa extrajudicial regulada en el artículo 7 de la LRCSCVM, ya difícilmente podrá justificar la aseguradora la imposibilidad de aportar el informe pericial con la contestación a la demanda, conforme a lo dispuesto en los artículos 336.4 de la LEC, y 337.1 de la LEC, que señalan, respectivamente, que *“El demandado que no pueda aportar dictámenes escritos con la contestación a la demanda deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar”* y que *“Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse”*: pues si ha habido reclamación previa del perjudicado, y la aseguradora no observado una conducta activa, diligente y responsable en

la cuantificación del daño, en el ofrecimiento de una respuesta o de una oferta motivada, etc, es claro que no estará justificado el mero anuncio del dictamen pericial en la contestación a la demanda ni la imposibilidad de su aportación. Pero tengo serias dudas de que fuera de esa consecuencia procesal, puedan extraerse otras, ya que no comparto el criterio de que el legislador anticipara el momento de la prueba sobre el alcance de las lesiones a esa fase extraprocesal a modo de “prueba anticipada”, ni impuso, pudiendo haberlo hecho así, otras consecuencias a la conducta de la aseguradora que las relativas a la consideración de esa conducta como infracción administrativa grave (habrá que estar al desarrollo reglamentario que el artículo 7 permite), o la imposición a la misma del interés moratorio del artículo 20 de la LCS. A esas consecuencias puede añadirse, en los casos de estimación total o sustancial de la demanda, la expresa declaración de temeridad de la aseguradora a efectos de costas, consecuencia ésta también prevista en el artículo 394.3 LEC.

Mas allá de esas consecuencias que sí están expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, considero que privar a la aseguradora en el procedimiento declarativo y por tanto una vez judicializada la reclamación de la posibilidad de aportar un informe pericial de valoración del daño corporal por el hecho de no haber respetado los deberes que respecto a la emisión de la oferta y/o la respuesta motivada le impone el artículo 7, va más allá de las consecuencias que quiso prever el legislador para ese supuesto y por tanto vulnera su derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, cuyo contenido y alcance se precisa, entre otras muchas, en las resoluciones del Tribunal Constitucional, (Sala Primera), Sentencia 77/2007 de 16 Abr. 2007, Rec. 6625/2004 o Sentencia 168/2002 de 30 Sep. 2002, Rec. 632/1998) que me limito a dejar reseñadas para su consulta.

¹⁰ Ref. BOE-A-2015-10727.

¹¹ <https://elderecho.com/el-informe-medico-y-su-valor-probatorio-en-la-determinacion-de-los-danos-y-perjuicios-tras-la-ley-352015>

La responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial y su aseguramiento

Alberto J. Tapia Hermida

Abogado

Catedrático de Derecho Mercantil de la UCM

Sumario

I. INTRODUCCIÓN: DEL INCREMENTO RECÍPROCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU ASEGURAMIENTO

- 1.1. La interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil por el uso de la inteligencia artificial y su aseguramiento
- 1.2. Los riesgos patrimoniales típicos derivados del uso de la inteligencia artificial

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

- 2.1. Los presupuestos de la regulación específica de la responsabilidad civil en el ámbito de los sistemas de inteligencia artificial (IA)
- 2.2. Los principios de una inteligencia artificial responsable (IAR) en la UE
- 2.3. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial
- 2.4. La responsabilidad civil del promotor de los espacios controlados de pruebas (“regulatory sandboxes”) establecida, en el Derecho español vigente, por la Ley 7/2020, para la transformación digital del sistema financiero.
- 2.5. Tipos de responsabilidad civil por el uso de la inteligencia artificial: derivada de ilícitos civiles y derivada de ilícitos penales
- 2.6. Requisitos para reclamar la responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial

III. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS OPERADORES DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

- 3.1. El seguro como instrumento idóneo para la cobertura preventiva de la responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial en beneficio del consumidor
- 3.2. Características del seguro de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial
- 3.3. Las partes
- 3.4. Régimen del seguro de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial

- 3.5. La delimitación sustancial del riesgo cubierto por referencia a los sistemas de inteligencia artificial
- 3.6. La delimitación temporal del riesgo cubierto por referencia a las reclamaciones presentadas contra el operador de sistemas de inteligencia artificial asegurado. Las cláusulas “claims made”
- 3.7. La defensa jurídica del operadores de sistemas de inteligencia artificial asegurado frente a la reclamación del usuario perjudicado o de sus herederos.
- 3.8. La acción directa del usuario de un sistema de inteligencia artificial perjudicado o sus herederos contra el asegurador del operador
- 3.9. La transparencia de las condiciones del seguro de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial
- 3.10. El contenido del contrato de seguro de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial
- 3.11. Algunos ejemplos de exigencia de la contratación de seguros de responsabilidad civil obligatorios para los operadores profesionales de la inteligencia artificial

IV. CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN: DEL INCREMENTO RECÍPROCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU ASEGURAMIENTO

1.1.- LA INTERFERENCIA RECÍPROCA DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU ASEGURAMIENTO

La Inteligencia Artificial (IA) fue definida genéricamente, en 1956, por J. McCarthy, como *“la ciencia e ingeniería de hacer máquinas que se comporten de una forma que llamaríamos inteligente si el humano tuviese ese comportamiento”*¹. En fechas recientes, la Comisión Europea ha precisado la definición de la Inteligencia Artificial como *“un sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que manifiesta un comportamiento inteligente al ser capaz, entre otras cosas, de recopilar y tratar datos, analizar e interpretar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos”*². La

¹ Esta definición se recoge en el documento denominado “Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial” Editado en 2029 por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Publicación incluida en el programa editorial del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Catálogo general de publicaciones oficiales. <https://cpage.mpr.gob.es>. Documento del que dimos cuenta en la entrada de nuestro blog financiero (ajta-pia.com) de 9 de diciembre de 2020 sobre “El desarrollo de la Inteligencia artificial en España: La “Estrategia española de I+D+I en inteligencia artificial” del Gobierno de España”.

² Se trata de una adaptación realizada en el Documento de recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)), Comisión de Asuntos Jurídicos, sobre la base de la definición hecha en

noción europea más precisa es la alcanzada por el Grupo de expertos de alto nivel de la Comisión Europea que define los sistemas de inteligencia artificial (IA) como *“programas informáticos (y posiblemente también equipos informáticos) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno mediante la adquisición de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados, el razonamiento sobre el conocimiento o el tratamiento de la información, fruto de estos datos y la decisión de las mejores acciones que se llevarán a cabo para alcanzar el objetivo fijado”*³.

De lo anterior podemos inferir que las definiciones de la IA son fruto de la acumulación

la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Inteligencia artificial para Europa”. COM (2018) 237 final, de 25.4.2018, p. 1. que definía estos sistemas como “sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, al ser capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos”. Entre nosotros, Iturmendi Morales, G., en su estudio sobre la “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial” publicado en Actualidad Civil, Nº 11, Sección Persona y derechos / A fondo, Noviembre 2020, Wolters Kluwer (LA LEY 14075/2020) define los sistemas que emplean la llamada Inteligencia Artificial (IA) como “aquellos que funcionan de forma autónoma interpretando determinados datos de entrada mediante un conjunto de instrucciones predeterminadas, sin limitarse a ellas, a pesar de que el comportamiento del sistema esté orientado a cumplir el objetivo que se le haya asignado y esté limitado por este y por otras decisiones de diseño pertinentes tomadas por su desarrollador”.

³ Este definición se recoge en la nota a pie 47 de la página 20 del “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza” Comisión Europea, “”, Bruselas, 19.2.2020, (COM (2020) 65 final).

-mas o menos desordenada- de los siguientes factores lógicos, físicos y matemáticos: los sistemas, los programas, los algoritmos, los objetivos definidos y las capacidades de corrección o autoaprendizaje; amén de una semejanza inicial con la inteligencia natural del ser humano.

Una vez establecida la noción europea de la Inteligencia Artificial, conviene dar comienzo a este Estudio constatando que, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial y de su seguro, se observa una tendencia que -como una auténtica “ley de hierro”- afecta a la generalidad de los seguros de responsabilidad civil comunes y, en particular, a los que cubren la responsabilidad civil empresarial y profesional. Así, en términos generales, vemos como, en las sociedades desarrolladas, se extiende, día tras día, una suerte de “cultura de la reclamación” que se manifiesta, entre otras formas, mediante un incremento sostenido de las reclamaciones de responsabilidad civil a los operadores de instrumentos algorítmicos que sirven de base a los procesos de utilización de la inteligencia artificial y ello tanto en sentido cuantitativo, porque cada vez es mayor el número de tales reclamaciones y su cuantía; como en sentido cualitativo, porque la responsabilidad civil tanto empresarial como profesional tiende a objetivarse como consecuencia de la mera explotación de dichas actividades empresariales y profesionales basadas en la inteligencia artificial.

No obstante lo anterior, podemos apreciar, en la actualidad, un cierto subdesarrollo de la “cultura de la reclamación” en el mundo de la inteligencia artificial. Ello contrasta con el desarrollo notable de los usos de dicha inteligencia artificial. Pues bien, de este contraste o paradoja nos permite aventurar un crecimiento exponencial de las reclamaciones de responsabilidad civil -en sede judicial y extrajudicial- de los consumidores frente a los operadores de sistemas de inteligencia artificial en un futuro próximo.

En este momento, procede recordar el entusiasmo generalizado que produce la inteligencia artificial como una especie de “maná” providencial que desterrará automáticamente la pobreza, la ignorancia y la enfermedad de la faz de la Tierra. Ello nos llevó a advertir, hace ya algunos años, sobre una suerte de “*mito de los algoritmos neutrales*”, que acompañaba

la “*paradoja de la transparencia digital*”⁴. Con la expresión del “*mito de los algoritmos neutrales*” nos hemos referido al contraste entre: Por una parte, la afirmación generalizada de que el uso de algoritmos -especialmente, en las finanzas- tenía un impacto neutral en el sentido de que no afectaba a los riesgos para el consumidor porque, por ejemplo, generaban registros desconcentrados e interconectados imposibles de manipular (en el caso del *blockchain*). Y, por otra parte, la realidad siempre tozuda y constatable -por ejemplo, cuando se examina la jurisprudencia sobre delincuencia financiera digital- de que los algoritmos pueden mentir, engañar y manipular (y ser manipulados) mediante, por ejemplo, prácticas en el mercado de valores de multiplicación patológica de órdenes (“*quote stuffing*”), de indicios falsos (“*spoofing*”), de órdenes contradictorias prácticamente simultáneas (“*churning*”) y de anticipación parasitaria (“*sniffers*”)⁵.

Esta consciencia de la falibilidad de los sistemas de inteligencia artificial y su potencialidad dañina se ha constatado, recientemente, durante la pandemia del COVID 19, cuando los algoritmos han sido instrumentos decisivos para las estrategias inversoras “*bajistas*” que han atacado -dentro del IBEX 35- las cotizaciones de ACS, CIE, AUTOMOTIVE, MELIA, NATURGY, etc. Es más, en los últimos meses, la CNMV ha publicado sucesivas advertencias sobre la ciberdelincuencia florecida al calor de la pandemia del COVID 19.

⁴ Sobre ambos se puede ver nuestro estudio “Las tecnofinanzas (FINTECH). Retos a la regulación y a la supervisión financieras” publicado en la Revista Iberoamericana del Mercados de Valores (RIMV) n.º 54 (julio 2018), pp. 1 y ss.

⁵ En todo caso, compartimos el diagnóstico que, entre nosotros, hace Iturmendi Morales, G., en su estudio sobre la “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial” cit. cuando dice: “Podemos afirmar que las herramientas empleadas en los sistemas de IA, la robótica y las tecnologías conexas (los programas informáticos, los algoritmos y los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías), no son el problema. El problema lo constituye el mal uso que se haga de estas tecnologías. Nos encontramos ante un conjunto de tecnologías estratégicas que ofrece numerosas ventajas a particulares, empresas y la sociedad en su conjunto, gracias a las muchas aplicaciones que en ocasiones son gratuitas, atractivas, aparentemente inofensivas y de utilidad práctica. Estas aplicaciones penetran con facilidad en los consumidores, en tales casos no existe una percepción de los riesgos soportados, así como que, al utilizarlas, el producto verdaderamente es el propio usuario”.

⁶ En este sentido, ver las entradas de nuestro blog financiero (ajtapia.com) de 23.11.2020 sobre “Nuevos fraudes informáticos en el mercado financiero al calor del COVID 19. Advertencia de la CNMV”; 26.11.2020 sobre “Del furtivo cibernético al cazador desaprensivo: “Aviso al navegante” de la CNMV sobre determinadas malas prácticas

Observamos, por lo tanto, que en este ámbito se da la *“interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro”* que se ocupó de destacar el maestro Fernando Sánchez Calero⁷ y, conforme a la cual podemos anticipar un desarrollo de los seguros de responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial conforme a la dinámica creciente de lo que podríamos denominar *“la espiral de la responsabilidad civil y su aseguramiento”* porque, en el ámbito en el que operan estos seguros, veremos cómo, día tras día, se incrementarán las exigencias de responsabilidad civil de los distintos operadores implicados. Y ello causará que estos operadores suscriban sus respectivos seguros de responsabilidad civil cada vez con mayor frecuencia y por sumas aseguradas crecientes. Y, a su vez, estas mayores coberturas incentivarán que los terceros perjudicados por los actos u omisiones de aquellos operadores con ocasión de los diferentes usos de la inteligencia artificial presenten reclamaciones con mayor frecuencia y por sumas más elevadas. Reclamaciones facilitadas por la consciencia de que disponen de acciones directas contra los aseguradores de aquella responsabilidad civil. Lo que, a la postre, genera la espiral creciente que hemos señalado porque se incrementará del riesgo de responsabilidad civil y de la necesidad de asegurarlo⁸.

La interferencia anterior produce dos tipos de efectos:

a) Efectos voluntarios en forma de contratación creciente de este tipo de seguros de responsabilidad civil profesional de *“motu proprio”* por los operadores económicos que generan, explotan o utilizan sistemas de inteligencia artificial.

en la comercialización transfronteriza de servicios de inversión por entidades radicadas en la UE”; de 10.12.2020 sobre “Ciberseguridad institucional: “phishing” del dominio de la CNMV en época de la pandemia del COVID 19”.

7 A esta *“interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro”* se refería el Maestro Fernando Sánchez Calero, en su comentario al art. 73 de la LCS en Sánchez Calero F. (Dir.) y otros, *“Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”*, 4ª Edición, Cizur Menor 2010, p.1594 y ss. Ver, asimismo, Garrigues, J., *“L’assicurazione della responsabilità civile totale nel diritto spagnolo”*, A.S.S., I, 1963, pág. 295 y ss.

8 Sobre esta tendencia expansiva del seguro de responsabilidad civil pueden verse las siguientes obras: AA.VV., *“Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio”*, (Coord. Moreno Martínez, J.A.), Madrid 2000 y AA.VV., *“Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa”* (Dir. Sánchez Calero, F.) Madrid 1994.

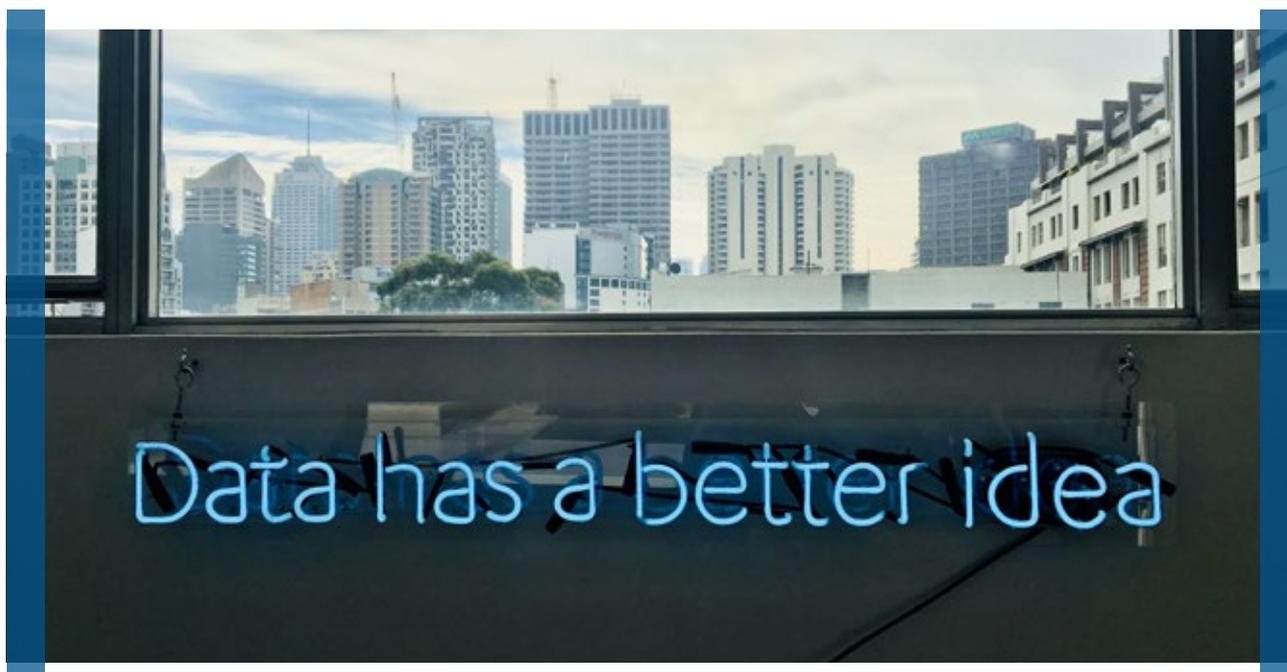
b) Efectos obligatorios cuando se obliga legalmente a suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional de los operadores económicos profesionales que originan riesgos notables con su actividad. Veremos cómo la regulación proyectada en la UE prevé exigir la contratación de este tipo de seguros a los operadores económicos que generan, explotan o utilizan sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. En estos casos, el régimen legal de los seguros obligatorios de responsabilidad civil se establece, dentro de nuestro Derecho, en la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR que –a diferencia del antiguo art. 75 de la LCS que deroga⁹ exige el rango legal para la creación de este tipo de seguros cuando dice que *“la obligación de suscripción de seguros deberá establecerse mediante normas con rango de Ley”*, que deberán contar con informe preceptivo de la DGSFP o del órgano competente de las Comunidades Autónomas, *«con objeto de que puedan formular observaciones en materia de técnica aseguradora»*⁹.

1.2.- LOS RIESGOS PATRIMONIALES TÍPICOS DERIVADOS DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Siendo cierto que los sistemas de inteligencia artificial proyectan sus riesgos sobre gran parte de los ámbitos en los que se desarrolla la existencia humana¹⁰; debemos aclarar que, en este Estudio, centraremos nuestra atención sobre los daños patrimoniales típicos que aquellos sistemas pueden ocasionar. E identificaremos estos riesgos típicos sobre la base de algunos de los documentos publicados recientemente por las Instituciones de la UE que interesan a la responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial en el mercado financiero, como han sido la Comunicación de la Comisión Europea de 8 de abril de 2019 y el

9 Sobre la configuración legal de estos seguros obligatorios de responsabilidad civil y sus consecuencias se puede ver nuestra *“Guía del Contrato de Seguro”*, Colección Monografías Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor (2018), pág. 136 y ss.

10 V. Goñi Sein, José Luis, *“Defendiendo los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial. Lección inaugural del curso académico 2019-2020”* Universidad Pública de Navarra y Kearns, M./ Roth, A. *“El algoritmo ético”*, Ed. LA LEY, octubre 2020. Sobre los *“riesgos para los derechos fundamentales, protección de los datos personales, privacidad y no discriminación”* se refiere entre nosotros, Iturmendi Morales, G., en su estudio sobre la *“Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial”* cit. cuando comienza señalando: *“La irrupción disruptiva de la tecnología digital ha puesto en riesgo la protección de los derechos fundamentales como los reconocidos en el Capítulo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”*.



Informe del Grupo de Expertos de la Comisión Europea de 2019¹¹.

En fecha más reciente se han publicado dos Resoluciones del Parlamento Europeo (PE) de 20 de octubre de 2020 que afectan, en parte y en todo, respectivamente, a la responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial. Se trata de las dos siguientes¹²: a) La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos

éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)) (RIAE) que lleva por título “Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas”¹³. b) La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)) (RIAR) que lleva por título “Régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial”¹⁴.

¹¹ Ver las entradas de nuestro blog financiero (ajtapia.com) de 18 de junio de 2019 sobre “Los siete requisitos esenciales para una inteligencia artificial fiable. Comunicación de la Comisión Europea de 8 de abril de 2019”; de 14 de enero de 2020 sobre “Responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial. Informe del Grupo de Expertos de la Comisión Europea de 2019 (1). Características esenciales de los regímenes de responsabilidad derivada de la inteligencia artificial y el uso de otras tecnologías digitales”; de 15 de enero de 2020 sobre “Responsabilidad derivada de la inteligencia artificial en los mercados financieros. Informe del Grupo de Expertos de la Comisión Europea de 2019 (2) Cobertura preventiva de responsabilidad mediante los seguros de responsabilidad civil y los fondos de compensación”. No pretendemos ser exhaustivos, sino selectivos y así, dejamos al margen, por ejemplo, documentos de indudable interés en la materia como el “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza” Comisión Europea, “”, Bruselas, 19.2.2020, (COM (2020) 65 final).

¹² Ver nuestros estudios “Decálogo de la inteligencia artificial ética y responsable en la Unión Europea” publicado en el Diario La Ley del 4 de diciembre de 2020 y “Regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea. Ética y responsabilidad” publicado en La Ley Unión Europea, número 87 de diciembre de 2020.

II.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

2.1.- LOS PRESUPUESTOS DE LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

¹³ P9_TA-PROV(2020)0275. Se puede consultar la entrada de nuestro blog financiero (ajtapia.com) de 12 de noviembre de 2020 sobre “Digitalización financiera: Los 7 principios regulatorios de una Inteligencia Artificial Ética (IAE) en la UE. Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 sobre los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas”.

¹⁴ P9_TA-PROV(2020)0276. Se puede consultar la entrada de nuestro blog financiero (ajtapia.com) de 12 de noviembre de 2020 sobre “Digitalización financiera: Los 3 principios regulatorios de una Inteligencia Artificial Responsable (IAR) en la UE. Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 sobre la responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial”.

En su parte introductoria, la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)) (RIAR) parte de la base de la importancia de la responsabilidad civil como factor autorregulador de toda actividad económica¹⁵. Para transitar, de inmediato, hacia las características específicas de la responsabilidad civil en el ámbito específico de los sistemas de inteligencia artificial (IA) en donde establece los presupuestos regulatorios siguientes:

2.1.1 Necesidad de un debate previo y amplio

La importancia radical que tiene el aspecto de la responsabilidad civil como mecanismo autorregulador de los sistemas de inteligencia artificial (IA) lleva al PE a establecer esta primera premisa diciendo que *“cualquier legislación futura de la Unión que tenga por objeto la atribución expresa de responsabilidad en lo que se refiere a sistemas de inteligencia artificial (IA) debe ir precedida de un análisis y una consulta con los Estados miembros sobre el cumplimiento de condiciones económicas, jurídicas y sociales por parte del acto legislativo propuesto”*. Este proceso de consulta debe evitar todo apriorismo y, para ello, el régimen proyectado de responsabilidad civil en materia de IA debe someterse a un amplio debate público que tenga en cuenta todos los intereses en juego¹⁶.

2.1.2. Necesaria adaptación de los regímenes vigentes

En este punto, el PE establece dos premisas generales metodológicas del régimen proyectado de responsabilidad civil en materia

de IA que son (apartado 6):

a) Validez de los regímenes vigentes sobre responsabilidad civil de la UE y de los Estados miembros no precisan de una revisión completa.

b) Reforma adaptativa de dichos regímenes vigentes porque los sistemas de IA presentan características propias que requieren adaptaciones específicas y coordinadas de los regímenes de responsabilidad civil para evitar situaciones en las que personas que sufran un daño o un menoscabo a su patrimonio acaben sin indemnización. Tales características son de dos tipos: Características técnicas por completo novedosas, complejas y peligrosas como son su conectividad, su opacidad, su vulnerabilidad, su capacidad de ser modificados mediante actualizaciones y de autoaprendizaje y su autonomía potencial; y características operativas porque los sistemas de IA involucran a una multitud de agentes.

Sobre esta necesaria adaptación de los regímenes vigentes de responsabilidad civil a los nuevos riesgos derivados del uso de los sistemas de IA ya se había pronunciado el *“Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”* adjunto al *“Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”* que analizaba el marco jurídico pertinente y destacaba las incertidumbres sobre la aplicación de este marco con relación a los riesgos concretos que presentan los sistemas de IA y otras tecnologías digitales¹⁷.

¹⁵ Cuando dice: “Considerando que el concepto de «responsabilidad civil» desempeña un importante doble papel en nuestra vida cotidiana: por una parte, garantiza que una persona que haya sufrido un daño o perjuicio tenga derecho a reclamar y recibir una indemnización a quien se haya demostrado que es responsable de dicho daño o perjuicio y, por otra parte, proporciona incentivos económicos para que las personas físicas o jurídicas eviten en primer lugar causar daños o perjuicios o consideren en su comportamiento el riesgo de tener que pagar una indemnización”.

¹⁶ El PE sigue diciendo: “en particular los aspectos éticos, jurídicos, económicos y sociales, a fin de evitar las confusiones y los temores injustificados que esa tecnología pueda causar entre los ciudadanos; que el estudio cuidadoso de las consecuencias de cualquier nuevo marco normativo para todos los agentes en una evaluación de impacto debe ser un requisito previo para adoptar nuevas medidas legislativas”.

¹⁷ Comisión Europea, “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, Bruselas, 19.2.2020, (COM (2020) 65 final). En particular, este Informe -según refiere el Libro Blanco (pág. 19) “Llega a la conclusión de que la legislación vigente sobre seguridad de los productos ya recoge un concepto amplio de protección de la seguridad frente a todo tipo de riesgos derivados del producto en función de su uso. No obstante, cabe introducir disposiciones que aborden de manera explícita los nuevos riesgos derivados de las tecnologías digitales emergentes, a fin de ofrecer mayor seguridad jurídica” y señala: “Las características de las tecnologías digitales emergentes, como la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, pueden poner en cuestión algunos elementos de los marcos de responsabilidad civil y reducir su eficacia. Algunas de estas características podrían dificultar la trazabilidad de los daños sufridos por una persona, lo que resultaría necesario en el caso de una demanda de responsabilidad civil subjetiva según la mayoría de las normas nacionales. Ello podría aumentar significativamente los costes para las víctimas, y haría más difícil exigir o demostrar la responsabilidad civil de los agentes que no sean los productores”.

2.1.3. Noción omnicomprensiva de los sistemas de IA

La eficacia de los regímenes de responsabilidad civil de los sistemas de IA requiere que el concepto de sistemas de IA comprenda un amplio grupo de tecnologías distintas, incluidos la simple estadística, el aprendizaje automático y el aprendizaje profundo.

2.1.4. Noción específica del término “toma de decisiones automatizada”

Un término esencial para la adecuada construcción de las regulaciones de la responsabilidad civil derivada de los sistemas de IA es el de la “toma de decisiones automatizada” y, por ello, el PE lo define diciendo que implica dos actuaciones por cada una de las partes implicadas en los sistemas de IA: Por una parte, que un usuario delegue inicialmente una decisión, en su totalidad o en parte, en una entidad mediante la utilización de un programa informático o de un servicio; y, por otra parte, que dicha entidad, a su vez, utilice modelos de toma de decisiones ejecutados automáticamente para llevar a cabo una acción en nombre de un usuario o para informar las decisiones del usuario a la hora de realizar una acción.

2.1.5. Potencialidad dañina de los sistemas de ia

En este sentido, la RIAR -al referirse a la “responsabilidad civil e inteligencia artificial”- manifiesta que el PE “*observa que todas las actividades, dispositivos o procesos físicos o virtuales gobernados por sistemas de IA pueden ser técnicamente la causa directa o indirecta de un daño o un perjuicio*” y que “*casi siempre son el resultado de que alguien ha construido o desplegado los sistemas o interferido en ellos*”.

Ante esta situación de riesgo, el PE considera que las regulaciones de la responsabilidad civil derivada de los sistemas de IA deben reaccionar en base a las dos premisas siguientes (apartado 7):

a) No ve necesario atribuir personalidad jurídica propia a los sistemas de IA (cfr. art. 35 y ss. de nuestro Código Civil).

b) Si considera preciso imputar -de conformidad con conceptos de responsabilidad civil ampliamente aceptados- las respectivas responsabilidades a las diferentes personas de

toda la cadena de valor que crean, mantienen o controlan cada sistema de IA para evitar que la opacidad, la conectividad y la autonomía de dichos sistemas de IA dificulten o incluso imposibiliten en la práctica la trazabilidad de acciones perjudiciales específicas.

2.2.- LOS PRINCIPIOS DE UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL RESPONSABLE (IAR) EN LA UE

Sobre la base de los documentos emanados de las instituciones de la UE -especialmente, de la RIAE y de la RIAR- podemos formular los siguientes principios regulatorios de una Inteligencia Artificial Responsable (IAR):

2.2.1. El control de riesgos, con identificación de los sectores de alto riesgo en el uso de la IA

Este primer enfoque regulatorio -especialmente sensible para la digitalización financiera (porque recordemos que el mercado financiero es un mercado que gestiona riesgos futuros, por ejemplo, en su sector asegurador o del mercado de valores)- se manifiesta en varias partes de la RIAE y lleva al PE a remarcar la necesidad de diferenciar dos grandes sectores de la IA atendiendo el criterio del riesgo que producen para sus usuarios: a) Los sectores de alto riesgo, determinados por inclusión mediante la elaboración de una lista exhaustiva y acumulativa de sectores de alto riesgo y de usos o fines de alto riesgo; lista debe someterse a una reevaluación periódica¹⁸. b) Los sectores que no son de alto riesgo, determinados por exclusión lógica respecto de los anteriores.

2.2.2. Responsabilidad

Este principio regulatorio se manifiesta en dos formas:

¹⁸ A tal efecto, el PE -en los apartados 12 y ss. del RIAE- considera que, para determinar si la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas deben considerarse de alto riesgo, es necesario basarse siempre en una evaluación ex ante imparcial, regulada y externa apoyada en criterios concretos y definidos. De tal manera que la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas deben considerarse de alto riesgo cuando su desarrollo, despliegue y uso entrañen un riesgo significativo de causar lesiones o daños a particulares o a la sociedad, vulnerando los derechos fundamentales y las normas de seguridad establecidas en el Derecho de la Unión. En concreto, para evaluar si las tecnologías de inteligencia artificial entrañan un riesgo de ese tipo, el PE considera que deben tenerse en cuenta el sector en el que se desarrollan, despliegan o utilizan, su uso o finalidad específicos y la gravedad de la lesión o daño que cabe esperar que se produzca de forma acumulativa.

a) En primer lugar, en una forma genérica de responsabilidad social, cuando esta RIAE se refiere a la “responsabilidad social y paridad de género” y recoge que el PE “hace hincapié en que la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas socialmente responsables tienen un papel que desempeñar en la búsqueda de soluciones que salvaguarden y promuevan los valores fundamentales de nuestra sociedad”. (apartado 37 y ss.).

b) En segundo lugar, en una forma específica de responsabilidad civil, a cuyos principios derivados nos referimos seguidamente; no sin antes recordar que la estructura de la responsabilidad civil derivada de la IA se construye conforme al parón común como una relación obligacional -ex contrato o ex delicto- en la que el deudor será el operador empresarial o profesional del sistema de IA responsable y el acreedor, el sujeto perjudicado que haya actuado como consumidor o como profesional o empresario¹⁹.

2.2.3. Imputabilidad

Se establece en la RIAR con un doble alcance:

a) Imputabilidad en todo caso a un agente, para evitar indefensión de los consumidores que usan de ingenios basados en la IA. Así, en su parte introductoria, la RIAR advierte de la indefensión en la que se encuentran los consumidores que usan de ingenios basados en la IA para exigir responsabilidad a las entidades que operan con ellos (por ejemplo, las entidades financieras cuando prestan servicios de pago digitalizados)²⁰. Después, la RIAR, el referirse a

la “responsabilidad civil del operador” insiste en la idea de la indefensión en la que se encuentran los consumidores que usan de ingenios basados en la IA²¹ (apartado 11)²².

b) Imputabilidad específica al operador de la inteligencia artificial, con la tipificación de las figuras del operador inicial y del operador final en base al criterio del ejercicio de control. En este sentido, el PE considera adecuado que establecer una noción amplia de “operador” que abarque tanto al operador final²³ como al operador inicial²⁴. En ambos casos, estas identificaciones deben basarse en el concepto de “ejercicio del control”²⁵ abarcando todo el desarrollo del proceso de aplicación de la inteligencia artificial²⁶.

identificación de la relación entre el daño o perjuicio y el comportamiento que lo causa, con el resultado de que las víctimas podrían no recibir una indemnización adecuada”.

21 Cuando refleja que el PE “opina que las normas en materia de responsabilidad civil que afecten al operador deben cubrir todas las operaciones de los sistemas de IA, independientemente de dónde se lleve a cabo la operación y de que esta sea física o virtual; observa que las operaciones en espacios públicos que exponen a muchas personas a un riesgo constituyen, sin embargo, casos que requieren una consideración más profunda; considera que a menudo las víctimas potenciales de daños o perjuicios no son conscientes de la operación y no suelen disponer de derechos a reclamar por responsabilidad contractual contra el operador; señala que, si se produce un daño o perjuicio, esas personas solo tendrían una pretensión por responsabilidad subjetiva y podrían tener dificultades para demostrar la culpa del operador del sistema de IA, por lo que podrían fracasar las correspondientes demandas por responsabilidad civil”.

22 Entre nosotros, destacamos lo que dice De La Nuez, E. cuando se cuestiona en «Inteligencia artificial y transparencia», en Derecho Digital e Innovación, N.º 5, Sección Doctrina, Segundo trimestre de 2020, Wolters Kluwer. Diario La Ley, (LA LEY 6786/2020) y formula las agudas preguntas siguientes: “¿Quién responderá si las decisiones tomadas en base a la utilización de inteligencia artificial no son las más adecuadas? ¿Quién responderá por los perjuicios ocasionados? ¿Tiene la inteligencia artificial obligaciones? ¿Cómo podemos prevenir sus sesgos? ¿Cómo podemos conocer cómo se han tomado las decisiones para determinar, en su caso, las correspondientes responsabilidades?”

23 “Debe entenderse la persona física o jurídica que ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA y se beneficia de su funcionamiento”.

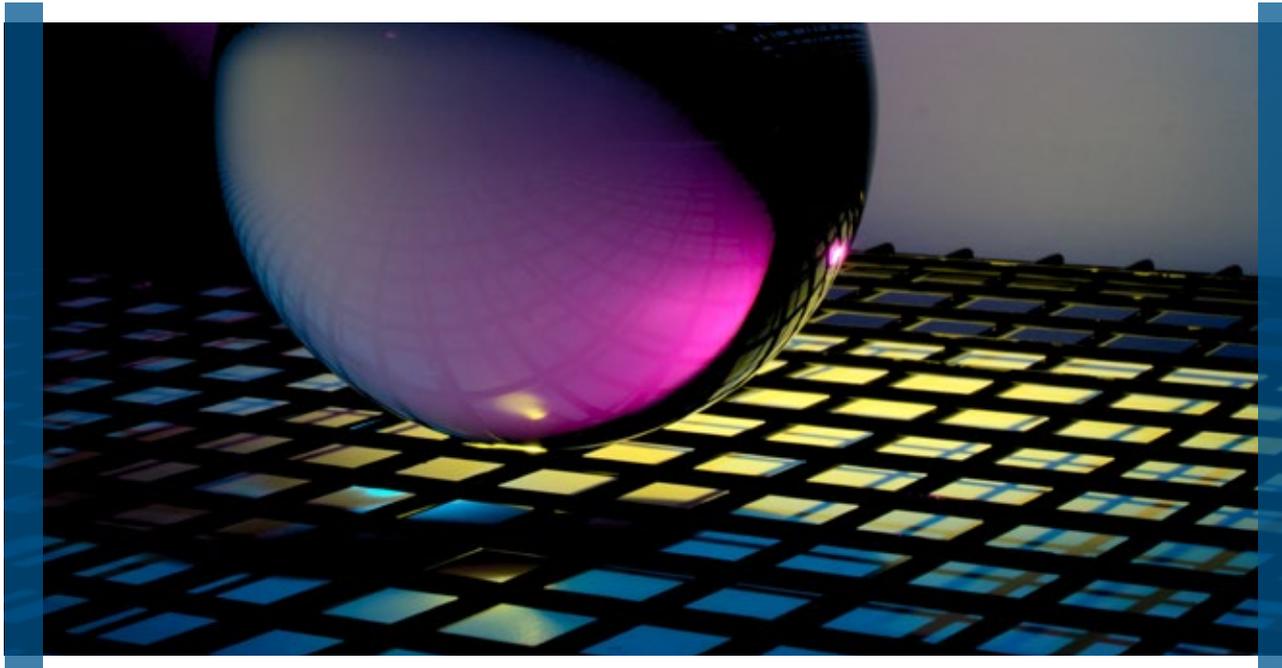
24 “debe entenderse la persona física o jurídica que define, de forma continuada, las características de la tecnología, proporciona datos y un servicio de apoyo final de base esencial y, por tanto, ejerce también un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA”.

25 “Se entiende cualquier acción del operador que influya en el funcionamiento del sistema de IA y, por consiguiente, en la medida en que expone a terceros a sus potenciales riesgos”.

26 El PE “considera que esas acciones podrían afectar al fun-

19 Entre nosotros, Iturmendi Morales, G., en su estudio sobre la “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial” cit., cuando se refiere a la “responsabilidad civil por productos, servicios y procedimientos que utilizan sistemas de IA” comienza identificando al acreedor cuando dice: “Toda persona física o jurídica tiene derecho a obtener la reparación por las lesiones y los daños causados por el desarrollo, la implementación y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, incluidos los programas informáticos, los algoritmos y los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías, cuando se infrinjan el régimen jurídico y las obligaciones de gobernanza y diligencia en el debido control encaminadas a evitar y minimizar las consecuencias dañosas cuando se produzcan”.

20 En este sentido, la RIAR dice: “Considerando que ciertos sistemas de IA presentan importantes retos jurídicos para el actual marco de responsabilidad civil y podrían dar lugar a situaciones en las que su opacidad podría hacer extremadamente costoso, o incluso imposible, determinar quién controlaba el riesgo asociado al sistema de IA o qué código, entrada o datos han provocado en última instancia el funcionamiento lesivo; que este factor podría dificultar la



Después, la RIAR matiza este principio de imputabilidad específica en situaciones complejas en las que haya más de un operador, por ejemplo, un operador final y un operador inicial. Porque, entonces, la protección de la víctima perjudicada exige que todos los operadores deban ser responsables civiles solidarios. Lo que, a su vez, plantea el derecho a reclamar en la vía de regreso unos de otros de forma proporcional conforme a los porcentajes de responsabilidad determinados por los respectivos niveles de control que tengan los operadores sobre el riesgo relacionado con la operación y el funcionamiento del sistema de IA, lo que exige, a su vez, garantizar la trazabilidad de los productos con el fin de identificar mejor a los que intervienen en las distintas fases (apartado 12 y ss.)

2.2.4. Adaptabilidad: adecuación del régimen de responsabilidad civil a los sistemas de IA de alto riesgo y de riesgo normal.

Este segundo principio regulatorio de una Inteligencia Artificial Responsable (IAR) -que también resulta especialmente relevante en materia de digitalización financiera, por cuanto el mercado financiero está plagado de sistemas de IA autónomos de alto riesgo- se establece en la RIAR cuando, al referirse a las “normas en materia de responsabilidad civil diferentes para riesgos diferentes”, comienza recordando que el tipo de sistema de IA sobre el que el operador

cionamiento de un sistema de IA desde el inicio al fin, al determinar la entrada, la salida o los resultados, o podrían cambiar las funciones o procesos específicos dentro del sistema de IA”.

ejerce control es un factor determinante en lo que respecta a la responsabilidad Y de ahí deduce una la necesidad de asumir una distinción básica entre dos tipos de sistemas de IA: los de alto riesgo y los de riesgo normal.

La distinción básica mencionada obedece a que un sistema de IA que conlleve un alto riesgo inherente y actúe de manera autónoma pone en peligro potencial en mucha mayor medida al público en general. De lo que el PE infiere “*habida cuenta de los retos jurídicos que plantean los sistemas de IA para los regímenes de responsabilidad civil existentes, parece razonable establecer un régimen común de responsabilidad objetiva para los sistemas de IA autónomos de alto riesgo*”²⁷ (apartado 14 y ss.).

2.3.- LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

²⁷ Además, el PE “subraya que este enfoque basado en el riesgo, que puede incluir varios niveles de riesgo, debe basarse en criterios claros y una definición adecuada de «alto riesgo», así como ofrecer seguridad jurídica; (...) cree que un sistema de IA presenta un alto riesgo cuando su funcionamiento autónomo conlleva un potencial significativo de causar daño a una o más personas, de forma aleatoria y yendo más allá de lo que cabe esperar razonablemente; considera que, a la hora de determinar si un sistema de IA es de alto riesgo, también debe tenerse en cuenta el sector en el que cabe esperar que surjan riesgos importantes y la naturaleza de las actividades realizadas; considera que la magnitud del potencial depende de la relación entre la gravedad del posible daño, la probabilidad de que el riesgo cause un daño”.

2.3.1. Objeto y ámbito de aplicación

La RIAR concreta la propuesta del PE a la Comisión con una Propuesta de Reglamento cuyo objeto consistirá en *“establecer normas en relación con las demandas por responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas contra los operadores de sistemas de IA”* (art. 1) y cuyo ámbito de aplicación se extenderá, *“en el territorio de la Unión a aquellos casos en que una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA haya causado daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física de una persona física y los bienes de una persona física o jurídica, o bien haya causado daños morales considerables que den lugar a una pérdida económica comprobable”* (art. 2).

Una vez fijado su objetivo y su ámbito de aplicación, la Propuesta de Reglamento aneja a la RIAR distingue dos regímenes de responsabilidad civil derivada de los sistemas de IA de acuerdo con su grado de riesgo respectivo.

2.3.2. Régimen de responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo

Esta responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo se establece diciendo que *“el operador de un sistema de IA de alto riesgo será objetivamente responsable de cualquier daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por dicho sistema de IA”*. Adviértase que el anexo al Reglamento enumerará todos los sistemas de IA de alto riesgo y los sectores críticos en los que se utilizan y la Comisión estará facultada para adoptar actos delegados para modificar dicha lista exhaustiva (art. 4).

La objetivación de esta responsabilidad se concreta en los mecanismos habituales siguientes:

a) Imputabilidad objetiva²⁸, que se

²⁸ Al “criterio de imputación de responsabilidad objetiva” se refiere Iturmendi Morales, G., en su estudio sobre la “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial” cit. cuando comienza diciendo: “La responsabilidad de los fabricantes de productos, prestadores de servicios, operadores y desarrolladores de sistemas de IA está muy cerca de la responsabilidad objetiva sin culpa tal y como la conocemos en nuestro régimen jurídico de responsabilidad civil. Resulta relevante el criterio de imputación de responsabilidad civil basado en que la misma debería ser proporcional a las instrucciones impartidas a los sistemas de IA y a su grado de autonomía o capacidad de aprendiza-

concreta en la inversión de la carga de la prueba implícita en el siguiente enunciado (art. 4.3): *“los operadores de un sistema de IA de alto riesgo no podrán eludir su responsabilidad civil alegando”*: a) Que actuaron con la diligencia debida. b) Que el daño o perjuicio fue causado por una actividad, un dispositivo o un proceso autónomos gobernados por su sistema de IA. Esta imputabilidad objetiva tendrá como límite externo último que los operadores de un sistema de IA de alto riesgo *“no serán responsables si el daño o perjuicio ha sido provocado por un caso de fuerza mayor”*.

b) Fijación del importe máximo de la indemnización de acuerdo con los tipos de daños que opera estableciéndose que *“un operador de un sistema de IA de alto riesgo que haya sido considerado responsable de un daño o perjuicio”* deberá pagar diferenciando (art. 5): b.1)) Los daños personales y la salud, *“hasta un importe máximo de dos millones de euros en caso de fallecimiento o de daños causados a la salud o a la integridad física de una persona afectada como resultado del funcionamiento de un sistema de IA de alto riesgo”*. b.2) Los daños morales o materiales, *“hasta un importe máximo de un millón de euros en caso de daños morales significativos que resulten en una pérdida económica comprobable o en daños a bienes, también cuando distintos bienes propiedad de una persona afectada resulten dañados como resultado de un único funcionamiento de un único sistema de IA de alto riesgo”*.

c) Fijación de plazos de prescripción diferenciados para dos tipos de demandas (art. 7): c.1) Las demandas por responsabilidad civil relativas a daños a la vida, la salud o la integridad física que estarán sujetas a un plazo de prescripción especial de treinta años a partir de la fecha en que se produjo el daño. C.2) Las demandas por responsabilidad civil relativas a perjuicios materiales o daños morales considerables que resulten en una pérdida económica comprobable que estarán sujetas a un plazo de prescripción especial de: *“a) diez años a partir de la fecha en que se produjo el menoscabo a los bienes o la pérdida económica comprobable resultante del daño moral significativo, respectivamente, o b) treinta*

je, imputación basada en el diseño y seguimiento por parte de los desarrolladores del aprendizaje y entrenamiento del sistema. Sin embargo, no debe ser el único criterio de imputación a considerar, sino que debe conjugarse con el criterio de previsibilidad, evitabilidad del daño y grado de cumplimiento de las normas de gobernanza establecidas de conformidad con la legislación, los principios y los valores de la Unión Europea y por las autoridades nacionales de control”.

los sujetos deudores y acreedores de la deuda de responsabilidad que, a su vez, opera en dos sentidos:

a) En sentido afirmativo, por la imputación de la eventual responsabilidad al promotor del proyecto con un doble alcance de imputación subjetiva o por culpa cuando dice que *“la responsabilidad por los daños sufridos por los participantes como consecuencia de su participación en las pruebas será exclusivamente del promotor cuando se produzcan por un incumplimiento suyo del protocolo, se deriven de riesgos no informados por él o cuando medie culpa o negligencia por su parte”* e imputación cuasi-objetiva o por riesgo cuando dice que *“en caso de daños derivados de fallos técnicos o humanos durante el transcurso de las pruebas la responsabilidad será igualmente del promotor”*.

b) En sentido negativo, por la exclusión de la responsabilidad de las autoridades que intervengan durante el desarrollo de las pruebas que *“no serán responsables de los posibles daños y perjuicios que pudieran originarse”*³⁰.

2.4.3. Aspectos objetivos

La Ley 7/2020 establece la noción del daño resarcible cuando precisa que *“no se considerarán daños las pérdidas que deriven de la fluctuación de los mercados conforme a lo establecido para cada caso en el correspondiente protocolo”* (art. 12.2) y añade que *“los participantes serán resarcidos conforme al régimen previsto en el protocolo de las pérdidas patrimoniales y otros daños derivados directamente de dicha participación siempre que el promotor sea responsable del perjuicio causado conforme a lo previsto en este artículo”* (art. 12.3).

2.5.- TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DERIVADA DE ILÍCITOS CIVILES Y DERIVADA DE ILÍCITOS PENALES

2.5.1. La responsabilidad civil derivada de ilícitos civiles.

Esta responsabilidad civil de los operadores de inteligencia artificial se podrá articular tanto en forma contractual, conforme al

³⁰ Resulta particularmente contundente la Ley 7/2020 en esta exclusión cuando reitera que *“en ningún caso podrá el protocolo prever que el promotor sea resarcido por la Administración de las pérdidas patrimoniales resultantes de su participación en el espacio controlado de pruebas”* (art. 12.4).

artículo 1101 del Código Civil; como en forma extracontractual conforme al artículo 1902 del mismo Código Civil. Con la consiguiente repercusión en los respectivos plazos de prescripción de las acciones: 1 año o 5 años.

2.5.2. La responsabilidad civil derivada de ilícitos penales.

Dado que los operadores de inteligencia artificial pueden hacer uso de ella para cometer delitos, en particular los operadores empresariales o profesionales de los sistemas de IA serán responsables civiles de sus resultados patrimoniales. En cuanto interesa a la responsabilidad civil derivada de estos delitos de la que tratamos en este Estudio, procede destacar tres aspectos generales que son:

a) Primero, el que establece el principio mismo de imputación accesoria al autor del delito o falta, responsable penal de aquella; de esa responsabilidad civil derivada de delito o falta en el artículo 116 del Código Penal³¹.

b) Segundo, el que señala que esta responsabilidad civil derivada de delito se enjuicia por la Jurisdicción criminal, aplicando las reglas generales del Derecho común que establece el Código Civil, como así lo tiene establecido la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo³².

c) Tercero, el que establece la responsabilidad civil directa de los aseguradores de la responsabilidad civil, extremo este particularmente relevante a los efectos de este Estudio y con vistas a su segunda parte epígrafe sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil, porque los presuntos perjudicados pueden y suelen reclamar la responsabilidad civil directa

³¹ Este precepto dispone: “1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. 2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. a responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno. 3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos”.

³² V. Sánchez-Calero Guilarte, J./ Tapia Hermida, A.J., “La

de los aseguradores conforme al artículo 117 del Código Penal³³.

2.6.- REQUISITOS PARA RECLAMAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El éxito de toda demanda de responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial exigirá que el demandante acredite los tres requisitos comunes a toda reclamación de responsabilidad civil que son:

2.6.1. El acto no ajustado a la diligencia profesional exigible en el uso de la inteligencia artificial

El primero de los requisitos es la comisión de un acto no ajustado a la diligencia exigible (*lex artis*) a los operadores de la inteligencia artificial que les sea imputable en concepto de dolo o culpa, grave o leve³⁴.

En este punto, resultan particularmente interesantes las iniciativas europeas recientes de regulación de diligencia debida obligatoria y la responsabilidad derivada. En particular, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) acaba de afirmar que *“es hora de que la Comisión Europea (CE) actúe y proponga legislación a los Estados miembros y al Parlamento Europeo (PE) sobre diligencia debida obligatoria que reconozca la responsabilidad basada en las normas actuales y ofrezca un marco jurídico claro y seguro para las empresas europeas. (...) La interrelación entre el marco de la diligencia debida y las cuestiones de responsabilidad civil (y potencialmente penales) es obvia. Los procedimientos estrictos de diligencia debida y la información permiten a las empresas demostrar que no son responsables de una infracción específica de los derechos humanos.*

responsabilidad civil derivada de los delitos de los administradores y directivos de sociedades y su aseguramiento: reflexiones sobre la jurisprudencia reciente” La Ley Mercantil nº 10, Sección banca y seguros (enero 2015), pp. 84 y ss.

³³ Este precepto dispone: “Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”.

³⁴ A este primer “requisito de la acción relevante, obligaciones para eliminar o paliar los daños de los sistemas de IA” se refiere Iturmendi Morales, G., en su estudio sobre la “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial” cit.

Las empresas que asumen el deber de diligencia debida tienen que beneficiarse de sus esfuerzos”³⁵.

En particular, las investigaciones técnicas sistemáticas sobre los fallos en los sistemas de inteligencia artificial han diferenciado dos grandes tipos, que pueden proceder del operador asegurado, sus empleados o de un tercero: los fallos intencionados, que podríamos calificar jurídicamente como dolosos o gravemente culposos; y los fallos no intencionados o casuales, que podríamos dividir en dos especies jurídicas: los que proceden de negligencia leve del operados del sistema o de un tercero; y los que se deben a causas de fuerza mayor o caso fortuito. Cada tipo de fallo producirá -o no- el nacimiento de la deuda correspondiente de responsabilidad civil y será imputable al sujeto causante respectivo³⁶.

2.6.2. El daño evaluable patrimonialmente.

El segundo requisito para el éxito de una reclamación de responsabilidad civil a un operador de la inteligencia artificial consiste en que el demandante acredite la generación de un daño evaluable patrimonialmente en el reclamante o en sus herederos. En particular este daño debe caracterizarse por ser real, es decir, que pueda probarse su existencia; resultar evaluable económicamente; y constituir una lesión física o mental o bien daño material o inmaterial (por ejemplo, pérdidas financieras

³⁵El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Diligencia debida obligatoria» (Dictamen exploratorio, 2020/C 429/19, DOUE 11.12.2020 pág. C 429/136 y ss.) sigue afirmando, en su apartado 3.14: “Esto no puede interpretarse como una exclusión general de responsabilidad. Los principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos abordan esta cuestión en su comentario al Principio 17 al afirmar: “El hecho de proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos debería reducir el riesgo de acciones judiciales contra las empresas, ya que les permite mostrar que tomaron todas las medidas razonables para evitar cualquier participación en una supuesta vulneración de los derechos humanos. Sin embargo, las empresas que ejerzan esa debida diligencia no deben asumir que de esa forma vayan a quedar automática y plenamente exentas de toda responsabilidad por provocar o contribuir a provocar violaciones de los derechos humanos”.

³⁶ Sobre esta distinción entre los fallos intencionados (“intentional failures”), en los que un agente intenta subvertir el sistema de IA para lograr sus objetivos de inferir datos de entrenamiento privados, robar el algoritmo subyacente u obtener cualquier resultado deseado del sistema de IA y los fallos casuales o no intencionados (“unintentional failures”), en los que los sistemas de IA fallan por sí mismos, sin ningún tipo de manipulación adversa. Se puede ver la entrada de nuestro blog financiero (ajtapia.com) de 1 de diciembre de 2020 sobre “Robots responsables (1): La responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial y su seguro”



o económicas, pérdida de empleo o de oportunidades educativas, restricción indebida de la libertad de elección o de expresión, pérdida de la privacidad y cualquier infracción del régimen jurídico aplicable que sea perjudicial para una persona)³⁷.

2.6.3. La relación de causalidad eficiente entre el acto doloso o negligente del operador de la inteligencia artificial implicado y el daño reclamado.

El tercer requisito para el éxito de una reclamación de responsabilidad civil dirigida frente a un operador de la inteligencia artificial consistirá en que el demandante acredite la relación de causalidad eficiente entre el acto doloso o negligente del operador de la inteligencia artificial implicado y el daño reclamado.

III.- EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS OPERADORES DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

3.1.- EL SEGURO COMO INSTRUMENTO IDÓNEO PARA LA COBERTURA PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS OPERADORES DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN BENEFICIO

³⁷ Sobre esta noción amplia del daño potencialmente derivado de la IA ver, entre nosotros Iturmendi Morales, G., en su estudio sobre la "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial" cit.

DEL CONSUMIDOR

3.1.1. Relevancia del principio de cobertura preventiva de la responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial para el éxito de estos sistemas

En general, la cobertura de la responsabilidad civil es uno de los factores clave que define el éxito de las nuevas tecnologías, productos y servicios y, en especial, para el de los sistemas de inteligencia artificial³⁸.

En particular, el de cobertura preventiva es uno de los principios regulatorios de una Inteligencia Artificial Responsable (IAR) que resulta especialmente relevante en materia de digitalización financiera al estar implicada "por partida doble" ya que concurren las dos circunstancias siguientes: Porque el alto riesgo de los sistemas de IA implicados en la digitalización financiera hace especialmente necesario prever la cobertura preventiva de la responsabilidad civil en que puedan

³⁸ Es por ello por lo que el apartado 23 de la RIAR - al referirse a los "seguros y sistemas de IA"- manifiesta que el PE "considera que la cobertura de la responsabilidad civil es uno de los factores clave que define el éxito de las nuevas tecnologías, productos y servicios; observa que una cobertura de la responsabilidad civil adecuada es también esencial para garantizar que el público pueda confiar en la nueva tecnología, a pesar de las posibilidades de sufrir un daño o de hacer frente a demandas judiciales por parte de las personas afectadas; observa, al mismo tiempo, que este sistema regulador se centra en la necesidad de explotar y potenciar las ventajas de los sistemas de IA, a la vez que se establecen sólidas salvaguardias".

incurrir los operadores financieros. Y porque los instrumentos de cobertura preventiva tienen carácter financiero, como el seguro de responsabilidad civil o las garantías bancarias.

3.1.2. Exigencia de un seguro obligatorio de responsabilidad civil para los operadores de sistemas de IA de alto riesgo

El PE -en el apartado 24 d la RIAR- considera que debe establecerse un régimen de seguro obligatorio para los sistemas de IA de alto riesgo que debe cubrir los importes y el alcance de la indemnización establecidos por el Reglamento propuesto a la Comisión Europea que figura como Anexo a la RIAR, al que nos referiremos más adelante en este Estudio. Y, para el diseño de ese seguro, toma como modelo la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. De modo tal que todos los operadores de sistemas de IA de alto riesgo deben ser titulares de un seguro de responsabilidad civil.

Una vez establecida esta necesidad de un seguro obligatorio para los sistemas de IA de alto riesgo análogo al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles; la RIAR apunta las dificultades que su implantación conllevará que pueden exponerse en forma de causa y efecto:

a) La causa será la falta de estadísticas de siniestralidad, porque esta ausencia de datos sobre los riesgos asociados a los sistemas de IA, unida a la incertidumbre sobre su evolución en el futuro, dificulta al sector de los seguros elaborar productos de seguro nuevos o adaptados.

b) El efecto consistirá en el riesgo de que el mercado asegurador diseñe un seguro obligatorio de “talla única” con primas desproporcionadamente elevadas y los incentivos equivocados, alentando a los operadores a optar por el seguro más barato en lugar de por la mejor cobertura, lo que podría convertirse en un obstáculo para la investigación y la innovación. De ahí infiere *“que la Comisión debe colaborar estrechamente con el sector de los seguros para estudiar la forma de poder utilizar datos y modelos innovadores para crear pólizas de seguro que ofrezcan una cobertura adecuada a un precio asequible”*.

3.1.3. Exclusión de un mecanismo o fondo público de indemnización a escala de la UE

En este sentido, PE *“cree que un mecanismo de indemnización a escala de la Unión, financiado con fondos públicos, no es la manera adecuada de colmar posibles lagunas en materia de seguros”*. (apartado 25).

3.2.- CARACTERÍSTICAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS OPERADORES DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

3.2.1. Será un seguro obligatorio para los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo

Como acabamos de ver, el PE propone que todos los operadores de sistemas de IA de alto riesgo deban ser titulares de un seguro de responsabilidad civil.

Este carácter obligatorio tendría, en nuestro Ordenamiento las consecuencias siguientes³⁹:

a) En cuanto a las razones de su obligatoriedad, los sistemas de inteligencia artificial tienen efectos potencialmente dañinos, que se subliman en los de “alto riesgo”. Se trata, por lo tanto, de actividades que presentan un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de las personas, incluida la seguridad financiera⁴⁰.

b) En cuanto a su régimen jurídico, se

³⁹ Sobre los efectos de esta obligatoriedad prevista en la Disposición adicional segunda de la LOSSEAR sobre en unos seguros de responsabilidad civil profesional pueden verse nuestros estudios sobre “Los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los mediadores y de los administradores concursales”. Cuadernos de Derecho y Comercio. Derecho concursal: cuestiones actuales, Extraordinario 2016, Consejo General del Notariado, pp. 643-665 Asimismo, resultan de interés las consideraciones que hacía Fernando Sánchez Calero al comentar el anteriormente vigente art. 75 de la LCS en Sánchez Calero F., Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones, 4ª ed. (2010), Thomson Reuters, p. 1700 y ss.

⁴⁰ En este sentido, la Disposición adicional segunda de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante, LOSSEAR) dedicada al “establecimiento e información sobre seguros obligatorios” comienza estableciendo, en su apartado 1, que “se podrá exigir a quienes ejerzan determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de las personas, incluida la seguridad financiera, la suscripción de un seguro u otra garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios que puedan provocar y de los que sean responsables”, añadiendo que “la garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto”.

impone el principio de especialidad legal y contractual de acuerdo con el art. 2 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) porque, en este seguro, se aplicarán, primero sus normas específicas y, después, la LCS y la LOSSEAR, según después detallaremos.

c) En cuanto a las eventuales sanciones por incumplimiento de la obligación de contratar el seguro, la Disposición adicional segunda de la LOSSEAR dispone, en su apartado 2, que “la realización de actividades careciendo del correspondiente seguro obligatorio será constitutivo de infracción administrativa muy grave, salvo lo dispuesto en su normativa específica”⁴¹.

Podemos concluir este epígrafe dejando constancia de que la existencia de un seguro de responsabilidad comporta un doble y recíproco beneficio para las partes implicadas en el uso de la inteligencia artificial: para el operador profesional, cuyo patrimonio se mantiene indemne frente a reclamaciones de terceros; y para el usuario, que cuenta con la garantía preventiva y adicional prestada por el asegurador.

3.2.2. Será un seguro de responsabilidad civil empresarial o profesional

Esta característica circunscribe la cobertura del seguro a las responsabilidades civiles en las que pueda incurrir el operador de la inteligencia artificial en su condición de tal, con un doble alcance empresarial y profesional⁴². Sin perjuicio de esta delimitación empresarial o profesional, una vez llegados a este ámbito, se debe prestar una cobertura omnicomprendiva, tanto en sentido subjetivo, al cubrir al operador

y, en su caso, sus empleados; como en sentido objetivo, al abarcar las responsabilidades derivadas de los usos de la inteligencia artificial tanto directos como conexos. En términos generales, hay que resaltar la importancia que tiene, dentro de la jurisprudencia sobre seguros de responsabilidad civil, la delimitación precisa de la actividad asegurada en la póliza.

3.3.- LAS PARTES

3.3.1. El asegurador

Deberá ser una entidad aseguradora autorizada para desarrollar el ramo de “responsabilidad civil en general”⁴³.

En la práctica, tanto la importancia cuantitativa y cualitativa de la cobertura necesaria como el principio de reparto de cuotas de dicha cobertura podría hacer recomendable, en determinados casos, adoptar la estructura de coaseguro que se caracteriza por la coincidencia de las coberturas de los diferentes coaseguradores, con reparto de cuotas y responsabilidad proporcional, sin solidaridad y con encomienda a la entidad aseguradora abridora de gestión común con interlocución única frente al tomador y asegurados. Todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 33 de la LCS⁴⁴.

3.3.2. El tomador. Las pólizas colectivas

Actuará como tomador el operador profesional del sistema de inteligencia artificial que generalmente, actuará por cuenta propia; sin perjuicio de la posibilidad de contratar seguros colectivos por asociaciones de operadores de IA, grupos de empresas u otras personas jurídicas con forma de sociedad mercantil de capital

41 Sigue diciendo: “Será sujeto infractor la persona física o jurídica que viniera obligada a la suscripción del seguro, pudiendo ser sancionado con multa de 1.000 a 20.000 euros. (...) La instrucción y resolución del procedimiento sancionador corresponderá a la Administración pública competente por razón en la materia cuya regulación impone la suscripción del seguro obligatorio”.

42 En este sentido, resulta interesante la descripción de los riesgos para la seguridad y el funcionamiento eficaz de productos y servicios que hace, entre nosotros, Iturmendi Morales, G., en su estudio sobre la “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial” cit. cuando comienza diciendo: “Los sistemas que emplean tecnologías de IA, la robótica y las tecnologías conexas pueden presentar nuevos riesgos de seguridad para los usuarios cuando tales tecnologías estén integradas en productos y servicios, ello independientemente de la responsabilidad civil profesional de los técnicos y profesionales responsables del diseño, ejecución y supervisión de estos sistemas”.

43 Ramo 13 de los Ramos de seguro distintos del seguro de vida enumerados en el Anexo de la LOSSEAR.

44 Que dispone: “Cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva. No obstante lo previsto en el párrafo anterior, si en el pacto de coaseguro existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre del resto de los aseguradores, se entenderá que durante toda la vigencia de la relación aseguradora los aseguradores delegados están legitimados para ejercitar todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al asegurado. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores”.

que actúen como operadores profesionales de sistemas de inteligencia artificial. Se trata de una posibilidad extremadamente interesante en la práctica ya que produciría, previsiblemente, un importante ahorro de costes a la asociación o entidad tomadora en forma de abaratamiento de primas respecto de la contratación individual (v. art. 7 LCS).

3.3.3. El asegurado

El operador profesional del sistema de inteligencia artificial, como potencial responsable civil, será el titular del interés asegurado. Reiteramos el interés que acabamos de indicar que tendrán los seguros colectivos en este ámbito, en los que una asociación de empresas de IA o la matriz de un grupo de sociedades dedicadas a operar en sistemas de IA, especialmente si son de alto riesgo; podrán contratar -como tomadoras- seguros colectivos que cubran la responsabilidad civil de las empresas de IA asociadas o filiales. Fórmula que ofrecerá dos ventajas evidentes: la primera es la mejor racionalización de la gestión de la cobertura de los riesgos derivados de la IA a nivel de grupo y la segunda ventaja es el presumible ahorro de costes por disminución del importe de las primas de estas pólizas colectivas frente al sumatorio de tantas pólizas individuales como operadores asegurados.

3.4.- RÉGIMEN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS OPERADORES DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

3.4.1. Seguro de régimen común o por grandes riesgos

El seguro de responsabilidad civil profesional de los operadores de sistemas de inteligencia artificial podrá calificarse como un seguro por grandes riesgos cuando reúna los criterios establecidos en el art. 11 de la LOSSEAR. En tal caso, se le aplicará la previsión del art. 44 de la LCS, por lo que los preceptos de esta LCS se le aplicarán con carácter dispositivo.

Cuando el seguro de responsabilidad civil profesional de los operadores de sistemas de inteligencia artificial no reúna los criterios establecidos en el art. 11 de la LOSSEAR, se calificará como un seguro de régimen común al que los preceptos de la LCS se le aplicarán con carácter imperativo conforme al art. 2 de esa misma LCS. Procede destacar que esta imperatividad busca la protección del tomador y del asegurado, llegando incluso a considerar

válidas las cláusulas eventualmente contrarias a dicha Ley pero que sean más beneficiosas para los asegurados (art. 2 LCS).

Una de las manifestaciones esenciales del principio tuitivo del asegurado consiste en los requisitos que debe cumplir el asegurador, al redactar la póliza, para que las cláusulas eventualmente limitativas de los derechos de los asegurados sean válidamente oponibles a estos. Se trata de los requisitos de resalte en el documento y aceptación específica por el asegurado (art. 3 LCS). En el caso de los seguros colectivos, la jurisprudencia se ha planteado la cuestión de la suficiencia de la aceptación de aquellas cláusulas por el tomador o de la necesidad de aceptación por el asegurado a quien se quieran oponer las limitaciones de sus derechos. En tal sentido, interesa destacar que la jurisprudencia general sobre los seguros colectivos sostiene que no resultan oponibles a los asegurados las cláusulas delimitadoras o limitativas del riesgo que no les hayan sido facilitadas ni hayan suscrito, aceptándolas expresamente⁴⁵.

3.4.2. Aplicación de la lcs

Según señalamos anteriormente, cuando estemos ante un seguro de responsabilidad civil profesional de los operadores de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, su carácter obligatorio conducirá a aplicarle, en primer lugar, su normativa específica Después, procederá aplicarle la LCS conforme a la siguiente sucesión lógica de preceptos:

⁴⁵ En este sentido, la Sentencia núm. 541/2016 de 14 septiembre de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 2016\4109) estableció que, en una póliza colectiva de seguro de accidentes merecía la calificación de una cláusula limitativa la determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado en función del grado de invalidez permanente y secuelas sufridas por el asegurado, expresado en una tabla contenida en las condiciones generales, en contradicción con las condiciones particulares, en las que únicamente figura una cifra fija, como importe de la indemnización por tal concepto; y que, no resultaba oponible al asegurado puesto que no constaba que el asegurado hubiera aceptado expresamente dicha limitación, ni siquiera que se le ofreciera la posibilidad de hacerlo, mediante el oportuno boletín de adhesión, o documento similar. También la Sentencia núm. 187/2016 de 16 junio de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) (JUR 2016\186070) estimó una reclamación de cantidad derivada de un seguro colectivo de desempleo por considerar que la aseguradora no podía oponer al asegurado el contenido de las cláusulas delimitadoras del riesgo incluidas en las cláusulas generales de la póliza ya que los únicos documentos que fueron facilitados al demandante fueron el boletín de adhesión y el certificado de seguro, sin que las condiciones generales fueran firmadas por éste, careciendo las mismas de virtualidad.



los que regulan el seguro de responsabilidad civil (sección 8ª del título II, arts. 73 a 76)⁴⁶, las disposiciones generales de los seguros de daños (sección 1ª del título II, arts. 25 a 44) y las disposiciones generales sobre los contratos de seguro (título I, arts. 1 a 24).

3.4.3 Aplicación de la Lossear.

Además de la normativa contractual antedicha, el asegurador en el seguro examinado estará sujeto a los deberes que le impone la normativa de ordenación y supervisión a través de la LOSSEAR y el ROSSEAR. En cuanto se refiere al contrato de seguro, estos deberes se establecen, fundamentalmente, en las “conductas de mercado” que deben seguir los aseguradores (capítulo VII del título III) y, más en concreto, en los deberes de información al tomador del seguro y a los asegurados que se corresponden con otros tantos derechos de estos últimos (art. 96 LOSSEAR y art. 122 ROSSEAR).

3.5.- LA DELIMITACIÓN SUSTANCIAL DEL RIESGO CUBIERTO POR REFERENCIA A LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

3.5.1. Definición general del riesgo cubierto.

El seguro de responsabilidad civil

profesional de los operadores de sistemas de inteligencia artificial será un contrato de seguro por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en la póliza, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo de los operadores de sistemas de inteligencia artificial de la obligación de indemnizar a una persona física o jurídica usuaria de tales sistemas por los daños y perjuicios causados por una actuación del propio operador o del personal empleado prevista en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable⁴⁷.

En la práctica, las pólizas definirán como actividad asegurada el desarrollo de sistemas de inteligencia artificial en ejercicio de la actividad profesional del operador, incluyendo las actuaciones y gestiones previas, posteriores y complementarias al ejercicio de aquella actividad.

En este punto, se plantea el problema concreto de las insuficiencias de cobertura del ciberseguro clásico y la necesidad de diseñar un nuevo seguro específico de inteligencia artificial y aprendizaje automático (AI / ML). En efecto, los fallos típicos de estos sistemas a los que antes nos hemos referido nos

⁴⁶ Ver, por todos, los comentarios de Fernando Sánchez Calero a estos preceptos en Sánchez Calero F., Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones, cit. p. 1589 y ss.

⁴⁷ Se trata de una adaptación de la definición del seguro de responsabilidad civil por el primer párrafo del art. 73 de la LCS que dice: “Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civil-

conducen a señalar inicialmente, que, dado que la modalidad principal a través de la cual los sistemas de ML y de AI manipulan los datos es el código y el software, un lugar natural para buscar respuestas es el seguro cibernético clásico (“existing cyber insurance”). Pero, llegados a este punto, vemos cómo algunos de los riesgos de la AI pueden ser cubiertos por el seguro cibernético clásico, pero otros no. Es por ello por lo que, si queremos avanzar en nuestra búsqueda, debemos establecer las diferencias entre las coberturas que ofrecen uno y otro tipo de seguro. En términos generales, el seguro cibernético cubre la seguridad de la información, la responsabilidad de la privacidad y la interrupción del negocio. De tal modo que, por ejemplo, los fallos de los sistemas de AI y ML que resultan en la interrupción del negocio y la violación de información privada probablemente estén cubiertas por el seguro cibernético existente; pero los fallos que redunden en daños a la marca, daños corporales y daños a la propiedad probablemente no estarán cubiertos por el seguro cibernético vigente

3.5.2. Descripción específica de los riesgos incluidos en la cobertura

En la práctica, las pólizas incluirán las coberturas básicas de la propia responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial, amén de su defensa jurídica frente a reclamaciones de terceros usuarios perjudicados y la prestación de fianzas judiciales para garantizar las responsabilidades civiles profesionales tanto derivadas de ilícitos civiles como de delito.

En este punto, interesa aislar cinco tipos de daños digitales asociados a la AI/ML que podrían estar cubiertos por el seguro cibernético vigente y otros que no lo estarían, por lo que precisarían de un seguro específico de AI y ML: Los ataques de robo de modelos (“Model Stealing Attacks”), la fuga de datos (“Data Leakage”), el daño corporal (“Bodily Harm”), el daño a la marca (“Brand Damage”) y el daño a la propiedad física (“Damage to Physical Property”)48.

3.5.3. Descripción específica de los riesgos excluidos de la cobertura

mente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

48 Para una descripción detallada de estos cinco tipos de daños digitales asociados a la AI/ML, nos remitimos a la entrada de nuestro blog financiero

En la práctica, las pólizas excluirán la responsabilidad civil derivada de una actuación dolosa del operador o del desarrollo de actividades ajenas al ejercicio de su actividad profesional de desarrollo de sistemas de inteligencia artificial, así como los daños causados al propio notario por infidelidades de sus empleados.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la exclusión de cobertura en caso de actuación dolosa del operador no excluirá su defensa jurídica frente a reclamaciones, si bien concede al asegurador un derecho de repetición frente al notario en caso de acreditación de su actuación dolosa.

3.6.- LA DELIMITACIÓN TEMPORAL DEL RIESGO CUBIERTO POR REFERENCIA A LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS CONTRA EL OPERADOR DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL ASEGURADO. LAS CLÁUSULAS “CLAIMS MADE”

El análisis de las características propias de las futuras reclamaciones de la responsabilidad civil de los operadores de los sistemas de inteligencia artificial, tanto ante la jurisdicción civil como ante la penal; nos permite vaticinar que sus negligencias profesionales se pueden manifestar pasado un tiempo desde el momento de su comisión. Es por ello por lo que, en este tipo de seguros de responsabilidad civil profesional, tiene particular importancia la delimitación temporal del riesgo cubierto. Ello es así porque, con frecuencia, el daño en el patrimonio del usuario de un sistema de inteligencia artificial se manifestará pasado un tiempo desde la intervención del operador y, por ello, la reclamación del tercero perjudicado o de sus herederos se formulará en ese momento. En tal caso, es posible que, durante ese periodo de tiempo, haya sobrevenido un periodo de seguro distinto. Lo cual no planteará problemas de cobertura si continúa actuando el mismo asegurador en ambos periodos; pero si puede plantearlos si hay un cambio el asegurador.

Lo anterior nos lleva a recordar que, en este tipo de seguro, existen dos acontecimientos fundamentales para determinar la cobertura del asegurador que son, por su orden cronológico: primero, el hecho causante o generador del daño, que consistirá en la utilización del sistema de inteligencia artificial, acaecido en

(ajtapia.com) de 2 de diciembre de 2020 sobre “Robots responsables (2): La responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial y su seguro”.

el día X; y, segundo, la reclamación del usuario de aquel sistema que resulte perjudicado que será posterior a la manifestación del daño o lesión patrimonial, acaecida en el día Y, siendo Y posterior a X. Cabría, incluso, referirse, basándose en la doctrina jurisprudencial, a tres hechos relevantes: la utilización del sistema de inteligencia artificial; el de la ocurrencia o manifestación del daño y el de la formulación de la reclamación contra el operador por parte del usuario perjudicado.

Es importante señalar que la jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido – sobre la base del párrafo primero del art. 73 de la LCS que, como antes vimos, se refiere al *“nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato”*– que el momento decisivo para determinar la cobertura del asegurador es aquel en el que se produce el hecho generador de la responsabilidad civil. Que, en este seguro será el acto o intervención del operador.

Lo anterior significa que la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional del operador de los sistemas de inteligencia artificial deberá cubrir a los operadores asegurados frente a reclamaciones que deriven de actos o intervenciones acaecidas en el periodo de seguro, con independencia del momento en el que aquellas reclamaciones se formulen; si bien puede limitar aquellas reclamaciones siempre que se cumplan la garantías establecidas en el segundo párrafo del art. 73 de la LCS, a las que nos referimos seguidamente. En efecto, partiendo de la distinción anterior, entre el hecho causante (utilización del sistema de inteligencia artificial) y la reclamación del usuario como tercero perjudicado o de sus herederos, podemos distinguir dos hipótesis temporales:

a) La primera es cuando la utilización del sistema de inteligencia artificial (hecho causante) y la reclamación del usuario perjudicado coinciden en el período de vigencia de la póliza. En este caso de coincidencia temporal no hay duda razonable sobre la cobertura por parte del asegurador de la responsabilidad civil reclamada de ese periodo.

b) La segunda se produce cuando solo uno de tales hechos acaece en el período de seguro. A su vez, pueden darse dos situaciones de divergencia temporal: La primera se producirá cuando la utilización del sistema de inteligencia

artificial anterior al período de seguro da origen a una reclamación durante la vigencia de la póliza. La segunda se produce cuando la utilización del sistema de inteligencia artificial acaecida durante la vigencia de la póliza da lugar a una reclamación posterior.

Para permitir la programación en las pólizas de ambas hipótesis y por razones de seguridad jurídica, el legislador introdujo un segundo párrafo en el art. 73 de la LCS para fijar las condiciones de admisibilidad de las cláusulas que delimitan la cobertura de los seguros de responsabilidad civil por referencia a las reclamaciones (las denominadas *“claims made”*)⁴⁹.

Por lo tanto, resulta admisible excluir la cobertura del asegurador mediante la correspondiente cláusula limitativa en la póliza de seguro que deje fuera las reclamaciones realizadas más allá del año siguiente al término del período de seguro o los usos del sistema de inteligencia artificial acaecidos con una antelación superior a un año al inicio de efectos de la póliza. Y, por esta misma razón, a falta de cláusulas limitativas en los sentidos indicados, el asegurador responderá de la cobertura de la responsabilidad civil del operador asegurado derivada de la utilización del sistema de inteligencia artificial acaecida durante el período de vigencia de la póliza, con independencia del momento en que se produzca la reclamación del usuario perjudicado, siempre que el tercer perjudicado demuestre que el hecho causante se produjo en el período del seguro y ello porque la Jurisprudencia da primacía al propio hecho causante⁵⁰.

49 Lo hace del modo siguiente: *“Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”*.

50 En este sentido nos pronunciamos en nuestro manual de *“Derecho de seguros y fondos de pensiones”*, Ed. Iustel, Madrid 2014, p.184.

En la práctica, las pólizas delimitarán temporalmente el riesgo cubierto por referencia a la presentación formal de la reclamación frente al operador del sistema de inteligencia artificial (mediante comunicación escrita, carta, fax, telegrama, etc.) durante el periodo de vigencia de la póliza, con independencia de que el hecho causante se haya producido antes de la vigencia de la póliza (siempre que fuera desconocido) o durante dicha vigencia.

3.7.- LA DEFENSA JURÍDICA DEL OPERADORES DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL ASEGURADO FRENTE A LA RECLAMACIÓN DEL USUARIO PERJUDICADO O DE SUS HEREDEROS.

En estos seguros de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial, por regla general y en un principio, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del usuario perjudicado contra el operador y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. Y el operador asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador (art. 74 LCS)⁵¹.

La regla general anterior cuenta con dos excepciones, todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 74 de la LCS⁵²:

a) La primera es voluntaria u optativa y consiste en que la póliza otorgue al operador tomador y asegurado la facultad de elegir al abogado o procurador que asuma la dirección jurídica de su defensa, cubriendo el asegurador los gastos consiguientes. En la práctica, cuando un seguro de responsabilidad civil profesional reconoce al asegurado dicha facultad (lo que

sucede, por ejemplo, en algunos seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades, denominados seguros de D&O), el asegurador se reserva la aprobación previa de los honorarios del abogado elegido o admite “ab initio” los honorarios de los abogados de un “panel” de firmas legales relacionadas en un anexo de la póliza.

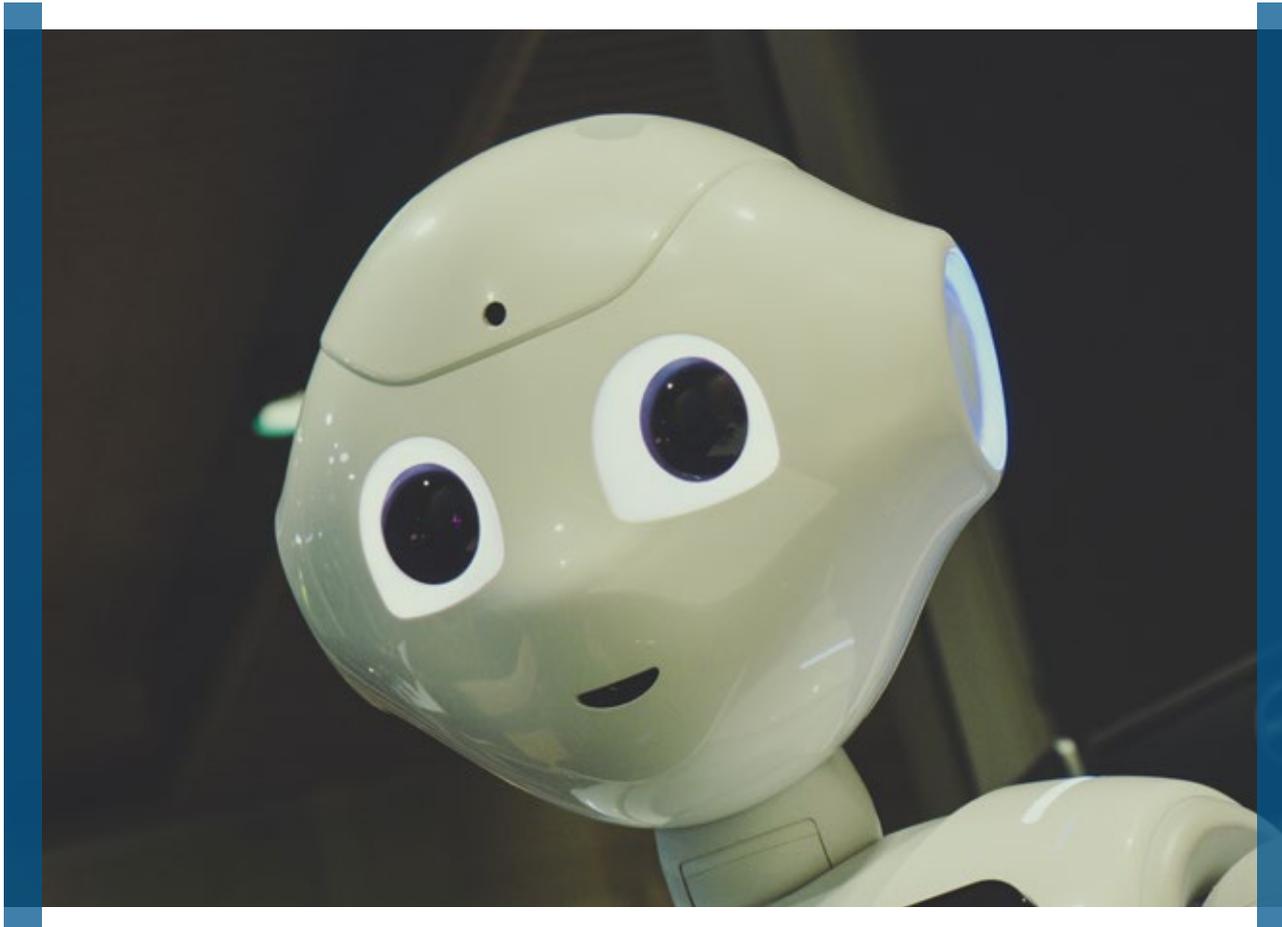
b) La segunda excepción es obligatoria y nace cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses porque, en este caso, el asegurador deberá comunicar de inmediato al operador de sistemas de inteligencia artificial asegurado y demandado la existencia de esas circunstancias para que asegurado pueda optar entre mantener la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, abonando el asegurador los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza. Y todo ello sin perjuicio de que el asegurador deberá realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa del al personal de enfermería asegurado y demandado. En la práctica, la póliza establece un mecanismo de designación de los abogados defensores del notario demandado de común acuerdo entre la entidad aseguradora abridora de la póliza y el Consejo General tomador de la misma; con aceptación automática por la primera de los letrados incluidos en la relación que obra en el protocolo de gestión de siniestros, siempre que sus honorarios se acomoden a las reglas acordadas en dicho protocolo. Se reserva al operador asegurado la facultad de designar libremente a letrados y procuradores que le asistan en procedimientos abiertos ante la jurisdicción penal, si bien con reserva de comunicación a la aseguradora de los criterios de fijación de sus honorarios.

3.8.- LA ACCIÓN DIRECTA DEL USUARIO DE UN SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL PERJUDICADO O SUS HEREDEROS CONTRA EL ASEGURADOR DEL OPERADOR

Al amparo del seguro de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial, el usuario perjudicado por la actuación profesional dañosa del operador asegurado o sus herederos podrán dirigir una acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Frente a esta acción directa, el asegurador no podrá oponer al tercero perjudicado las excepciones que tenga frente al notario asegurado; pero si podrá oponer

⁵¹ Ver, por todos, el comentario del art. 74 de la LCS por Fernando Sánchez Calero en Sánchez Calero F., Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones, cit. p. 1589 y ss.

⁵² Que dice “Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador.(...) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”.



la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste (art. 76 LCS)⁵³.

En relación con lo anterior, hay que hacer dos precisiones que afectan a otras tantas relaciones:

a) Primera, a la relación entre el notario asegurado y el asegurador porque, si el siniestro ha sido fruto de una conducta dolosa del operador asegurado, el asegurador, después de pagar la indemnización al tercero perjudicado o a sus herederos, tendrá derecho de repetición contra el operador asegurado.

b) Segunda, a la relación entre el operador asegurado y el usuario perjudicado, porque el primero está obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido. Todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 76 de la LCS⁵⁴.

⁵³ Ver, por todos, el comentario del art. 76 de la LCS por Fernando Sánchez Calero en Sánchez Calero F., Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones, cit. p. 1721 y ss.

⁵⁴ Que dice: "El perjudicado o sus herederos tendrán ac-

3.9.- LA TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS OPERADORES DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Según adelantamos al hablar de la aplicación a este seguro de las normas de ordenación y supervisión contenidas en la LOSSEAR y en el ROSSEAR, el impacto fundamental de esta normativa de ordenación se produce en cuanto a los deberes de información al tomador del seguro y al operador asegurado⁵⁵. En concreto, estos deberes de los aseguradores - que se corresponden con otros tantos derechos de los primeros- inciden en los tres aspectos siguientes:

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

⁵⁵ V el art. 96 de la LOSSEAR y el art. 122 del ROSSEAR.

En la información previa general que debe ofrecer el asegurador sobre su identificación y el régimen de las eventuales reclamaciones. En la información previa específica que debe ofrecer en los seguros colectivos a través de los boletines de adhesión o certificados de seguro. En la información financiera y de solvencia del asegurador.

3.10.- EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS OPERADORES DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

3.10.1. Las obligaciones del tomador y de los asegurados.

Procede destacar las particularidades que presentarán las obligaciones siguientes:

a) En cuanto a la declaración precontractual del riesgo, en estas pólizas se establecerá que el seguro se basa en la declaración de las circunstancias del riesgo por el tomador conforme al cuestionario presentado por el asegurador (art. 10 LCS). Y, conforme a este precepto legal, conviene recordar que la omisión de circunstancias relevantes por el tomador, cuando se acredite que hayan sido imputables a su dolo o culpa grave, puede conducir a la liberación de sus obligaciones por el asegurador. En este punto, tendrá una importancia decisiva la calificación del sistema de IA como de alto riesgo. evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo dicho en el epígrafe I.3.3. de este estudio sobre la Propuesta de Reglamento aneja a la RIAR que distingue dos regímenes de responsabilidad civil derivada de los sistemas de IA de acuerdo con su grado de riesgo respectivo y, en especial, prevé un régimen de responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo.

b) En cuanto al pago de la prima, en estas pólizas se podrá establecer el pacto en contrario previsto en el art. 15 de la LCS conforme al cual, la cobertura de la póliza tiene plenos efectos desde la fecha que se indique, sin que se produzca la liberación del asegurador aun cuando el siniestro se produzca antes de que se haya pagado la primera prima. Pacto este innecesario cuando se trate de primas sucesivas.

c) En cuanto a la comunicación de la agravación del riesgo, en estas pólizas se establecerá, previsiblemente, que su tomador se obligará a comunicar al asegurador la alteración sustancial del riesgo. Deber este que

-conforme a la redacción vigente del art. 11 de la LCS- debe entenderse referido a los factores y circunstancias declaradas en el cuestionario y que sean de tal naturaleza que, si hubieran sido conocidas por el asegurador en el momento de la perfección del contrato, no lo hubiera celebrado o lo hubiera concluido en condiciones más gravosas.

3.10.2. Las obligaciones del asegurador.

Procede destacar las particularidades que presentarán las obligaciones siguientes:

a) En cuanto al pago de la indemnización, se plantearán dos cuestiones de la máxima importancia que son: Por una parte, la fijación de la suma asegurada (art. 27 LCS) que podrá afectar a un doble nivel, cuando se trate de pólizas colectivas: a nivel individual, donde se fija la cuantía máxima en euros por siniestro y operador asegurado; y, a nivel colectivo, donde se fija la cuantía máxima agregada en euros por todos los operadores asegurados y todas las coberturas durante el periodo anual del vigencia de la póliza. En este punto, por lo tanto, tiene una especial importancia la delimitación contractual de lo que se entiende por siniestro, incluyendo el siniestro en serie. Por otra parte, la fijación de las franquicias o deducibles que aplicará el asegurador por cada siniestro, tanto con carácter general como con carácter particular para cada cobertura.

b) En cuanto a la gestión del siniestro, en estas pólizas se establecerán protocolos de actuación de común acuerdo entre el operador del sistema de inteligencia artificial que actúe como tomador y asegurado y los aseguradores para administrar de la forma más eficiente las reclamaciones.

3.11.- ALGUNOS EJEMPLOS DE EXIGENCIA DE LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL OBLIGATORIOS PARA LOS OPERADORES PROFESIONALES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

3.11.1. Los seguros de responsabilidad civil obligatorios para los operadores profesionales de la inteligencia artificial en general dentro del Derecho de la UE proyectado

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial que obra en el Anexo a la RIAR dice que su objeto consistirá en *“establecer normas en relación con*

las demandas por responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas contra los operadores de sistemas de IA” (art. 1) y su ámbito de aplicación se extenderá, “*en el territorio de la Unión a aquellos casos en que una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA haya causado daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física de una persona física y los bienes de una persona física o jurídica, o bien haya causado daños morales considerables que den lugar a una pérdida económica comprobable*” (art. 2).

Una vez fijado su objetivo y su ámbito de aplicación, la Propuesta de Reglamento aneja a la RIAR distingue dos regímenes de responsabilidad civil derivada de los sistemas de IA de acuerdo con su grado de riesgo respectivo. En primer lugar, un régimen de responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo que se establece diciendo que “*el operador de un sistema de IA de alto riesgo será objetivamente responsable de cualquier daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por dicho sistema de IA*”. Adviértase que el anexo al Reglamento enumerará todos los sistemas de IA de alto riesgo y los sectores críticos en los que se utilizan y la Comisión estará facultada para adoptar actos delegados para modificar dicha lista exhaustiva (art. 4).

Como un elemento típico de las regulaciones de los sistemas de responsabilidad civil objetiva se establece su cobertura preventiva mediante la exigencia de un seguro obligatorio de responsabilidad civil para los operadores de sistemas de IA de alto riesgo. El diseño inicial de este seguro se basa en el régimen del seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles⁵⁶.

3.11.2. Los seguros obligatorios de responsabilidad civil que exige a los promotores de los espacios controlados de pruebas (“regulatory sandboxes”) la Ley 7/2020, para la transformación digital del sistema financiero y su aseguramiento

En el Derecho español vigente, procede destacar el régimen de la responsabilidad civil del promotor por los daños infligidos a

⁵⁶ En este sentido, el PE “opina que, sobre la base del potencial significativo para causar un daño o un perjuicio y teniendo en cuenta la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, todos los

los participantes como consecuencia de su participación en las pruebas que ha establecido la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero al regular los espacios controlados de pruebas (“regulatory sandboxes”)⁵⁷. En efecto, su art. 12 establece un régimen de la responsabilidad que opera sobre una doble base:

a) Subjetiva que establece la identidad de los sujetos deudores y acreedores de la deuda de responsabilidad que, a su vez, opera en dos sentidos:

a.1) En sentido afirmativo, por la imputación de la eventual responsabilidad al promotor del proyecto con un doble alcance de imputación subjetiva o por culpa cuando dice que “*la responsabilidad por los daños sufridos por los participantes como consecuencia de su participación en las pruebas será exclusivamente del promotor cuando se produzcan por un incumplimiento suyo del protocolo, se deriven de riesgos no informados por él o cuando medie culpa o negligencia por su parte*” e imputación cuasi-objetiva o por riesgo cuando dice que “*en caso de daños derivados de fallos técnicos o humanos durante el transcurso de las pruebas la responsabilidad será igualmente del promotor*”.

a.2) En sentido negativo, por la exclusión de la responsabilidad de las autoridades que intervengan durante el desarrollo de las pruebas que “*no serán responsables de los posibles daños y perjuicios que pudieran originarse*”⁵⁸.

b) Objetiva que establece la noción del daño resarcible cuando la Ley 7/2020 precisa que “*no se considerarán daños las pérdidas que deriven de la fluctuación de los mercados*

operadores de sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el anexo del Reglamento propuesto deben ser titulares de un seguro de responsabilidad civil; considera que ese régimen de seguro obligatorio para los sistemas de IA de alto riesgo debe cubrir los importes y el alcance de la indemnización establecidos por el Reglamento propuesto; es consciente de que actualmente dicha tecnología es todavía muy inusual, ya que presupone un alto grado de toma de decisiones autónomas, y de que, por consiguiente, los debates actuales están orientados sobre todo al futuro; cree, no obstante, que la incertidumbre relacionada con los riesgos no debe hacer que las primas de seguro sean prohibitivamente elevadas y convertirse así en un obstáculo para la investigación y la innovación” (apartado 24 de la RIAR).

⁵⁷ Sobre esta Ley, puede verse la entrada de nuestro blog financiero (ajtapia.com) de 17.11.2020 sobre “FINTECH: Ley 7/2020 para la transformación digital del sistema financiero: Espacios controlados de pruebas (“regulatory sandboxes”) y otras medidas de innovación en las tecnofinanzas”.

⁵⁸ Resulta particularmente contundente la Ley 7/2020 en

conforme a lo establecido para cada caso en el correspondiente protocolo” (art. 12.2) y añade que “los participantes serán resarcidos conforme al régimen previsto en el protocolo de las pérdidas patrimoniales y otros daños derivados directamente de dicha participación siempre que el promotor sea responsable del perjuicio causado conforme a lo previsto en este artículo” (art. 12.3).

Y la muestra de la interferencia típica entre el establecimiento de una responsabilidad civil legal de un operador económico profesional y su cobertura preventiva mediante un seguro obligatorio se nos muestra cuando este régimen específico de responsabilidad civil se completa -como es habitual- con una referencia genérica que establece el art. 13 de la Ley 7/2020 a la cobertura preventiva del riesgo de esta eventual responsabilidad por los daños y perjuicios mediante la contratación por los promotores de garantías financieras suficientes en forma de seguros, avales bancarios o fianzas.

IV. CONCLUSIONES.

Primera. La responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial y su aseguramiento muestran, en los últimos tiempos y mostrarán con mayor intensidad en un futuro inmediato, una interacción en forma de interferencia recíproca directamente proporcional ya que, a mayor número de reclamaciones, mayor necesidad del seguro de responsabilidad civil que, a su vez, favorecerá las reclamaciones, dada la conciencia del usuario o consumidor de la existencia del patrimonio solvente de la aseguradora para cubrir los daños que ha sufrido a resultas del uso de los sistemas de inteligencia artificial.

Segunda. El contraste que se observa en la actualidad entre un cierto subdesarrollo de la “cultura de la reclamación” en el mundo de la inteligencia artificial y el desarrollo notable de los usos de dicha inteligencia permite aventurar un crecimiento exponencial de las reclamaciones de responsabilidad civil -en sede judicial y extrajudicial- de los consumidores frente a los operadores de sistemas de inteligencia artificial en un futuro próximo.

Tercera. Es más que previsible que las reclamaciones de responsabilidad civil contra

esta exclusión cuando reitera que “en ningún caso podrá el protocolo prever que el promotor sea resarcido por la Administración de las pérdidas patrimoniales resultantes de su participación en el espacio controlado de pruebas” (art. 12.4).

los operadores de sistemas de inteligencia artificial se incrementen en su número y cuantía tanto por razones generales, como es la denominada “cultura de la reclamación” que rige en las sociedades desarrolladas respecto de las actividades económicas y las profesiones en general; como por razones específicas, como son la digitalización creciente de la economía y, en particular, de las tecnofinanzas (Fintech) con el empleo masivo de algoritmos (que generarán mayor riesgo de siniestralidad conforme a la ecuación de función - obligación - responsabilidad).

Cuarta. La responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial puede derivar de ilícitos civiles, en forma de responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a los arts. 1101 y 1902, respectivamente, del Código Civil; o de ilícitos penales, en forma de responsabilidad civil derivada de delito, delito conforme al art. 116 del Código Penal. Respecto de esta última destaca la responsabilidad civil directa del asegurador que establece en artículo 117 del Código Penal.

Quinta La exigencia de responsabilidad civil a los operadores de sistemas de inteligencia artificial requiere acreditar la concurrencia de tres requisitos esenciales: la actuación negligente o dolosa del operador, el daño sufrido por el usuario que la reclama y la relación de causalidad eficiente entre los dos elementos anteriores.

Sexta.. En cuanto al primer requisito de la actuación negligente o dolosa del operador de sistemas de inteligencia artificial, los fallos en los sistemas de inteligencia artificial pueden ser de dos tipos: fallos intencionados, jurídicamente calificables como dolosos o gravemente culposos; y fallos no intencionados o casuales, que pueden proceder de negligencia leve o de fuerza mayor o caso fortuito. A su vez, ambos fallos pueden proceder del operador asegurado, de sus empleados o de un tercero que interfiera en el funcionamiento de tales sistemas (por ejemplo, después de la comercialización de un producto que incorpora factores de IA). Cada tipo de fallo producirá -o no- el nacimiento de la deuda correspondiente de responsabilidad civil y será imputable al sujeto causante respectivo; jugando, en caso de duda y en defensa del usuario, el principio de solidaridad de los agentes de los sistemas de IA.

Séptima. En cuanto se refiere al segundo requisito de la acreditación de un daño patrimonial, este daño debe caracterizarse por

ser real (que pueda probarse su existencia), resultar evaluable económicamente y constituir una lesión física o mental o bien daño material o inmaterial. El examen de la jurisprudencia en este tipo de seguros de responsabilidad civil profesional o empresarial nos permite aventurar que una parte significativa de las reclamaciones se desestimarán porque los actores no acreditarán el daño patrimonial sufrido; sin que ello sea óbice para recordar que, en algunas ocasiones, los tribunales han admitido como daño resarcible la pretensión de reparación in natura por equivalencia y han condenado también a indemnizar los daños morales.

Octava. En cuanto se refiere al tercero de los requisitos, consistente en la acreditación de una relación de causalidad eficiente entre el acto negligente del operador de sistemas de inteligencia artificial y el daño patrimonial sufrido por el usuario que reclama; podemos pronosticar, sobre la base del examen de la jurisprudencia dictada sobre este tipo de seguros de responsabilidad civil profesional o empresarial, que una parte significativa de reclamaciones de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de IA se desestimarán por falta de acreditación de aquella relación de causalidad por los reclamantes.

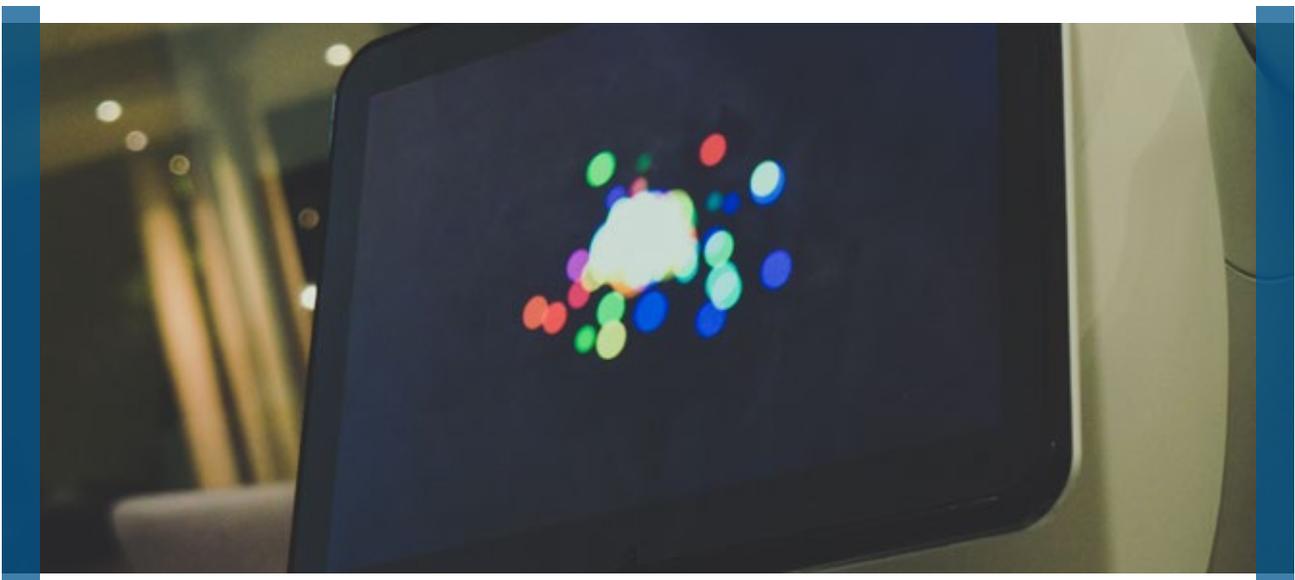
Novena. El aseguramiento de la responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial se realizará mediante un seguro de responsabilidad civil que presentará tres características esenciales: será un seguro obligatorio para los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo y voluntario para el resto de sistemas de inteligencia artificial; será un seguro de responsabilidad civil

empresarial o profesional; y podrá estructurarse como un seguro individual o colectivo.

Décima. El seguro de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial se regirá por la normativa específica que le resulte aplicable, cuando se trate de un seguro obligatorio de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo y por la Ley de Contrato de Seguro, que se aplicará con carácter imperativo por regla general o dispositivo si se trata de un seguro por grandes riesgos que cumpla los requisitos del art. 11 de la LOSSEAR. Todo ello sin perjuicio de que el asegurador deba cumplir con las normas de conducta –especialmente en materia de documentación e información– que le imponen la LOSSEAR y el ROSSEAR.

Undécima. Los puntos críticos del seguro de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial serán: la delimitación material de la cobertura, con las inclusiones y exclusiones pactadas en la póliza; la delimitación temporal de la cobertura, con la precisión de las reclamaciones cubiertas; el régimen de la defensa jurídica del operador demandado y de la acción directa del usuario perjudicado frente a la aseguradora.

Duodécima. El diseño adecuado del seguro de responsabilidad civil de los operadores de sistemas de inteligencia artificial deberá producir un doble y recíproco beneficio: para los operadores, cuyo patrimonio se mantendrá indemne frente a las reclamaciones de los usuarios perjudicados; y para los usuarios, que contarán con la garantía preventiva y adicional prestada por el asegurador.





jurisprudencia

Tribunal Constitucional

RESPONSABILIDAD
CIVIL

En un supuesto de presunta responsabilidad sanitaria, la inobservancia del principio de disponibilidad probatoria dio lugar a que la sentencia desestimatoria de la demanda-contencioso-administrativa formulada por la hija del paciente fallecido supusiera una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y vulneración del principio de igualdad de armas procesales, por lo que se declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas, retrotrayéndose el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª)
de 16 de noviembre de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Enriquez Sancho

1. Objeto del proceso:

Se interpone la demanda de amparo contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido por la aquí recurrente contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación por responsabilidad patrimonial deducida contra el Servicio Madrileño de Salud, a cuyo personal destacado en el Centro de Salud de Torrelodones atribuye mala praxis en la asistencia médica prestada al padre de la recurrente el 7 de marzo de 2015, fallecido el 26 de ese mismo mes en el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda. Se recurre también contra el auto que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones instado

contra la sentencia. Frente a estas resoluciones judiciales, la demanda argumenta, en síntesis y conforme a lo expuesto en los antecedentes: (i) la vulneración del derecho fundamental a una resolución judicial congruente (art. 24.1 CE), por no haberse pronunciado el juzgado sobre la cuestión principal planteada en su demanda de instancia, la imposibilidad de poder probar que se había producido una demora injustificada de más de dos horas en prestar la asistencia que necesitaba el padre de la recurrente, al haber desaparecido los dos electrocardiogramas que se le realizaron en el centro de salud y que evidenciaban que estaba sufriendo un infarto, lo que conllevaba la aplicación por el juez del principio de facilidad probatoria, del que no hizo uso; y (ii) la vulneración del derecho a no padecer indefensión, invocando los arts. 24.2 CE y 24.1 CE, dado que ha habido una inversión de la carga de la prueba, justamente por la no aplicación del principio de facilidad probatoria.

Las partes del proceso *a quo* aquí personadas, la Comunidad de Madrid, y la entidad Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, S.A., han interesado la inadmisión del recurso de amparo por diverso motivo, y en su defecto su desestimación por no haberse producido las lesiones constitucionales que se invocan de contrario. A su vez, la fiscal ante este Tribunal Constitucional ha solicitado la estimación de la demanda por las dos quejas que formula la recurrente.

Antes de abordar la resolución de las cuestiones planteadas, se impone hacer una precisión acerca del objeto de este proceso: pese a lo expresado en sus escritos de alegaciones por Zurich Insurance y por la fiscal, no cabe entender que estemos aquí ante un recurso de amparo mixto. El hecho de que el escrito de demanda mencione, como es lógico, que la sentencia impugnada desestimó un recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución desestimatoria presunta administrativa de la reclamación patrimonial, no convierte a esta última en acto formalmente impugnado en este proceso, por más que sea evidente la discrepancia de la demandante con su resultado. Tanto la fundamentación jurídica de la demanda, como su suplico, lo que pretende es la nulidad de las resoluciones del juzgado *a quo*, y en ningún caso la retroacción del procedimiento a la vía administrativa previa. Por lo demás, al no tratarse de un procedimiento administrativo sancionador el sustanciado en este caso, no les serían aplicables los derechos y garantías del art. 24 CE, conforme reiterada doctrina de este tribunal que los reserva para

los de esta última índole [entre otras, SSTC 46/2014, de 7 de abril, FJ 7; 8/2017, de 19 de enero, FJ 6; y 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4 a)].

Es cierto que en el bloque dedicado a la justificación de la especial trascendencia constitucional la demanda dice que se trata de un amparo mixto, porque la indefensión ya se produjo en la vía administrativa y ha sido reiterada por el juez, a diferencia de la incongruencia omisiva que solo la comete este. Más de esa sola afirmación no deduce ninguna consecuencia en cuanto a ampliar el objeto formal del recurso, que no refleja en los apartados correspondientes de la demanda dedicados a los motivos de fondo ni en el suplico, debiendo recordarse nuestra doctrina sobre la necesaria disociación de los argumentos que articulan la especial trascendencia constitucional y las quejas constitucionales de mérito [SSTC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2; 146/2016, de 19 de septiembre, FJ 2; 37/2019, de 26 de marzo, FJ 3 b), y 59/2019, de 6 de mayo, FJ 3 a)]; además de que no podría ser en su caso atendible, se insiste, en virtud de la naturaleza no sancionadora del expediente de origen.

Por tanto, el presente recurso es un amparo del art. 44 LOTC, en el que hemos de examinar únicamente la actuación del órgano judicial al administrar las pruebas obrantes en la causa y resolver sobre ello en su sentencia, así como en el posterior auto denegatorio de la nulidad solicitada.

2. Óbices de admisibilidad:

a) Alega la letrada de la Comunidad de Madrid, que en el escrito de demanda falta el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso, porque en este apartado «se limita de forma genérica a invocar la vulneración de los derechos fundamentales» del art. 24 CE, sin referirse a los criterios del art. 50.1 b) LOTC, solo aprovecha para discrepar de la valoración de la prueba cumplida por la sentencia impugnada. Procede a su juicio la inadmisión del recurso por «carecer de argumentación alguna dirigida a justificar» dicho requisito legal.

El óbice así expuesto, en cuanto reprocha a la demanda la falta de justificación o cuanto menos una insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional, ha de ser rechazado. Como se ha hecho constar en los antecedentes, el escrito de la recurrente

propone dos causas de especial trascendencia, la segunda de las cuales en efecto no es conducente porque reitera las lesiones de fondo. Pero sí es válida en cambio la primera de ellas, expresando que sobre el problema planteado no existe doctrina de este tribunal, en concreto la incidencia que tiene para el ejercicio del derecho de defensa y de tutela judicial efectiva, la desaparición de la historia clínica de un paciente, en orden a los procesos donde esa documental sería relevante. La justificación por tanto fue suficiente y cierta, como apreciamos en nuestra providencia de admisión a trámite del recurso, con remisión a la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a), debiendo recordarse que, conforme a nuestra doctrina, «es a este tribunal a quien corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, que encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1 LOTC» [entre las últimas, SSTC 46/2019, de 8 de abril, FJ 3 c); 59/2019, de 6 de mayo, FJ 3 b), y 3/2020, de 15 de enero, FJ 4].

b) Por su parte, la entidad Zurich Insurance plantea en su escrito de alegaciones que la demanda de amparo ha incumplido, de un lado, con el requisito de agotamiento de la vía

judicial previa, exigido en el art. 44.1 a) LOTC, por haber interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones y no de complemento de sentencia; y de otro lado, con la prohibición de pedir a este tribunal que valore la prueba del proceso *a quo*, lo que impide el art. 44.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora.

Ambos motivos han de ser desestimados: (i) siguiendo el orden de exposición, no cabe entender mal agotada la vía judicial previa. Ante todo, porque el incidente se interpuso no solamente para denunciar la incongruencia omisiva, sino también la indefensión derivada de la no aplicación del principio de facilidad probatoria, queja esta última cuya reparación no tiene cabida a través del incidente de complemento de los arts. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 215 LEC –aplicables supletoriamente en el proceso contencioso-administrativo–, y en cambio sí mediante el incidente de nulidad ex arts. 241 LOPJ y 228 LEC. Pero es que, además, y ya respecto de la incongruencia omisiva, la doctrina de este tribunal es reiterada en cuanto a considerar como instrumentos similares e idóneos para reparar esta lesión del art. 24.1 CE, tanto al incidente de nulidad de actuaciones como al de complemento de resoluciones, bastando a la parte interesada con promover alguno de los



dos para cumplir con lo exigido por el art. 44.1 a) LOTC (entre otras, SSTC 288/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; 144/2007, de 18 de junio, FJ 2 –citada por la entidad comparecida–; 24/2010, de 27 de abril, FJ 2; o la 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 3).

(ii) No ofrece mayor recorrido la objeción de que se pretende que este tribunal valore la prueba del proceso *a quo*. Dejando al margen que la demanda de amparo no contiene ningún apartado en el que se exprese tal solicitud, lo que en realidad viene a cuestionar la entidad comparecida no es un óbice de admisibilidad en sí, sino una prevención sobre el alcance de nuestra potestad de control al resolver las quejas de fondo planteadas por la recurrente. Lo importante, a los efectos formales del precepto que se cita, art. 44.1 b) LOTC, es que las lesiones del art. 24 CE que denuncia la demanda se achacan «de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial», como exige nuestra Ley Orgánica reguladora. La desestimación pues de los óbices alegados, da paso al examen de las quejas de fondo deducidas.

3. Examen de la queja de incongruencia omisiva:

En un orden lógico de enjuiciamiento, hemos de acometer en primer lugar el estudio de la queja de la demanda sobre la incongruencia omisiva de la sentencia –que no subsana, según la recurrente, el posterior auto desestimatorio de la nulidad–, pues de ser esta estimada obligaría, como medida de reparación del derecho fundamental, a acordar la retroacción de las actuaciones para que precisamente el juzgado resolviera la cuestión, sin que nada más tuviera que decirse ya de los términos con que aparecen dirimidas las pretensiones de las partes en los fundamentos y fallo de aquella sentencia.

Así las cosas, como señalamos por ejemplo en nuestra STC 128/2017, de 13 de noviembre (dictada a propósito de una sentencia contencioso-administrativa), FJ 8, ha de tenerse en cuenta «la doctrina establecida por este tribunal en torno a la prohibición de incongruencia omisiva o *ex silentio*, recopilada, entre otras muchas, en las SSTC 52/2005, de 14 de marzo; 4/2006, de 16 de enero; 85/2006, de 27 de marzo; 138/2007, de 4 de junio; 144/2007, de 18 de junio; y 165/2008, de 15 de diciembre», por mor de la cual dicha «incongruencia omisiva o *ex silentio* se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las

pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (STC 40/2006, de 13 de febrero, por todas). A tales efectos, se plantea la necesidad «de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno» (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2)».

En aplicación de esta doctrina, la presente queja ha de ser desestimada. Como pone de relieve la demanda, la cuestión relativa a la aplicación del principio de facilidad probatoria derivada de la pérdida de los electrocardiogramas realizados en el centro de salud, permitiría acreditar la concurrencia del nexo de causalidad (retraso excesivo e injustificado en la prestación sanitaria debida) sobre los que sustentaba su pretensión procesal de instancia, como antes en la vía administrativa la reclamación deducida ante el Servicio Madrileño de Salud. La sentencia no omite ni la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba (fundamento de Derecho quinto), ni la consideración de que aquella cuestión –la de la pérdida de los electrocardiogramas– formaba parte del debate tanto en los informes administrativos del expediente, como en las dos periciales médicas aportadas, de lo cual se ocupa a su vez en el fundamento de Derecho sexto. En este se mencionan expresamente algunos pasajes de la pericial de la actora que se refieren a ello: «faltan los dos electrocardiogramas realizados al paciente [...]. Que en el segundo electrocardiograma, que

tampoco ha aparecido [...]. Que la desaparición de los electrocardiogramas del centro de salud deja a la familiar indefensa [...]». Luego la sentencia se centra en el informe pericial de la codemandada, al que da mayor credibilidad, según añade, conforme a las reglas -no escritas- de la sana crítica, art. 348 LEC. Por si ello no fuera suficiente, se le plantea de nuevo el asunto, ahora como queja de incongruencia omisiva en el escrito de nulidad, respondiendo el juzgado en el auto desestimatorio de esta última, reproduciendo en los antecedentes el fundamento sexto de la sentencia, y añadiendo que la sentencia «contiene un motivado pronunciamiento, dando respuesta a las pretensiones planteadas por las partes», y que «la historia clínica sí figuraba en el expediente administrativo, habiendo sido objeto de la correspondiente valoración, conjuntamente con el resto de periciales practicadas» (razonamiento jurídico segundo).

Se desprende de todo ello que el magistrado-juez sí ha resuelto la cuestión planteada por la actora aquí recurrente, evidentemente de modo contrario a lo pretendido por esta y en términos que, desde la perspectiva constitucional estricta del derecho a no padecer indefensión, después se examinará. Pero aquel ha aplicado las reglas de carga de la prueba que entendía procedentes, ha valorado la historia médica que está disponible (no dice que estuviera completa) y los informes periciales aportados, y con ello ha alcanzado un resultado que no puede confundirse con una falta de pronunciamiento, aunque la denegación de la tesis de la importancia de la pérdida de los electrocardiogramas sea implícita -lo que nuestra doctrina permite- y no expresa.

4. Examen de la queja de indefensión probatoria. Delimitación y doctrina constitucional aplicable:

A) **Delimitación.** Nos corresponde analizar a continuación el segundo y último motivo de impugnación de la demanda, referido a las consecuencias de no haber aplicado el juzgado el principio de facilidad probatoria respecto del hecho que hubieran podido acreditar los electrocardiogramas extraviados: la necesidad de que los facultativos del centro de salud activasen el llamado «código Infarto», ordenando mucho antes el traslado del paciente a un hospital dotado de los medios necesarios para tratar el infarto que ya tendría el paciente. Su negativa sitúa a la recurrente, según esta alega, ante una prueba diabólica e imposible que al no poder cumplir trajo consigo

la desestimación de su reclamación patrimonial, produciéndole la lesión de los derechos a la defensa, art. 24.2 CE, y a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, art. 24.1 CE.

Como paso inmediato, se impone una delimitación de cuál ha de ser nuestro ámbito de cognición para enjuiciar el problema que se suscita: (i) En primer lugar, hemos recordado en nuestra STC 81/2018, de 16 de julio, y a ello hemos de ceñirnos también ahora, que «no está entre las funciones de este tribunal revisar la valoración probatoria o alterar los hechos probados [art. 44.1 b) LOTC], al ser esta función exclusiva de los órganos del Poder Judicial ex art. 117.3 CE (SSTC 174/1985, de 23 de noviembre, FJ 3; 323/1993, de 8 de noviembre, FJ 4; 102/1994, de 11 de abril, FJ 1; 157/1995, de 6 de noviembre, FJ 2; 125/2001, de 4 de junio, FJ 10, y 74/2007, de 16 de abril, FJ 2) [STC 81/2018, FJ 2 c)]. «[D]ebiendo reiterar, una vez más, la carencia de competencia del Tribunal Constitucional para proceder a una nueva valoración de los hechos, conforme a lo dispuesto en los arts. 117 CE y 44.1 b) LOTC (STC 8/2003, de 20 de enero, FJ 9). Al Tribunal Constitucional corresponde solo llevar a cabo una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (así, SSTC 131/2003, de 30 de junio, FJ 7; 122/2003, de 17 de junio, FJ 4, y 97/2003, de 2 de junio, FJ 16)» [STC 81/2018, FJ 5]. Por lo tanto, más allá de constatar *prima facie* cuáles son los datos que contienen las pruebas del caso, a los solos efectos de resolver la queja planteada, ninguna consideración cabe efectuar acerca del mayor o menor grado de convicción que merezcan dichas pruebas, sea de la documental como de los informes periciales aportados.

(ii) No nos compete tampoco el control en la aplicación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, asignadas por el juzgado a cada una de las partes del proceso *a quo*, excepto solamente la consecuencia última que ha tenido esa aplicación, en el extremo que ahora se dirá. Ni ha de ocuparse esta sentencia de la exégesis del apartado 7 del art. 217 LEC («Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio»), ni desentrañar el significado de los conceptos incluidos en dicha norma. Basta constatar, desde la perspectiva constitucional que aquí se analiza, que la referida regla de atemperación de la carga de la prueba, aplicada de manera mesurada y

razonable por el juez, resulta compatible con la doctrina de este tribunal a la que ahora se aludirá, dirigida a la evitación de situaciones de indefensión procesal en virtud del que hemos venido llamando principio de facilidad probatoria.

Con carácter general, la determinación de quién ha de soportar en un proceso las consecuencias de la falta de prueba de un hecho, la llamada regla de juicio en que se traduce la carga de la prueba, en cuanto entraña la interpretación y aplicación de la legalidad procesal resulta propia de la jurisdicción ordinaria, ex art. 117.3 CE (por todas, STC 116/1995, de 17 de julio, FJ 2). Resulta cierto, sin embargo, que este tribunal ha reconocido varios ámbitos de relevancia constitucional en la aplicación de las reglas del *onus probandi* y su inversión en los distintos órdenes jurisdiccionales, como sucede con: (i) la vulneración de derechos fundamentales en

las relaciones de trabajo, incluyendo conductas discriminatorias sufridas por el trabajador (entre otras, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3; 92/2009, de 20 de abril, FFJJ 3 y 5-7; 10/2011, de 28 de febrero, FJ 3; 140/2014, de 11 de septiembre, FJ 7); (ii) la enervación de la presunción de inocencia en el proceso penal (por ejemplo, SSTC 142/2009, de 15 de junio, FFJJ 3 y 6; y 185/2014, de 6 de noviembre, FFJJ 3 y 4) y en el ámbito administrativo sancionador (por ejemplo, SSTC 9/2018, de 5 de febrero, FJ 2; y 161/2016, de 3 de octubre, FJ 3); (iii) los procesos electorales (por todas, STC 159/2015, de 14 de julio, FJ 6) y, (iv) en fin, cuando la no aplicación del llamado principio de facilidad probatoria ha acarreado la indefensión de la parte en el proceso de que se trate. Es esta última doctrina en la que debemos detenernos ahora, en orden a su posible aplicabilidad al presente caso.



B) Doctrina de la facilidad probatoria:

a) Principio: la STC 227/1991, de 28 de noviembre, ya estableció que en los casos en los que la administración dispone de una prueba sobre la cual el demandante funda su derecho, y aquella se niega sin causa justificada a su entrega con el fin de que pueda surtir efecto en el correspondiente proceso, sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva imponerle al interesado la consecuencia de la falta de prueba del hecho (carga): «tales obstáculos y dificultades, debidos solo a deficiencias y carencias en el funcionamiento del propio Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), no pueden repercutir en perjuicio de la solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (*allegans propriam turpitudinem non liquet*). A la hora de sustentar su pretensión, la demandante se dirigió al propio INSS para que este certificase la existencia de cotización y alta, y cabe decir que la recurrente en amparo no tenía razonablemente otra vía para acreditar que el causante reunía el período de cotización legalmente exigido, puesto que a los trabajadores por cuenta ajena no se les facilita copia de los boletines de cotización, como el propio INSS ha reconocido en este proceso constitucional. Por lo que no puede exigirse de aquella un comportamiento imposible y eximir de acreditar la existencia o no de cotización a quien tiene en su mano hacerlo. No cabe, pues, imputar a la actora falta de diligencia en la defensa de su derecho. Antes bien, es el comportamiento exhibido por el INSS el que merece reproche, incluso desde el ángulo de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el art. 9.3 de la Constitución» (STC 227/1991, FJ 3). Y más adelante: «hacer recaer la prueba de la existencia de cotización en la demandante -y no en la entidad pública a la que corresponde, por ingresar en ella el empresario (no el trabajador) las cotizaciones- implica exigir de la actora un comportamiento imposible que es incompatible con la prestación de una tutela judicial efectiva a la que la interesada tiene derecho por virtud del art. 24.1 de nuestro primer texto normativo» (FJ 4).

Aún más, para esta misma sentencia la privación de la prueba por una de las partes, comporta «declarar, asimismo, que se ha lesionado el derecho de la actora a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución, en relación con la violación del derecho a la tutela judicial [...]; ante dicha situación, en la que las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la

obligación constitucional de colaboración con los jueces y tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución) determina como lógica consecuencia que, en materia probatoria, la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba, ya que sería suficiente un informe omisivo o evasivo para que el juez no pudiera fijar la totalidad de los hechos probados en la sentencia» (FJ 5).

Esta misma doctrina se reitera en asuntos de naturaleza similar (cálculo de prestaciones sociales), como la STC 116/1995, de 17 de julio, FFJJ 1 a 4; y 61/2002, de 11 de marzo, FFJJ 3 a 5. En el caso de estas dos sentencias y la 227/1991, el fallo acordó estimar el amparo por la vulneración conjunta de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías.

Proyectándose también en controversias de distinta naturaleza. Así: (i) la STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 6, en relación con la negativa del demandado en procesos sobre filiación, a someterse a la extracción de una muestra de ADN de su cuerpo para la práctica de una pericial que permita descubrir la verdad: «Como hemos declarado en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (SSTC 98/1987, fundamento jurídico 3, y 14/1992, fundamento jurídico 2). Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, fundamento jurídico 3)». En el mismo sentido, la STC 95/1999, de 31 de mayo, FJ 2; (ii) la STC 237/2001, de 18 de diciembre, sobre la prueba de la responsabilidad civil *ex delicto*, FJ 5 («no se

observa un desequilibrio en la posición procesal de ella, derivado de la adopción de reglas de distribución de la carga de la prueba que hubiere producido una situación de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso, sino una falta de diligencia procesal de la demandante en amparo en el momento de proponer y practicar las pruebas disponibles para sustentar su pretensión, y que podrían ser determinantes del fallo a su favor»; y (iii) la STC 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 4, que estimó el amparo por lesión del art. 24.1 CE, pues tras dictarse sentencia que condenaba a un banco a suprimir los datos médicos del recurrente de su base de datos, se le exigía después a este en ejecución, que acreditara que la entidad no había cumplido (prueba del hecho negativo).

Y en fin, la STC 14/1992, de 10 de febrero, al desestimar la posible inconstitucionalidad del entonces vigente art. 1435 LEC (fuerza ejecutiva de una escritura pública), descartó que el precepto llegara a «exigir al demandado una prueba imposible o diabólica, lo que, si así fuera, ciertamente le causaría indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (SSTC 4/1982, fundamento jurídico 5; 95/1991, fundamento jurídico 3, y 227/1991, *in toto*)».

b) Excepciones a su aplicación: hemos fijado sin embargo dos excepciones para las cuales no opera el principio de facilidad probatoria, lo que implica que las reglas de distribución del *onus probandi* han de aplicarse de manera ordinaria, sin atemperar:

(i) Cuando se pueda hablar de imposibilidad material y no de negativa injustificada de la administración a la entrega del medio de prueba. Así, en la STC 140/1994, de 9 de mayo, FJ 4 b) se dijo que «ha de tenerse en cuenta que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en el litigio, la obligación constitucional de colaborar con los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso (art. 118 C.E.) conlleva que sea aquella quien deba acreditar los hechos determinantes de la *litis* (SSTC 227/1991). [...]; si bien las deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo no pueden repercutir en perjuicio del solicitante de amparo, es claro que no nos encontramos ante un supuesto [donde] no lo lleva a cabo invocando dificultades derivadas de deficiencia o carencias internas, como en el caso objeto de la STC 227/1991, sino ante el supuesto de una imposibilidad de proceder a

esa acreditación ni aun tratando de reconstruir el expediente».

Importa en todo caso atender a las circunstancias concretas: como se precisa en los antecedentes 2 b) y 9, y el fundamento jurídico 3, sucedió ahí que la administración no tenía una parte del expediente, porque con ocasión de la apertura de unas diligencias penales se habían remitido al órgano judicial competente, sin llegar a recuperarlo.

(ii) Cuando el deber de custodia del documento por una de las partes está sujeto a un plazo normativo, y este ya se ha superado a la fecha en la que se solicita el documento por la otra parte, caso tratado por la STC 140/2003, de 14 de julio, FJ 8, en relación con la conservación de la documentación de una empresa en liquidación: «No estamos, pues, ante un supuesto de deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo, que no deben repercutir en perjuicio del solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de su propia torpeza, como viene señalando nuestra doctrina (por todas, SSTC 227/1991, de 28 de noviembre, FJ 3; 140/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 116/1995, de 17 de julio, FJ 1, y 61/2002, de 11 de marzo, FJ 3), sino ante un supuesto en que ni el demandante ni la empresa pública para la que prestaba servicios conservan documentación relativa a esa relación laboral, sin que la empresa venga obligada a conservar esa documentación por haber transcurrido con creces el plazo establecido al efecto en la legislación mercantil».

c) Reparación de los derechos: en los supuestos en que se ha estimado la demanda de amparo, por aplicación del principio de facilidad probatoria, el restablecimiento del derecho se ha obtenido (i) bien declarando la firmeza de la sentencia dictada por el tribunal inferior a aquel que pronunció la anulada en amparo, en cuanto aquella sí había sido respetuosa con tales derechos, al tener por probado el hecho y estimar la demanda (caso de las SSTC 227/1991; 7/1994 y 61/2002), (ii) o bien retrotraer las actuaciones para que el órgano judicial competente hiciera cumplir a la parte con el deber de entrega de la prueba, presuponiéndose lógicamente que esto era materialmente posible (SSTC 116/1995, fallo, 3, y 153/2004, FJ 6).

5. Aplicación de la doctrina al caso planteado:

La aplicación de la doctrina constitucional

sobre el principio de facilidad probatoria, se adelanta, conduce a la estimación de la demanda de amparo por las razones siguientes:

a) Como datos que revelan varios de los informes del expediente administrativo mencionados en los antecedentes, resulta que: (i) don Francisco Javier Calvo Jiménez llegó al Centro de Salud de Torrelodones el 7 de marzo de 2015 acompañado de su esposa, entre las 17:00 y 17:30 horas, presentando una diagnosis de arritmia, sudoraciones y dolor torácico que refirió estar padeciendo desde las 13:00 horas, razón por la que en ese momento, las 17:30, se le realizó un electrocardiograma al que siguió después otro de contraste, en total al menos dos; (ii) que ante el empeoramiento de su estado y la imposibilidad de tratarle en dicho centro sanitario, se solicitó una ambulancia al SUMMA 112 a las 19:00 horas, produciéndose su traslado hasta el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, donde ingresó pasadas las 20:00 horas; (iii) que durante su estancia en el centro de salud no se activaron las actuaciones señaladas en el llamado Código Infarto Madrid, lo que incluiría su traslado inmediato al hospital; (iv) que el paciente ingresó en la unidad coronaria del Hospital Puerta de Hierro, de la que no saldría hasta su fallecimiento el día 26 de marzo de 2015; (v) que los dos electrocardiogramas realizados en el centro de salud han desaparecido, sin que ninguna autoridad, facultativo o personal sanitario que actuó el 7 de marzo de 2015 en relación con el padre de la recurrente, pueda dar noticia de lo que sucedió con esos documentos, a quién se entregaron, como tampoco por qué no se conservaron copias para su posible reproducción; (vi) no se ha puesto en cuestión por los informes administrativos o por los dictámenes periciales aportados, que dichos electrocardiogramas, de haber estado disponibles, serían aptos para probar una situación de infarto agudo al miocardio, permitiendo así activar los protocolos que correspondan; (vii) que la reclamación de responsabilidad patrimonial de la aquí recurrente por defectuosa aplicación de la *lex artis ad hoc*, se fundamenta de manera esencial en los efectos negativos del retraso en tratar el infarto agudo al miocardio de su padre, lo que habría sido determinante para que no pudiera a la postre recuperarse y falleciera días después; y (viii) que a estos efectos, el examen de los electrocardiogramas permitiría esclarecer cuál era el estado real del paciente en ese momento (las 17:30 horas), y con ello confirmar o descartar la tesis sostenida por la reclamante.

b) Se tiene por tanto que la prueba principal en la que esta última sustenta su pretensión, primero administrativa y luego procesal, era una documentación en poder de la otra parte, la administración sanitaria, la cual venía obligada por ley a garantizar su custodia y posible reproducción al formar parte de la historia clínica del paciente, como preceptúan los arts. 14.2 («Cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información») y 14.3 («Las administraciones sanitarias establecerán los mecanismos que garanticen la autenticidad del contenido de la historia clínica y de los cambios operados en ella, así como la posibilidad de su reproducción futura») de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Deber de custodia y conservación que se impone por un plazo de cinco años, conforme al art. 17.1 de la misma ley («Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial»), y que en el presente caso indubitadamente se incumplió.

c) Que al no poder acreditar con una prueba fiable que el padre de la recurrente sufría un infarto agudo al miocardio a las 17:30 horas, no habiéndose actuado en consecuencia por más de dos horas, la recurrente queda indefensa para probar en juicio su pretensión indemnizatoria, lo que resulta compatible con la exigencia de aplicación del principio de facilidad probatoria fijado por nuestra doctrina para casos límite donde, de contrario, se produciría dicha indefensión, y en orden a evitar que la otra parte que estaba en posesión de la prueba extraviada pueda beneficiarse de su propia actuación irregular, lo que conculca el deber de buena fe y probidad en el proceso (arts. 11.1 y 2 de la LOPJ y 247 LEC).

Se han vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al principio de igualdad de armas procesales, faceta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) como pone de relieve la doctrina

constitucional citada en el anterior fundamento jurídico.

Procede por tanto la estimación de la demanda, con nulidad de la sentencia y auto del juzgado recaídos en el procedimiento abreviado de referencia, y la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia, a fin de que se pronuncie otra que resulte respetuosa de los derechos fundamentales vulnerados, en los términos y con el alcance que acaba de explicitarse en este fundamento jurídico.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.o Estimar la demanda presentada por doña Sara Calvo Juan, por vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE),

y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con reconocimiento de tales derechos.

2.o Declarar la nulidad de la sentencia de 29 de mayo de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid (procedimiento abreviado núm. 482-2017), y del auto del mismo Juzgado de 13 de julio de 2018 que desestimó el incidente de nulidad promovido contra aquella sentencia.

3.o Retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia, para que en su lugar se dicte otra que resulte respetuosa de los derechos declarados, en los términos que se especifican en el fundamento jurídico 5.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil veinte.-Encarnación Roca Trías.-Juan Antonio Xiol Ríos.-Pedro José González-Trevijano Sánchez.-Antonio Narváez Rodríguez.-Ricardo Enríquez Sancho.-Firmado y rubricado.



Por **Mariano Medina Crespo**

Abogado

Doctor en derecho

1. El día 17 de marzo de 2015, el padre de la demandante, tras sufrir palpitaciones, sudoración y dolor torácico opresivo desde las 13,00 hrs., fue llevado al Centro de Salud de la localidad madrileña de Torreldones y, a las 17,30 hrs., se le efectuó un primer electrocardiograma al que siguió otro de contraste y, ante el empeoramiento del paciente y no poderlo tratar, se decidió a las 19,00 hrs. su traslado al Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda.
2. Lo normal es que los dos electroencefalogramas se entregaran al personal de la Unidad de UVI Móvil que efectuó su traslado y que los facilitara al Hospital, junto con los registros de monitorización cardiaca llevados a cabo durante el desplazamiento.
3. Pero no consta la primera entrega ni tampoco, en consecuencia la segunda; y, a su vez, el Centro de Salud no pudo proporcionar copia de dichos electrocardiogramas, por no contar con tecnología para su registro en archivo.

"Se confirmaba así el diagnóstico que había efectuado el médico de la Unidad de UVI Móvil y que debió realizarse con base en los electrocardiogramas previamente realizados, sin que éstos quedaran registrados en la historia clínica del paciente a través de la tecnología existente al respecto..."

4. Al llegar al Hospital a las 20,00 hrs., se le realizó electrocardiograma que reflejó un síndrome coronario agudo que dio lugar a la activación del Código Infarto de la Comunidad de Madrid.
5. Se confirmaba así el diagnóstico que había efectuado el médico de la Unidad de UVI Móvil y que debió realizarse con base en los electrocardiogramas previamente realizados, sin que éstos quedaran registrados en la historia clínica del paciente a través de la tecnología existente al respecto, quedando solo registrados los datos correspondientes a los controles de monitorización cardiaca practicados en ella, aunque con la deficiente denominación de electrocardiogramas.
6. Al cabo de un par de semanas, concretamente el día 26, el paciente falleció.
7. Al entenderse que una asistencia precoz del paciente, con aplicación del indicado Código, habría incrementado de modo notable las posibilidades de la supervivencia del paciente, se formuló reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial al Servicio Madrileño de Salud, poniéndose de manifiesto que los electrocardiogramas practicados en el Centro de Salud se habían extraviado y nadie daba cuenta de ellos, ni de su concreto contenido.
8. Contra la denegación presunta, por silencio, de dicha reclamación, la hija del fallecido formuló recurso contencioso-administrativo que sustanció un JCA de Madrid, el cual, mediante sentencia de 19 de mayo de 2010, desestimó la pretensión deducida, desestimando después por auto de 13 de julio la petición formulada en incidente de nulidad de actuaciones.

COMENTARIO

9. En la demanda, además de otros alegatos, se había invocado, desde la óptica procesal, el principio de la disponibilidad probatoria en relación con los electrocardiogramas extraviados y, desde la óptica material, la doctrina relativa a la pérdida de oportunidad de la supervivencia del paciente.
10. La demandante interpuso recurso de amparo ante el TC contra la sentencia recaída y el auto posterior, aduciendo la imposibilidad de probar que se había producido una demora injustificada de más de 2 horas en la asistencia que precisaba el paciente, al haber desaparecido los dos electrocardiogramas practicados en el Centro de Salud, con los que se habría puesto en evidencia que estaba sufriendo un infarto de miocardio, lo que, por cierto, constituía la razón de su traslado a Madrid.
11. Sentado que es ilícito beneficiarse de la propia torpeza, el TC declaró que, de haber estado disponibles los electrocardiogramas desaparecidos, éstos habrían sido aptos para probar una situación de infarto agudo que tendría que haber dado lugar a activar el protocolo correspondiente y que, al no poder la demandante acreditar, con una prueba fiable, que su padre sufría un infarto agudo de miocardio, quedó indefensa para probar en juicio su pretensión indemnizatoria, lo que se liga a la exigencia de la aplicación del principio de la facilidad probatoria, produciéndose indefensión, sin que sea permisible que quien tenía que estar en posesión de la prueba extraviada se beneficie de su actuación irregular.
12. En consecuencia, el TC declara que las resoluciones impugnadas vulneraron la tutela judicial efectiva con indefensión de la demandante y así como el principio de igualdad de armas procesales, por lo que declaró su nulidad y ordenó retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia anulada.
13. Sentencia ejemplar.
14. Queda en el aire la razón de que la demanda judicial fuera deducida solo por la hija del fallecido cuando la reclamación administrativa previa fue realizada también por su viuda que, naturalmente, había cifrado el importe de sus prejuicios en una cantidad muy superior a la pretendida por la hija.
15. De acuerdo con la interpretación constitucional de la vigente Legislación Administrativa, persiste el deber administrativo de resolver de modo explícito la reclamación que, por responsabilidad patrimonial de la Administración, se deduzca, la cuestión es que la reclamada sigue teniendo el deber de resolver la reclamación formulada por la esposa del finado.
16. Esto significa que, en cualquier momento, la viuda puede formular su demanda por la denegación presunta, por silencio, de su pretensión y lógico sería que esperara a que se resuelva ahora el proceso judicial promovido por su hija.
17. Puede pensarse que se está ante el despliegue de una habilidosa y lícita estrategia procesal; y que el abogado de una y otra aconsejaba que solo la hija formulara su demanda judicial, dada la pequeña cantidad reclamada, con el objeto de disminuir el alcance cuantitativo de riesgo de una condena en costas en el caso de desestimarse su pretensión.
18. De este modo, si ahora se estima la demanda, con probable aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad de la supervivencia, la viuda podrá dar curso a su demanda, concretando su pretensión con base en el grado de probabilidad que, en su caso, se haya apreciado en el pleito promovido por su hija.

Responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor. El periodo de incapacidad temporal para el trabajo debe ser considerado día impositivo en aplicación del baremo de la Ley 30/95. Este criterio interpretativo puede resultar fácilmente extrapolable al actual art. 138.5 de la LRCSCVM.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 7 de Octubre de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- **La demanda.** El demandante reclama frente a la aseguradora del vehículo, causante del accidente, la indemnización por daños personales. En lo que ahora interesa, se reclama la indemnización correspondiente a 520 días de incapacidad temporal (11 días de hospitalización y el resto, 509 días, como días impositivos).- El cómputo de estos días se hizo desde la fecha del accidente, el 11 de enero de 2014, hasta el día 16 de junio de 2015 en que concluyó la baja laboral.

2.- **La sentencia de primera instancia.** Estimó en parte la demanda.

En lo que ahora interesa, en esta sentencia se consideró que solo eran días impositivos



aquellos que van desde el siniestro hasta un informe de urgencias de 21 de febrero de 2014, del que se deduce que hacía una semana que el lesionado caminaba sin muletas, por entender que a partir de esa fecha el demandante ya no estaba impedido para realizar las actividades de su vida diaria. Reconoció esta sentencia 11 días de hospitalización, 30 días impositivos y 479 días no impositivos.

3.- La sentencia de segunda instancia. Confirmó el criterio de la sentencia de primera instancia.

4.- Interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. El demandante ha interpuesto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

- Solo se ha admitido el recurso de casación, en base al art. 7 Ley 8/2004 sobre RCSCVM, en la redacción dada por la Ley 21/2007, de 11 de julio, en relación con el apartado primero 5 del anexo y tabla V y su definición en la nota final 13.

- Alega interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales y cita para acreditar la contradicción de criterios dos sentencias de la Sección 4.a de la Audiencia Provincial de la Coruña y, al final de la fundamentación del motivo, añade una más en el mismo sentido de la Sección 1.a de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

SEGUNDO.- Motivo único. «Infracción del art. 7 de la Ley 8/04 sobre RCSCVM en redacción dada por Ley 21/07 de 11 de julio, en conexión con el apartado primero 5 de su anexo y a la tabla V «indemnizaciones por incapacidad temporal, día de baja impositivo», y su definición en la nota final 13: «se entenderá por día de baja impositivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual»; todo ello en contradicción con las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña de 19-02-15 y 26-03-15, de la Sección Cuarta, en casos similares».

Se estima el motivo.

Entiende el recurrente que, como días de baja impositivos, solo se le han reconocido los que discurrieron hasta el informe del servicio de urgencias en el que se hacía constar que ya andaba sin muletas (21-2-2014).

Entiende el recurrente, que debieron incluirse todos los días desde el siniestro hasta el día de alta laboral por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), al tener sometido a control al lesionado, equipo que cursó varias prórrogas hasta el 16 de junio de 2015.

Esta sala debe declarar que en la Ley 8/2004, en la redacción dada por la Ley 21/2007, tabla V, nota 13, consta que «se entenderá por día de baja impeditivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual».

A la vista de esta redacción hemos de entender que el EVI, como entidad pública, controló el proceso de curación en evitación de bajas prolongadas, pese a lo que concedió varias prórrogas.

Sin embargo, no consta informe que contradiga con igual objetividad el dictamen del EVI, pues el informe del servicio de urgencias se limitaba a indicar que no necesitaba muletas, lo cual no significaba que hubiera terminado el proceso de curación.

La no utilización de bastones no es determinante ni significa que pueda desarrollar su actividad habitual, en este caso.

Por tanto, el demandante estuvo impedido para el desarrollo de sus ocupaciones habituales, entendiéndose también las laborales, hasta el 16 de junio de 2015, pues la actividad laboral también está incluida dentro de las ocupaciones habituales de una persona.

Por tanto, de acuerdo con el recurrente deben fijarse en 509 los días de incapacidad (impeditivos), los que multiplicados por 58,41 euros, resulta una suma por dicho concepto de 29.730,69 euros, debiendo indemnizarse al demandante en concepto de incapacidad temporal, (por el concepto analizado, 11 días de hospitalización y factor de corrección-10%) en la cantidad de 33.573,02 euros, manteniéndose el resto de los conceptos recogidos en la sentencia del juzgado y confirmados por la Audiencia Provincial.

TERCERO.- No procede imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (art. 398 LEC).



FALLO

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

1.o- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Patricio contra sentencia de fecha 31 de octubre de 2017 y auto de aclaración de 30 de noviembre del mismo año, de la Sección 3.a de la Audiencia Provincial de La Coruña (apelación 553/2016).

2.o- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de fijar en 509 los días de incapacidad (impeditivos), debiendo

indemnizarse al demandante en concepto de incapacidad temporal, en la cantidad de 33.573,02 euros, manteniéndose el resto de los conceptos recogidos en la sentencia del juzgado y confirmados por la Audiencia Provincial.

3.o- No procede imposición de costas, con devolución del depósito constituido para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.



Por **José Manuel Villar Calabuig**
Abogado

La sentencia comentada adquiere especial protagonismo ante la reforma operada por la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, donde se ha desarrollado con especial detalle lo que ha venido a denominarse “pérdida de calidad de vida” derivada de lesiones temporales, y pese a aplicar la legislación vigente a la fecha del accidente objeto de este procedimiento, por lo tanto estando en vigor la Ley 30/95, no es difícil darse cuenta de que el Tribunal Supremo ha dado un claro mensaje respecto a la valoración de las lesiones temporales y el art. 138.5 de la Ley 35/2015.

El supuesto de hecho es una clara anomalía, pues no es común encontrar, a nivel general, el criterio de que los días improductivos, de la anterior regulación, eran aquellos donde el lesionado necesitaba de ayuda de muletas (es el caso concreto) o de ayuda de tercera persona. Muy pocas Audiencias han seguido este criterio tan restrictivo, donde no tiene en cuenta la actividad u ocupación habitual (trabajo) o el conjunto de actividades afectadas durante el periodo curativo del lesionado, e incluso podemos decir que en esta misma Audiencia Provincial, A Coruña, no han seguido este criterio todas las secciones, lo que claramente justificaba el Recurso de Casación por interés casacional, y su posterior estimación.

También hay que añadir que, esta vez sí, por su gravedad, el caso es el más idóneo para establecer este criterio, que como indicaba al principio debe ser extensivo a la nueva regulación de la Ley 35/2015 y su artículo 138, pues conociendo al ponente (Sr. Arroyo Fiestas)

“(...) Esta sala debe declarar que en la Ley 8/2004, en la redacción dada por la Ley 21/2007, tabla V, nota 13, consta que «se entenderá por día de baja improductivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual...”

y su conocimiento de la materia me atrevo a aventurar que ha sido un aviso. Siento que no haya entrado a valorar la nueva Ley para que sirviera para acabar de una vez con las dudas sobre el efecto del impedimento laboral, y del conjunto de actividades, para la valoración de la pérdida de calidad de vida derivada de lesiones temporales como perjuicio moderado, grave o muy grave, tal como define la Ley, y no se apliquen criterios de curación media ni de lo que para un médico valorador debió tardar en volver a su actividad, sin respetar las bajas laborales y los informes médicos asistenciales. Lógicamente, siempre dentro de lo médicamente razonable y evitando la simulación o que se alargue el periodo de curación intencionadamente por la víctima para obtener mayor indemnización.

Volviendo al supuesto concreto, el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Ferrol, ratificado posteriormente por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, considera que los días improductivos no pueden ser todos los que el lesionado ha estado de baja laboral, y pese a tratarse de lesiones graves, que requirieron 11 días de estancia hospitalaria, se estimó que en el momento que la víctima ya no dependía de muletas no debería valorarse como días improductivos, alegando que “el demandante ya no estaba impedido para realizar las actividades de su vida diaria”. El periodo total de curación se estableció en 520 días, coincidiendo con

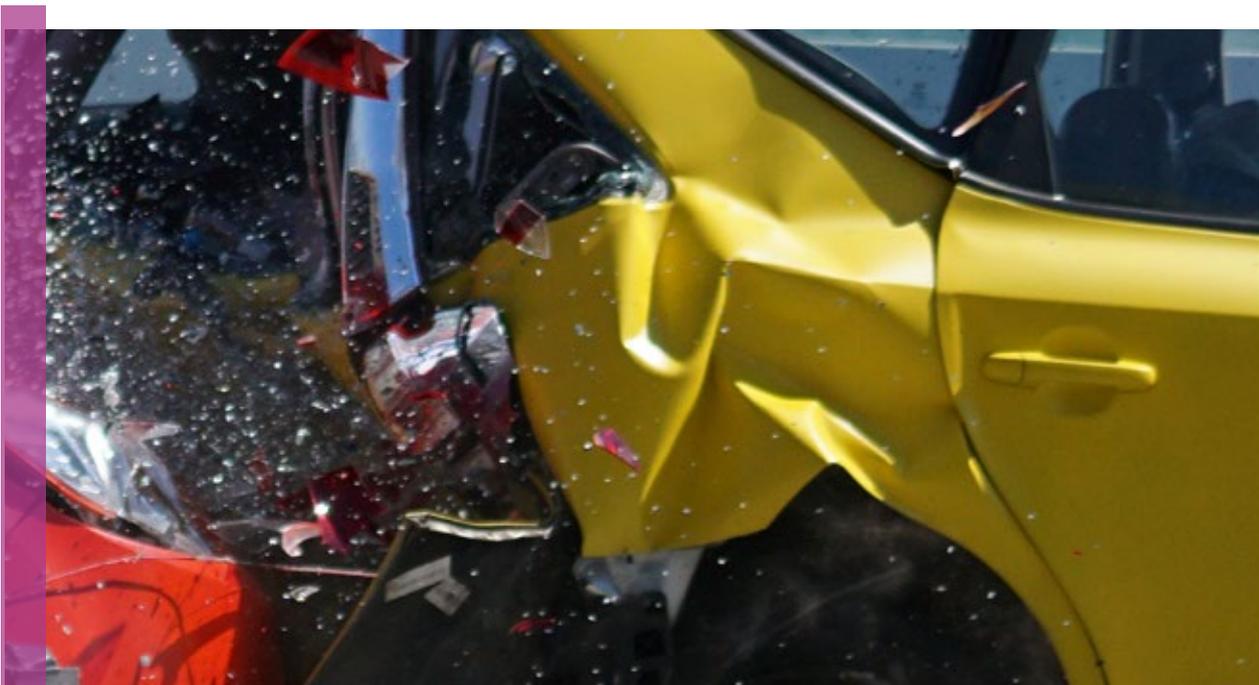
COMENTARIO

la petición del demandante, pero habiendo reclamado 11 días de hospitalización y 509 improductivos (alta laboral), se le concedió 11 días de hospitalización, 30 días improductivos (hasta un informe de urgencias donde se presume que ya no hace uso de muletas, pero que no se valorar el motivo de la urgencia) y el resto, 479, como no improductivos. La Audiencia se limitó a modificar, a la baja, la sentencia en el sentido de eliminar el factor corrector patrimonial del 10% sobre el perjuicio estético.

Sin que podamos decir que fundamentación de la sentencia de Casación sea tan contundente como alguno esperábamos, limitándose a dar un mensaje claro y conciso *“Esta sala debe declarar que en la Ley 8/2004, en la redacción dada por la Ley 21/2007, tabla V, nota 13, consta que «se entenderá por día de baja improductivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual»*. Y lo que la mayoría de autores coincide: *“A la vista de esta redacción hemos de entender que el EVI, como entidad pública, controló el proceso de curación en evitación de bajas prolongadas, pese a lo que concedió varias prórrogas.”*. Lo que le lleva a estimar el motivo *“el demandante estuvo impedido para el desarrollo de sus ocupaciones habituales, entiéndase también las laborales, hasta el 16 de junio de 2015, pues la actividad laboral también está incluida dentro de las ocupaciones habituales de una persona”*.

Lo que también hace el Tribunal, con buen criterio, es abrir la puerta a que se pueda desvirtuar esta presunción pero con un informe *“que contradiga con igual objetividad el dictamen del EVI,..”*. Es decir, no todo vale, no se trata de que sea como sea la baja laboral justifique el día improductivo, antigua Ley 30/1995, o el perjuicio moderado, Ley actual 35/2015.

En conclusión, esta Sentencia no debe quedarse solo para accidentes anteriores al 1 de enero de 2016, y el criterio del impedimento psicofísico para su ocupación o actividad habitual, que en la Ley 35/2015, se define también como *“El impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad laboral o profesional se reconduce a uno de los tres grados precedentes”* (Art. 138.5), está estrechamente ligado al seguimiento de la baja laboral por quién administrativamente es el encargado de hacerlo, y sigue el proceso evolutivo de la curación.



Seguro de responsabilidad civil sanitaria. Acción directa del perjudicado frente a dos aseguradoras en virtud de la existencia de pólizas sucesivas en el tiempo. Se estima el recurso de una de las aseguradoras, al entender que la cláusula de limitación temporal del siniestro (*claim made*) incluida en la póliza es oponible en este caso al tratarse de una cláusula limitativa negociada entre tomador-aseguradora por encontrarnos ante un seguro de grandes riesgos. Se estima la acción directa respecto de la otra aseguradora.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 20 de Octubre de 2020

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

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente recurso de casación hemos de partir de los antecedentes siguientes:

1.- El objeto del proceso

Es objeto del presente proceso la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS), ejercitada por D.a Encarna y D. Faustino , contra las compañías aseguradoras W. R. Berkley Insurance Europe Limited y Mapfre Seguros Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., en reclamación de los daños y perjuicios padecidos por la muerte del hijo de los actores a consecuencia de una mala praxis médica, en el proceso del parto, que provocó que el recién nacido sufriera un hematoma subgaleal gigante, causa directa de su fallecimiento.

A dicha pretensión se opusieron las

demandadas.

La compañía W. R. Berkley sostuvo su falta de legitimación pasiva, ya que no era aseguradora del Servicio Murciano de Salud, en la fecha de la reclamación del daño, y, por tanto, según lo pactado en la póliza de grandes riesgos suscrita, no respondía del siniestro acaecido.

Por su parte, Mapfre opuso que, en la fecha en la que ocurrieron los hechos, no había suscrito el contrato de seguro y, en todo caso, la acción estaba prescrita. También alegó no existía la necesaria relación causal entre la asistencia médica prestada y el fallecimiento del menor, ya que los profesionales sanitarios actuaron, de forma correcta, aplicando en el parto la técnica de extracción del feto con ventosa.

2.- La sentencia de primera instancia

Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia, con fecha 21 de diciembre de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Madrid, que estimó la acción ejercitada por los demandantes contra la compañía Mapfre, condenando a esta última a indemnizar a los actores en la cantidad de 150.340,48 euros, al desestimar la excepción de prescripción, considerar que los daños reclamados eran objeto de cobertura en la póliza suscrita con dicha compañía, y apreciar negligencia médica en la asistencia al parto, todo ello con los intereses del artículo 20 de la LCS y condena al pago de las costas procesales.

La sentencia, sin embargo, desestimó la demanda entablada contra la compañía de seguros W. R. Berkley, en tanto en cuanto acogió la excepción de falta de legitimación pasiva, por tratarse de una póliza de grandes riesgos, en la que rige la exclusión del artículo 44.2 de la LCS, y la reclamación de los perjudicados se realizó fuera del periodo de cobertura de la póliza, todo ello sin hacer expresa condena en costas. El razonamiento del Juzgado, al respecto, fue el siguiente:

«Debe analizarse en primer lugar la falta de legitimación pasiva opuesta, para lo que debe acudirse a la póliza suscrita con el servicio de salud por WR Berkley con efecto desde las 00 h del 1 de Junio de 2010 y vencimiento a las 00 h. del 1-6-14, estableciendo la cláusula 2.3 lo siguiente:

«Son objeto de cobertura por el presente contrato los daños y perjuicios:

1.- Reclamados durante la vigencia del contrato, derivados de actos u omisiones del asegurado que se hayan producido durante el periodo de vigencia o con anterioridad al 1-3-2003.

2.- Reclamados a partir del 1 de Junio de 2011, derivados de actos u omisiones del Asegurado que se hayan producido con anterioridad a la entrada en vigor del presente contrato.

3.- No serán objeto del presente contrato las reclamaciones que estén amparadas por otra u otras pólizas contratadas con anterioridad a esta.

Pues bien, tratándose de un seguro de grandes riesgos rige la exclusión establecida en el artículo 44.2 LCS, por lo que es válido el pacto de efectividad antes señalado, y, constando que la reclamación se realizó fuera del periodo de validez (20-10-14), la aseguradora citada, carece de legitimación tal y como alegaba.

Lo anterior implica que deba considerarse legitimada pasivamente a Mapfre S.A. Seguros, puesto que en su póliza se establece un ámbito temporal de cobertura por el que serán amparados los daños y perjuicios que se reclamen



W. R.

durante su vigencia independientemente de la fecha de su causación, siempre que no estén amparados por la póliza de seguro contratada por el asegurado con carácter previo, que es lo que ocurre en el presente supuesto»».

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación tanto por los actores como por la compañía Mapfre.

3.- Los recursos de apelación

Los demandantes, en su recurso, cuestionaron la absolución de la compañía de seguros W.R. Berkley, ya que la excepción de imperatividad del art. 2 de la LCS en el seguro de grandes riesgos, es aplicable sólo entre las partes contratantes y no es oponible a terceros.

La apelada, por su parte, se opuso, afirmando que esta cuestión era novedosa, pues no se alegó en la primera instancia, amén de que no se causaba perjuicio alguno a los recurrentes, en tanto en cuanto el siniestro quedaba cubierto por la compañía de seguros Mapfre, que sustituyó a W. R. Berkley, en el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial del Seguro Murciano de la Salud.

Es cierto, se señaló, que cuando ocurrió el siniestro la póliza que estaba vigente era la contratada con W. R. Berkley; pero, al realizarse la reclamación por los perjudicados, la que estaba en vigor era la contratada con Mapfre, compañía que debía responder del siniestro, según el ámbito temporal del condicionado de las pólizas suscritas con ambas compañías (cláusulas *claim made*).

Mapfre también recurrió en apelación cuestionando que no se hubiera apreciado la excepción de prescripción, dado que el día inicial del cómputo del plazo del año no era el correspondiente a la entrega del informe del servicio de anatomía patológica sino el del fallecimiento del niño; así como, por la errónea valoración de la prueba, respecto de la apreciación de la negligencia profesional y en la aplicación de la teoría del daño desproporcionado.

4.- La sentencia de la Audiencia

El conocimiento de los mentados recursos correspondió, por turno de reparto, a la sección decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia 439/2017, de 13 de noviembre, en la que estimó el recurso de

BERKLEY CORPORATION

apelación interpuesto por la parte demandante, condenando a W. R. Berkley, en los mismos términos en los que fue condenada Mapfre en primera instancia, al tiempo que desestimó el recurso interpuesto por esta última compañía de seguros.

Con respecto, a lo que ahora nos interesa, es decir en relación a la condena de W. R. Berkley, se razonó, por el tribunal provincial, que la póliza concertada con dicha compañía contenía una cláusula **claim made**, recogida en el artículo 73 de la LCS, que es limitativa de los derechos del asegurado, y, en consecuencia:

«[...] siendo que el siniestro se produjo dentro de la vigencia de la póliza de seguro de BERKLEY, pues es algo que no se niega por ninguna de las partes, la responsabilidad también le es exigible, pues conforme a la póliza de seguros aportada por BERKLEY con su contestación a la demanda la cláusula de limitación temporal de la póliza que consta en la cláusula 2-3 no consta ni resaltada, ni en negrita ni aceptada por el tomador del seguro, pues no consta firmada la póliza de seguro.

Es cierto que la compañía de seguros MAPFRE, que sustituyó a BERKLEY, en el seguro de responsabilidad civil, también cubre el riesgo según su clausulado, pero ello no implica que no pueda llegar a causar un perjuicio al perjudicado o asegurado, cosa que en este procedimiento no se ha cuestionado, y por ello, sin perjuicio de lo que entre las compañías de seguro afectadas, puedan reclamarse, los derechos del perjudicado y asegurado no pueden quedar perjudicados».

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por Mapfre, que no fue admitido, con lo que es firme el pronunciamiento de condena de la referida compañía.

El recurso de casación interpuesto W. R. Berkley fue, por el contrario, admitido a trámite por esta Sala.

SEGUNDO.- Sobre los motivos del recurso de casación interpuesto y desestimación de las causas de inadmisibilidad

El primer motivo, por interés casacional, se fundamenta al amparo de lo establecido en el artículo 477.2. 3o y 3 de la LEC, por infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los seguros de grandes riesgos y la inaplicación a los mismos del art. 2 de la Ley de Contratos

de Seguro (en adelante LCS), con respecto a la imperatividad de los preceptos de dicha Ley, citando las sentencias de esta Sala 269/2009, de 23 de abril; 22/2011, de 31 de enero y 78/2014, de 3 de marzo.

El segundo motivo, igualmente por interés casacional, con la oportuna cita de la jurisprudencia de esta Sala, se fundamentó en la vulneración del art. 20.8 de la LCS, sobre la concurrencia de causa justificada impeditiva de la mora de la compañía de seguros recurrente. Naturalmente, con carácter subsidiario, para el supuesto de desestimación del primero de los motivos formulados.

Los demandantes se oponen a la admisibilidad del primer motivo del recurso de casación interpuesto, con el argumento de que plantea una cuestión que no afecta a la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia; lo que constituye un alegato que no podemos compartir, en tanto en cuanto el recurso plantea la problemática de la observancia de las prevenciones del art. 3 de la LCS, en los seguros de grandes riesgos, precisamente por ello se estima que las condiciones de limitación temporal suscritas, en la póliza concertada entre la administración autonómica con la compañía W. R. Berkley, no eran oponibles a terceros, condición jurídica que ostentan los demandantes.

Tampoco podemos compartir que se haga supuesto de la cuestión, prescindiendo de la base fáctica de la sentencia de la Audiencia, pues una cosa es que no consten firmadas las cláusulas **claim made** y otra distinta considerar no suscrita la póliza con cuya base precisamente se acciona por la parte actora. La sentencia se refiere claramente con tal razonamiento a la condición general litigiosa y su relación con las exigencias del art. 3 de la LCS.

La causa de inadmisibilidad del segundo motivo del recurso interpuesto tampoco la podemos acoger; pues sí se citan sentencias de esta sala referentes a la concurrencia de causa justificada para obviar la condena de la aseguradora al abono de los intereses de mora del art. 20 de la LCS, lo que se razona en el recurso, con la cita del precepto de derecho sustantivo que se considera infringido.

TERCERO.- Estimación del recurso

A los efectos decisorios de la presente controversia judicializada hemos de partir de las consideraciones siguientes:

1.- Sobre el límite temporal de las pólizas de seguro suscritas con las compañías demandadas.

En las pólizas de responsabilidad civil es habitual que transcurra un plazo de tiempo más o menos dilatado entre la producción del siniestro asegurado y la reclamación del asegurado o perjudicado. Ante esta realidad del aseguramiento se han venido utilizando distintos criterios en la práctica aseguradora:

i.- El criterio del hecho causante (*action committed basis*), la póliza cubre los daños asegurados que se causaran durante la vigencia de la póliza, independientemente de cuando se reclamen o manifestaron los daños.

ii.- El criterio de la exteriorización del daño (*loss occurrence basis*), el seguro cubrirá aquellos daños manifestados durante la vigencia de la póliza, sin importar el momento temporal en que se produjo el hecho causante o se efectuó la reclamación.

iii.- Y el tercer criterio es el de la reclamación (*claim made basis*), conforme al cual se cubren los siniestros que se reclamen durante la vigencia de la póliza sin consideración al momento en que se produjo el hecho causante o se hubiese exteriorizado el daño.

Estas últimas cláusulas de limitación temporal de la cobertura no fueron contempladas inicialmente en la LCS, aunque con posterioridad se incorporaron a su articulado, mediante la reforma llevada a efecto por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Por imperativo legal y según reiterado criterio jurisprudencial las cláusulas *claim made* se consideran limitativas, hallándose, en la actualidad, expresamente previstas en el art. 73 II de la LCS. En estos casos, no es suficiente la realización del siniestro, sino que además se produzca la reclamación del perjudicado dentro del plazo contractualmente previsto. Admiten dos modalidades distintas; así pueden ser prospectivas o de futuro, a las que se refiere el primer inciso del art. 73 II LCS; y retroactivas o de pasado, del segundo inciso de tal precepto.

Este tipo de condiciones contractuales fueron objeto de tratamiento en la sentencia del Pleno de la Sala 1.a, 252/2018, de 26 de abril, resolviendo la cuestión relativa a si cualquier cláusula de delimitación temporal

del seguro de responsabilidad civil debía o no cumplir simultáneamente los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo), problemática que fue contestada negativamente, estableciendo al respecto que:

«El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso primero) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado (inciso segundo) es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro».

En aplicación de esa doctrina la sala estimó entonces el recurso de casación, porque siendo la cláusula litigiosa «de las retrospectivas o de pasado» la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara «durante la vigencia de la póliza» se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación, lo que legalmente era suficiente para que ese tipo de cláusula fuera válida y eficaz, dado que su validez no dependía del cumplimiento además del requisito exigido en el inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS para las de cobertura posterior o de futuro.

Con posterioridad, siguiendo tal doctrina se expresó este Tribunal en sus sentencias 170/2019, de 20 de marzo; 185/2019, de 26 de marzo, 555/2019, de 22 de octubre y 373/2020, de 30 de junio.

Por consiguiente, no ofrece duda la validez de las cláusulas de limitación temporal de la cobertura pactadas con las compañías demandadas, así como el carácter limitativo de las cláusulas *claim made* del condicionado general de las pólizas.

2.- Los seguros de grandes riesgos

La Dirección General de Seguros, en respuesta de 26 de junio de 1996, sostuvo que el seguro de responsabilidad

civil de la Administración no era jurídicamente viable por incompatibilidad legal.

Hoy en día dicha cuestión no solamente no se discute, sino que tal posibilidad está

expresamente reconocida por el art. 21 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que admite a las aseguradoras de la Administración como «parte codemandada junto con la Administración a quien aseguran»; precepto que concuerda con el art. 2. e) de la misma Ley, y con el art. 9.4, párrafo III de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No es cuestión discutida, en los presentes autos, que los contratos suscritos entre el Servicio Murciano de la Salud y las compañías codemandadas constituyen seguros de grandes riesgos (art. 107.2 c de la LCS, en la redacción dada por la disposición adicional sexta de Ley 30/1995, del 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), tal y como se recoge expresamente en el condicionado de las pólizas suscritas con las entidades codemandadas, sometidos, por consiguiente, a lo normado en el art. 44.2 de la LCS, según el cual «no será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma».

La consecuencia de la calificación de un contrato de seguro con esta naturaleza jurídica supone, como explica la sentencia 117/2019, de

22 de febrero, que:

«[...] no le resulta de aplicación el mandato contenido en el art. 2 LCS, esto es, el carácter imperativo que presenta la regulación de dicha ley en sus distintas modalidades de seguro [...] Por lo que dicho contrato se rige, conforme al citado principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), por lo dispuesto en el clausulado particular y general de la póliza del contrato de seguro; y de modo supletorio por las disposiciones de la LCS».

Por su parte, señala la sentencia 78/2014, de 3 de marzo, en el mismo sentido, que:

«Al contrato de seguro contra daños por *grandes riesgos*, como el que examinamos, no le es de aplicación el precepto tuitivo del art. 2 LCS, conforme dispone el art. 44 del mismo texto, confiriendo a las partes contratantes «una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente», en términos de la Exposición de Motivos de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre que introdujo la nueva redacción del art. 44 LCS. Pero esto no quiere decir que el articulado de la póliza no deba ser claro y no deje dudas



sobre la intención de los contratantes, con la finalidad básica de establecer el alcance de la vinculación entre las partes».

En el mismo sentido, las sentencias 269/2009, de 23 de abril y 22/2011, de 31 de enero.

La consideración del contrato litigioso como seguro de grandes riesgos determina, como ya hemos advertido hasta la saciedad, que el mismo no se encuentre sometido al régimen imperativo que proclama el art. 2 de la LCS. En estos casos, las partes negocian las condiciones de la póliza en plano de igualdad, sin hallarse limitada y mermada la capacidad del tomador del seguro para influir sobre el contenido contractual, que no se encuentra, en estos supuestos, cerrado y depurado únicamente por una compañía aseguradora, que predispone e impone, de forma exclusiva, el clausulado contractual de sus pólizas. No se da pues esa disímil y asimétrica información entre los contratantes que explica el régimen tuitivo del contrato de seguro. La entidad e intensidad del riesgo es conocida por ambas partes.

Un seguro de esta clase presupone una gran capacidad económica y de negociación del tomador, para pactar directamente o por medio de los corredores de seguro, una póliza de tal clase en un plano de igualdad, máxime cuando la asegurada es una Administración Pública que, por exigencias derivadas del régimen legal de contratación al que se encuentran sometidas, publicita su propio pliego de las condiciones de los seguros que busca contratar, para recibir las correspondientes ofertas de las compañías del sector.

En definitiva, no nos hallamos ante los prototípicos contratos de adhesión al condicionado general de las pólizas impuestas por las aseguradoras en su contratación en masa sino, como destaca la sentencia 78/2014, de 3 de marzo, ante un contrato negociado en un plano de igualdad, con asesoramiento profesional, fundado en la independencia y «con las coberturas que mejor se adapten a las necesidades de quien se encuentra expuesto al riesgo».

No existe duda que el Servicio Murciano de Salud ha pactado con las codemandas las cláusulas de limitación temporal del seguro (cláusula *claim made*) obrantes en sus respectivas pólizas; primero, con la suscrita con W. R. Berkley y, posteriormente, sin solución de continuidad, en la concertada con

Mapfre. Manifestación de que tales cláusulas se incorporaron a los contratos, de forma consciente y voluntaria, la encontramos además en la concluyente circunstancia de que ambas pólizas se hallan coordinadas entre sí para no dejar ningún espacio temporal carente de cobertura.

Es cierto que no consta, en la póliza obrante en autos, aportada por W.R. Berkley, una firma específica de la condición *claim made* por parte de la administración tomadora de seguro, siendo indiscutible, no obstante, la celebración del contrato litigioso, con cuya base accionan los demandantes, amén de que la exigencia impuesta por el art. 3 de la LCS, no es aplicable, por el conjunto argumental antes expuesto, a la administración pública asegurada, que era plenamente consciente del juego contractual de dicha condición pactada.

En este sentido, la sentencia 373/2020, de 30 de marzo, desestimó el recurso de casación interpuesto por la administración pública sanitaria contra la propia compañía de seguros, que oponía la vigencia de una cláusula *claim made*, puesto que:

«[...] carecen de fundamento las alegaciones contenidas en el primer motivo de casación, que cuestionan la validez de la cláusula *claim made* litigiosa por incumplimiento de las exigencias del art. 3 LCS.

En primer lugar, porque, en atención al gran riesgo que era objeto de aseguramiento (art. 44.2 LCS, en relación con el art. 2 LCS), fueron ambas partes las que decidieron libremente incluir dicha cláusula en la póliza inicial, definir su alcance dentro de los límites de la autonomía de la voluntad (sentencias 780/2009, de 2 de diciembre, y 78/2014, de 3 de marzo) y mantenerla en las sucesivas prórrogas; la última de ellas, con la concreta redacción que resulta de aplicación a este caso, propia de las cláusulas *claim made* retrospectivas o de pasado».

3.- La acción directa ejercitada

Los demandantes ejercitaron la acción directa del art. 76 de la LCS contra ambas compañías aseguradoras y, en contra del criterio del Juzgado, que, a tenor del contenido de las pólizas suscritas y límites temporales de las coberturas pactadas, condena exclusivamente a Mapfre, la Audiencia, sin embargo, hace responsable del siniestro a ambas compañías, a través de un pronunciamiento condenatorio conjunto, que no es correcto y que, por lo tanto,

determina la estimación del recurso de casación interpuesto.

Hemos proclamado la validez de las cláusulas *claim made* pactadas entre la Administración, tomadora del seguro con las compañías aseguradoras demandadas. Del condicionado de las pólizas suscritas resulta que el contrato, que da cobertura al siniestro sufrido por los demandantes por la actuación negligente de la asistencia médica dispensada por el Servicio Murciano de Salud, es el concertado con Mapfre, careciendo pues de acción directa los perjudicados para instar la responsabilidad de la compañía W. R. Berkley, que no asumía el siniestro objeto de este proceso.

En efecto, en el caso que nos ocupa, el hecho dañoso se produce dentro la vigencia del primer contrato de seguro, pero se reclama su resarcimiento cuando era el contrato suscrito con Mapfre el que estaba vigente, el cual cubría, en su condicionado contractual, los siniestros acaecidos antes de su entrada en vigor reclamados durante su vigencia, con lo que los actores estaban debidamente cubiertos por el seguro contratado con esta última compañía, y no, por el contrario, con el suscrito con Berkley, que no asumía los siniestros reclamados después del periodo contractual de su vigencia.

El caso presente, no guarda identidad de razón con el contemplado en la sentencia 780/2009, de 2 de diciembre, en la que, en los fundamentos del recurso de casación, se acumulaban normas heterogéneas sobre el objeto del contrato de seguro, régimen de intereses por mora y régimen del seguro de grandes riesgos, cuyo incorrecto planteamiento ya era por sí suficiente para determinar la no admisibilidad del recurso, como expresamente se señaló en dicha resolución; en cualquier caso, no contemplaba un supuesto de sucesiva vigencia de dos pólizas, cada una de ellas con sus coordinadas condiciones de limitación temporal de la cobertura, y el recurso se circunscribía a la aplicación de los intereses del art. 20 de la LCS.

4.- Estimación del recurso y asunción de la instancia

Los demandantes no pueden pretender una doble cobertura del daño, a modo de un inexistente coaseguro, al margen de las relaciones contractuales existentes entre tomadora responsable y aseguradoras. Precisamente la acción directa, a la que se refiere

el art. 76 de la LCS, es la que corresponde al perjudicado contra la compañía de seguros del causante del daño que, en el caso enjuiciado, es la compañía de seguros Mapfre y no W.R. Berkley que, en consecuencia, debe de ser absuelta de la demanda deducida contra ella.

La estimación del primero de los motivos de casación deja sin contenido al segundo de los interpuestos, formulado además con carácter subsidiario.

Por todo ello, procede estimar el recurso de casación y confirmar la sentencia dictada por el Juzgado.

CUARTO.- Costas y depósito

La estimación del recurso de casación determina no se haga especial imposición de las costas procesales. Las del recurso de apelación formulado por los demandantes se imponen a éstos, dado que dicho recurso debió de ser desestimado (art. 398 LEC).

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 8, LOPJ).

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto, casar la sentencia recurrida dictada por la Sección 13.a de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 13 de noviembre de 2017, en el rollo de apelación 219/2017.

2.º- Desestimar los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Madrid, en los autos de juicio ordinario 947/2014, con imposición de costas a las partes recurrentes.

3.º- No se hace condena sobre las costas del presente recurso de casación y se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Por **José A. Badillo Arias**
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

Se analiza en esta resolución un supuesto de mala praxis médica, en el que los perjudicados, padres de un niño fallecido por negligencia médica en el parto, interponen la acción directa contemplada en el artículo 76 de la Ley de contrato de seguro frente a dos aseguradoras del Servicio Murciano de la Salud, que se sucedieron en el tiempo.

Una vez más, pero siguiendo con la doctrina reciente de la Sala primera sobre esta cuestión, se analiza una cláusula de delimitación temporal (*claim made*), en este caso, en un contrato de grandes riesgos, donde, como dice la sentencia, no opera el carácter imperativo de los preceptos de la LCS (artículo 2), sino que rige la autonomía de la voluntad de las partes contratantes (artículo 1255 CC), puesto que ambas se sitúan en el mismo plano. En definitiva, nos encontramos ante un contrato negociado en un plano de igualdad, con asesoramiento profesional, fundado en la independencia y «con las coberturas que mejor se adapten a las necesidades de quien se encuentra expuesto al riesgo».

Sabido es que en este tipo de contratos, sobre todo cuando el tomador/asegurado es la Administración, no rigen las mismas reglas que en el resto de seguros. En todo caso, en este tipo de seguros, es más bien la Administración la que de alguna manera impone a la aseguradora las cláusulas contractuales y, por ello, no puede tener la consideración y, por ende, la protección, como si se tratase de la parte débil del contrato, como ocurre en los riesgos normales u ordinarios.

En el caso que nos ocupa, el Servicio Murciano de la Salud tenía asegurada su responsabilidad patrimonial con la aseguradora Berkley hasta el 1 de junio de 2014, en la modalidad de *claim made*, por lo que cubría las reclamaciones que tuviera el asegurado con independencia de la ocurrencia del siniestro (cobertura retrospectiva). A partir de esa fecha, la Administración asegurada resolvió el contrato con Berkley y se aseguró con Mapfre, entidad que también cubría los daños y perjuicios que se reclamen durante su vigencia, independientemente de la fecha de su causación, siempre que no estén amparados por la póliza de seguro contratada por el asegurado con carácter previo.

Tras la demanda de los perjudicados contra las dos entidades aseguradoras por hechos ocurridos con anterioridad a 1 de junio de 2014, ambos demandados se opusieron. Berkley, en su contestación a la demanda, sostuvo su falta de legitimación pasiva, ya que no era aseguradora del Servicio Murciano de Salud en la fecha de la reclamación del daño, y, por tanto, según lo pactado en la póliza de grandes riesgos suscrita, no respondía del siniestro acaecido; y la otra entidad codemandada, Mapfre, opuso que, en la fecha en la que ocurrieron los hechos, no había suscrito el contrato de seguro y, en todo caso, la acción estaba prescrita.

La sentencia del juzgado de primera instancia estimó la acción ejercitada por los demandantes contra la compañía Mapfre, condenando a esta última a indemnizar a los actores en la cantidad de 150.340,48 euros. En cambio, desestimó la demanda entablada contra la compañía de seguros Berkley, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva, por tratarse de una póliza de grandes riesgos, en la que rige la exclusión del artículo 44.2 de la LCS, puesto que la reclamación de los perjudicados se realizó fuera del periodo de cobertura de la póliza.

Recurrieron en apelación los actores y la aseguradora Mapfre. La Audiencia Provincial, en sentencia de 13 de noviembre de 2017, estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, condenando a la entidad Berkley, en los mismos términos en los que fue condenada Mapfre en primera instancia, al tiempo que desestimó el recurso interpuesto por esta última compañía de seguros.

COMENTARIO

El motivo por el que se condenó también a la entidad Berkley fue porque el siniestro había ocurrido durante la cobertura de la misma, y conforme a la póliza de seguros aportada en su contestación a la demanda, la cláusula de limitación temporal de la póliza no consta ni resaltada, ni en negrita ni aceptada por el tomador del seguro, pues no estaba firmada la póliza de seguro.

En definitiva, lo que se plantea en este asunto y este fue el principal motivo de casación de Berkley en su recurso al Alto Tribunal, es si en un seguro de grandes riesgos rige el artículo 2 de la Ley de contrato de seguro y, en consecuencia, al tratarse la cláusula controvertida de limitativa de derechos del asegurado, le es aplicable el régimen del artículo 3 LCS, tal como había entendido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid al condenar a Berkley.

La Sala, que estima el recurso de casación de Berkley y confirma la sentencia de primera instancia, alude, en primer lugar, a las cláusulas de delimitación temporal recogidas en el artículo 73.2 LCS, que fueron analizadas recientemente en su sentencia del Pleno de la Sala 1.ª nº 252/2018, de 26 de abril. En esta sentencia y en otras posteriores, la Sala había mantenido la validez de las cláusulas que cubrían solo reclamaciones durante la vigencia del contrato por hechos ocurridos con anterioridad, no siendo necesario en este caso otorgar cobertura posterior al vencimiento.

(...) “.... lo que se plantea en este asunto y este fue el principal motivo de casación de Berkley en su recurso al Alto Tribunal, es si en un seguro de grandes riesgos rige el artículo 2 de la Ley de contrato de seguro y, en consecuencia, al tratarse la cláusula controvertida de limitativa de derechos del asegurado” (...)

No obstante, como el propio párrafo 2º del artículo 73 LCS indica, dichas cláusulas son limitativas de derechos del asegurado, por lo que para que sean oponibles al tercero o al propio asegurado, deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 3 de dicha Ley.

Como quiera que en caso analizado no estaba firmada la póliza, lo que debe resolver la Sala es si estos requisitos deben cumplirse también cuando estamos ante contratos de grandes riesgos, puesto que la Administración asegurada así lo es. Para el Alto Tribunal, efectivamente, estamos ante un supuesto de grandes riesgos, por lo que «[...] no le resulta de aplicación el mandato contenido en el art. 2 LCS, esto es, el carácter imperativo que presenta la regulación de dicha ley en sus distintas modalidades de seguro [...] Por lo que dicho contrato se rige, conforme al citado principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), por lo dispuesto en el clausulado particular y general de la póliza del contrato de seguro; y de modo supletorio por las disposiciones de la LCS».

A tal efecto, para la Sala, no cabe duda de que el Servicio Murciano de Salud ha pactado con las codemandadas las cláusulas de limitación temporal del seguro (cláusula *claim made*) obrantes en sus respectivas pólizas; primero, con la suscrita con Berkley y, posteriormente, sin solución de continuidad, en la concertada con Mapfre.

La Sala Primera desestima la demanda sobre seguro de vida al considerar que el asegurado omitió conscientemente un dato que la aseguradora no conocía ni podía apreciar a simple vista y que estaba causalmente relacionado con el riesgo cubierto. Criterios doctrinales relevantes sobre declaración del riesgo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 25 de noviembre de 2020
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente litigio versa sobre la reclamación del asegurado contra su compañía de seguros para el cumplimiento del contrato de seguro de vida con cobertura de invalidez, vinculado a un préstamo hipotecario, que se encontraba en vigor al producirse el siniestro, consistente en la declaración de incapacidad permanente absoluta (IPA) del asegurado. La demanda fue desestimada en segunda instancia por dolo del asegurado.

Los antecedentes relevantes para la decisión del recurso de casación son los siguientes:

1. Se han declarado probados o no se discuten estos hechos:

1.1. El 22 de diciembre de 2010 D. Juan Antonio suscribió con la aseguradora Caja de Seguros Reunidos, Cía de Seguros y



Reaseguros S.A. (en adelante Caser), una póliza de seguros (n.o NUM000) anual renovable denominada «Seguro de vida T.A.R abierto» (doc. 5 de la demanda) que, además del riesgo de fallecimiento, también cubría el de invalidez permanente absoluta, en ambos casos con una suma asegurada inicial de 45.000 euros.

El seguro estaba vinculado a un préstamo hipotecario concedido por Caja Extremadura, motivo por el cual en la póliza se designó a la prestamista como primera beneficiaria por el importe pendiente de amortizar en la fecha del siniestro, y al asegurado por el exceso de capital, en los siguientes términos:

«En caso de que el capital asegurado en el momento del siniestro exceda del saldo pendiente de amortizar del préstamo vinculado, serán beneficiarios por el exceso en caso de fallecimiento: el cónyuge del Asegurado no separado por resolución judicial; en su defecto, sus hijos por partes iguales; en su defecto, sus padres por partes iguales, y en su defecto, sus herederos.

«Por invalidez, invalidez Accidental o invalidez por Accidente de circulación: el propio Asegurado».

1.2. En las condiciones particulares de la póliza (doc. 5 de la demanda) se incluyó una «DECLARACIÓN ESTADO DE SALUD» que fue cumplimentada con las respuestas del asegurado y tenía el siguiente contenido:

En la póliza se estableció, como causa de exclusión común «para todas las garantías» (pág. 3 del documento de condiciones particulares) que el siniestro se debiera a «enfermedades preexistentes al contrato, no declaradas por el asegurado».

1.3. El asegurado respondió afirmativamente a la pregunta de si se encontraba en buen estado de salud y negó padecer minusvalía física, invalidez o limitación sustancial en órganos sensoriales. No obstante, en relación con su estado de salud en el momento de suscribir la póliza consta acreditado lo siguiente:

(i) De la documentación médica aportada

(ii) El propio Sr. Juan Antonio , al solicitar su incapacidad permanente absoluta con fecha 21 de mayo de 2013, afirmó haber sufrido en marzo de 2007 un TCE por el que fue intervenido quirúrgicamente y que le provocó hemiparesia derecha, así como un aneurisma disecante intervenido en 2008, patologías que refería crónicas, sin posibilidad de tratamiento curativo y que anulaban su capacidad laboral.

(iii) Según la sentencia de primera instancia (fundamento de derecho segundo), a resultas de esas patologías previas el Sr. Juan Antonio ya padecía al firmar la póliza una ligera cojera fácilmente perceptible.

1.4. Con fecha 18 de agosto de 2013 el INSS reconoció al Sr. Juan Antonio una incapacidad permanente absoluta (IPA) derivada de enfermedad común con efectos económicos desde el 22 de mayo de 2013. Con fecha 23 de septiembre de ese mismo año el director provincial del INSS de Badajoz certificó que el Sr. Juan Antonio figuraba como titular de una prestación por IPA derivada de enfermedad común desde el 22 de mayo de 2013 (doc. 1 de la demanda).

1.5. El asegurado comunicó el siniestro a la aseguradora, pero esta lo rechazó por considerar que la IPA traía causa de problemas de salud preexistentes a la firma del contrato y que el asegurado le había ocultado (doc. 2 de la demanda).

2. Con fecha 14 de septiembre de 2016 el asegurado promovió el presente litigio contra su compañía de seguros reclamando el cumplimiento del contrato y, en consecuencia, que se condenara a la demandada al pago de 35.867,15 euros a fin de cancelar el préstamo hipotecario, entregando el sobrante, si lo hubiere, al demandante, todo ello más los intereses del art. 20 LCS.

En apoyo de sus pretensiones alegó, en síntesis: (i) que él se había limitado a firmar un documento sin valor jurídico de cuestionario, al tratarse de un formulario que fue cumplimentado mecánicamente y no con las respuestas del asegurado; (ii) que las preguntas del cuestionario sobre sus antecedentes de salud fueron excesivamente genéricas, no «lo suficientemente profundas ni concisas» como para apreciar dolo o culpa grave del asegurado; y (iii) que en todo caso nunca ocultó a la aseguradora sus antecedentes de salud, puesto que la incapacidad reconocida en 2013 traía causa de una enfermedad común y no derivaba

a las actuaciones (en particular, del informe médico pericial del Dr. Héctor que en su día se aportó en el expediente de incapacitación ante el INSS y que Caser aportó en este litigio como doc. 3 de su contestación a la demanda, así como del cuestionario cumplimentado por el Dr. Ismael con fecha 9 de octubre de 2013 a preguntas de la aseguradora -doc. 4 de la demanda-, facultativo este último que venía atendiendo al asegurado de manera habitual desde hacía tres años, y por lo tanto desde antes de que se suscribiera el seguro), se desprende que el Sr. Juan Antonio había sufrido en 2007 un TCE (traumatismo craneo encefálico) con hematoma extradural que requirió ingreso hospitalario e intervención quirúrgica en 2008 y que le causó hemiparesia derecha y, tras evolución negativa, una arteriopatía periférica con aneurisma disecante de la arteria iliaca izquierda por la que también hubo de ser intervenido quirúrgicamente en 2008, siendo esta patología (aneurisma disecante), según el Dr. Ismael , la causa determinante de su invalidez junto con una uropatía obstructiva que apareció en 2013.

en ningún caso de una patología previa a la suscripción de la póliza ni vinculada al TCE que sufrió en 2007 a consecuencia de un accidente de tráfico.

3. La aseguradora demandada se opuso a la demanda alegando, en lo que ahora interesa y en síntesis, infracción del art. 10 LCS, al haber ocultado el asegurado dolosamente, o al menos con culpa grave, información conocida y relevante sobre su estado de salud que tuvo incidencia en la declaración de su IPA. En este sentido alegaba: (i) que el cuestionario de salud incluido en las condiciones particulares de la póliza había sido cumplimentado con las respuestas del asegurado, quien dijo encontrarse en buen estado de salud, no consumir medicamentos de forma regular y no haber precisado ingreso hospitalario; y (ii) que, sin embargo, de la documentación aportada en un anterior proceso civil seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Badajoz (autos de juicio ordinario n.º 991/2015) resultaba que cuando el demandante contestó al cuestionario y firmó la póliza ya sufría diversas patologías de relevancia a resultas del TCE sufrido en 2007 (que en la pág. 3 de la contestación se concretaron en «Hematoma extradural intervenido en el año 2008», «Aneurisma de iliaca común disecante intervenida», «Empiparesia derecha residual», y «Prótesis aorto iliaca») las cuales le causaron importantes limitaciones orgánicas y funcionales y fueron, con el tiempo, causa de su invalidez.

4. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó en costas a la demandada.

En lo que interesa, sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) el cuestionario no fue cumplimentado con las respuestas del asegurado sino que se rellenó por un empleado de la propia entidad financiera prestamista o de la aseguradora «de forma mecánica», al único fin de «cumplir simplemente una formalidad más»; (ii) en todo caso, el asegurado no había ocultado datos relevantes sobre su salud, puesto que sus respuestas se correspondían con la realidad salvo la dada a la pregunta tercera, ya que negó padecer minusvalía física, invalidez o limitaciones sustanciales en los órganos sensoriales a pesar de que era notorio que padecía una cojera, que por ser «visible» la aseguradora también pudo percibir; (iii) además, esa respuesta negativa del asegurado a la pregunta de si padecía una minusvalía venía motivada por la redacción confusa de la propia pregunta, que no permitía entender que se le

estuviera preguntando concretamente por la cojera, lo que conducía a aplicar la doctrina contenida en la sentencia de esta sala de 2 de diciembre de 2014 que negó la existencia de ocultación dolosa en un caso similar de no inclusión en el cuestionario de preguntas sobre una discapacidad que era evidente a simple vista; y (iv) al no quedar acreditado el dolo ni la culpa grave del asegurado era de aplicación el art. 89 LCS («incontestabilidad» de la póliza).

La sentencia fue complementada a petición de la parte demandante para incluir en la condena los intereses del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro.

5. La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la aseguradora demandada, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda, con imposición de las costas de la primera instancia al demandante y sin imponer a ninguna de las partes las de la segunda instancia.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) ha quedado probado el dolo del asegurado, pues este firmó libremente una póliza en cuyo clausulado se incluyó una declaración de salud («bien destacada y firmada en la parte inferior de la misma hoja») en la que se le preguntó si se encontraba en buen estado de salud, a lo que respondió afirmativamente pese a que en la pregunta se aclaraba que la respuesta no podía ser negativa si el asegurado padecía enfermedades graves, en concreto de tipo cardiovascular como era el caso, puesto que el Sr. Juan Antonio venía padeciendo desde mucho antes de firmar la póliza un aneurisma disecante iliaca izquierda que el médico que le atendía valoró como causa determinante de la IPA; y (ii) en consecuencia, la aseguradora queda liberada de su obligación de pago.

6. El demandante interpuso recurso de casación por interés casacional, en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, interesando la estimación de la demanda.

7. En su oposición al recurso la aseguradora recurrida ha solicitado su desestimación con imposición de costas al recurrente.

SEGUNDO.- El recurso se articula en tres motivos, si bien el tercero no es en puridad un motivo independiente ya que en el mismo tan solo se expone la jurisprudencia de esta sala que se considera infringida en relación con las normas citadas en los motivos precedentes. En consecuencia, se examinarán -y de

forma conjunta además, dada su estrecha relación entre sí- los dos primeros motivos, respectivamente fundados en infracción de los arts. 10 y 89 LCS.

En el desarrollo argumental del motivo primero se alega, en síntesis: (i) que el cuestionario fue una mera formalidad, un simple trámite previo a la suscripción del préstamo, lo que explica que fuera cumplimentado mecánicamente por el empleado de la entidad bancaria sin que -como corroboró un testigo, hermano del recurrente- en ningún momento se llegaran a formular al asegurado las preguntas contenidas en el mismo; (ii) que, incluso admitiendo que sí se le formularan las preguntas, su carácter genérico, en especial la referida a si se encontraba en buen estado de salud, impide apreciar infracción del art. 10 LCS, ya que considerarse en buen estado de salud es algo subjetivo; y (iii) que no es óbice a lo anterior la pregunta precisara que no podía considerarse bien de salud quien tuviera enfermedades cardiovasculares, ya que solo se refería a las graves y no todos los aneurismas son peligrosos o graves, careciendo de gravedad el sufrido por el asegurado, como prueba el hecho de que la jurisdicción social desestimara su petición de invalidez formulada en 2012.

En el desarrollo argumental del motivo segundo se aduce, en síntesis, que al no concurrir dolo del asegurado opera la cláusula de incontestabilidad o indisputabilidad de la póliza (art. 89 LCS), puesto que la verdadera causa de la IPA reconocida en mayo de 2013 fue la uropatía obstructiva que se le diagnosticó después de la suscripción de la póliza.

En el motivo tercero se citan y extractan las sentencias de esta sala de 2 de diciembre de 2014, 17 de febrero de 2016 y 5 de abril de 2017, en relación con la infracción citada en el motivo primero, y las sentencias de 11 de junio de 2007, 4 de enero de 2008 y 15 de diciembre de 2005 respecto de la infracción invocada en el motivo segundo.

La aseguradora recurrida se ha opuesto al recurso alegando, en síntesis: (i) que, partiendo del debido respeto en casación a los hechos probados, la sentencia recurrida fue conforme con la jurisprudencia sobre el art. 10 LCS, toda vez que la causa de la IPA fue un aneurisma disecante de la iliaca izquierda cuyos antecedentes se remontaban

a varios años antes de suscribirse el seguro, no pudiendo prevalecer frente a tales conclusiones probatorias las apreciaciones subjetivas del recurrente; (ii) que siendo de aplicación el art. 10 LCS, por existencia de ocultación dolosa, no concurre el supuesto de hecho para aplicar el art. 89 LCS, además de que la aseguradora no puede ser obligada a impugnar el contrato en el plazo de un año cuando solo tuvo conocimiento de la ocultación de los antecedentes de salud del asegurado tras declararse su invalidez tres años después de contratar el seguro; y (iii) que, en consecuencia, no se ha vulnerado la jurisprudencia que se dice infringida.

TERCERO.- De la doctrina de esta sala sobre el art. 10 LCS (p.ej., sentencias 394/2020, de 1 de julio, 390/2020, de 1 de julio, 378/2020, de 30 de junio, 333/2020, de 22 de junio, 7/2020, de 8 de enero, 572/2019, de 4 de noviembre, 106/2019, de 19 de febrero, 81/2019, de 7 de febrero, 53/2019, de 24 de enero, 37/2019, de 21 de enero, 621/2018, de 8 de noviembre, 562/2018, de 10 de octubre, 563/2018, de 10 de octubre, 528/2018, de 26 de septiembre, 426/2018, de 4 de julio, 323/2018 de 30 de mayo, 273/2018, de 10 de mayo, 542/2017, de 4 de octubre, 222/2017, de 5 de abril, 726/2016, de 12 de diciembre, 157/2016, de 16 de marzo, y 72/2016, de 17 de febrero) se desprende, en síntesis: (i) que el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; (ii) que el asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario sea relleno o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que actúe por cuenta de aquella, si está probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal; (iii) que el cuestionario no ha de revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia, por lo que también son válidas como cuestionario las «declaraciones de salud» que a veces se incorporan a la documentación integrante de la póliza; y (iv)

que lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando o silenciando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro.

En consecuencia, y como recuerda la sentencia 378/2020:

«[...] la eficacia del cuestionario de salud a los efectos del art. 10 LCS no depende, ni de la forma que revista, ni de quien lo cumplimente materialmente (tomador o un empleado de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de ella -como ocurre normalmente con seguros vinculados a préstamos, con el personal de la entidad bancaria, a veces del mismo grupo), sino de que el cuestionario se redacte con las respuestas facilitadas por el tomador/asegurado. De manera que lo verdaderamente relevante para descartar la infracción del deber de declarar el riesgo por parte del tomador es que, «por la forma en que se rellenó, pueda concluirse que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante» (sentencias 72/2016, de 17 de febrero; 726/2016, de 12 de diciembre; 562/2018, de 10 de octubre; y 222/2017, de 5 de abril)».

«3.- Asimismo, en relación con el respeto en casación a los hechos declarados probados en la instancia, debe tenerse presente que aunque «la controversia sobre la validez material del cuestionario en atención a su contenido es una cuestión jurídica sustantiva que únicamente puede ser examinada en casación» (sentencia 7/2020), por el contrario, no pueden ser objeto de examen en casación, ni la cuestión de si existió o no cuestionario o declaración de salud, ni la de si fue o no cumplimentado con las respuestas del tomador/asegurado, cuando ambas cuestiones hayan quedado acreditadas, en sentido afirmativo, para la sentencia recurrida. Pues, como cuestiones fácticas que son, deben respetarse las conclusiones probatorias alcanzadas a ese respecto por el tribunal de instancia».

«4.- En cuanto a la validez material del cuestionario en atención a su contenido, para apreciar la existencia de ocultación dolosa o, cuanto menos, gravemente negligente, se ha de comprobar si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que pudiera



representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían. En este caso, por la similitud de circunstancias concurrentes, debe estarse particularmente a la doctrina contenida en las citadas sentencias 37/2019, 621/2018, 563/2018, 273/2018, 542/2017, 726/2016, y 72/2016, que, como recuerda la 7/2020:

«declararon la existencia de ocultación dolosa o, cuando menos, gravemente negligente (sentencia 542/2017), atendiendo no solo al hecho de que en algunos de esos casos el cuestionario no era impreciso (porque se preguntó al asegurado específicamente acerca de enfermedades concretas) sino también a



que en otros casos, pese a la generalidad del cuestionario, existían «suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar (sentencia 621/2018, con cita de la 542/2017)»».

Por su parte, la sentencia 345/2020, de 23 de junio, reitera que el deber de declaración leal del art. 10 de la LCS se considera infringido cuando concurren los siguientes elementos:

«1) que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante; 2) que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y

de manera clara y expresa; 3) que el riesgo declarado sea distinto del real; 4) que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración; 5) que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento; y 6) que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto».

CUARTO.- De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta a los motivos del recurso se desprende que deben ser desestimados por las siguientes razones:

1.a) Hay que partir de la validez formal de la declaración de salud como cuestionario, pues que fue cumplimentada con las respuestas facilitadas por el propio asegurado al empleado de la entidad bancaria prestamista es un hecho que integra la base fáctica de la sentencia recurrida y que, consecuentemente, no puede ser revisado en casación. A estos efectos conviene destacar que se reflejan dos datos de carácter personal, como el peso y la altura del asegurado, que la jurisprudencia viene considerando indicios de que tuvieron que ser aportados por el asegurado y, por tanto, de que el cuestionario se cumplimentó con sus respuestas (en este sentido, sentencias 572/2019, 562/2018 y 542/2017).

2.a) Centrada por tanto la controversia en casación en la validez material del cuestionario, del análisis de las preguntas del cuestionario y de las respuestas del asegurado a la luz de los antecedentes de salud por él conocidos (o que no podía razonablemente desconocer), procede concluir que el asegurado incurrió en dolo y, por tanto, que el asegurador quedó liberado de su prestación conforme al art. 10 LCS.

Es cierto que se le preguntó si se encontraba en buen estado de salud y si padecía alguna minusvalía física, invalidez o limitación sustancial de órganos sensoriales, preguntas ambas excesivamente genéricas por referirse de forma ambigua y estereotipada a la salud general del asegurado. También es cierto que en la segunda pregunta podrían darse circunstancias que permitieran calificarla de pregunta subjetiva (sentencia 345/2020, de 23 de junio) por dejar al arbitrio del asegurado qué se entiende por limitación de su capacidad, habida cuenta, además, de que en este caso difícilmente se le podía reprochar que no se considerara minusválido o incapaz al suscribir la póliza cuando la propia jurisdicción social le denegó la incapacidad tres años después.

Sin embargo, no cabe predicar lo mismo de la pregunta sobre su estado de salud, pues esta se completó con la precisión de que no se consideraba buen estado de salud el padecimiento de determinadas enfermedades graves como el cáncer, la diabetes insulino dependiente o -esto es lo relevante- enfermedades graves de tipo cardiovascular, pregunta esta específica a la que el asegurado también respondió negativamente pese a no poder desconocer que a consecuencia del accidente de tráfico sufrido en 2007 arrastraba diversos problemas de salud entre los que destacaba una grave afección de tipo vascular

consistente en un aneurisma disecante de la arteria iliaca izquierda por el que tuvo que ser intervenido en 2008, del que era plenamente consciente, pues lo invocó el propio asegurado como causa invalidante al interesar en 2012 el reconocimiento de su incapacidad, y que fue una de las dos causas que finalmente determinaron el reconocimiento de la IPA en 2013.

Por lo tanto, omitió conscientemente un dato que la aseguradora no conocía ni podía apreciar a simple vista y que estaba causalmente relacionado con el riesgo cubierto.

3.a) Como declaró la sentencia 572/2019, «al ser ajustada a derecho la apreciación de dolo por el tribunal sentenciador, no ha lugar a plantearse la aplicación del art. 89 LCS en favor del asegurado recurrente, ya que el inciso final de su párrafo primero introduce la salvedad de que «el tomador del seguro haya actuado con dolo»».

QUINTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas al recurrente

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 el demandante D. Juan Antonio contra la sentencia dictada el 6 de julio de 2017 por la sección 2.a de la Audiencia Provincial de Badajoz en el recurso de apelación n.o 316/2017.

2.o- Confirmar la sentencia recurrida.

3.o- E imponer las costas al recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos

El Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz votó en sala pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala D. Francisco Marín Castán.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Por **Pedro Torrecillas Jiménez**
Abogado

En esta nueva sentencia, el ponente Marín Castán, viene a reiterar cual es la posición del T.S. respecto a los requisitos que debe de tener los cuestionarios de salud en la pólizas de seguros de vida, conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la L.C.S. La aseguradora rechazó la reclamación por considerar que la IPA traía causa de problemas de salud preexistentes a la firma del contrato y que el asegurado había ocultado al contestar el cuestionario de salud.

Como es habitual en este tipo de reclamaciones, el asegurado alegaba que se había limitado a firmar un documento sin valor jurídico, cumplimentado mecánicamente y con preguntas, sobre su estado de salud, excesivamente genéricas, afirmando que no se había ocultado a la aseguradora sus antecedentes de salud, ya que la incapacidad declaraba no derivaba de ninguna patología previa a la suscripción de la póliza.

(...) para determinar la validez material del cuestionario en relación con su contenido, para apreciar la existencia de ocultación dolosa o gravemente negligente, se debía comprobar si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes... (...)

El T.S. recordaba la sentencia 378/20, afirmando que la eficacia del cuestionario de salud a los efectos del art. 10 LCS no depende, ni de la forma que revista, ni de quien lo cumplimente materialmente (tomador o empleado de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de ella -como ocurre normalmente con seguros vinculados a préstamos, con el personal de la entidad bancaria, a veces del mismo grupo), sino de que el cuestionario se redacte con las respuestas facilitadas por el tomador/asegurado. De manera que lo verdaderamente relevante para descartar la infracción del deber de declarar el riesgo por parte del tomador es que, "por la forma en que se rellenó pueda concluirse que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante".

Del mismo modo, para determinar la validez material del cuestionario en relación con su contenido, para apreciar la existencia de ocultación dolosa o gravemente negligente, se debía comprobar si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que pudiera ser consciente de qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían.

Se hace referencia a distintas resoluciones del T.S., unas que declaraban la existencia de ocultación dolosa o, cuando menos, gravemente negligente, en unos casos porque el cuestionario no era impreciso (porque se preguntaba al asegurado específicamente acerca de enfermedades concretas) sino también a que en otros casos, pese a la generalidad del cuestionario, existían suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar .

COMENTARIO

Por último, esta sentencia trae a colación la resolución 345/2020, en la que se especifica que el deber de declaración leal del art. 10 de la LCS se considera infringido cuando concurren los siguientes elementos: 1) omisión de comunicar un dato relevante; 2) que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa; 3) que el riesgo declarado sea distinto del real; 4) que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración; 5) que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento; 6) que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto.

Aplicando la doctrina expuesta en anteriores sentencias, el T.S. , en la que nos ocupa desestima el Recurso, dando la razón a la entidad aseguradora, toda vez que ha quedado acreditado que el cuestionario se cumplimentó correctamente con las respuestas facilitadas por el asegurado, y corrobora dicha circunstancia el hecho de que en el mismo consten datos de carácter personal, como peso y altura del asegurado, que la jurisprudencia viene considerando indicios de que tuvieron que ser aportados por el asegurado y, por tanto de que el cuestionario se cumplimentó con sus respuestas.

Aunque el T.S. ha sido bastante riguroso, en algunas sentencias, sobre el hecho de no admitir como cuestionario válido y eficaz el que contempla preguntas excesivamente genéricas por referirse de forma ambigua y estereotipada a la salud general del asegurado,

(...) En la tramitación del procedimiento judicial quedó acreditado que el asegurado, antes de la contratación de la póliza, tenía unos síntomas y unas patologías diagnosticadas que le provocaron unas limitaciones funcionales que no eran las que cabría esperar de una persona tan joven

también es cierto que en otras resoluciones ha considerado que si el conjunto de preguntas, conducentes a que la aseguradora evalúe el riesgo asegurado, son representativas para el asegurado en el sentido de que sea consciente por lo que realmente se le está preguntado, podría considerarse que omitió información relevante para la aseguradora y obviamente dicha conducta sería dolosa o gravemente negligente.



En este supuesto, es cierto que hay algunas preguntas que son genéricas, pero en alguna de las mismas se completó con la precisión de que no se consideraba buen estado de salud el padecimiento de determinadas enfermedades graves como el cáncer, la diabetes, etc..., preguntas específicas a las que el asegurado también respondió negativamente pese a no poder desconocer que arrastraba diversos problemas de salud entre los que destacaba una grave afección de tipo vascular, y que evidentemente han influido en que lo declaren afecto de la invalidez por la que está reclamando. En definitiva, el asegurado omitió, conscientemente, datos que la aseguradora no conocía ni podía apreciar a simple vista y que estaba causalmente relacionado con el riesgo cubierto.

Tras la sentencia comentada de 25 de noviembre, por el mismo ponente, Marín Castán, se ha dictado otra, con fecha 30 de noviembre, Recurso 3400/20, y de alguna forma viene a complementar la anterior, aunque reiterando la doctrina jurisprudencial expuesta anteriormente sobre este tipo de reclamaciones. En esta nueva resolución, a diferencia de la anterior nos encontramos en el cuestionario de salud únicamente con tres preguntas de tipo genérico, sin aclarar o especificar ningún tipo de enfermedad en las mismas. En concreto se le preguntaba al asegurado si había tenido alguna limitación física o psíquica, o enfermedad crónica (pregunta 1), como haber padecido en los últimos cinco años alguna enfermedad o accidente que hubiera requerido tratamiento médico o intervención quirúrgica (pregunta 2); y que respondió afirmativamente a la pregunta de si se consideraba en ese momento en buen estado de salud (pregunta 3).

En los antecedentes de salud del asegurado constaban diversas intervenciones quirúrgicas e incluso la solicitud de una declaración de incapacidad que le fue denegada.

Por la defensa del asegurado se alegaba que las limitaciones funcionales surgieron con posterioridad a la contratación de la póliza por complicación del cuadro clínico, motivo por el cual consideraba que no había incurrido en dolo ni mala fe al contestar el cuestionario de salud sobre su estado de salud.

En la tramitación del procedimiento judicial quedó acreditado que el asegurado, antes de la contratación de la póliza, tenía unos síntomas y unas patologías diagnosticadas que le provocaron unas limitaciones funcionales que no eran las que cabría esperar de una persona tan joven (35 años) las cuales además tenían evidente relación causal con las patologías físicas y psíquicas que determinaron el reconocimiento de la invalidez.

Marín Castán, en este último supuesto, considera que a pesar de que al asegurado se le sometió a un cuestionario excesivamente genérico e indeterminado, la desestimación de las pretensiones al asegurado se funda en la concurrencia de elementos objetivos del estado de salud de la asegurada que esta conocía o no podía desconocer y que, pese a la generalidad de las preguntas podía razonablemente entender como relevantes para que la aseguradora pudiera valorar adecuadamente el riesgo, objeto de aseguramiento.

Una persona como la asegurada, con las referidas limitaciones y antecedentes médicos, a pesar de su edad, no debería haber ocultado o silenciado patologías que ella misma había percibido desde tiempos antes de firmarse la póliza como incapacitantes. Debía de ser plenamente conocedora de su estado y de su relevancia para el riesgo que estaba asegurando, ni consecuentemente hubiera debido valorar su estado de salud como bueno, dada la gravedad de tales limitaciones físicas resultantes de enfermedades diagnosticadas y de su notoria incidencia en su vida diaria.

En definitiva en esta última sentencia comentada, Marín Castán considera que existe dolo porque la asegurada al ser preguntada, de forma genérica, si tenía alguna limitación física o psíquica, dio una respuesta negativa, a pesar de que dicha pregunta permitía mas que suficientemente que la asegurada pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por ella o que pudiera conocer se referían, de modo que al negar tales limitaciones físicas y declarar que su estado de salud era bueno ocultó a sabiendas antecedentes de salud que impidieron a la aseguradora valorar adecuadamente el riesgo que aseguraba.

COMENTARIO

No se si esta última sentencia supone un antes y un después en la doctrina del T.S. respecto a este tipo de reclamaciones, toda vez que en otras sentencias dictadas pese a los claros antecedentes médicos y limitaciones físicas y psíquicas de los asegurados, con anterioridad a la contratación de la póliza, por el hecho de preguntar genéricamente por su estado de salud o sus limitaciones no se ha considerado que existiera dolo, encontrándonos en supuestos de enfermedades graves, con intervenciones quirúrgicas, antes de la contratación de la póliza, que por no por preguntarse específicamente por dicha enfermedad se ha estimado la reclamación del asegurado, cuando sin embargo en esta última sentencia el ponente afirma que si existen esas limitaciones, el asegurado es consciente de las mismas y de su gravedad, y se le ha preguntado, genéricamente, si tiene alguna limitación física o psíquica y por su estado de salud en general, dichas circunstancias permitían que la asegurada pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por ella o que pudiera conocer se referían.

Es cierto que las entidades aseguradoras podrían realizar cuestionarios mas completos ,preguntas más específicas, pero también lo es que en multitud de ocasiones cuando a un asegurado se le pregunta genéricamente si tiene alguna limitación física o psíquica, si ha sido intervenido quirúrgicamente y si su estado de salud es bueno, irremediamente puede representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él se está refiriendo la aseguradora, y existe una conducta totalmente dolosa o gravemente negligente cuando dichos datos no se ponen en conocimiento de la aseguradora a la hora de contratar la póliza. Cuestión totalmente diferente es cuando existen antecedentes pero el asegurado no es consciente de gravedad o relevancia.





perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

Es a mi juicio- de inexcusable conocimiento sobre la acción para reclamar el cumplimiento de los pronunciamientos civiles de la sentencia penal la Sentencia núm. 607/2020, de 13 de noviembre, del Pleno 2ª del Tribunal Supremo- Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina-:

“2.1 Ha venido siendo un criterio jurisprudencial no discutido que si una ejecutoria estaba paralizada durante 15 años la acción para reclamar el cumplimiento de los pronunciamientos civiles de la sentencia prescribía por aplicación de los artículos 1964 y 1971 del Código Civil. Hay precedentes muy remotos de esta doctrina y la última sentencia de esta Sala que se pronunció en esa dirección fue la STS 329/2007, de 30 de abril.

En los últimos años se han producido dos modificaciones legislativas que obligan a un replanteamiento de esta cuestión. De un lado, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que introdujo en su artículo 518 un novedoso plazo de caducidad de 5 años en el proceso de

ejecución. Y, de otro, la Ley 42/2015, de 5 de octubre que ha acortado el plazo general de prescripción del artículo 1964 CC, que antes era de 15 años y ahora se ha fijado en 5 años

En todo caso, el cambio normativo obliga a revisar nuestra doctrina a la luz de los nuevos preceptos y también de los principios del proceso penal y de los bienes jurídicos objeto de protección.

2.2 Es común a toda sentencia que deba ser ejecutada en sus propios términos. Así se colige del artículo 118 CE y se dispone de forma expresa en el artículo 18.2 de la LOPJ.

Sin embargo, en las sentencias penales la protección de la víctima del

delito determina una exigencia de tutela muy singular, lo que explica que se atribuya al órgano judicial el impulso y la iniciativa en la ejecución, incluso de sus pronunciamientos civiles. Esa necesidad de una tutela judicial reforzada justifica que la interpretación de las normas del proceso de ejecución deba realizarse en el sentido más favorable a su plena efectividad.

También por esa razón la ejecución de los pronunciamientos civiles no debe quedar constreñida por límites que no vengan expresamente determinados en la ley y esos límites han de ser interpretados de forma restrictiva.

En esa dirección es doctrina constante que tanto la caducidad como la prescripción no tienen su fundamento en razones de estricta justicia, sino en criterios de seguridad jurídica anclados en la presunción de abandono de un derecho por su titular, lo que obliga a una interpretación restrictiva.

2.3 Como consecuencia

de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil a partir de la firmeza de una sentencia se produce la posible concurrencia de un plazo de prescripción y otro de caducidad de 5 años ya que, a pesar de que la nueva LEC en su Disposición Derogatoria Única derogó muchos preceptos de distintas leyes civiles, mantuvo la vigencia del artículo 1971 del centenario Código Civil.

El artículo 518 de la LEC dispone que «la acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del Letrado de la Administración de Justicia que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución».

Parte de la doctrina mantiene que la aparición del artículo 518 de la LEC hace dudar de la utilidad del artículo 1971 CC y de su vigencia. Sin embargo, no se trata, como sugiere el recurrente, de un problema de derogación tácita del artículo 1971 CC, cuya vigencia puede ser útil para otros supuestos distintos del que ahora nos ocupa, sino de los criterios que han de utilizarse como consecuencia de la remisión que la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace a la LEC para todo lo concerniente a la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia penal.

En efecto, el artículo 984.3 de la LECrim remite a la LEC para la ejecución de sus pronunciamientos civiles y añade que «en todo caso será promovida de oficio por el Juez que la dictó».

El reenvío a la ley procesal civil no significa que deban aplicarse todos los preceptos que en la LEC regulan la ejecución forzosa, sino sólo aquéllos que resulten necesarios.

En el proceso penal la ejecución de los pronunciamientos civiles se realiza de oficio y no a instancia de parte, lo que da lugar a dos consecuencias: De un lado, no tiene razón de ser que se reconozca un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción ejecutiva porque el derecho declarado en la sentencia no precisa de esa acción.

De otro lado y como consecuencia de lo anterior, no es necesario que se presente demanda para hacer efectiva la sentencia. Por tanto, la singular configuración del proceso de ejecución en la jurisdicción penal permite concluir que no es aplicable el plazo de caducidad establecido en el artículo 518 de la LEC, de la misma forma

que tampoco es necesaria la presentación de demanda ejecutiva.

2.4 Excluida la aplicabilidad del artículo 518 de la LEC, surge el interrogante de si debe aplicarse al plazo de prescripción del artículo 1971 del Código Civil en el que se dispone que «el tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia comienza desde que la sentencia quedó firme».

La respuesta es similar a la ofrecida anteriormente. Es cierto que la prescripción tiene un fundamento múltiple (el poder público no puede defender con el mismo vigor un derecho que no es ejercitado

frente al que lo es, negligencia del titular, necesaria certeza de las relaciones jurídicas, etc.), pero también lo es que la jurisprudencia de este Tribunal viene reiterando que el basamento más relevante es la presunción de abandono del derecho y ello es así porque la prescripción presupone la reclamación del acreedor y se presume abandonada si no se actúa en el plazo señalado en la ley.

Si bien es cierto que la prescripción extintiva es la regla general y se aplica a todos los derechos y acciones (artículo 1930 CC), también lo es que el tiempo para su cómputo se cuenta desde el día en que el derecho o la acción pudieron ejercitarse (artículo 1969 CC) y que se interrumpe con su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial o por cualquier reconocimiento del deudor (artículo 1973 CC). De estos preceptos se deduce que la prescripción presupone la necesidad del ejercicio de la acción ejecutiva por el acreedor, y en el proceso penal, una vez dictada sentencia, no hay necesidad de promover dicha acción porque es el propio órgano judicial el que activa la ejecutoria.

Por tanto, atendiendo a los criterios hermenéuticos a que antes hemos hecho referencia y teniendo en cuenta la singular configuración del proceso penal no tendría razón de ser el reconocimiento de un nuevo plazo prescriptivo a partir de la firmeza de la sentencia, por cuanto el cumplimiento de la obligación declarada en la sentencia no depende de la actuación de parte sino que se encomienda al órgano judicial.

Es cierto que declarada la firmeza se pueden producir paralizaciones que dilaten la

conclusión de la ejecutoria, pero no tienen trascendencia a estos efectos dado que en el proceso de ejecución no es admisible la caducidad de la instancia, por disposición expresa del artículo 239 de la LEC.

Declarada la firmeza de la sentencia, la ejecución de sus pronunciamientos civiles puede continuar hasta la completa satisfacción del acreedor, según previene el artículo 570 de la LEC, sin que le sea de aplicación ni la prescripción ni la caducidad.”

Sobre el Artículo 7 de la LSRC y SCVM recomiendo vivamente el exhaustivo estudio contenido en esta Revista nº 76, de la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Granada Doña Montserrat Peña Rodríguez - ponencia desarrollada en jornada -virtual- el 3 de diciembre de 2020 (organizada por el Grupo Especializado en Derecho de Circulación y Seguros del ICAGR) - “Artículo 7 LRCSVM reclamación previa, oferta motivada, respuesta motivada, análisis del acuerdo del plenillo de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Granada de 28/05/2019” en el que concluía que siendo “obvio que como jugadora de instancia respeto y acato el criterio que las secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Granada -han- adoptado...” “La solución sería, sin duda...de “lege ferenda...” hay que examinar cada caso en concreto y establecer de forma general y absoluta que...es una postura que carece del suficiente apoyo normativo y que va más allá de las consecuencias legales que a tenor de los artículos de la LEC y de la LRCSCVM, entran en juego...” “Más allá de esas dos consecuencias -consideración de esa conducta como infracción administrativa grave, o la expresa declaración de temeridad de la aseguradora en caso de estimación total o sustancial-... privar a la aseguradora en el procedimiento declarativo... de la posibilidad de aportar un informe pericial de valoración del daño corporal por el hecho de no haber respetado los deberes que respecto a la admisión de la oferta y/o la respuesta motivada le impone el artículo 7, va más allá de las consecuencias que quiso prever el legislador para ese supuesto y por tanto vulnera su derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa...”; discrepante de ello la reciente Sentencia Nº 667, de 20 de octubre, de la Sección Tercera, de la Audiencia Provincial de Granada - Ponente Excm. Srª Dª Angélica Aguado Maestro-:

“SEGUNDO: De prueba pericial aportada por la compañía de seguros con el escrito de contestación a la demanda y la pericial judicial practicada a su instancia por extemporánea, a la vista del contenido de los arts. 7 y 37 del RDL 8/04, modificado por la Ley 35/2015 pues venimos entendiendo que «no estamos ante un caso de limitación del derecho de defensa, por improcedente denegación del acceso a medios de conformidad con el criterio seguido por la Audiencia Provincial de Granada en la sentencia nº 110/2018 de 16 de marzo, dictada por la Sección 5ª y en las sentencias posteriores de la Sección 4ª de 14 de septiembre de 2018, 19 de octubre de 2018 y 26 de abril de 2019, junto con el acuerdo de los Magistrados de 28 de mayo de 2019, debemos declarar la impertinencia de la

prueba reconocidos a favor de cualquiera de las partes en el litigio. Antes al contrario, nos encontramos ante el desplazamiento de trámite de valoración y determinación del alcance de las consecuencias dañosas, el cual, conforme a la especialidad que en esta materia establece el repetido art. 7 de la LRCSCVM se anticipa a la fase prejudicial obligatoria y contradictoria que en el mismo se regula. De tal forma que no nos encontramos ante la interpretación favorable a limitación alguna de medios de defensa con tintes de sumariedad, en perjuicio de la aseguradora, sino ante las consecuencias de la pasividad de la compañía en el trámite prejudicial. Es palmario, pues, que tal pasividad en la actuación de la aseguradora a ella solo debe perjudicar, al ser únicamente a ella imputable, siendo de notar la censura que se hace a esta actitud por la Guía de Buenas Prácticas para la Aplicación del Baremo.»

En el caso ahora analizado, del documento nº 9 aportado con la demanda podemos conocer que la compañía de seguros ha estado informada puntualmente de la evolución del lesionado, quien ha estado a disposición del equipo de médico de Mapfre desde un primer momento para que realizara el seguimiento de las lesiones:

Atendiendo al devenir de las relaciones previas a la presentación de la demanda, donde la compañía de seguros no presentó la oferta motivada con el informe pericial al objeto de conseguir un acuerdo extrajudicial a pesar de conocer la existencia del accidente, tener en su poder toda la documentación médica disponible y haber examinado al lesionado, la prueba pericial practicada por la compañía de seguros en este procedimiento, tal y como solicita la parte actora, debe ser inadmitida y considerarse impertinente por extemporánea y, en consecuencia, no se tendrá en cuenta en esta segunda instancia a los efectos de determinar el alcance de las lesiones y los daños por los que se reclama la indemnización.”

Es obligado destacar la Sentencia nº 389/2020, de 10 de julio- Ponente: Excmo. Sr Julián Artemio Sánchez Melgar-, sobre el Derecho de dispensa, (art. 416 LECrim), del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo con tres votos particulares (de cuatro magistrados) , entre los que brilla con luz propia el del Excmo. Sr D. Antonio del Moral García, al que se adhiere D. Pablo Llarena Conde cuya lectura completa recomiendo vivamente -impecable-:

“En cuanto al tema de fondo debe bastar con reproducir ahora los argumentos que nutrían la solución opuesta y que emanaron del Pleno de esta Sala Segunda de fecha 23 de enero de 2018 en el que fue asumido por unanimidad el siguiente acuerdo:

«No queda excluido de

la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien habiendo estado constituido como acusación particular ha cesado en esa condición».

El criterio inspiró la STS 205/2018, de 25 de abril- de la que fue ponente- en la que había surgido la incidencia que se reputó imprescindible llevar a pleno. En ella, sin



opinión disidente alguna sobre esa cuestión (si sobre la otra decidida en el Pleno -valor de la prueba preconstituida-, suscrita precisamente por mí, que, desde aquel momento asumo y aplico el criterio de la mayoría que merece igual estabilidad que propugno ahora), se contenía un argumentario que considero vigente...

Solo mediante un voto particular, haciendo protesta de que persiste mi adhesión al criterio entonces expuesto, quedo dispensado de otras explicaciones adicionales y reforzadas.

No he cambiado de opinión, aunque en la siguiente ocasión en que profesionalmente me enfrente al dilema, me ajustaré a lo que se asume mayoritariamente en la presente sentencia. Mi explicación llegado ese momento será simple: es la posición de la jurisprudencia.....

La jurisprudencia no puede petrificarse, ni fosilizarse. Ha de evolucionar; pero más a ritmo de vals que de yenka. Un ritmo trepidante cogerá al justiciable con el pie cambiado como aquí se puede haber visto sorprendido el Fiscal. La predecibilidad del derecho es un valor importante y en ocasiones -y yo me siento también preocupado por esta reflexión- no lo situamos en el lugar que le corresponde: una solución en teoría justa

deja de serlo si se aplica desigualmente, según el tiempo, o según el tribunal, o según la composición del órgano, sin que se identifique una razón clara y patente para la desigualdad, no meras opciones interpretativas tan válidas o razonables una como la contraria.

Esta es a mi juicio la clave: no se llega a ofrecer una justificación reforzada, justificación que viene reclamada por la cierta deferencia (que no servilismo) que debemos al precedente y que ha de inspirar nuestras resoluciones. Siendo el mismo el estado de la cuestión, donde hace dos años se dijo «A» en virtud de unas razones; ahora se dice «B» en virtud de otras razones contrapuestas que ya entonces estuvieron presentes y fueron descartadas; sin detenerse a desmontar pieza a pieza el edificio argumental entonces construido, sino por el expediente de la demolición.

Sirva de colofón un fragmento de la reciente STS 351/2020 de 25 de junio- de la que, quien redacta el voto, fue ponente-:

«Más allá de estrictos mandatos legales (como puede ser el contenido en el art. 5 LOPJ, o los que provienen de derecho supranacional y marcan la imperatividad de los criterios fijados por el TJUE), un Tribunal, al ejercer su poder jurisdiccional, ha de sentirse parte de una institución del estado que es mucho más que los miembros que lo componen y que se ubica en un contexto formado por legislación y normas, pero también por una tradición de precedentes. Es- regla no legislada pero que debe asumirse que la -seguridad jurídica, valor de rango constitucional, impone no la inmovilidad,

o la petrificación con la consiguiente imposibilidad de evolución, de los criterios establecidos. Tampoco puede llevar a una servil esclavitud al precedente o a la interpretación jurisprudencial vigente. Pero sí ha de determinar un cierto estándar de deferencia hacia las previas decisiones que en alguna medida se convierten en derecho: el cuerpo doctrinal emanado de los Tribunales (también los inferiores) no asimilable a la ley, pero es también derecho (es ley interpretada); es algo que no podemos desconocer en la función de decir el derecho (juris dictio). La teoría sobre el precedente no tiene en el derecho continental el papel que se le atribuye en el derecho anglosajón (stare decisis), pero es también un componente clave. En los últimos años han proliferado estudios con esa perspectiva.

Una jurisprudencia dubitativa, o cambiante, o contradictoria no es buen derecho por más que esté adobada con excelentes argumentos o razones siempre convincentes. Tomando prestadas las palabras de una jueza en un famoso pronunciamiento del Tribunal Supremo Americano, «una decisión que revise una jurisprudencia anterior debe estar justificada por una razón especial que debe ser superior a la simple constancia de que la decisión anterior había sido mal juzgada». Hacen falta razones cualificadas. No basta la mera discrepancia, o divergencia; o la evaluación entre dos posiciones, bien fundadas ambas, de que [a no siendo la asumida por los precedentes resulta más convincente en ese momento a quienes componen el órgano judicial]».

En aquella sentencia - 351/2020 de 25 de junio -



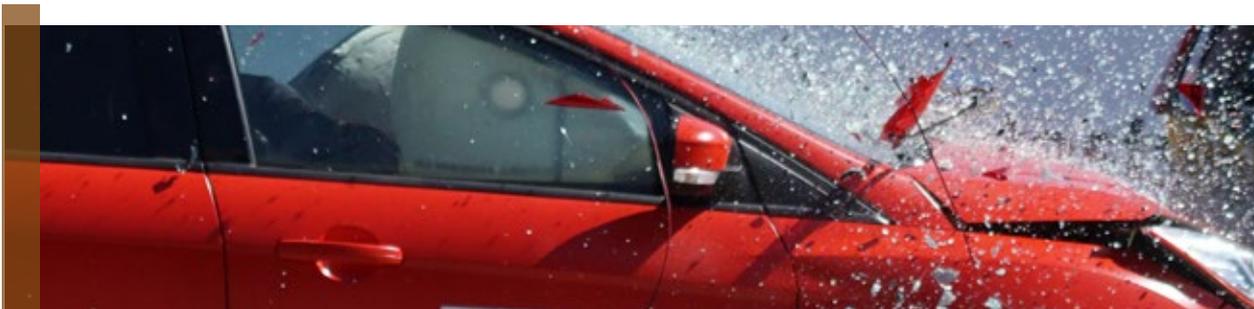
añadio:” Está claro que no vinculan a esta Sala las tesis de otras Salas de este Tribunal. Incluso también se podría decir que no estamos atados o esclavizados por nuestra propia jurisprudencia. Como no lo están por la suya ni por la emanada de esta Sala las demás Salas que componen el Tribunal Supremo. Ni siquiera en puridad dogmática otros tribunales (STC 37/2012, de 19 de marzo), lo que es salvaguarda de su independencia estructural. Pero de ahí no puede derivarse una especie de anarquía o libertinaje interpretativo. Al pronunciarse los jueces hacen también derecho. Y cuando es un Tribunal en la más alta cúspide de la jurisdicción, sus pronunciamientos son también derecho y de alguna manera ahorman la ley configurándola y especificándola, a lo que no pueden ser impermeables los tribunales inferiores pues, si ignoraran esas interpretaciones estarían de alguna manera dejando de aplicar la misma legalidad. Y sin entrar en la apasionante temática del valor de los precedentes y del autprecedente (que dio lugar a una sinuosa jurisprudencia constitucional), más allá de cuál sea su vinculatoriedad en sentido estricto, de alguna forma nunca pueden ser ignorados. Cada juez, cada órgano judicial no sería fiel a la misión que le encomienda la Sociedad transfiriéndole un importante poder si se sintiese

alguien en solitario empeñado en marcar sus decisiones por la única impronta de su lectura de la legalidad, realizada en conciencia y razonadamente, pero refractaria a todo influjo de lo que otros tribunales u otros órganos (superiores o de igual grado), o él mismo (si ha variado su opinión), han decidido en otras ocasiones.

Hemos de sabernos insertos en un sistema, en una historia, en un contexto en el que otros tribunales, y después de pensar y debatir han optado por unos criterios y soluciones. Para apartarse de ellos hay que tener buenas razones. Cuando son criterios asentados, compartidos, consolidados, para apartarse de ellos no basta con una discrepancia. Ni debe bastar que se considere más convincente otra interpretación, aunque ambas sean defendibles. En necesario algo más. Lo exigen la seguridad jurídica, la calculabilidad, la previsibilidad que son características que no pueden ser menospreciadas y sacrificadas en aras de una independencia mal entendida.”

“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 dispone en su artículo 1.1 que «El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación». En el apartado 4 añade que «Reglamentariamente se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta Ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes». Por su parte, el Reglamento del Seguro Obligatorio (RD 7/2001, de 12 de enero) establece en su artículo 3.1 que «A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria

De la siempre actual cuestión de la utilización del vehículo como instrumento para dañar a semejantes, afectación de la aseguradora implicada, y la “exceptio doli”, es interesante la Sentencia Nº 20/20, de 22 de enero, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería- Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Durbán Sicilia-:.



regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común». Y agrega en el artículo 3.4 que «Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de ...

« El acusado sufre episodios psicóticos de repetición y en el momento de los hechos tenía completamente anuladas sus facultades cognitivas y volitivas». Por tanto, en buena lógica no pudo representarse la oportunidad de utilizar el vehículo como instrumento adecuado para causar daño ni, en consecuencia, decidir conforme a esa representación mental. Es decir, que no cabe apreciar en su conducta el dolo directo que se exige para excluir la responsabilidad del asegurador. El acusado causó los daños en el contexto de la utilización -anómala- de un vehículo a motor, siendo obvio que, por su situación mental, no lo escogió como instrumento específico a tal efecto. De ahí que deba rechazarse la aplicación de la cláusula legal de exclusión. El seguro obligatorio tiene por objeto dar cobertura a los daños que pueda provocar la

realización de una actividad potencialmente peligrosa, como es la conducción de vehículos a motor. Partiendo de esta premisa y de la interpretación que jurisprudencia hace de las normas más arriba reseñadas, la razón de ser de la exclusión de responsabilidad que venimos analizando se halla, a todas luces, en que cuando los daños dejan de ser una mera concreción de ese peligro para convertirse en un objetivo que se persigue y alcanza valiéndose de la utilización del vehículo, es contrario a toda lógica que se mantenga la cobertura, pues en tal caso no estamos ante un mero hecho de la circulación sino que el vehículo pasa a ser arma o instrumento al servicio del propósito delictivo del agente. Desaparece la aleatoriedad inherente al contrato de seguro y ello explica que el art. 102 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre disponga que «Si el asegurado provoca intencionadamente el accidente, el asegurador se libera del cumplimiento de su obligación».

Sin embargo, como hemos anticipado, en el supuesto que nos ocupa las acciones calificadas como delitos dolosos (atentado, lesiones y daños) no sólo ocurrieron sin solución de continuidad con los previos actos constitutivos de ilícitos contra la seguridad vial, circunstancia que ya de por sí desdibuja esa pretendida elección del vehículo como instrumento, sino que fueron cometidas por una persona de la que se afirma que tenía anuladas sus facultades mentales, circunstancia que definitivamente permite descartar ese ánimo de instrumentalizar el uso del vehículo.”

Con claridad meridiana la Sentencia Nº 270/2020, de 8 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección: 2, - Ponente: Valentín Javier Sanz Altozano- aborda la cooperación necesaria en un delito de CBIBA en el propietario del vehículo que permitió a su acompañante conducir sin permiso:

“Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28 de octubre). En relación con esta última teoría, la jurisprudencia se ha decantado a favor de la de la relevancia (así STS. 699/2005 de 6 de junio), que permite distinguir con claridad entre coautores y cooperadores necesarios, señalando que «el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce «de modo que» el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho» y así «será un partícipe necesario, pero no coautor», concluyendo que «lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el

dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores». En el supuesto de autos:

1º) El acusado no solo permitió que su acompañante condujera el vehículo pese a saber que carecía del necesario permiso, sino que lo hizo cuando era evidente que se encontraba afectada por la ingesta de bebidas alcohólicas.

2º) El recurrente facilitó a la Sra. Sabina el uso del vehículo de referencia, lo que no hubiera sido materialmente posible sin la intervención activa del Sr. J.

3º) El acusado se mantuvo en el interior del vehículo durante todo el tiempo que su acompañante lo condujo, permitiendo que siguiera circulando pese a ser evidente el peligro que suponía, hasta que se produjo la colisión. El analizado es un comportamiento especialmente reprochable y contrario a la normativa vigente en la materia al facilitarse la conducción del vehículo de motor por quien carecía del necesario permiso habilitante y se encontraba seriamente afectada por la ingesta de bebidas alcohólicas, permitiendo que se prolongara la circulación durante varios minutos en una vía por la que circulaban otros vehículos a motor, poniendo así en riesgo la seguridad colectiva que el precepto penal de referencia tiende a proteger. La conducta del recurrente fue tanto activa como omisiva y se desarrolló de forma prolongada en el tiempo, siendo indiscutido que sin su concurrencia el ilícito criminal no habría sido cometido, pues la Sra. Sabina ni hubiera tenido material acceso al asiento del conductor

del vehículo de motor, ni se le habría permitido el uso de los mecanismos de apertura y encendido, ni habría podido desarrollar la conducción de manera continuada; en consecuencia consideramos que la cooperación necesaria está presente en el caso de autos toda vez que tal comportamiento fue determinante de la comisión del delito pues, de no concurrir, el autor material no habría podido acceder al vehículo, siendo evidente que el propio recurrente pudo haber evitado con facilidad la acción criminal de referencia. En el supuesto analizado se ha producido una contribución que excede de la simple participación accidental, entrando de lleno en la categoría de la cooperación necesaria.”

En las ocasiones en que “una aplicación automática del art. 394.3 LEC conduciría a fijar los honorarios del letrado en una cifra ridícula... que no se correspondería con el verdadero esfuerzo de dedicación y estudio realizado atendiendo a la complejidad del asunto” la Sentencia de 15 de septiembre de 2020 dictada en recurso nº 1467/2017 por el Tribunal Supremo. Sala 1ª - ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán- nos delimita lo correcto:

“- La representación procesal de la parte vencida en costas e impugnante de la tasación interpuso recurso directo de revisión contra el referido decreto solicitando su revocación, al considerar que se habían infringido los arts. 243.2 y 394.3 LEC por no respetarse el límite cuantitativo establecido en el segundo precepto.

2.ª) Sin embargo, aunque tenga razón la parte recurrente cuando alega

que en la tasación de costas no debió tomarse como base una cuantía distinta de la determinada, de ello no se deriva la consecuencia que pretende (que se fijen los honorarios del letrado minutante muy por debajo de la cantidad reconocida por el decreto impugnado). Como se ha dicho, tras la reforma procesal de 2009 la regla para determinar la cuantía en este tipo de procedimientos es la 9.ª del art. 251 LEC, que remite al importe de una anualidad de renta, cantidad que en arrendamientos de renta antigua suele estar muy por debajo de los precios de mercado. Pues bien, dado que esta modificación legal no se concordó con el art. 394.3 LEC, que permaneció inalterado, el resultado de aplicar el límite del tercio a pleitos como este, seguidos por cuantía determinada pero muy baja, es que el importe de los honorarios pueda fijarse en una cifra ridícula.

3.ª) Al anterior argumento, nuclear en este caso, se suma que, según doctrina reiterada de esta sala, para la fijación de los honorarios de letrado no ha de atenderse únicamente a la cuantía litigiosa o interés económico del asunto. En este sentido procede recordar (entre los más recientes, autos de 18 de febrero de 2020, rec. 1604/2017, 4 de febrero de 2020, 112/2017, y 14 de enero de 2020, rec. 2467/2013) que, como la tasación tiene únicamente por objeto determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado minutante, la minuta incluida en la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía,

sino además adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal y las minutas por ellos presentadas a efectos de su inclusión en la tasación de costas, sin que para la fijación de esa media razonable que debe incluirse en la tasación de costas resulte vinculante por sí sola la cuantía del procedimiento ni el preceptivo informe del Colegio de Abogados, ni ello suponga que el abogado minutante no pueda facturar a su representado el importe íntegro de los honorarios concertados con su cliente por sus servicios profesionales, así como que al LAJ de sala corresponde el examen en primer lugar de las circunstancias concretas del caso y su acomodación a los parámetros o criterios que rigen en la materia, estando limitada la función revisora de esta sala a los casos en que el decreto dictado por el LAJ infrinja normas procesales o incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o falta de proporción.

4.ª) En consecuencia, procede desestimar el recurso, porque una aplicación automática del art. 394.3 LEC conduciría a fijar los honorarios del letrado en una cifra ridícula (248 euros más IVA), que no se correspondería con el verdadero esfuerzo de dedicación y estudio realizado atendiendo a la complejidad del asunto, criterio o factor este último que el decreto recurrido ha ponderado adecuadamente, como prueba que junto al «valor económico de las pretensiones ejercitadas en el pleito» o cuantía del procedimiento (a

la que otorga valor meramente orientador), se aludiera también al valor (igualmente orientador) del dictamen («informe») del Colegio de Abogados (que consideró que la suma de 2.000 euros más IVA -finalmente reconocida por el decreto recurrido- era conforme con sus criterios orientadores), a «los escritos objeto de minutación», a «las alegaciones de las partes», a la «complejidad y trascendencia de los temas suscitados en esta fase del procedimiento» (en línea con la doctrina que valora que hayan precedido dos instancias, con sus correspondientes gastos y costas) y, en definitiva, al «esfuerzo de dedicación y estudio exigido por las circunstancias concurrentes», que por la complejidad de este tipo de asuntos parece razonable valorar muy por encima de la cantidad que propone la parte recurrente.”

trabajo personal del lesionado o, en caso de su dedicación exclusiva a las tareas del hogar, en una estimación del valor de dicha dedicación cuando no pueda desempeñarlas. La indemnización por pérdida o disminución de dedicación a las tareas del hogar es incompatible con el resarcimiento de los gastos generados por la sustitución de tales tareas.

2. La pérdida de ingresos netos variables se acreditará mediante la referencia a los percibidos en períodos análogos del año anterior al accidente o a la media de los obtenidos en los tres años inmediatamente anteriores al mismo, si ésta fuera superior.

3. De las cantidades que resultan de aplicar los criterios establecidos en los dos apartados anteriores se deducen las prestaciones de

La Sentencia nº 859, de 18 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera -ponente Sr. Pinazo Tobes- estimando en este aspecto el recurso formulado, acoge la tesis novedosa desarrollada por Mariano Medina Crespo en su ponencia del Congreso de la AEAERCyS en el XIX Congreso Nacional de Sevilla (14,15 y 16 de noviembre de 2019), “ El estricto lucro cesante causado por las lesiones temporales en el baremo de tráfico de 2015” - una forma de sumarse al homenaje rendido a nuestro Presidente de honor en el Congreso de 2020-:

“SEGUNDO: Lucro cesante por incapacidad temporal de profesionales no asalariados. Interpretación del artículo 143 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRSCVM), que establece: “1. En los supuestos de lesiones temporales el lucro cesante consiste en la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del

carácter público que perciba el lesionado por el mismo concepto.

El precepto, sin duda confuso, en relación a la determinación de la pérdida o reducción de ingresos por lesiones temporales, dotada de cierta certidumbre o probabilidad (conforme a la regla general del lucro cesante), parece separar los casos en

que exista una razonable estabilidad o regularidad de los ingresos y su cuantía, y por tanto en principio más fáciles de probar, 143.1, de aquellos otros que no gozan de tales características de regularidad y estabilidad, 143.2, pudiendo incluso ceñir aún más la aplicación del último precepto (SAP, sección 6 del 21 de diciembre de 2018 Asturias) a los ingresos de cuantía variable generados en determinados periodos temporales inferiores al año.

En la realidad, los profesionales por cuenta propia, tienen con frecuencia, por una parte ingresos que pueden considerarse relativamente estables, aunque varíen de un año a otro, y otros que, por distintas circunstancias tienen carácter irregular. En este caso desconocemos en que situación nos encontramos, sin poder establecer la naturaleza y los términos de los ingresos de los actores, letrados de profesión.

Aquí echamos de menos el necesario esfuerzo alegatorio (por ejemplo régimen de su actividad, iguales, etc) y justificativo (por ejemplo declaraciones trimestrales de IVA), relativo a la procedencia de los ingresos de los demandantes de modo que nos permita establecer, al menos de modo aproximativo, permitiendo también posicionarse a la parte contraria, la naturaleza regular o irregular de sus ingresos, y el grado en que ambos

concurren.

Debemos destacar, ni siquiera se alega por la aseguradora demandada, que no estamos ante profesionales que limiten su actividad e ingresos a una determinada temporada del año, y tampoco existe ningún indicio sobre la realización de actividad extraordinaria por los profesionales en el año anterior al accidente.

Por otra parte también debemos matizar, que no se discute que la actividad profesional genere ingresos, sino el alcance de su disminución, dado que durante el cese temporal los actores han percibido 30 euros diarios por una mutualidad, en atención a su incapacidad temporal, pudiendo no existir la pérdida, sin justificación de ingresos superiores.

La fijación de un determinado periodo de acreditación, establecido en el artículo 143.2 respecto de la pérdida de ingresos netos variables, en atención a los percibidos en periodos análogos del año anterior al accidente o a la media de los obtenidos en los tres años inmediatamente anteriores al mismo, si ésta fuera superior, tiene sentido, respecto de la primera alternativa, en el caso de profesionales o trabajadores por cuenta ajena estacionales, e incluso respecto de quienes perciben ingresos variables, no dotados de certidumbre y estabilidad (productividad),

en determinadas fechas del año y que se pierden por la incapacidad temporal, pero ni siquiera en tales casos la norma contempla todas las situaciones, como así ocurre con el caso del inicio por primera vez de la actividad, donde tampoco sería solución la alternativa que contempla el precepto. Tampoco estas pautas de acreditación tendrían sentido ante una ampliación de actividad o de negocio sin precedentes en años anteriores, donde el periodo lógico sería el posterior a la extensión inmediatamente anterior, no el similar del año anterior o el de los tres años, que no nos daría la realidad de la pérdida.

En todo caso, aunque no estamos en ninguna de las situaciones mencionadas en el párrafo anterior, sin establecerse en el precepto ninguna excepción al principio de reparación íntegra del daño, artículo 33 Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRSCVM), y menos aún con la rotundidad y claridad necesaria, lo expuesto justifica el que no debamos entender que la norma en este caso limita o reduce los medios probatorios.

El precepto no establece que "solo" o de modo "exclusivo" pueda acudir a los medios de prueba que indica el artículo 143.2, o que estos sean los únicos que permitan establecer la pérdida de ingresos variables, (AP sección 1 de 13 de mayo



de 2020 Palencia) y ello además ante cualquier caso o tipo de ingreso, lógicamente variables en razón de las características de cada servicio prestado de un profesional, y con independencia de su estabilidad. Por ello es razonable entender que el artículo 143.2 debe entenderse como una norma de facilitación probatoria, y sin perjuicio de estimarse acreditada la pérdida de ingresos netos variables en virtud de la referencia que menciona (ingresos percibidos en períodos análogos del año anterior al accidente o a la media de los obtenidos en los tres años inmediatamente anteriores al mismo, si ésta fuera superior), no impide tomar en cuenta, en favor o en contra del lesionado, otros medios probatorios que lleven a una determinación más precisa de la realidad de la pérdida de ingresos netos.

En definitiva, por todo ello, sin poder concluir de modo claro que en este caso resulte de aplicación el artículo 143.2, pese a las dudas generadas por la ausencia de cualquier explicación por los demandantes relativa a la naturaleza más o menos estable de sus ingresos, sin poder concluir que tal precepto establezca una limitación de medios probatorios, la referencia proporcionada por las declaraciones del IRPF, correspondientes al año anterior al del siniestro constituye un dato objetivo con que promediar los ingresos de los demandantes y, por tanto, calcular la ganancia neta diaria dejada de obtener como consecuencia del impedimento productivo causado por sus lesiones temporales.

Por ello, con estimación en este apartado del recurso, debemos ... la indemnización a percibir ...”

En el acto de la vista de un recurso contencioso administrativo - expulsión, por estancia irregular,- el designado de oficio fue sustituido por su compañera de despacho y cónyuge. Este procedimiento concluyó con sentencia estimatoria parcial y recurrida por la abogacía de Estado revocada al tenerle por desistido. Recurrida esta, es decidida por la Sentencia núm. 1.086/2020, de 23 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Quinta, confirmatoria de la del TSJ Murcia que estableció: «Así las cosas, considera esta Sala que si bien es cierto que el artículo 38.2 del Estatuto General de la Abogacía autoriza la sustitución entre Letrados en el acto de la vista o juicio o en cualquier otra diligencia judicial por un compañero en ejercicio, incorporado o cuya actuación haya sido debidamente comunicada al Colegio y que para tal sustitución basta con la declaración del abogado sustituto, bajo su propia responsabilidad, tampoco cabe desconocer que este precepto viene referido exclusivamente a la defensa y no a la representación, por lo que, aun siendo práctica habitual los Juzgados de lo contencioso-administrativo de Murcia, sin oposición alguna hasta este momento por la Abogacía del Estado, en aras a la tutela judicial efectiva y al principio «pro actione» el admitir tal sustitución a los efectos de la representación, a la luz de la Sentencia nº 153/2008 del Tribunal Constitucional que invoca la Abogacía del Estado, procede estimar el recurso que por esta se formula, revocándose, en su consecuencia, la Sentencia apelada, declarándose en su lugar tener al demandante por desistido de su recurso»:

“En el supuesto que el letrado designado para actuar ante órganos jurisdiccionales personales y al que se ha conferido la representación de la parte, sea sustituido en el acto de la vista por otro letrado que no ostenta la representación, no compareciendo al acto de la vista la parte, la consecuencia es tener por desistida a la parte, en aplicación del artículo 78.5 LJCA, al no haber comparecido a la vista ni la parte ni procurador ni letrado con poder notarial o apud acta de representación.”



Ejemplo del conocimiento, y correcta aplicación de la Ley 35/15 también por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, es su Sentencia núm. 582/2020, de 5 de noviembre - ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García-

“Sin embargo, le asiste la razón al recurrente parcialmente, cuando denuncia que no se ha cuantificado la indemnización correspondiente a la intervención quirúrgica, concepto novedoso introducido en el baremo por la Ley 35/2015 y que el artículo 140 define como el perjuicio personal particular que sufre el lesionado por cada intervención quirúrgica a la que se somete en atención a las características de la operación, complejidad de la técnica quirúrgica y tipo de anestesia, indemnización por cuantía única y que no tiene en cuenta la edad del lesionado.

Por ello, como quiera que el baremo tiene la consideración de «cuadro de mínimos» en los delitos dolosos es necesario incluir en el quantum indemnizatorio fijado este concepto.

Teniendo en cuenta que la cuantía que por este concepto debe indemnizarse al lesionado se ubica en la franja dineraria de 400 a 1.600 Euros y que se trató de una operación necesaria para salvar la vida del paciente, resulta procedente fijar la cuantía máxima de 1.600 Euros, que como el resto de las cantidades indemnizatorias fijadas en la sentencia deberá incrementarse en un 20%, resultando, con el ligero redondeo al alza que emplea el Tribunal, la suma de 2.000 euros».

La innovación legal en la que el Fiscal sustenta su

criterio ha sido recibida con aplausos de doctrina y práctica en tanto supone reconocer un plus afflictivo del lesionado que se ve obligado a someterse a intervenciones quirúrgicas, lo que supone una diferencia frente a la generalidad de lesionados que no puede desdeñarse.

Ese perjuicio que ya había tenido eco en alguna vieja y aislada jurisprudencia (STS Sala 3ª, de 23 de febrero de 1988), ha encontrado por fin su justo reflejo legal. Y es que el lesionado que tiene que someterse a una intervención quirúrgica, más si son varias, padece un daño moral propio más gravoso. Los criterios a que alude el art. 140 están bien manejados por el Fiscal. No es fácil elaborar pautas uniformes, aunque algunos monografistas han apuntado algunas referencias orientativas (clasificación de las intervenciones quirúrgicas en ocho grupos realizada por la Organización Médica Colegial; carácter de la intervención -desde la meramente aconsejable, pero electiva, a la de urgencia extrema por riesgo vital-, su complejidad según la técnica quirúrgica a emplear, el tipo de anestesia -local, general...).

Aquí, partiendo de que nos movemos en un terreno muy valorativo, la cuantificación realizada por el Ministerio Público se nos presenta como prudencial y, por tanto, la hacemos nuestra.”

¿El ingreso por parte de los acusados de la cifra recogida como fianza en el auto de apertura de juicio oral puede implicar la aplicación de la atenuante de reparación del daño? Resuelve la cuestión la sentencia núm. 277/2020, de 19 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal, Sede: Granada, Sección: 1, - ponente: Ilmo. Sr. José Manuel de Paul Velasco:-

“la atenuante no puede ser apreciada, ni siquiera en relación con el delito leve de lesiones y con la limitada eficacia consiguiente. Aun dando por bueno que los acusados consignaron las cantidades que se dice en los recursos (480 euros cada uno), lo que no consta en la documentación remitida de la causa, no cabe sino compartir los razonamientos expresados por el tribunal de instancia en el auto en que denegó la aclaración o rectificación de sentencia que las defensas interesaron a este respecto. Los acusados se limitaron a ingresar en la cuenta de consignaciones del juzgado la suma que en el auto de apertura del juicio oral se acordó requerirles como fianza para asegurar sus eventuales responsabilidades pecuniarias (folio 338), sin expresar en ningún momento que la cantidad consignada lo fuera para ser puesta incondicionalmente a disposición del perjudicado como resarcimiento por sus lesiones. Este carácter abstracto y condicional de la consignación (subordinada, como es propio de toda fianza, al resultado del proceso)

impide radicalmente que sobre esa base pueda sustentarse una atenuante de reparación del daño.

En efecto, según reiterada jurisprudencia, la conducta de atender el requerimiento judicial para asegurar cautelarmente las responsabilidades pecuniarias que puedan resultar del proceso no supone el actus contrarius que constituye el núcleo de la atenuante, una conducta dirigida a reparar el daño causado, sino una actuación de respuesta a un mandato judicial impuesto por la ley, que de no ser atendido conllevaría su ejecución por vía de apremio (sentencias del Tribunal Supremo 833/2007, de 3 de noviembre, FJ. 10.º, 206/2012, de 26 de marzo, FJ. 7.º, con cita de otras muchas, 559/2012, de 3 de julio, FJ. 4.º, 296/2018, de 19 de junio, FJ. 4.º, o 35/2020, de 6 de febrero, FJ. 3.º). La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso de autos conduce a la desestimación, también, de este último motivo subsidiario, de reducido alcance.

Cualquiera diría, en un primer acercamiento, que un supuesto de accidente de tráfico en el que un suboficial de la Guardia Civil, conductor del vehículo oficial al que se le achaca un incumplimiento de la señal de la prioridad, y se describe la no detención del vehículo, en acceso a la vía principal regulado por una señal de detención obligatoria, que se introdujo en la intersección de ambas vías y que golpea la parte posterior del otro vehículo, el que circula por la vía principal, ocasionando lesiones a su conductor y daños al vehículo, en el entorno de un proceso penal, determinaría la condena de aquel, ¿ o no ¿lo resuelve la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección: 5, Sentencia Nº 61/2020, de dos de marzo - Ponente: José Félix Mota Bello - :

“...el vigente Código Penal, en la clasificación de las modalidades de imprudencia en los delitos de homicidio y lesiones, ha introducido como nueva categoría la imprudencia menos grave constituye diferente de la anterior conceptualización de la imprudencia leve, omitida en la nueva norma penal. Al respecto de esta cuestión, en el orden jurisdiccional penal venía ya excluyéndose la aplicación del derecho penal en supuestos de faltas basada en infracciones leves o levísimas. En concreto, la doctrina jurisprudencial venía ya estableciendo diferencias entre la culpa penal y la culpa civil, exigiendo en la primera, conforme a lo expuesto, una observancia estricta de los principios que rigen el proceso penal, con prueba (directa o indiciaria) de la efectiva omisión del deber de cuidado y reservando cualquier argumentación objetiva o presuntiva de la culpa para el ámbito civil.

C e n t r á n d o n o s previamente en la conducta del primero de los acusados, suboficial de la Guardia Civil, conductor del vehículo oficial,

en los hechos de la acusación se le achaca un incumplimiento de la señal de la prioridad, y se describe la no detención del vehículo, como hecho determinante para valorar la gravedad de imprudencia. Ciertamente, queda fuera de discusión que el vehículo oficial circulaba por la vía no prioritaria, así como que el acceso a la vía principal estaba regulado por una señal de detención obligatoria. También debe aceptarse que el vehículo oficial se introdujo en la intersección de ambas vías y que golpea la parte posterior del otro vehículo, el que circula por la vía principal. Así, se desprende del examen de los datos que figuran en el atestado policial, informes técnicos presentados, daños que presentaban los vehículos y el movimiento final del turismo. No obstante, conforme a los requisitos previamente expuestos, estas circunstancias objetivas, previamente constatadas, no bastan para imputar una responsabilidad penal por imprudencia. Es evidente que si se hubiera producido el acceso al cruce sin realizar la parada obligatoria, según se describe



literalmente en los hechos de la acusación, por la peligrosidad intrínseca de esta maniobra, la consideración sobre esta acción llevaría, muy probablemente, a calificar el hecho como un acto imprudente grave, aun con la concurrencia de otros factores que hubieran incidido en el resultado dañoso. Sin embargo, a la vista de la prueba practicada, no puede afirmarse con certeza que el acusado no realizara la maniobra de detención o ni siquiera que lo hiciera de forma descuidada o irregular, en circunstancias atribuibles a su falta de diligencia. De hecho, la propia mecánica del accidente, en contra de lo afirmado por las acusaciones, sugiere que, en efecto, sí fue ejecutada esta acción de parada obligatoria. De lo contrario, es evidente que la colisión entre ambos vehículos habría sido más violenta. Sin embargo, es también cierto que tanto el conductor como el acompañante del otro vehículo afirman en su testimonio que el vehículo oficial no se detuvo en la señal. Esta aseveración es negada por el acusado, así como por el agente que le acompañaba, que se muestra concluyente en este punto. Sin cuestionar que los ocupantes del turismo, desde la vía principal, pudieran haberse percatado de alguna forma de la presencia del vehículo oficial, probablemente por los luminosos, la configuración física del lugar del accidente, no favorece esta percepción visual, que ya tuvo que haberse producido dentro de la misma rotonda, todo ello en movimiento, desde un vehículo en marcha, a una velocidad que, según se apunta, superaba la permitida y con un obstáculo, la isleta elevada y con vegetación, que limitaba sensiblemente la visibilidad en el cruce. A todo ello, el perito que informó sobre la posible velocidad de los vehículos

en el momento de la colisión, afirma que el conducido por el acusado no podría superar los 17 k/h y también como dato de relevancia la existencia de un punto de colisión y una posible posición final del vehículo oficial, difícilmente compatible con una incorporación a la vía a velocidad de circulación. En suma, se debe excluir, como hecho probado, que el conductor del automóvil oficial no respetara la señal de stop, en la forma que describen las acusaciones de acuerdo con estas consideraciones no puede atribuirse el delito de homicidio imprudente al conductor del vehículo oficial. Su conducta, dadas las circunstancias establecidas, no puede ser calificada de imprudencia grave o menos grave. Sobre esta última, relativa a una supuesta infracción reglamentaria grave, no puede afirmarse que realizara la maniobra con infracción de la disposición reglamentaria (Reglamento de Circulación, artículo 151. 2, sobre Señales de Prioridad: «././ R-2. Detención obligatoria o stop. Obligación para todo conductor de detener su vehículo ante la próxima línea de detención o, si no existe, inmediatamente antes de la intersección, y ceder el paso en ella a los vehículos que circulen por la vía a la que se aproxime. Si, por circunstancias excepcionales, desde el lugar donde se ha efectuado la detención no existe visibilidad suficiente, el conductor deberá detenerse de nuevo en el lugar desde donde tenga visibilidad, sin poner en peligro a ningún usuario de la vía. ././»). Por otra parte, del resultado de la prueba practicada en el juicio se refleja que la configuración del cruce incrementaba notablemente el riesgo de ejecución de la maniobra. Esta circunstancia, unida a su trazado, con una marca vial que permitía a

los conductores ceñirse a su izquierda, siguiendo un trazado curvo, lleva a afirmar que el diseño de la vía y el inadecuado obstáculo visual que comportaba la isleta y su vegetación, deben ponderarse al valorar la conducta del conductor encausado que debió realizar la maniobra de incorporación en condiciones que no pueden achacarse a una falta de cuidado grave o menos grave.

En todo caso, el ordenamiento jurídico en materia de tráfico y seguridad vial, no omite tampoco la responsabilidad de quienes son titulares de las vías públicas. Al respecto, las disposiciones son inequívocas: Texto Articulado, artículo 57. «Mantenimiento de señales y señales circunstanciales. 1. Corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales.»; Reglamento General de Circulación «Sección 2.ª Responsabilidad de la señalización en las vías. Artículo 139. Responsabilidad. 1. Corresponde al titular de la vía la responsabilidad de su mantenimiento en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales. También corresponde al titular de la vía la autorización previa para la instalación en ella de otras señales de circulación. En caso de emergencia, los agentes de la autoridad podrán instalar señales circunstanciales sin autorización previa (artículo 57.1 del texto articulado).» Por último, a la dificultad de ejecución del cruce, debe añadirse también la concurrencia (no compensación) de la acción

del otro conductor, al circular por el cruce a una velocidad superior a la establecida. Esta circunstancia concurrió en la producción del accidente, al limitar el tiempo de ejecución de la maniobra del otro encausado, en una situación que ya presentaba la limitación visual descrita. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha apreciado esta circunstancia, la concurrencia de culpas, como elemento que permitiría degradar el grado de culpa (STS 681/2001), todo ello teniendo en cuenta que en la producción del resultado fatal, concurrieron estos factores, sin obviar la omisión de uso del cinturón de seguridad por parte de la víctima mortal. Todo ello excluye que el hecho, respecto del acusado í, pueda ser calificado como delito de homicidio imprudente, ni siquiera en la modalidad menos grave a la que apunta el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas.”

El Auto dictado en recurso nº 3091/2019, de 29 de septiembre de 2020, de la Sala 4ª, del Tribunal Supremo. -ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro- muestra como sucintamente como la valoración judicial del daño corporal en la jurisdicción social sigue su senda propia:

“La sentencia de contraste aportada al efecto es la de este Tribunal Supremo de 17-7-2007 (R. 513/2006), que resuelve cómo debe realizarse el cálculo de la indemnización por accidente de trabajo,

2. Recordando las peculiaridades propias en materia de accidente de trabajo no pueden reproducirse miméticamente las concretas operaciones contenidas en el indicado Anexo, pues no hay que olvidar:

1º) que ello sería opuesto, por definición, a la aplicación orientativa que desde el principio de la sentencia se predicaba, y la aplicación de los principios de acción preventiva que cada vez con mayor fuerza imperan en la relación laboral, llevan a considerar que las indemnizaciones previstas en la LRCSCVM no tienen porque necesariamente limitarse -en este ámbito- al máximo tarifado, quedando al prudente arbitro judicial la superación de aquella cuantía.”



¿En qué supuestos específicos, a juicio de la de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria ¿según su Auto N° 742/2020, de 22 de octubre, - Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez-:

“ 1º) cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por

los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo,

cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente.

Por tanto, tres son, según se ha dicho, las exigencias que el Tribunal ha de respetar en esta materia:

a) Necesidad de explicitar la causa de la indemnización

b) Imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación; y

c) Atemperar las facultades discrecionales del Tribunal en esta materia al principio de razonabilidad (STS 23-1-2003).”





Puesta al día internacional

A vueltas con los representantes de las aseguradoras para tramitar y liquidar siniestros

por Jesús Pérez Morilla
Abogado



Abordaremos en este sucinto comentario la repercusión de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo STJUE), fechada el pasado 27 de febrero de 2020 y relativa al asunto C-25/19¹ Corporis, en la que se interpretan los artículos 151 y 152 de la Directiva 2009/138/CE, respecto de las facultades de representación y el alcance de la habilitación de los Representantes para Tramitar y Liquidar Siniestros (en lo sucesivo RTLS).

No obstante lo anterior y para centrar el tema, haremos un breve repaso cronológico, debemos comenzar trayendo a colación lo dispuesto en la Cuarta Directiva 2000/26/CE. Con el ánimo de reforzar el sistema de protección de las víctimas de accidentes de tráfico que hubieran sufrido lesiones o perjuicios en un Estado miembro distinto al de su residencia o en un tercer país adherido al sistema de carta verde, se requirió a los Estados, vía artículo 4, para que exigieran a las entidades aseguradoras autorizadas que designasen en todos y cada uno de los estados miembros un RTLS (siempre que den cobertura a riesgos clasificados en el ramo 10 de la letra A del Anexo de la Directiva

¹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-25/19&language=ES>

73/239/CEE², a excepción de la responsabilidad del transportista).

De este modo, se articula un sistema de protección que consistente en³: el reconocimiento al perjudicado del derecho a presentar la reclamación en su propio Estado de residencia ante el RTLS de la entidad aseguradora del vehículo causante; se instauraba una vía de acceso a los datos necesarios para formular reclamaciones mediante el oportuno Organismo de Información; se articula el procedimiento de

² Responsabilidad Civil en vehículos terrestres: Toda responsabilidad resultante del empleo de vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista).

³ La transposición en España se llevó a cabo mediante la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, reformas en el ámbito que nos ocupa posteriormente derogadas por los RDLeg 6/2004; RDLeg 7/2004 y RDLeg 8/2004.

oferta y respuesta motivada de la aseguradora o de su representante y el derecho a recurrir al Organismo de Indemnización ante la ausencia de respuesta; y, finalmente, se generaliza en todos los Estados la acción directa del perjudicado frente a la entidad aseguradora para dar cobertura a la responsabilidad civil del tercero responsable⁴.

Dicho esto, la primera aproximación que nos interesa destacar respecto de las funciones de los RTLS, deriva de la interpretación de los apartados 4º, 5º y 8º del artículo 4 de la Directiva 2000/26/CE, detallada en la STJUE

⁴ En su artículo 3 y significar que la V Directiva 2005/14/CE, inserta el Considerando 16 bis en la Directiva 2000/26/CE, sobre la acción directa del perjudicado al amparo de los artículos 9.1.b y 11.2 del Reglamento 44/2001 - actualmente Reglamento 1215/2012.



asunto C558/15⁵ - Vieira de Azevedo- de 15 de diciembre de 2016.

El procedimiento conoce de un siniestro de tráfico acaecido en una autopista española, estando involucrado un vehículo de alquiler con estacionamiento habitual y matrícula española y otro vehículo con estacionamiento habitual y matrícula portuguesa, con varios lesionados y un fallecido en dicho siniestro. La demanda se planteó frente al representante de la entidad aseguradora española designada en Portugal y también frente al Fondo de Garantía ante los Tribunales de Portugal. En primera instancia se desestimó la demanda por falta de legitimación pasiva de las demandadas, siendo la Audiencia al conocer del recurso quien planteó ante el TJUE la cuestión relativa a la legitimación pasiva

⁵ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-558/15&language=ES>

del representante de la entidad aseguradora al amparo del artículo 4 de la citada Directiva.

La interpretación llevada a cabo por el Tribunal viene a considerar que las citadas disposiciones no prevén que los RTLS puedan ser demandados en lugar de las aseguradoras que representan, de modo que el legislador comunitario únicamente concreta las funciones de los representantes y las limita a la liquidación y negociación de los siniestros (labor de intermediación), dejando al margen los procedimientos judiciales.

Es importante significar que la citada Sentencia, se remite en algunos de sus argumentos a los expuestos previamente en la STJUE relativa al asunto C-306/12⁶ -Spedition

⁶ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/12&language=ES>



Welter- de 10 de octubre de 2013, que conoce de un siniestro de tráfico acaecido el pasado 24 de junio de 2011 aunque temporalmente ya era de aplicación la Directiva 2009/138/CE y valora también las facultades que deben tener los RTLS según el artículo 21 apartado 5º de esta nueva Directiva

En este procedimiento se enjuicia un accidente ocurrido en Francia en el que se vio involucrado un vehículo con estacionamiento habitual y matrícula alemana, que sufrió daños al ser colisionado por un vehículo con estacionamiento habitual y matrícula francesa. El perjudicado presentó demanda ante los Tribunales de Alemania y frente a la RTLS designado por la aseguradora francesa en dicho país. La instancia declaró la inadmisibilidad de la demanda al carecer el representante del apoderamiento necesario para recibir notificaciones, siendo objeto de recurso ante el Tribunal Regional que fue quien planteó la cuestión ante el TJUE.

Se argumenta en la resolución del TJUE que la finalidad perseguida por la Directiva 2009/103/CE es garantizar a las víctimas un trato similar sea cual fuere el lugar de la Unión donde ocurra el siniestro, trayendo a colación el Considerando 37 de la Directiva e incidiendo en la obligación de los Estados de garantizar que los RTLS tengan poderes suficientes para representar a la entidad aseguradora ante las víctimas, ante Autoridades nacionales y Tribunales, considerando que la limitación de dichos poderes supondría anular una de las finalidades perseguida por la Directiva.

La valoración que realiza el Tribunal a tenor de la citada normativa supone afirmar que los RTLS cuentan con poderes suficientes para recibir válidamente la notificación de documentos judiciales que originen una acción de indemnización de un siniestro frente a la aseguradora que represente ante el órgano jurisdiccional competente. Además considera necesario adecuar e interpretar la normativa nacional en el sentido favorable a los fines perseguidos por la Directiva, tal y como dispone el Tribunal de Justicia en todas sus resoluciones.

Si descendemos un paso más y atendemos al enjuiciamiento de supuestos semejantes ante nuestros Tribunales nacionales, debemos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, fechada el 13 de julio de 2018⁷, que tuvo ocasión de conocer del recurso interpuesto

por un perjudicado residente español frente a la desestimación de la reclamación formulada en un siniestro de tráfico acaecido en Francia el 13 de julio de 2016, en el que se vieron involucrados un vehículo con estacionamiento habitual y matrícula irlandesa conducido por la actora, y otro con estacionamiento habitual y matrícula francesa. Inicialmente se demandó al representante legal en España de la aseguradora francesa, y posteriormente se amplió -y admitió- la demanda frente a la entidad aseguradora francesa.

Si bien es cierto que la citada resolución mantiene y confirma la falta legitimación pasiva del RTLS⁸, adiciona un pronunciamiento contrario a la imposición de costas a la parte recurrente (reclamante) en ambas instancias por las dudas de derecho que la cuestión suscita.

La argumentación jurídica se sustenta en la redacción del artículo 23.1 de la LRCSCVM⁹, que parece equiparar a la entidad aseguradora con el propio RTLS en el ejercicio de las acciones judiciales; y, por otro lado, anuda los argumentos expuestos en la STJUE -C558/15 y el Considerando 37 de la Directiva 2009/103/CE¹⁰, al establecer que deben disponer los RTLS de poderes suficientes para representar a las entidades aseguradoras ante los Tribunales. No obstante lo anterior, en dicha argumentación

⁸ El núcleo esencial de la fundamentación jurídica expuesta en la resolución se centra en la prueba del derecho extranjero -y las consecuencias de su falta de prueba a tenor de la STC 155/2001, de 2 de julio- y en la valoración de la prueba respecto de los daños reclamados y su causa.

⁹ El perjudicado con residencia en España, en los supuestos previstos en el artículo 20.1, podrá dirigirse directamente a la entidad aseguradora del vehículo causante del accidente o al representante en España para la tramitación y liquidación de siniestros por esta designado.

¹⁰ Considerando 37 Directiva 2009/103/CE.- Procede establecer la obligación de que el Estado miembro donde esté autorizada la entidad aseguradora exija a esta que designe representantes para la tramitación y liquidación de siniestros, que residan o estén establecidos en los demás Estados miembros, encargados de recoger toda la información necesaria en relación con las reclamaciones derivadas de los citados accidentes de circulación y de emprender las acciones necesarias para liquidar los siniestros en nombre y por cuenta de la entidad aseguradora y de abonar las indemnizaciones correspondientes. Los representantes para la tramitación y liquidación de siniestros deben disponer de poderes suficientes para representar a la entidad aseguradora ante los perjudicados como consecuencia de tales accidentes, y también para representar a la entidad aseguradora ante las autoridades nacionales y, en su caso, ante los tribunales, en la medida en que ello sea compatible con las normas de Derecho internacional privado sobre la atribución de competencias jurisdiccionales.

⁷ <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

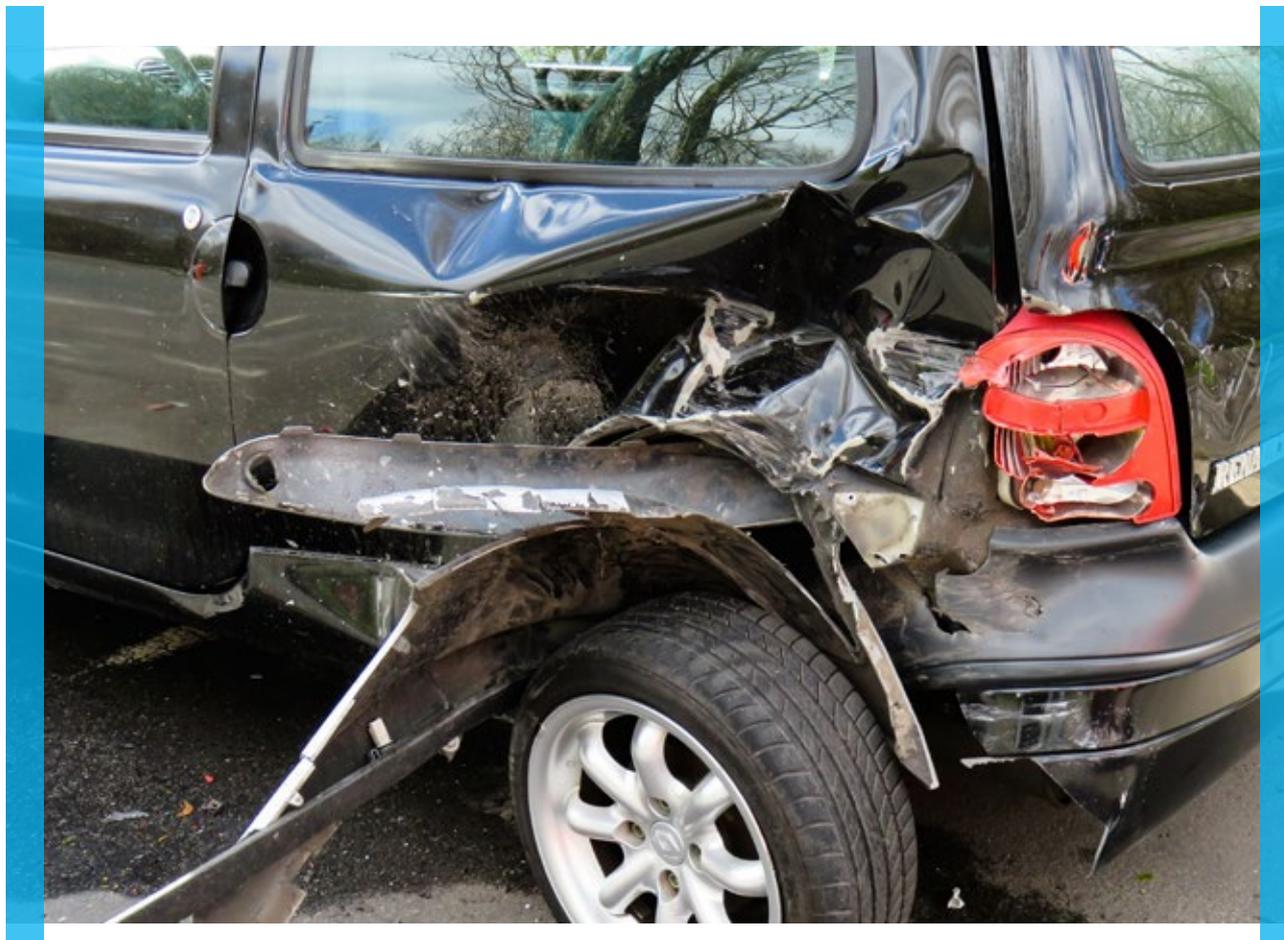
debemos advertir que ha sido preterida cualquier valoración de la Directiva 2005/147/CE, la Directiva 2009/138/CE y la Ley 20/2015, de 14 de Julio, como posteriormente veremos.

Llegados a este punto, analizamos la STJUE C-25/19 Corporis, que introduce en los postulados de la Directiva 2009/138/CE, conocida como Solvencia II, que en sus artículos 151 y 152 propugnan el trato no discriminatorio a los perjudicados que presenten reclamaciones en su propio Estado, y amplía las facultades de representación de los RTLS ante los Tribunales, elementos de valoración que habían sido preteridos en las resoluciones anteriormente citadas.

En todo caso, debemos comenzar detallando que la Sentencia conoce de la reclamación formulada por una entidad aseguradora que se subroga en los derechos de indemnización del propietario de un vehículo en Polonia. La aseguradora responsable del siniestro es una empresa establecida en Dinamarca que tiene designado un RTLS en Polonia, quien abona la parte de la indemnización que considera debida al perjudicado. La reclamación judicial se plantea

en Polonia por la aseguradora polaca frente a la aseguradora danesa. El Juzgado requiere al reclamante para que abone el coste de la traducción de los documentos para proceder a su notificación (de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 1393/2007 relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil), todo ello tras haberse negado la aseguradora demandada a acusar recibo de la demanda por estar redactada en lengua polaca, advirtiéndose en este caso que el coste de la traducción resultaba ser ocho veces superior a la cuantía principal reclamada. Evidentemente la aseguradora reclamante se niega a abonar el importe de la traducción argumentando que la aseguradora demandada tiene designado un RTLS para representarla en la lengua polaca ante los Tribunales de Justicia. Frente a la suspensión del procedimiento acordada por el juzgado se formula el oportuno recurso que conoce el Tribunal Regional que es quien plantea la cuestión ante el TJUE.

Se hace necesario destacar de la resolución varios extremos: por un lado, que el artículo 151 requiere a los Estados para que exijan a las



entidades aseguradoras que cubran el riesgo el mismo trato a los perjudicadas que presenten reclamaciones, ya sea en libre prestación de servicios o si, por el contrario, disponen de establecimiento en dicho Estado; por otro lado, el artículo 152 requiere a los Estados para que exijan a las entidades aseguradoras que los RTLS tengan facultades suficientes para representar a la empresa tanto frente a terceros perjudicados que formulen reclamaciones, como ante los Tribunales y Autoridades de dicho Estado en los procedimientos judiciales que se incoen por estos; y, finalmente, concluye que las facultades de los RTLS deben poder atender a las finalidades y objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte, conforme a la reiterada jurisprudencia comunitaria (v.gr. STJUE C-640/15, asunto Vilkas¹¹).

Para mayor abundamiento de lo anterior, reitera los mismos términos expuestos anteriormente en la STJUE C-306/12 Spedition Welter, sobre la posibilidad de notificar los documentos judiciales al RTLS con vistas a ejercer la oportuna acción indemnizatoria, considerando que excluir la facultad de habilitación para recibir notificaciones de escritos de interposición en materia de accidentes resultaría contrario al objetivo de garantizar una indemnización eficaz a las víctimas. Además, vuelve a insistir en la exclusión de todo trato discriminatorio a los perjudicados, con ello pretende evitar que después de haber formalizado la reclamación frente al RTLS en su propio Estado, se le obligase posteriormente a notificar el escrito de interposición de demanda a la aseguradora en el Estado miembro de origen de ésta, puesto que conllevaría quedar sujeto a una serie de formalidades adicionales

y onerosas contrarias a la finalidad perseguida por la Directiva.

Finalmente y con respecto a nuestra normativa interna, debemos atender a la Ley 20/2015, de 14 de julio, conocida como LOSSEAR, que transpone la Directiva 2009/138/CE y que contiene una importante previsión en el artículo 58 sobre los requisitos específicos para el seguro de responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles. Con base en la misma los RTLS deben estar debidamente facultados para atender las reclamaciones que presenten los terceros perjudicados. A tal efecto, deberán tener poderes suficientes para representar a la entidad aseguradora, incluso para el pago de las indemnizaciones, y para defenderla ante los tribunales y autoridades administrativas españolas. Y además para poder representar a la entidad aseguradora ante las autoridades judiciales y administrativas españolas competentes en todo lo concerniente al control de la existencia y validez de las pólizas de seguro de responsabilidad civil que resulte de la circulación de vehículos terrestres automóviles.

Si bien es cierto que la jurisprudencia comunitaria expuesta se centra en la interpretación de los preceptos relativos a la notificación de los escritos de interposición (de demanda) en materia de indemnización por un accidente de tráfico transfronterizo, las valoraciones y afirmaciones detalladas en esta reciente Sentencia permiten concebir la representación de los RTLS en una mayor dimensión a la considerada inicialmente, siempre atendiendo al espíritu perseguido por la norma y su función protectora de las víctimas de accidentes.

¹¹ <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-640/15>



noticias y actividades

ACTA DE ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO, CELEBRADA EN MADRID EL DÍA 12 DE NOVIEMBRE DE 2.020

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 14 de noviembre de 2.019, correspondiente al XIX Congreso Nacional celebrado en Sevilla.

A continuación, por **D. José María Hernández-Carrillo Fuentes**, secretario de actas-tesorero de la A.E.A.E.R.C.S., se da lectura del acta de la Asamblea General celebrada en el pasado 14 de noviembre de 2.019 en Sevilla, que es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención. -corrigiendo el nombre propio del vocal de Extremadura, D. Juan Manuel Rozas Bravo, -

2º.- Informe de actividades y gestión.

Por el secretario general de la A.E.A.E.R.C.S, **D. Javier López y García de la Serrana**, y por nuestro presidente **D. Mariano Medina Crespo**, se da cuenta asimismo de la celebración y/o asistencia durante el ejercicio 2019 y 2020 a Congresos y Jornadas, -así como el trabajo desarrollado en la Comisión de Seguimiento del “Baremo”, de la que forma parte nuestro secretario general **D. Javier López y García de la Serrana**, sus actualizaciones, y el Informe Razonado realizado por la misma correspondiente a la evaluación ex post del Baremo aprobado por la Ley 35/2015, publicado en julio de 2020. Debido a la situación mundial de pandemia y a la declaración de estado de alarma en España el 14 de marzo de 2020, se ha declinado la asistencia a muchas jornadas, no obstante antes de dicha fecha, el 6 de marzo de 2020, se asistió e intervino presencialmente como ponente por parte de nuestro presidente **D. Mariano Medina Crespo** a las XVI Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro de nuestra Vocalía de Málaga, celebradas en Ronda (Málaga) y por parte de nuestro secretario general **D. Javier López y García de la Serrana** al III Congreso Nacional de Defensa de los Derechos de la Víctimas de Accidentes de Tráfico organizado por la Sección de Derecho de Circulación del ICAB y ANAVA, en el que también participó nuestro vocal de Cataluña **Jose Pérez Tirado**. Ya de forma On Line se intervino como ponente por parte de nuestro presidente **D. Mariano Medina Crespo** en el XXXVI Congreso de Derecho de Circulación. Madrid 29 y 30 de junio de 2020, y por parte de nuestro secretario general **D. Javier López y García de la Serrana** en el REICAZ en la Jornada sobre “Las incidencias en el Contrato de Seguro tras la crisis del Covid-19”, celebrada el 7 de mayo de 2020.

Se da cuenta de las numerosas reuniones de la Junta Directiva en los meses de julio, septiembre y octubre tratando de afrontar y adaptar el congreso de 2020 a la lacra y desafío de la COVID 19 hasta la decisión de su celebración virtual.

Se recuerda con emoción el fallecimiento del Excmo. **Sr. D. Jose Manuel Lopez y García de la Serrana**, magistrado del Tribunal Supremo y Miembro de Honor de nuestra Asociación, por su permanente disponibilidad y proximidad para con esta Asociación.

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la Revista (ya en el número 75) y su alta valoración por la comunidad doctrinal, jurisdiccional, y en general de juristas, de España, así como de la versatilidad del portal, o la agilidad que proporciona nuestra presencia en redes sociales como LinkedIn o Facebook.

3º.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año de materialización in situ de cada congreso, la función de Tesorero que ostenta **Don José María Hernández-Carrillo Fuentes**, es de un año a otro delegada por este en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente entregadas por **José Manuel Sánchez Carrillo**, constan detalladas en la zona privativa de los socios en la página Web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general. Son no obstante detalladas por el Secretario General, concatenando los resultados derivados del Congreso de Sevilla, -y la jornada de Málaga- y aprobadas por unanimidad. Haciendo constar expresamente la felicitación del colectivo a los organizadores del Congreso.

Alberto Perez Cedillo, apunta la conveniencia de disponer un fondo de contingencia por cancelación previo a los congresos.

4º.- Presupuesto de 2.021.

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

5º.- Congreso nacional del próximo año, y años venideros: en el año 2021 la sede del Congreso será la ciudad de Granada, en las fechas del 11 al 13 de noviembre.

El Congreso en el año 2022 estaba previsto en Barcelona pero quedó postergada su decisión a la presente Asamblea, por lo que se informa por el vocal de Cataluña **Jose Perez Tirado**, que a su juicio su celebración es factible y lo coordinará con **Xavier Coca Verdaguer** y **Jorge Fuset Domingo**, proponiendo las fechas de 10,11 y 12, o 17,18 y 19 de noviembre de 2022 siendo aprobados por unanimidad.

6º.- Nombramientos:

Cumpliendo con el presupuesto consuetudinario de su participación como ponentes en tres o más Congresos Nacionales de la Asociación, se propone el nombramiento como Miembros de Honor de los magistrados **D. Pedro Jose Vela Torres**, y **D. Antonio del Moral Garcia**, siendo ambos -nombramientos- aprobados justamente por unanimidad.

Renovaciones de cargos, Presidente, Secretario General y Vocales; el actual Secretario General toma la palabra para cesar en su cargo tras más de dieciocho años ininterrumpidos en el mismo y propone ser sustituido en el mismo por **D. Jose Manuel Villar Calabuig**, vocal de la Asociación en Madrid, nombramiento que es aprobado unánimemente, lo que motiva su cese como vocal de la Asociación en Madrid, asimismo se traslada por varios intervinientes el inmenso agradecimiento a la labor realizada todos estos años por **D. Javier López y García de la Serrana**.

Asimismo, se produce el cese -a petición propia- de **Mariano Medina Crespo** como Presidente de la Asociación, y su nombramiento como Presidente de Honor de la misma. Se propone que **D. Javier Lopez García de la Serrana** asuma la Presidencia de la Asociación, todo lo cual -tras emotivas intervenciones de los miembros de la Junta- una y otra propuesta son calurosamente aprobados por unanimidad.

Se propone el nombramiento de **Sergio Garcia del Valle** -actual Presidente de la Sección de Responsabilidad Civil y Seguro del ICAM- como vocal de la Asociación en Madrid, y por unanimidad es aprobado.

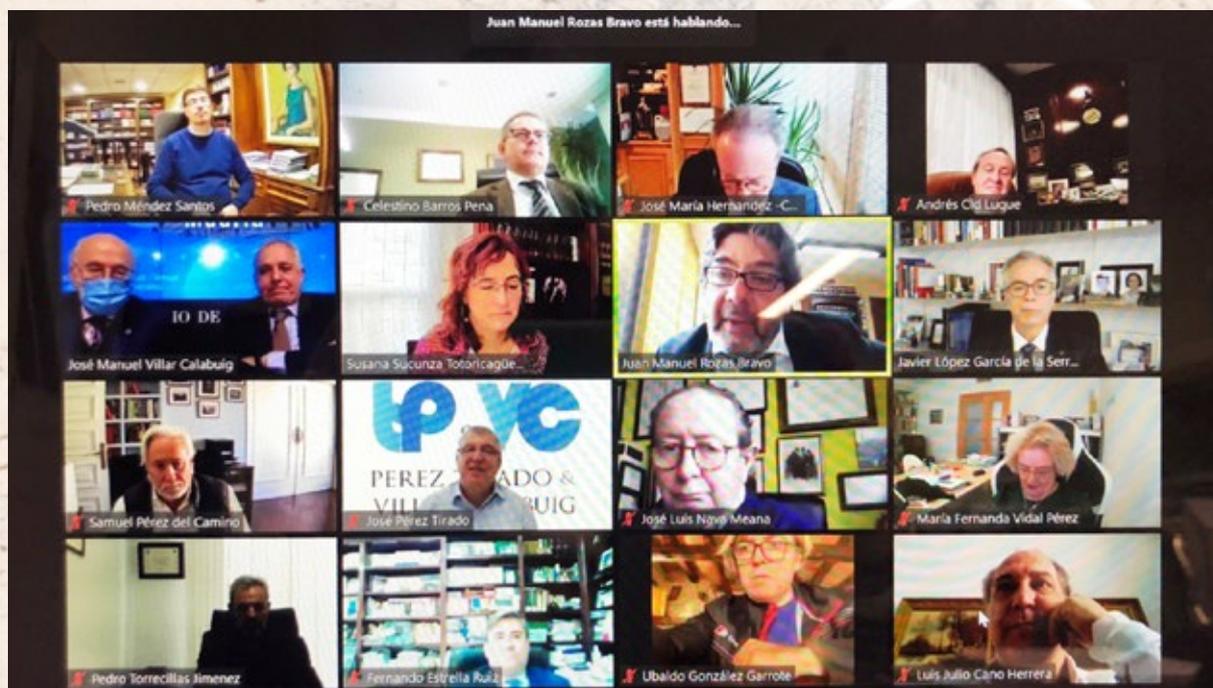
Por aclamación, se ha acordado rendir un merecidísimo homenaje a nuestro Presidente de Honor **Mariano Medina Crespo**.

7º.- Ruegos y Preguntas.

Por **Jose Perez Tirado** se propone que disponiendo ya del “informe razonado previsto por la disposición adicional primera de la Ley 35/2015 de la Comisión de seguimiento del sistema de valoración del daño corporal de la ley 35/15” -del Ministerio de Justicia y Ministerio de Asuntos Económicos y transformación Digital-la Asociación dirija una comunicación al Director General de Seguros a fin de que, las conclusiones y recomendaciones alcanzadas puedan tener una plasmación legal, mediante su incorporación o reforma de la actual legislación del sector. Se acuerda por unanimidad dirigir dicha comunicación al Director General de Seguros.

Asimismo, el exhorta a los asistentes a que promuevan de magistrados, docentes, juristas en general, la redacción de artículos sobre materias de interés para la revista de la asociación.

Terminado lo cual, por el nuevo presidente, **D. Javier López y García de la Serrana**, se da por concluida la XIX Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad y Seguros.



Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

XX CONGRESO NACIONAL ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO.

La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro ha celebrado la XX edición de su Congreso Nacional durante días **12 y 13 de noviembre en el Colegio de Abogados de Madrid**, cita de referencia nacional para los profesionales del derecho de RC y del seguro a la que asisten cada año más de 400 abogados especialistas en responsabilidad civil.

Este XX Congreso Nacional ha estado dirigido por **Javier López García de la Serrana**, secretario general de la Asociación, y **José Manuel Villar Calabuig**, vocal de la Asociación en Madrid, y tras la inauguración del Congreso por **José María Alonso Puig**, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y **Sofía Puente Santiago**, Directora General de Seguridad Jurídica y Fé Pública del Ministerio de Justicia, contó con la intervención de destacados especialistas en la materia como **Pedro José Vela Torres**, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **José Luis Seoane Spiegelberg**, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **Eugenio Llamas Pombo**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca y **Mariano Yzquierdo Tolsada**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.



El viernes día 13 de noviembre contó con la intervención de **Miguel Pasquau Liaño**, magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, **José Manuel de Paul Velasco**, magistrado de Sala de Apelación Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, **Antonio del Moral García**, magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y **Mariano Medina Crespo**, que hasta entonces era el presidente de la Asociación española de Abogados de RC y Seguro. La clausura del CONGRESO estuvo a cargo del nuevo presidente de la Asociación, **Javier López y García de la Serrana**, que venía ocupando el puesto de secretario general de la Asociación desde su creación en 2001.

Durante el congreso se analizaron temas de gran actualidad dentro del mundo de la Responsabilidad Civil como son los contratos de seguro ante la epidemia del COVID-19, los límites a la reparación de los daños materiales en los siniestros automovilísticos en relación a los límites al principio de reparación íntegra, la responsabilidad del vendedor y del fabricante por el daño moral causado por la falta de conformidad de la cosa vendida, el perjuicio indemnizable en el nuevo baremo por causa de muerte en la relación a los allegados, abuelos, nietos y por último, también se analizaron los nuevos conceptos de imprudencia grave, menos grave, leves y levísima en materia de accidentes de circulación.



Igualmente el jueves día 12, previamente al inicio del Congreso, se celebró la ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN en la que se acordó rendir un HOMENAJE a su presidente MARIANO MEDINA CRESPO que cesó en el cargo después de veinte años en el mismo, siendo sustituido por JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, que hasta ahora ocupaba el puesto de secretario general, el cual ha pasado a ser ocupado por el letrado JOSE MANUEL VILLAR CALABUIG. Asimismo se acordó nombrar miembros de honor de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, por haber participado como ponentes en más de cinco congresos de ésta Asociación y colaborar asiduamente con la misma, a D. Pedro José Vela Torres, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y a D. Antonio del Moral García, magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.



Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.
Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo



Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.
Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo



Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García
Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo



→ **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, NUEVO PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO**

El nuevo presidente de la Asociación es un reconocido abogado especializado en responsabilidad civil y derecho de seguros desde hace treinta años, siendo doctor en Derecho por la UGR por su tesis «El lucro cesante en los accidentes de circulación», que obtuvo la calificación de Sobresaliente Cum Laude. Tiene una impecable trayectoria investigadora con 315 publicaciones, la mayoría en materia de Seguros, de las cuales 3 son Monografías, 15 Capítulos de Libros, 5 Libros como Editor y 292 Artículos Doctrinales. Ha dirigido varias tesis doctorales e impartido más de un centenar de ponencias en Congresos y Jornadas, algunas internacionales en Bolonia (Italia), Bamberg (Alemania) y Edimburgo (Escocia). Actualmente se encuentra acreditado por la ANECA como Profesor Contratado Doctor de Universidad Pública, siendo director y profesor del Máster Propio en Responsabilidad Civil de la UGR. Asimismo es miembro de la Comisión de Seguimiento del Baremo de Autos creada por el Ministerio de Justicia y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones tras la Ley 35/2015, siendo uno de los autores del Informe Razonado de Evaluación Ex Post de dicha norma, como asesor del Ministerio de Justicia. Asimismo dirige en Granada, Málaga y Jaén la firma de abogados HispaColex Bufete Jurídico, siendo igualmente presidente de Hispajuris Abogados, firma jurídica de carácter nacional. Como reconocimiento a su destacada carrera profesional el Consejo General de la Abogacía Española le acaba de otorgar en 2020 -por unanimidad de los 83 Colegios de Abogados de toda España- la “Medalla al Mérito en el Servicio a la Abogacía, estando ya en posesión de la Cruz Distinguida de San Raimundo de Peñafort, otorgada por el Ministerio de Justicia en 2011, y de la Medalla por Méritos Especiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, otorgada en enero de 2019.

Para más información: <https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/congresos/xx-congreso-nacional-asociacion-espanola-de-abogados-especializados-en-responsabilidad-civil-y-seguro-madrid-12-y-13-de-noviembre-de-2020-congreso-virtual/>

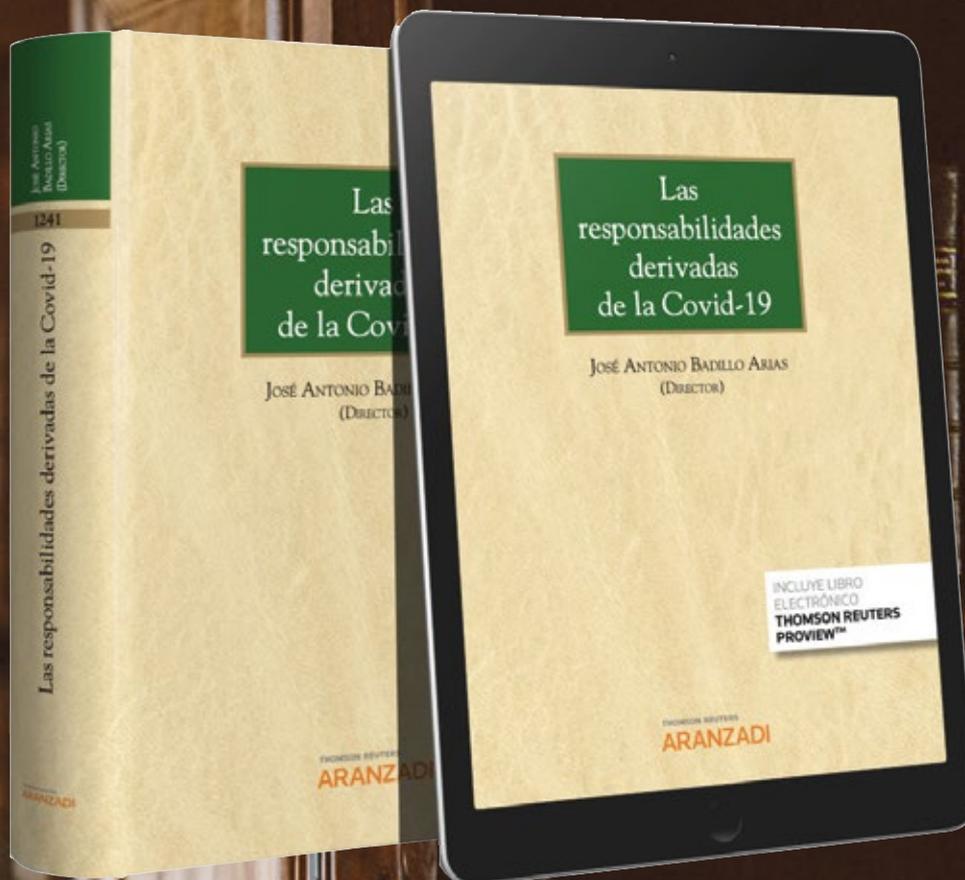


**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

Las responsabilidades derivadas de la Covid-19



Analiza las distintas responsabilidades que pudieran derivarse de la gestión de la Covid-19, así como su aseguramiento. Se estudian, fundamentalmente, la responsabilidad de la Administración, los empresarios y los directivos de empresas, así como las acciones que pueden emprender los particulares contra ellos.

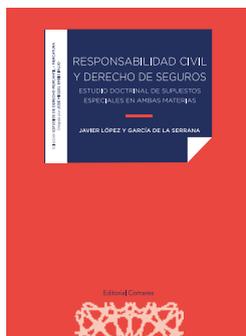
- Análisis de las distintas responsabilidades derivadas de la gestión de la Covid-19.
- Estudio de las acciones que pueden interponer los particulares contra la Administración, empresarios y directivos de empresas.
- Estudio del aseguramiento de las distintas responsabilidades.

Autor: JOSÉ ANTONIO BADILLO (Dir.), EDUARDO ASENSI, IVAN GONZÁLEZ, JOSE MARÍA ELGUERO, ANTONIO MOYA Y ABEL VEIGA

PVP: 74,99 €

ISBN: 978-84-1345-254-8

THOMSON REUTERS
ARANZADI



1.ª edición, enero 2021

312 páginas

Encuadernación:
rústica sin solapas

ISBN: 978-84-1369-113-8

Depósito Legal: Gr. 28/2021

PVP: 30 €

Responsabilidad Civil y Derecho de Seguros

Estudio doctrinal de supuestos especiales en ambas materias

Javier López y García de la Serrana

Estudio doctrinal a la vez que jurisprudencial y práctico, de algunos supuestos especiales tanto en el campo de la Responsabilidad Civil como en el Derecho de Seguros, a los que nos hemos tenido que enfrentar recientemente como consecuencia de la pandemia del Covid-19 o a los que aun siendo anteriores, la misma nos ha otorgado el tiempo suficiente para reflexionar sobre determinadas cuestiones controvertidas aún no resueltas.

Se analiza la responsabilidad civil de las residencias de ancianos ante los daños causados por el Covid-19, la responsabilidad civil de actos dolosos, la oponibilidad del dolo por la aseguradora y el derecho de repetición de la misma. También se estudia la responsabilidad civil en supuestos de daños por cortes de suministro eléctrico, algunos supuestos especiales de la responsabilidad civil automovilística y la defensa de la responsabilidad civil junto con el seguro de defensa jurídica.

En su segundo bloque se entra a analizar algunos supuestos especiales en materia de seguros, como el plazo de gracia de un mes previsto en el artículo 15.2 de la LCS, la "póliza estimada", la cuestionada imperatividad del artículo 38 de la LCS y la prescripción para reclamar las cantidades entregadas a cuenta en una compraventa garantizada mediante seguro de caución. También se dedica un apartado especial a los seguros de personas, para profundizar en los supuestos de acumulación de prestaciones o de resolución del contrato de seguro de salud y vida por impago de la prima sucesiva, entre otras muchas cuestiones controvertidas en materia de seguros resueltas recientemente por nuestra jurisprudencia.



“
Un estudio
doctrinal
a la vez que
jurisprudencial
y práctico”



COMARES
editorial

Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 Albolote (Granada)
Tlf: 958 46 53 82

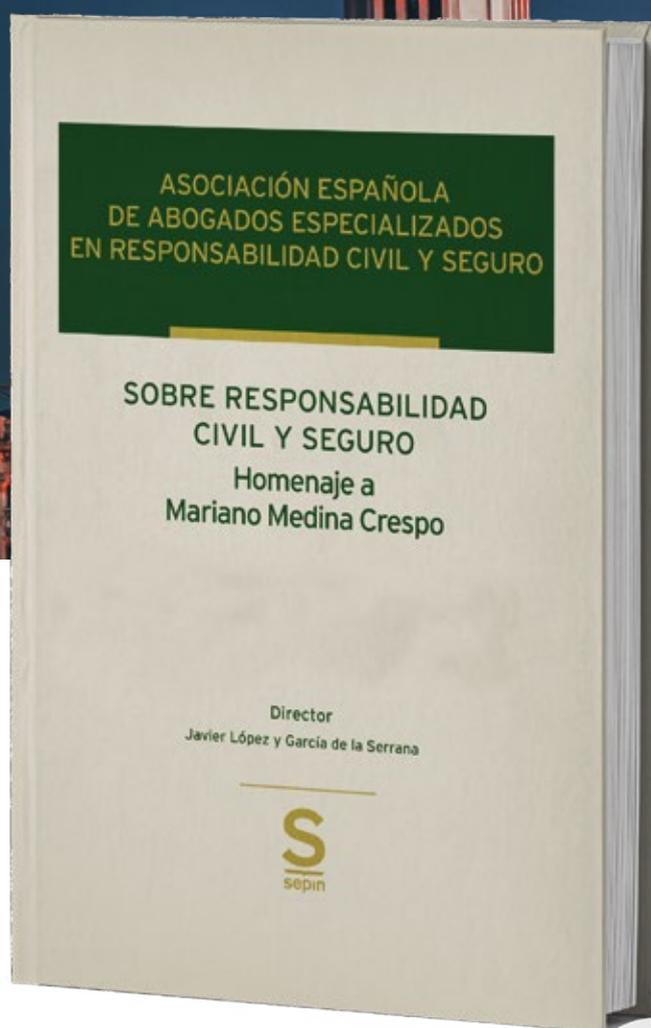
E-mail: libreriacomares@comares.com
<http://www.comares.com>

Homenaje a Mariano Medina Crespo

XX CONGRESO NACIONAL

Asociación Española de Abogados Especializados
en Responsabilidad Civil y Seguro

Madrid, noviembre de 2020



En noviembre de 2020, la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro celebró el XX Congreso Nacional en Madrid. La **Editorial Jurídica sepín** recopila todas sus ponencias, con temas tan interesantes como la responsabilidad civil derivada del incumplimiento normativo en materia de protección de datos personales, presupuestos y límites de la reparación del daño, la responsabilidad civil en las colisiones de vehículos en circulación, los contratos de seguro ante la epidemia del COVID-19, etc.

Director: **Javier López y García de la Serrana** · publicado: **noviembre 2020** · páginas: **1088** · precio: **85 €**

S | editorial jurídica
sepín

www.sepin.es · sac@sepín.es · 91 352 75 51

CÓMPRALO AHORA:
<http://bit.ly/RCMEDINA>

